



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

**Expte. N° 77808/2008 “C., N. V. y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”
Juzg. N° 67**

Buenos Aires a los 24 días del mes de Junio de 2019, reunidas las Señoras Jueces de la Sala “J” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: “C., N. V. y otros c/ S. I. de B. en Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”.

La Dra. Gabriela Mariel Sclarici dijo:

I. La sentencia obrante a fs. 493/498 dispuso el rechazo de la demanda, con costas, considerando que no se había configurado el supuesto de mala praxis médica por el cual accionaran los actores.

Dicho pronunciamiento fue recurrido por los accionantes, quienes fundaron sus agravios en la pieza obrante a fs. 547/56, cuyo traslado fuera oportunamente respondido a fs. 559/563.

II. Sabido es que la expresión de agravios no es una simple fórmula, sino que constituye una verdadera carga procesal, debiendo contener un estudio minucioso y preciso de la sentencia que se apela, y condensar los argumentos y los motivos que demuestren los errores cometidos por el juez inferior para que el tribunal de alzada pueda apreciar en qué puntos y por qué razones, el apelante se considera perjudicado en sus derechos (Highton-Areán, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T° 5, pág. 243, 1° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004).-

Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos



legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional.

De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren fórmulas sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto (CNCiv., esta Sala, 10/12/09, Expte. N° 41.025/2005 “Magnifico, Daniel Alberto c/ Pavone Farina, Marcela y otros s/ daños y perjuicios”; Idem., id., 23/02/2010, Expte. N° 25.011/2005 “Longueira, Marcelo Adrián c/ Club Atlético River Plate y otros s/ daños y perjuicios”, Id., id., 11/6/2010, Expte. N° 7153/2007 “Presa, Cesar Dabel c/ Silva, Néstor y otros s/ daños y perjuicios”, entre otros).-

Ahora bien, aun cuando pueda considerarse que la expresión de agravios no reúne todos los recaudos procedimentales impuestos, procederé a su tratamiento a fin de no menoscabar el derecho de defensa de la actora, y preservando de este modo el derecho esencial invocado en la demanda que el actor considera afectado.

III. Como previo y antes de entrar en el tratamiento de los agravios deducidos cabe precisar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 aprobado por la ley 26.994 contempla de manera expresa lo relativo a la “temporalidad” de la ley. Es menester interpretar coherentemente lo dispuesto por su art. 7° sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, así





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las consecuencias son los efectos, -de hecho o de derecho- que reconocen como causa, una situación o relación jurídica por ende atento que en los presentes obrados la situación de que se trata, ha quedado constituida, con sus consecuencias devengadas, conforme a la ley anterior, corresponde analizar la cuestión a la luz de la misma, así como la doctrina y jurisprudencia a ella aplicable.

Se ha sostenido que cualquiera sea la instancia en la que se encuentre el expediente (primera o ulteriores, ordinarias o incluso extraordinarias), hay que aplicar el mismo sistema de derecho transitorio que teníamos y, por tanto, verificar si las situaciones y sus consecuencias están o no agotadas, si está en juego una norma supletoria o imperativa, y ahora sí, como novedad, si se trata o no de una norma más favorable para el consumidor. Así, por ejemplo, si el hecho ilícito que causó el daño aconteció antes de agosto de 2015, a esa relación jurídica se aplica el Código Civil, se haya o no iniciado el juicio y cualquiera sea la instancia en la que se encuentre (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, Publicado en: LA LEY 02/06/2015, 1, LA LEY 2015-C, 951, Cita Online: AR/DOC/1801/2015).

IV. Efectuaré una sucinta reseña del caso a fin de introducirme luego en el tratamiento de los agravios de la parte actora.

N. V. C. y J. M. A. por sí y en representación de su hija entonces menor -L. A.-, promovieron demanda contra la Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires y contra M. N. J., tendiente a obtener una indemnización de \$ 800.000 en concepto de daños y perjuicios padecidos. Relataron que durante aproximadamente siete años buscaron un segundo hijo, para lo que realizaron numerosos estudios



para que la coactora N. C. pudiera quedar embarazada y que en el mes de febrero de 2007, cursaba un embarazo de 14 semanas, que al realizarse una ecografía se le informó que el embarazo se encontraba “detenido y retenido” y que debían concurrir al Hospital Italiano para que le realicen los estudios y procedimientos pertinentes. Continuaron sosteniendo que una vez allí la Dra. M. N. J. le prescribió a la Sra. C. el medicamento denominado OXAPROST -medicación prohibida por la ANMAT, según invocaron- y la envió a su casa, diciéndole que iba a eliminar al feto entero o por partes. Invocaron la negligencia profesional que medicó mal a la actora poniendo en riesgo su salud y su vida. Expresaron, entre otras cuestiones, que el coactor A. terminó recibiendo el feto en el baño de su casa, con una fuerte hemorragia de la Sra. C. y ante la presencia y llanto de la hija de la pareja. Afirmaron que el procedimiento de un aborto terapéutico debía ser realizado por un médico competente.

V. El eje de la cuestión planteada en la expresión de agravios radica en la normativa aplicable, en el cuestionamiento de la prueba pericial y en la exoneración de responsabilidad de las demandadas.

Ahora bien, esta Sala ha sostenido invariablemente la tesis contractualista, interpretando que la obligación asumida por el profesional no es a obtener un resultado, sino tan sólo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad, esto es, de prestar asistencia técnicamente adecuada, poniendo al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su título acredita y prestándole la diligente asistencia profesional que su estado requiere.

A fin de no extenderme en estos aspectos y tesis doctrinarias analizadas en casos análogos, me remito brevitatis causae a los pronunciamientos de este Tribunal en tal sentido (C. Civ., Sala J, 28/09/2006, “D’Albano, Juan C. c. Hospital Español de Buenos Aires”, DJ 2007-I, 795; Idem., id., 24/08/2005, Expte. 86.890/97,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

“Azurduy, Cristina Rina y otro c/ Hospital. Gral. de Agudos Dalmacio Velez Sarsfield y otros”, E. D. 216-548; Id., id., 09/09/2005, Expte. 52.188/99, “Benito Sarmiento, Cristina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”; Id., id., 17/08/2010, “Benitez Eduardo Aparicio c/ Sarrabayrouse Juan Ignacio, y otros s/ daños y perjuicios”, E. D. 28/12/2010, N° 12.657, La Ley Cita online: AR/JUR/45017/201; Id., id., 31/5/2011, Expte. 117.079/2001, “Salguero de Fratte, Gladys c/ OSDE (Organización Servicios Directos Empresarios) y otros s/ daños y perjuicios” La Ley Cita online: AR/JUR/21670/2011; Id., id., 11/9/2007, “Aguirre, Rene Héctor c/ Lespada, Pedro y otros s/ daños y perjuicios”, entre otros).

Con sustento en este encuadre jurídico, ha de analizarse si ha quedado acreditada la responsabilidad de la Dra. J. con los alcances establecidos en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, que ha establecido que “para que quede comprometida la responsabilidad del médico por los hechos cometidos en el ejercicio de su profesión, el paciente debe demostrar la culpa en la realización de la atención médica prestada, la existencia del daño que le hubiere sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado” (C.S.J.N., 28/09/2004, "Barral de Keller Sarmiento, Graciela Higinia c/ Guevara, Juan Antonio y otros", Fallos 327:3925; ídem, 11/07/2006, "Bustos, Ramón Roberto c/ La Pampa, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", Fallos 329:2688) y basta que alguno de esos requisitos falte para que el profesional quede exento de responsabilidad por las consecuencias de su actividad, ya que en materia de culpa médica, la regla general sigue siendo que la carga de la prueba de esa culpa recae sobre el paciente y aunque esta regla se ha visto atenuada al aplicar la distribución dinámica de la carga probatoria, es la parte actora la que debe probar el hecho dañoso y la relación de causalidad.



La ciencia médica tiene sus limitaciones y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un álea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes, extremos que obligan a restringir el campo de la responsabilidad y a apreciar la culpa médica con suma prudencia y ponderación (conf. Trigo Represas, F., "Nuevas reflexiones sobre la responsabilidad civil de los médicos", LA LEY, 1984-C, 582 y sgte. y jurisprudencia que cita en las notas 33 a 38) a fin de no consagrar la impunidad, con el consiguiente peligro para los pacientes, pero sin una severidad excesiva que torne prácticamente imposible el ejercicio de la medicina (conf. CNCiv., esta Sala, 24/08/2005, "A., C. R. y otro c. Hospital. Gral. de Agudos Dalmacio Vélez Sarsfield y otros s/daños y perjuicios", E. D. 216-548 y fallos allí citados).

Del informe de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires de fs. 436/37 surge que el medicamento Oxaprost contiene dos drogas, el diclofenac y el misoprostol, que es de utilidad para su uso en la evacuación de embarazos detenidos y que a las 14 semanas de gestación, segundo trimestre del embarazo, el misoprostol es de utilidad para la evacuación de un huevo muerto y retenido.

Ello corrobora peritaje médico de fs. 439/440 que dictamina que la actora fue correctamente asistida por los profesionales del Hospital Italiano de Buenos Aires y que los métodos utilizados se ajustaron a los protocolos de tratamiento de casos como el de autos, de acuerdo con la bibliografía actual y la experiencia de los mejores centros del mundo.

La fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser estimada por el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, y las demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

Si bien carece de valor vinculante para el órgano judicial, el apartamiento de las conclusiones establecidas en el dictamen debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos.

La determinación del valor probatorio del peritaje debe realizarse atendiendo primordialmente a este mismo, verificando los juicios del experto mediante un análisis lógico y de sentido común y midiéndose por su apoyo gnoseológico y científico, es decir, por la seriedad, prolijidad y exhaustividad del camino que sigue el experto para arribar a sus conclusiones.

Reiteradamente esta sala ha sostenido que en relación al valor probatorio de un peritaje, éste, se mide por su apoyo gnoseológico y científico, es decir, por la seriedad, prolijidad y exhaustividad del camino seguido por el experto para arribar a sus conclusiones. Dado que el juez es entonces un sujeto cognoscente de segundo grado -conoce a través del perito y con el auxilio técnico que éste le brinda-, la estimación de la fuerza de convicción del dictamen se subordina a un análisis crítico de las razones y fundamentos que han conducido al experto a la formulación de sus juicios. (Conf CNCiv, Sala D, 29/19/2009, expte N° 68.652/05 “P., N. E. c/V., O. y otros s/daños y perjuicios” ídem, esta Sala, 8/6/2010 expte. N° 46.548/05. “B., J. C. c/ Transportes Sesenta y Ocho SRL y otros s/ daños y perjuicios”, ídem id, 8/6/2010, expte. N° 115.950/00. “C., A. c/ E. A. E. S A s/daños y perjuicios” id;id 25/9/2012 Expte N° 20459/2009 “G. F. J. D. c/G. C. N. y otros s/ daños y perjuicios” entre otros).-

Entonces, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables –como en el caso de autos-, la sana crítica



aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél (Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, pág. 719)

La discrepancia de las partes con las conclusiones periciales sin basar su disidencia en principios científicos o técnicos, sino que sólo se basa en una diferente y personal apreciación subjetiva de los elementos observados y valorados por el perito, no puede ser admitida.

Por lo demás, aun cuando nuestro ordenamiento procesal no imponga una preferencia de un medio probatorio sobre los restantes, la sana crítica aconseja en casos como el presente, priorizar la especialización del perito deben prevalecer sobre las opiniones de testigos y las restantes pruebas.

En lo que concierne a la prohibición del medicamento por parte de la ANMAT, cabe recordar que nuestro ordenamiento civil adoptó la teoría de la causalidad adecuada, aun cuando su enunciación por Von Kries –que data aproximadamente de 1888- sea posterior a la sanción de nuestra norma. En este marco conceptual, no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes; sino que debe ser considerada aquella causa que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado. Las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes. La adecuación de la consecuencia a la causa se juzga en relación a la previsibilidad en abstracto (Bustamante Alsina, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, pág. 223) y es esa previsibilidad la que permitirá establecer si estamos ante consecuencias inmediatas, mediatas o casuales.

Al respecto, cabe establecer que, de conformidad a lo establecido por los arts. 901 y 903 del Código Civil derogado -aplicable al caso-, debe reputarse que media causalidad jurídicamente





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

relevante cuando entre el hecho antecedente y el consecuente, el primero cuenta con virtualidad para producir el segundo.

Esa relación de causalidad requerida no es la meramente material, que no necesariamente resulta jurídicamente suficiente para concluir que el autor del hecho dañoso de que se trate deba afrontar la reparación (LLambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil-Obligaciones”, T. I, págs. 356/7), debe contar con una entidad jurídica que permita reputar que los daños son consecuencia de los hechos.

La determinación del nexo causal entre el hecho y sus consecuencias, depende de las circunstancias que acompañan a la producción del daño, es decir, de las particularidades del caso. En este sentido, la investigación sobre el nexo entre la conducta analizada y sus resultados es una cuestión de hecho, supeditada a la apreciación del juez y que se corresponde con sus peculiaridades. Todo el asunto queda encerrado en la órbita de la función juzgadora, pues es el juez quien debe establecer, a través de los elementos allegados por las partes, la existencia de la relación de causalidad y la carga de la prueba se rige por los principios procesales básicos que establecen su distribución (art. 377 del CPCN)

De ello se sigue que el damnificado por el daño tiene a su cargo demostrar el hecho, el daño y el nexo causal, pues si no llega a acreditarlo, no obstante que pueda jugar a su favor una presunción de culpabilidad, su reclamo resarcitorio no puede prosperar (Belluscio, Código Civil..., T. IV Pág. 53)

En la especie, no se ha producido ningún medio idóneo tendiente a acreditar la relación de causalidad que en todos los casos debe ser probada por quien la invoca –aún en los casos de responsabilidad objetiva-; pues la ley prescinde de la prueba de la culpa del agente, pero la causalidad física entre el hecho y el daño siempre deberá probarse (Brebba, *Hechos y actos jurídicos*, T. I, págs. 41 y 42; Belluscio, op. cit., pág. 56)



De allí que si lo reclamado no guarda nexo de causalidad -o al menos no ha sido probado- con la responsabilidad juzgada el accionado no debe responder.

VI. Finalmente, cabe agregar que la invocación por parte de los actores del decreto 1269/92 y de la ley 24240 en nada modifica la ilustrada sentencia de la distinguida Magistrada de la anterior instancia, pues el decreto mencionado resulta inaplicable por haber sido derogado por el decreto 455/2000.

Con relación a la invocación de la ley 24240, sin perjuicio de señalar que tal norma no ha sido invocada en la demanda, la Ley de Defensa del Consumidor pone a cargo del proveedor una obligación expresa de seguridad de resultado (art. 5), y complementa esa regulación disponiendo, en su art. 40, que si el daño resulta “*del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio*” la legitimación pasiva se amplía a todos los sujetos que han intervenido en la cadena de producción y comercialización del producto o servicio, quienes responden objetivamente y en forma concurrente –pese a que la ley dice, impropiamente, “solidaria”-, sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan corresponder una vez indemnizada la víctima (vid. mi trabajo “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, LL, 2008-C-56)

La aplicación de esta norma no varía los principios antes sustentados, pues quien pretenda la aplicación del art. 40 antes mencionado deberá acreditar que el producto o la prestación presenta algún vicio, así como la causalidad material entre aquel y los daños cuya reparación se impetra (Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Universidad, Buenos Aires, 1983, p. 554; del voto del Dr. Picasso, CNCiv, Sala A, “R., F. E. c/ Bayer S. A. y otros s/ Daños y Perjuicios”, L N° 584.026, 22/8/2012)

Como se señaló anteriormente, la omisión probatoria en torno a la relación de causalidad sella la suerte de la presente acción.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

VII. No se soslayan los lamentables sucesos padecidos por la co-actora, mas lo cierto es que no se evidencia que aquellos puedan ser endilgados a las demandadas por no configurarse en el caso los presupuestos de responsabilidad.

En consecuencia, no se advierte que el razonamiento que llevó a la sentenciante a decidir el rechazo de la demanda haya sido errado, por el contrario, no hubiera contado con ningún elemento objetivo que le permitiera arribar a una conclusión diversa.

Por las razones expuestas, si mi voto fuera compartido, propongo al Acuerdo:

1.- Confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide y fue materia de agravios

2.- imponer las costas de Alzada a los recurrentes vencidos (art. 68 del Código Procesal)

Así lo VOTO

Las Dras. Patricia Barbieri y Beatriz A. Verón adhieren al voto precedente.

Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras Vocales por ante mí que doy fe.



Buenos Aires, 24 de Junio de 2019.

Y VISTOS:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal RESUELVE:

I. Confirmar todo lo decidido en la sentencia en crisis que fuera motivo de apelación y agravios.

II. Imponer las costas de Alzada a los recurrentes vencidos.

III. Para conocer los honorarios regulados a fs 498 y que fueran apelados a fs.503 y fs. 508 por bajos respectivamente.

En materia de honorarios esta Sala considera prudente revisar el criterio anteriormente sustentado por mayoría por lo que el examen de la cuestión nos lleva a considerar que la ley 27423 es la que mejor preserva el valor de las retribuciones judiciales que tiene carácter alimentario (Cf art 3 de la ley mencionada).

Por ello teniendo en cuenta además que, sea la vía de la ley 21839 o de la ley anteriormente citada, el resultado del cálculo al que se arriba en el caso a los efectos regulatorios es similar de acuerdo con los porcentajes preestablecidos en ambas leyes y en atención al margen de discrecionalidad que surge de la apreciación de la tarea profesional, se procederá a efectuar la presente regulación de honorarios según la ley 27423 en virtud de ello y de conformidad a las pautas establecidas en el art 21 se regulan los honorarios del perito médico Dr. Alberto José Curci Castro en la suma de pesos treinta y nueve mil novecientos cuarenta y tres(\$39.943) equivalentes a 19,25 Umas y los del perito Eduardo Miguel Raichman en la suma de pesos de pesos treinta y nueve mil novecientos cuarenta y tres(\$39.943) equivalentes a 19,25 Umas.

En cuanto a las tareas desarrolladas en la Alzada conforme la aplicación de la nueva normativa arancelaria (art 30 de la ley 27423) se regulan los honorarios del Dr. del Dr. Alfredo H. Lomanto en la suma de pesos diecisiete mil quinientos (\$17.500) equivalentes a 8,43





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

UMAS y los del Dr. Hernán Agustoni en la suma de pesos veintiún mil ochocientos cuarenta (\$21840) equivalentes a 10,52 UMAS (Acordada CSJN 8/2019).

FDO.: GABRIELA SCOLARICI – PATRICIA BARBIERI –
BEATRIZ A. VERÓN.

