

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE O. CHEDIK GONZALEZ

Montevideo, diez de junio de dos mil trece

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "PEREIRA, LUIS EDUARDO Y OTRAS C/ COOPERATIVA MEDICA DE RIVERA (COMERI) Y OTRO. DAÑOS Y PERJUICIOS. CASACION", I.U.E. 330-170/2006, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva No. 60/2012 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5o. Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva No. 39 del 24 de junio de 2010, la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia de Rivera de 3o. Turno falló:

"Acogiendo parcialmente la demanda incoada, consecuentemente condénase en forma solidaria a la Cooperativa Médica de Rivera (COMERI) y a Oscar Brioso Soulier a pagar los siguientes rubros: a) U\$S 40.000 por daño moral del co-actor Luis Eduardo Pereira Leal, b) U\$S 40.000 por daño moral de la co-actora Marta Lucía Ferreira, c) U\$S 50.000 por daño moral de la co-actora Florencia Pereira, d) \$ 829.872 por lucro cesante de Marta Lucía Pereira, e) \$ 405.000 por gastos de pañales, f) \$1.123.200, \$ 183.600 y U\$S 3.000 por tratamiento fisioterapéutico, de fonoaudiología y ortodoncia respectivamente y en relación a la co-actora Florencia Pereira, g) \$ 55.300 por gastos de pasajes, h) \$ 400.000 por gastos de medicamentos y otros (numeral 10.e.VIII). Asimismo se condena a los demandados a constituir un capital que genere una renta en las condiciones señaladas en el Considerando 10.d) de la presente y al pago de las erogaciones generadas en la construcción de un baño difiriéndose su liquidación a la vía incidental de conformidad con el art. 378.1 del C.G.P. y de acuerdo a lo indicado en el Considerando 10.e.IX). Todo más las actualizaciones que correspondan desde el hecho ilícito y de conformidad con el Decreto-Ley 14.500 e intereses desde la demanda.

Desestímase la condena solicitada en concepto de pérdida de la chance de la co-actora Marta Ferreira, el daño emergente por concepto de pago de la cuota mutual, alojamiento y compra de un automóvil.

Sin especial condenación procesal..." (fs. 996-1038 vto.).

II) Por sentencia definitiva No. 60 del 4 de mayo de 2012, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5o. Turno falló:

"I) Revócase la sentencia apelada y en mérito de ello, desestímase íntegramente la demanda de autos, sin especial condena en costas y costos del grado..." (fs. 1106-1113 vto.).

III) Contra dicha sentencia, la parte actora dedujo el recurso de casación en examen (fs. 1116-1134) por entender que el Tribunal contravino lo dispuesto por los arts. 14, 24 nal. 4), 140, 141, 153, 170, 175, 184, 200, 268, 270 y 277.3 del C.G.P.

En tal sentido, expresó, en síntesis, los siguientes agravios:

a) Si bien se entiende que la aplicación del instituto de la decisión anticipada es discrecional,

el Tribunal, en el presente caso, vulneró flagrantemente las previsiones de la Ley adjetiva al respecto.

b) La Sala no valoró la prueba incorporada al expediente en forma conjunta, racional y armónica, por lo que incurrió en un absurdo evidente.

c) Erróneamente, el tribunal ad quem le confirió un valor determinante y excluyente al informe realizado por el M.S.P. en marzo de 2005, ignorando que fue elaborado fuera del juicio y sobre bases falsas.

d) También omitió considerar que hubo una cadena importante y secuencial de omisiones, inacciones y negligencia por parte de los demandados, y la sumatoria de todas ellas condujo al tan lamentable resultado ventilado en este proceso. Así, no tuvo en cuenta la escasa dinámica uterina que presentó la Sra. Ferreira durante todo el trabajo de parto. Del mismo modo, omitió considerar que la falta de adopción de medidas para corregir esa pobre dinámica condujo a un parto dificultoso (distócico) y a un período expulsivo prolongado.

e) Además, el Tribunal ignoró por completo (al no hacer ninguna mención al respecto) el informe del Dr. José Cuadro que luce en autos y el peritaje practicado por el neuropediatra Dr. Alfredo Cerisola.

f) En definitiva, la ostensiblemente equivocada valoración de la prueba que realizó la Sala le impidió apreciar o tener por probado que fue la negligencia de los demandados (controles insuficientes del trabajo de parto y ausencia del ginecólogo al momento del nacimiento) lo que provocó los daños irreversibles que experimentó la niña.

IV) Sustanciada la impugnación, la parte demandada evacuó el traslado que le fue conferido, abogando por el rechazo del recurso interpuesto (fs. 1140-1155).

V) Franqueada la casación, los autos se recibieron en este Colegiado el 16 de agosto de 2012 (fs. 1160).

VI) Por auto No. 2.024 del 29 de agosto de 2012, se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia (fs. 1161 vto.), al término del cual se acordó este pronunciamiento en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por el quórum legalmente requerido (art. 56 inc. 1 de la Ley No. 15.750), casará la sentencia recurrida y, en su lugar, condenará a los codemandados Cooperativa Médica de Rivera y Oscar Briosso a pagarle a la parte actora, en concepto de pérdida de chance, el 80% de los rubros objeto de condena en primera instancia, en virtud de los fundamentos que expresará a continuación.

II) El caso de autos

En el caso, constituye un hecho no controvertido que Florencia Pereira Ferreira nació el 7 de febrero de 2003 en el Sanatorio CO.ME.RI. de la ciudad de Rivera, así como también que su madre, Marta Ferreira, primigesta, cursó un embarazo bien controlado y tolerado de 39 semanas, con estudios paraclínicos y de laboratorio cuyos resultados fueron normales.

La discusión gira en torno a los hechos acaecidos el día del nacimiento de la niña durante el trabajo de parto, especialmente con relación a los controles que se le realizaron a la madre, a la hora del nacimiento de la bebé y a la presencia del médico ginecólogo de guardia (Dr. Briosso), así como también con respecto al nexa causal entre la conducta de los

dependientes de la cooperativa médica y la enfermedad padecida por la niña.

También está fuera de discusión que la niña experimentó un sufrimiento fetal agudo y depresión neonatal severa, que derivaron en la hipoxia isquémica y en el agravio neurológico que actualmente padece y que es irreversible.

Los actores atribuyen la responsabilidad por la lesión cerebral sufrida por Florencia Pereira a los deficientes controles que se le realizaron a su madre durante el trabajo de parto y, fundamentalmente, a la conducta del codemandado Dr. Briosso, quien no estuvo presente a la hora del parto y no realizó ninguna indicación, antes de retirarse del nosocomio, referida a la atención que debería brindársele a la parturienta.

III) Los hechos probados

Ambas partes coinciden en la relación de hechos consignada en la historia clínica de la paciente que a continuación se detallará.

La Sra. Marta Ferreira ingresó a las 5:10 hs. del 7 de febrero de 2003 a la maternidad de COMERI, debido a que comenzó a tener contracciones. En ese momento, se comprobó que no padecía hidrorrea, que tenía escasa genitorragia, que los latidos fetales eran normales, que los movimientos fetales eran positivos y que presentaba 4 cm de dilatación.

A las 6:10 hs. se dejó constancia de que los latidos fetales eran normales (138 latidos por minuto) y que los movimientos fetales eran positivos.

A las 7:20 hs. se anotó que tenía contracciones cada 5 minutos, tono normal, latidos fetales normales y movimientos fetales positivos (140 latidos por minuto).

A las 7:45 hs. se consignó que tenía contracciones cada 5 minutos, tono normal y latidos fetales normales. Al tacto vaginal, se verificó que tenía cuello centro vaginal borrado, tenso, 6 cm de dilatación cefálica en primer plano, ruptura artificial de membranas, líquido escaso, impresión a claro. Se indicó Sertal intravenoso.

Posteriormente, a las 9:30 hs., se escribió que los latidos fetales eran normales, cuello centro vaginal borrado, reborde anterior y presentación cefálica en primer plano.

A las 9:45 hs. la examinó el Dr. Briosso, quien comprobó que tenía el cuello borrado, dilatación completa, reborde lateral, cefálica llegando a segundo plano y latidos fetales normales.

A las 10:45 hs. se dejó constancia de que la dilatación era completa, presentación en segundo plano, y que los latidos fetales eran normales.

La Sra. Ferreira fue llevada a la sala de partos a las 11:45 hs. Se escribió que los latidos fetales eran normales.

Entre las 12:05 y las 12:10 hs. se comprobó que el feto sufría una bradicardia (latidos fetales por debajo de los índices considerados como normales). Inmediatamente, se llamó al Dr. Briosso para que concurriera al lugar.

La niña Florencia Pereira nació a las 12:20 hs., con una asfixia perinatal severa y prolongada, e instaló precozmente una encefalopatía hipóxico-isquémica grave.

IV) Con respecto a la incorrecta aplicación del art. 200 del C.G.P.

Este agravio no es de recibo.

Como este Colegiado ha sostenido múltiples veces, la determinación de si se verifican o no las causales previstas en el art. 200 del C.G.P., que habilitan a los tribunales de segunda instancia (tanto unipersonales como colegiados) a dictar sentencia mediante el instituto de la decisión anticipada, es de resorte exclusivo de los tribunales de mérito.

Por consiguiente, no es revisable en casación la calificación hecha por el Tribunal en punto a si el asunto es simple o complejo, así como tampoco el juicio relativo a la existencia de jurisprudencia de la Sala sobre el caso, si hay manifiestas razones de urgencia o si se está ante un supuesto en que es evidente la finalidad de retardar innecesariamente el proceso (entre muchas otras, sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 155/2006 bis -en R.U.D.P. 2/2007, c. 468, págs. 281 y 282-, 39/2007, 942/2008, 153/2009 -en R.U.D.P. 1-2/2010, c. 1099, pág. 585-, 468/2009 y 663/2012).

V) La errónea valoración de la prueba realizada por el Tribunal

El recurso de casación deducido, medularmente, se enderezó a cuestionar la valoración probatoria efectuada por el tribunal ad quem.

En este punto, corresponde recordar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que la revaloración del material fáctico tenido en cuenta por los tribunales de mérito se encuentra vedada en la etapa de casación, salvo en hipótesis de absurdo evidente, arbitrariedad o ilogicidad en la ponderación realizada por dichos órganos.

Sobre el particular, este Colegiado ha sostenido en forma reiterada que a pesar de que el art. 270 del C.G.P. prevé la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba como causal de casación, el ámbito de la norma queda circunscripto a la denominada prueba legal o tasada y, en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando se incurre en absurdo evidente por lo grosero o infundado del razonamiento y la denuncia de tal error surge, explícita, del memorial de agravios o se infiere de la forma en que ellos han sido estructurados.

En esta línea de razonamiento, la Corporación ha expresado que tanto la revisión de la plataforma fáctica como la revaloración de la prueba no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría a esta etapa de casación o de revisión meramente jurídica en una tercera instancia no querida por el legislador (sentencias Nos. 58/1993, 716/1996, 338/2002, 323/2003, 202/2005, 706/2008, 74/2009, 163/2009 -en R.U.D.P. 1-2/2010, c. 1122, págs. 596 y 597- y 685/2012, por citar simplemente algunas a modo de ejemplo).

Refiriéndose al absurdo evidente como vicio en la ponderación de la prueba y haciendo caudal de varios fallos de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, De La Rúa sostiene:

"...ha de entenderse por 'absurdo' todo aquello que escapa a las Leyes lógicas formales y las transgrede, o lo que es impensable o inconcebible y no puede ser de ninguna manera, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio, es decir, cuando existen vicios en el mecanismo lógico del fallo, o cuando la operación intelectual cumplida por el juez lejos de ser coherente lo lleva a premisas o conclusiones abiertamente contradictorias entre sí, o cuando las conclusiones son incoherentes o contradictorias, o se demuestra lo contrario de lo que se pretende, o si la reflexión se auxilia con premisas falsas, o cuando el silogismo empleado para establecer las conclusiones

fácticas se aparta de las Leyes de la razón y de la lógica, o existen proposiciones distintas que se excluyen entre sí recíprocamente..." (De La Rúa, Fernando, El recurso de casación en el Derecho Positivo Argentino, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1968, págs. 388 a 390).

El referido autor sostiene que la tesis del absurdo no se limita a la revisión de la ilogicidad de las sentencias, sino que también comprende el control de la legitimidad de la motivación de la sentencia, afirmando que ésta se viola al prescindir de pruebas esenciales, al computar pruebas inexistentes o al valorar pruebas inválidas. De esta manera, considera que incurre en absurdo valorativo el fallo que fundamenta sus conclusiones de hecho en prueba que no reviste el carácter de tal, o que da categoría probatoria a lo que por su naturaleza no puede tenerla, como cuando se funda en un peritaje que no es terminantemente asertivo y que, dadas las circunstancias del caso, tampoco habría podido serlo, o en apreciaciones contradictorias del perito, o en un dictamen pericial que no está fundado en hechos probados, con lo cual se declara absurda la motivación cuando se basa en pruebas inválidas. Enseña que también existe apreciación absurda de la prueba si se omite alguna esencial, como cuando rechaza la demanda por falta de prueba, si la hay, o cuando se omite computar la confesión o, más ampliamente, cuando se sientan conclusiones en abierta contradicción con las constancias de la causa, cuando se prescinde en su totalidad de las evidencias que resultan de la prueba producida, o cuando la sentencia invoca pruebas no incorporadas a la causa (ob. cit., pág. 391, los subrayados no figuran en el texto original).

En dicho marco y respecto a la afirmación de la parte actora de que la Sala incurrió en absurdo evidente al ponderar el material probatorio allegado a la causa, los Sres. Ministros que conforman la mayoría que concurre a dictar la presente sentencia consideran que le asiste razón a la recurrente, habida cuenta de que la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal se hizo en clara contradicción con las reglas de la sana crítica (art. 140 del C.G.P.), al conferirle valor preponderante a ciertas probanzas en detrimento de otras que ostentan una eficacia convictiva sensiblemente mayor, como se detallará inmediatamente.

La Suprema Corte de Justicia comparte la correcta valoración probatoria y la adecuada argumentación realizada en primera instancia, lo cual determina la responsabilidad de los demandados con relación al resultado dañoso, conforme a los términos que se determinarán más adelante.

VI) Acerca del valor probatorio del informe médico elaborado en vía administrativa

Con relación al informe confeccionado en el curso de la investigación administrativa ordenada por el M.S.P. (en el cual se concluyó que no se comprobaron irregularidades en la atención brindada a la paciente; fs. 537-537 vto.), es claro que no se trata de un peritaje.

La decisión del Tribunal, al otorgarle valor de prueba pericial a dicho informe, fue errónea.

La Corporación ya tuvo oportunidad de pronunciarse en sentido similar al postulado en esta ocasión, al expresar que:

"Resulta asimismo de franco rechazo lo afirmado por el recurrente a fs. 793 v. en cuanto a que la Sala incurrió en infracción normativa al apartarse sin explicación de la 'peritación' del Dr. Bozzolo. En efecto, las declaraciones de dicho profesional no fueron formuladas a título de pericia, sino como testimonio en vía administrativa, por lo que es

evidente que el deber previsto en el art. 184 C.G.P. no resulta de aplicación en la especie.

El recurrente incurre en el error de confundir la figura del testigo técnico con la del perito, siendo de recibo en nuestro ordenamiento procesal la primera, pero sin que resulte admisible que a través de ella se invada el campo propio de la segunda, atribuyéndole a la declaración del testigo técnico el valor de dictamen pericial, con la consiguiente aplicación de las reglas legales específicas de valoración de éste (Cf. Código General del Proceso, obra colectiva dirigida por el Prof. Vescovi, t. 5, págs. 52/53 y 274" (sentencia No. 126/2006 de este Alto Cuerpo).

Y el hecho de que ambas partes hayan manifestado que dicho informe podría hacer las veces de prueba pericial no le confiere el carácter de tal, habida cuenta de que la voluntad de las partes resulta ineficaz para transformar la naturaleza jurídica de un medio de prueba, en el bien entendido de que el peritaje deriva del encargo judicial, además de que reviste características propias que, evidentemente, no están presentes en el informe realizado en sede administrativa, a lo que cabe añadir el dato no menor de que el informe se realizó sin el contralor de las partes.

Tal como está planteada la discusión, es menester determinar cuál es la trascendencia de la prueba pericial en materia de responsabilidad médica.

En términos generales que es dable recordar, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que si el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetable y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél (sentencia No. 352/2004).

Por su parte, Devis Echandía enseña, en criterio que se comparte, que el rechazo por el Juez del dictamen pericial debe basarse en razones serias que debe explicar, en un análisis crítico tanto de sus fundamentos como de sus conclusiones y de las demás pruebas sobre los mismos hechos, que lo lleve al convencimiento de que, o bien aquéllos no aparecen suficientes, carecen de lógica o son contradictorios entre sí, o bien no existe la relación lógica indispensable entre esos fundamentos y tales conclusiones o éstas contrarían normas generales de la experiencia, hechos notorios, otras pruebas más convincentes, o resultan absurdas, increíbles o dudosas por otros motivos (Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II, pág. 348).

En definitiva, las conclusiones del dictamen pericial asumen eficacia convictiva, rango de probabilidad o verosimilitud preponderante, apta para conformar la plena prueba en sede civil (cf. sentencias Nos. 62/2009, 211/2010 y 2.434/2010 de la Corporación, entre otras).

A su vez, el profesor colombiano Parra Quijano expresa, en términos con los que se coincide, que:

"Si se tiene presente que el perito es un auxiliar del juez y el dictamen un medio probatorio, resultaría un verdadero contrasentido que el funcionario tuviera que aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, éstos serían los falladores.

(...)

Reiteramos, el juez debe ejercer un poder de señorío y estudio del dictamen pericial, y es él, en últimas, quien decide si es de recibo como prueba, sobre todo teniendo presente la fundamentación de éste..." (Parra Quijano,

Jairo, Manual de Derecho Probatorio, 13a. edición ampliada y actualizada, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002, págs. 552 y 554).

Entonces, si partimos de la indiscutible premisa de que el magistrado se puede apartar de las conclusiones del dictamen pericial (de acuerdo con lo que prescribe el art. 184 del Código ritual), se colige que, en el caso de autos, mucho más se puede prescindir del informe elaborado en sede administrativa y tenido en cuenta por el Tribunal de Apelaciones para desestimar la demanda, en virtud de que ni se trata de un peritaje ni se sustenta en criterios científicos irrefutables.

Al estudiar el valor del peritaje médico, Patitó enseña:

"En general el valor del dictamen pericial depende de los siguientes elementos:

1. Competencia, idoneidad, capacidad y condiciones científicas del perito;

2. Principios científicos en que se funda: estos principios son los que se deben desarrollar en forma clara y concisa en el apartado de las consideraciones medicolegales;

3. Respuesta a los puntos de pericia;

4. Concordancia con las diversas opiniones científicas sobre el tema;

5. Concordancia con las reglas de la sana crítica" (Patitó, José Angel, Medicina Legal, Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, 2000, págs. 130 y 131).

Y estas notas están ausentes en el informe en el que se basó la Sala, como se explicará a continuación.

Debe ponerse de relieve que la brevedad del informe llama la atención, especialmente porque el médico que lo elaboró (Dr. Jorge Martínez Torena, Prof. Agdo. de Ginecología "C") reconoció que el voluminoso expediente que estudió consta de 482 carillas, pese lo cual pudo sintetizar sus particularidades y sus conclusiones en tan solo, prácticamente, una carilla (véanse fs. 537-537 vto.).

También corresponde hacer hincapié en que las conclusiones a las que arribó no fueron adecuadamente fundadas ni se apoyaron en bibliografía especializada, o, al menos, eso no fue explicitado por el profesional. Por mencionar solo una crítica que se le puede realizar al informe, repárese en que cuando dice que "la atención se mantuvo en todo momento dentro de los cánones aceptados para el control de un trabajo de parto", no explica cuáles son esos parámetros aceptados, así como tampoco desarrolló su lacónica expresión de que "no existen elementos que puedan hablar de irregularidades en la atención de la referida abonada ni durante su trabajo de parto ni en el período expulsivo del mismo" (fs. 537 vto.).

También debe agregarse que el Dr. Martínez Torena no tomó en consideración que el Dr. Brioso no estaba en la sala de partos, como efectivamente surge acreditado de la prueba de autos.

Finalmente, puede decirse que se trataron de conclusiones que no provinieron de una junta médica (con lo cual se hubiese garantizado, por lo menos, que más de un profesional hubiese estudiado el asunto), sino de un solo médico que no fundamentó -aunque fuera mínimamente- su informe y que formuló aseveraciones que, como se verá en el Considerando próximo, resultaron contradichas por la bibliografía médica especializada que aportó al proceso la propia parte demandada; motivos que conducen a

sostener, sin hesitación, que el valor científico que se le puede reconocer es nulo.

VII) Las pruebas que sirven de sustento para la condena que se impone en la presente etapa

Por consecuencia de lo expresado en el Considerando anterior, es claro que el único dictamen pericial practicado en autos es el formulado por el Dr. Alfredo Cerisola, especialista en neuropediatria.

Dicho experto señaló que el embarazo y el inicio del trabajo de parto se habían desarrollado sin complicaciones. Al final del trabajo de parto, se detectó una bradicardia fetal severa, que persistió luego del parto.

Florencia Pereira padece una parálisis cerebral que presenta el grado máximo de discapacidad o limitación funcional. Según el especialista, cabe atribuirle a la asfixia intraparto que experimentó (en especial, fs. 894), es decir, al sufrimiento que vivió durante el período expulsivo (aclaración en audiencia a fs. 903).

La Suprema Corte de Justicia considera que le asiste razón a la decisora de primer grado cuando sostiene que, durante el trabajo de parto, ni el médico ginecólogo ni la partera actuante efectuaron un control obstétrico razonable de la madre de la niña. El Dr. Briosso examinó a la paciente una única vez, y pese a haber comprobado personalmente que la dilatación ya estaba completa (a las 9:45 hs.), no realizó ninguna indicación respecto a cuál sería el procedimiento a seguir con la Sra. Ferreira. Por su parte, la partera solo controló a la parturienta cada una hora y no adoptó ninguna medida para solucionar o, por lo menos, poner sobre aviso de la pobre dinámica uterina que presentaba la paciente.

Otro aspecto a tomar en consideración es la extensa duración del período expulsivo del feto.

En este sentido, en la bibliografía especializada que incorporó la propia parte demandada, se consigna que:

"La duración del período expulsivo es relativamente breve. Por término medio dura 40 minutos en las nulíparas y 20 en las múltiparas, pero las variaciones individuales son muy grandes. En el 60% de las nulíparas y en el 92% de las múltiparas el período expulsivo ha concluido antes de una hora. Actualmente, se considera que el clínico debe valorar no sólo su duración, sino también su progreso. En ausencia de compromiso fetal, si la dinámica uterina es adecuada, la colaboración de la madre es buena y no existen problemas maternos que lo contraindiquen, se acepta duración normal hasta dos horas en las nulíparas y hasta una hora en las múltiparas, siempre y cuando exista progreso continuo de la presentación..." (Tratado de Ginecología, Obstetricia y Medicina de la Reproducción, Tomo I, Director: Luis Cabero Roura, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2003, págs. 425 y 426 -fs. 510 vto.-511-; los destacados en negrilla y subrayado no figuran en el texto original).

En otra obra especializada que aportó la parte demandada, se manifestó lo siguiente sobre el sufrimiento fetal:

"El diagnóstico de sufrimiento fetal debe ser preciso ya que, a punto de partida de éste, se pueden poner en marcha una serie de medidas terapéuticas que pueden afectar a la salud materna y a la perinatal del feto, como por ejemplo una cesárea de emergencia, la aplicación de fórceps, la administración de infusiones a la madre, etc..." ("Análisis de la prevalencia de sufrimiento fetal agudo, asfixia perinatal y síndrome hipóxico

isquémico en la maternidad del Centro Hospitalario Pereira Rossell", autores varios, pág. 86 -fs. 518-).

Y no se adoptó ninguna de estas medidas a pesar de que, a las 11:45 hs., ya se habían cumplido 2 horas desde que el propio Dr. Briosso comprobó que la dilatación era completa y que la dinámica uterina de la Sra. Ferreira era bastante escasa (fs. 547). El último control previo al momento en el cual la partera detectó la bradicardia fue entre 20 y 25 minutos antes, por lo cual no puede determinarse, a ciencia cierta, cuánto duró el sufrimiento fetal de la niña.

En el informe del Prof. Dr. José Carlos Cuadro (solicitado a instancia de la parte demandada), se afirmó que se trató de un embarazo absolutamente normal, o sea, de bajo riesgo, y que el trabajo de parto se caracterizó por una hipodinamia (contracciones uterinas de baja intensidad y frecuencia) que no fue corregida, lo cual, a juicio de dicho profesional, fue la causa del período expulsivo prolongado (fs. 548).

Entre la hora de ingreso de la paciente al sanatorio (5:10 hs.) y su pase a sala de partos (11:45 hs.), se le realizaron 5 controles del trabajo de parto (fs. 531).

También se tiene por probado que la asfixia de la niña se produjo durante el trabajo de parto y que el período expulsivo superó entre 35 y 40 minutos el tiempo considerado como máximo por la doctrina médica más recibida. Además, es dable sostener que los controles que se le realizaron a la paciente fueron insuficientes.

En sentido coincidente con lo expresado por la Sra. Jueza a quo y partiendo de lo señalado precedentemente, puede decirse que las reglas de la experiencia permiten concluir que la paciente no fue controlada como razonablemente hubiese correspondido, ni por las parteras ni por el ginecólogo. De este modo, no es absurdo pensar que los controles efectuados cada una hora por la partera cuando la Sra. Ferreira ya había dilatado completamente y tenía contracciones cada pocos minutos fueron insuficientes. De la misma manera, también es reprochable el comportamiento del ginecólogo, quien, a pesar de haber comprobado la dilatación completa a las 9:45 hs., se retiró del centro asistencial sin hacer ninguna indicación acerca de la atención o de los controles que se le deberían realizar a la paciente y sin tener en cuenta el lapso que la doctrina médica más autorizada considera como máximo entre la dilatación total y el parto, momento éste en el cual, indefectiblemente, sería necesaria su asistencia.

Tampoco hay dudas, a juicio de este Alto Cuerpo, de que el Dr. Briosso no estaba en la sala de partos al momento de nacer la niña. La juzgadora de primera instancia, atinadamente, señaló que el ginecólogo no se encontraba en el momento en que nació Florencia Pereira y tampoco arribó al lugar a las 12:25 hs., sino que lo hizo con posterioridad. Emerge de la prueba testimonial que, en la sala de partos junto con la paciente, estaban su marido, la enfermera Tejeira y la partera Martins. Luego del llamado al pediatra y al ginecólogo, el primero en llegar a la sala de partos fue el pediatra, Dr. Montero, quien se encontraba en el sanatorio (fs. 1017-1017 vto.). La Corporación comparte estas conclusiones sin reservas.

Resulta trasladable a la hipótesis en examen lo expresado por la Suprema Corte de Justicia en un caso en el cual se discutía la trascendencia de la ausencia del médico ginecólogo en el momento del parto. En esa oportunidad, se manifestó, en términos que cabe reproducir por adecuarse a este litigio lo siguiente:

"... por lo que resulta indiscutible que la atención inicial de la paciente, el primer diagnóstico y la indicación de cesárea fueron realizadas por otra médica, sin el concurso de la Dra. Katz, quien no estuvo disponible al momento que lo exigía el servicio, esto es, a la hora del cambio de guardia, para sustituir a la profesional que culminaba su Turno. Razón por la cual no estuvo presente al momento en que debía comenzar la intervención que a él le hubiese correspondido indicar.

Y, resulta evidente, que - contra lo afirmado por el recurrente- la circunstancia de que otros médicos 'que debían estar no estaban' (fs. 796) no enerva la falta cometida al desatender su obligación funcional de estar presente al momento en que se requerían sus servicios de médico de guardia" (sentencia No. 126/2006, los destacados corresponden a quienes, en mayoría, acordaron el presente fallo).

En el mismo sentido, puede citarse la opinión de Gamarra, para quien:

- "La ausencia de la ginecóloga en el momento crucial y más trascendente (el parto), en manera alguna puede considerarse irrelevante, ya que se trata de la persona sobre la cual recae la mayor responsabilidad y está encargada de ejecutar el acto médico por su especialización..." (Responsabilidad civil médica, Tomo 2, 1a. edición, F.C.U., mayo de 2001, pág. 337).

Por consiguiente, parece razonable entender, en un alto grado de verosimilitud, que la deficiente atención que se le brindó a la paciente -lo cual demoró en exceso la expulsión de la niña- y la ausencia del médico ginecólogo al momento del parto constituyeron la causa que determinó la asfixia perinatal que ésta sufrió, con el lamentable e irreversible resultado comprobado en esta causa.

En efecto, resulta evidente que la ausencia del Dr. Briosso al momento del parto impidió la realización de toda maniobra o procedimiento aconsejado por la *lex artis* a fin de evitar el resultado dañoso que, a la postre, experimentó la niña.

Gamarra enseña que las probabilidades existirán toda vez que el auxilio de la medicina pueda ser prestado con beneficio para el paciente, o mejor dicho, cuando estén dadas las condiciones (apreciadas en términos de verosimilitud) para que la asistencia llegue a ser útil (Responsabilidad civil médica, Tomo 2, ob. cit., pág. 334).

Y, como se dijo, quedó fuera de controversia que la Sra. Ferreira cursó un embarazo normal y bien controlado y que los latidos y la vitalidad fetal también eran normales, por lo menos, hasta las 11:45 hs., por lo que, al no haber probado la parte demandada que un control más minucioso del trabajo de parto o la presencia del ginecólogo al momento del nacimiento no habrían resultado útiles para impedir la asfixia de la niña, corresponde amparar parcialmente la demanda.

VIII) Pérdida de una chance

Finalmente, la Corporación considera que la condena debe imponerse en carácter de pérdida de chance, habida cuenta de que lo inadecuado de la atención durante el trabajo de parto y la ausencia del médico ginecólogo a la hora del nacimiento trajeron aparejada una pérdida de la probabilidad de haber evitado el triste desenlace.

Para que pueda hablarse de una pérdida de chance, se requiere que la chance sea seria, real, suficiente, verdadera y que esté relacionada con una probabilidad concreta.

En palabras de Gamarra, hablamos de chance en el sentido de probabilidad de ganar algo o de evitar una pérdida. Normalmente, la situación futura que deviene imposible con la pérdida de la chance (impidiendo, definitivamente, su verificación) significa una ventaja o un beneficio para el damnificado, pero también puede suceder que la realización de la posibilidad esperada consista en evitar una situación desfavorable. En la pérdida de una chance, el dato definitorio es la existencia de una probabilidad concreta, y la reparación queda reducida, inevitablemente, a una fracción de la ganancia esperada (Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXIV, págs. 115 y 116; cf. sentencia No. 1.303/2011 de la Corporación). Y la decisión que se impone en esta etapa resulta en un todo conforme con el principio de congruencia.

En efecto y como ya ha tenido oportunidad de expresar la Suprema Corte de Justicia, si la pretensión busca la reparación integral del daño causado por el acto médico, no se verifica apartamiento del objeto de la litis por extra petita cuando la dimensión económica de la condena abarca solamente la proporción del perjuicio equivalente a la pérdida de la chance de salir indemne a causa de la conducta ilícito culposa del ente asistencial o de sus dependientes.

En otros términos, si al deducir la pretensión, la víctima reclama la reparación integral del daño causado por un acto médico negligente, no incurre en incongruencia el fallo que condena a pagar el perjuicio equivalente a la pérdida de la chance de que la participación de la parte demandada resultara exitosa, aun cuando tal supuesto no hubiera sido explícitamente afirmado en el acto de proposición inicial.

Se trata, en rigor, del acogimiento parcial de la pretensión reparatoria ejercitada, lo cual no exorbita el objeto del proceso ni supone una merma en las garantías del debido proceso y del adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio de los codemandados (cf. sentencia No. 52/2010, extracto publicado en R.U.D.P. 1/2011, c. 1287, pág. 688).

Por ello, aceptando el indudable empirismo y la amplia latitud que impera a la hora de fijar el porcentaje de incidencia causal que se le puede atribuir a un hecho ilegítimo en la producción de un evento dañoso, se estima prudente y razonable fijar esa chance en un 80%, que se determina sobre las sumas de condena impuestas en primera instancia.

IX) Condenaciones causídicas

El contenido casatorio de este pronunciamiento y la correcta conducta procesal de ambas partes determinan que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (art. 688 del C. Civil y arts. 56.1 y 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

CASASE LA SENTENCIA RECURRIDA Y, EN SU LUGAR, CONDENASE A LOS CODEMANDADOS COOPERATIVA MEDICA DE RIVERA Y OSCAR BRIOSSO A PAGARLE A LA PARTE ACTORA, EN CONCEPTO DE PERDIDA DE CHANCE, EL 80% DE LOS RUBROS OBJETO DE CONDENA EN PRIMERA INSTANCIA, SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.

NOTIFIQUESE A DOMICILIO, PUBLIQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUELVA.

DR. JULIO C. CHALAR DISCORDE, en tanto entiendo corresponde desestimar el recurso interpuesto, por no ser de recibo los agravios esgrimidos, según los argumentos que desarrollo seguidamente.

Al igual que los restantes Ministros, y por iguales fundamentos, entiendo que el agravio derivado de la incorrecta aplicación del artículo 200 del Código General del Proceso (C.G.P.) no es de recibo.

En lo que refiere al agravio derivado de la infracción del artículo 197 del C.G.P., manifiesta la recurrente que "... el fallo vulneró el Art. 197 del Código General del proceso, al haber omitido mencionar los hechos que fueron probados y los fundamentos de derecho que le permitieron apartarse de la debida valoración de los elementos colectados en el proceso para revocar la sentencia apelada" (fs. 118). A mi juicio tampoco es de recibo este agravio. De la lectura atenta de la sentencia impugnada se advierte -más allá de compartirse o no-: (i) una reseña pormenorizada de los hechos que considera relevantes (ver el extenso considerando III y su referencia pormenorizada a los diversos hechos que fundan la decisión de la Sala); (ii) una referencia general a las normas que fundan su decisión. Que no se comparta la valoración de los hechos no equivale a que se haya vulnerado el artículo 197 del C.G.P.

Por último, cabe referir al agravio derivado de la infracción del artículo 140 del C.G.P. Entiendo que de acuerdo con lo establecido por el artículo 270 del C.G.P., no procede re-examinar la prueba producida en sede de casación, salvo supuestos en que se evidencie arbitrariedad, o error o absurdo evidente en la valoración realizada por los tribunales de mérito. En tal sentido, comparto el criterio expuesto por la Suprema Corte en mayoría en diversos pronunciamientos (Sentencias Nos. 2441/2010, 228/2006, 8/2000, entre muchas otras).

Es aplicable al caso lo señalado por la Corte en Sentencia No. 177/2003: "En efecto, las probanzas obrantes en autos fueron valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 140 ejusdem) y no emerge vulneración de prueba tasada ni conclusión que pueda reputarse absurda o arbitraria (conf. sents. de esta Corte Nos. 12/90, 42/92, 93/93, 35/94, 788/94, 939/94, 796/95, 820/95, 890/95, 288/97, 378/97, 106/99, 127/00, 153/00 y 281/00 entre otras). La mayoría de la Corporación comparte la opinión de De la Rúa ("El recurso de casación", pág. 366) en cuanto a que: 'Es cuestión ajena, en principio, a la competencia de la casación la apreciación de la prueba, su análisis o su ponderación, pues ello constituye una facultad privativa de los jueces de mérito, que son soberanos en este aspecto... Los jueces de mérito son libres para optar por una prueba en lugar de otra o para decidir su preferencia acerca del valor de convicción de una prueba con respecto a otra si no se demuestra arbitrariedad o absurdo en la elección'. Y para considerar que existió arbitrariedad o absurdo, enseña el autor citado, éste debe ser evidente, notorio, manifiesto, deben aparecer en la fundamentación del fallo conclusiones contradictorias, que escapen a las Leyes de la lógica (op. cit., págs. 390 y ss.) y en autos esto no ocurrió pues, contrariamente a lo sostenido por la impugnante, la Sala de mérito realizó un pormenorizado análisis de los elementos de convicción allegados a la causa, señalando la incidencia de cada uno de ellos...". En el caso, se advierte que la Sala civil de quinto Turno realizó una valoración de la probanza producida en un todo de acuerdo con los requisitos legales, valoración que en ningún caso puede calificarse como absurda, arbitraria o errónea.

Para la determinación de la incidencia causal del accionar de los demandados en el resultado dañoso, era imprescindible contar con medios probatorios de naturaleza técnica que corroboraran que las conductas de los dependientes de Cooperativa Médica de Rivera, fueron determinantes de la Parálisis Cerebral (cuadriplejía) y demás afecciones permanentes de la niña Florencia Pereira (afecciones detalladas a fojas 888 y ss.).

Sin embargo, de la cuidadosa revisión del expediente surge que no hay medio probatorio alguno en tal sentido, tal como lo relevó el Tribunal actuante.

En términos absolutamente compartibles expresó la impugnada que en el caso "es preciso poner el énfasis en determinar qué hubiera cambiado si el Dr. Briosso hubiera estado presente en el mismo momento en que se instaló el sufrimiento fetal. Resulta por demás claro que la respuesta incide sobre el nexo causal entre la ausencia del Dr. Briosso y el lamentable desenlace sufrido por la niña. En autos, como viene de verse, no se diligenció prueba técnica alguna que confirme o desmienta que la presencia (en ese momento) del Ginecólogo de Guardia (externa) hubiera cambiado el desenlace final padecido por Florencia" (fs. 1111, resaltados del original).

En efecto, en primer lugar cabe considerar el dictamen del perito designado en autos, Dr. Alfredo Milton Cerisola Cardoso, profesor adjunto de la Cátedra de Neuropediatría de la Facultad de Medicina de la Universidad de la República, especialista en neuropediatría. El perito Cerisola Cardoso concluyó que "[d]e acuerdo a los estrictos criterios internacionales aceptados mencionados anteriormente, la Parálisis Cerebral de Florencia Pereira se puede atribuir a la asfixia intraparto" (fs. 894).

Ahora bien, la determinación de la causa de la Parálisis Cerebral de la niña no fue acompañada de una determinación de conducta activa u omisiva reprochable de los demandados. Por el contrario, el dictamen pericial expresamente indica que a efectos de determinar si la asfixia perinatal era prevenible o no se requiere un medio probatorio que, a los efectos de eventual la suerte de la demanda, fatalmente no se diligenció.

Y este es un aspecto definitorio en el caso. Cabe transcribir un párrafo del dictamen pericial de decisiva importancia:

"Existen numerosas comunicaciones científicas que advierten que la incorporación de nuevas tecnologías (como el monitoreo fetal electrónico continuo del trabajo de parto) o el aumento de las cesáreas no ha implicado una disminución de la frecuencia de Parálisis Cerebral en recién nacidos de término. El hecho de definir en un grupo de pacientes que la causa de la Parálisis Cerebral haya sido la asfixia intraparto no equivale a decir que la misma pudo haber sido evitada o prevenida. La definición del carácter prevenible o no de la asfixia perinatal debe realizarse a través de un estudio cuidadoso de cada caso por parte de los especialistas en Obstetricia" (fs. 893, el subrayado es de mi autoría). Y tal pericia no se realizó en autos, por renuncia de la propia parte actora.

En efecto, la parte actora renunció expresamente a la realización de una pericia ginecotológica por considerarla innecesaria; según manifestó, por considerar que ésta carecería de sentido. Se advierte que el 2 de abril de 2009 se presentan los actores y manifiestan que "[a] Fs. 806 el Dr. Justo Alonso, actuando por la Universidad de la República - Facultad de Medicina, Clínica Ginecotológica 'C' - Departamento de Medicina

Legal - Area Pericial Centralizada, manifiesta textualmente: 'Que en Expediente de referencia la Clínica Ginecotológica 'C' ya se expidió a través de un informe realizado por el Prof. Agdo.Dr. Jorge Martínez Torena solicitado por el MSP y elevado en su oportunidad'...De acuerdo a lo informado -y al tenor de la respuesta brindada por dicha Cátedra- esta parte entiende que la Pericia ya fue realizada, por lo cual carece de sentido efectuar nuevamente la misma" (fs. 810). Ante esta renuncia expresa y -en el acierto o en el error- fundada de la parte actora, consentida por la parte demandada, y avalada por la Sede de primera instancia, el proceso de autos se privó de una pericia que hubiera resultado esclarecedora para determinar si la asfixia sufrida por Florencia era o no prevenible, como lo explicó el perito actuante en párrafo antes transcripto.

Resta considerar las conclusiones de los informes técnicos de: (i) la Facultad de Medicina, presentados en el marco de la investigación del Ministerio de Salud Pública (MSP) seguida a raíz de la denuncia de la madre de Florencia, co-actora en autos, así como, (ii) informe del M.S.P., y, (iii) el informe de parte presentado por el Prof. Cuadro, ex profesor titular grado 5 de Ginecología y Obstetricia. Todos ellos concluyen que no hubo un apartamiento de la "lex artis" por parte de los demandados. En efecto, el Ministerio de Salud Pública requirió informes a la Clínica de Ginecotocología "C", y el al Departamento de Neonatología. El informe de la Clínica de Ginecotocología, suscripto por el Prof. Agdo. Jorge Martínez Torena concluyó que "no existen elementos que puedan hablar de irregularidades en la atención de la referida abonada ni durante el su trabajo de parto ni en el período expulsivo del mismo" (fs. 537 vto.). El informe del Departamento Evaluación de Calidad del M.S.P. suscripto por la Dra. Ana Podestá refiere que "[l]a atención obstétrica recibida se mantuvo dentro de los cánones aceptados para el control del trabajo de parto; no encontrándose irregularidades que ameriten ser destacadas" (fs.540). El informe técnico del Prof. Cuadro, requerido por la parte demandada para acompañar su contestación, concluye también que "... a nuestro entender no hubieron errores u omisiones en la asistencia del embarazo y el parto de la Sra. María Lucía Ferreira Rivero, por tratarse de un embarazo y parto de bajo riesgo cuyo primer elemento llamativo fue una bradicardia fetal en pleno período expulsivo minutos antes de producirse la expulsión fetal" (fs. 550).

Dado que en autos se ha dedicado un importante y exitoso esfuerzo a determinar que el Dr. Oscar Briosso Soullier no se encontraba presente al momento del parto, y que llegó luego del alumbramiento, es del caso coincidir con lo dicho por la Sala actuante cuando señaló que "... el valor probatorio de los referidos dictámenes no se ven desvirtuados por el hecho de que hayan partido (entre otras premisas) de que el Dr. Briosso estuvo presente en el momento del parto porque no se diligenció prueba técnica alguna que confirme que de haber estado presente en ese momento el resultado hubiera sido otro".

En función de lo antes reseñado, a mi juicio, el agravio relativo a la errónea de valoración de la prueba no puede prosperar.