

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR RICARDO C. PEREZ MANRIQUE

Montevideo, veintisiete de octubre de dos mil catorce

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "OLHAGARAY AREZO, GRACIELA Y OTRO C/ INSTITUCION DE ASISTENCIA MEDICA PRIVADA DE PROFESIONALES SIN FINES DE LUCRO - C.A.S.M.U.- Y OTRO - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACION", IUE: 2-43350/2009; venidos a conocimiento de esta Corporación, por mérito al recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia Definitiva No. SEF 0005-000036/2014, del 19 de marzo de 2014, dictada en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno.

RESULTANDO:

1o.) Que por la referida decisión se confirmó la sentencia apelada, sin especiales condenas procesales con discordia de los Dres. John Pérez Brignani y Alvaro França, que postulan revocar la decisión antecedente y amparar parcialmente la demanda, condenando a la parte demandada a indemnizar los perjuicios sufridos, difiriendo la liquidación a la vía del art. 378 del C.G.P. (fs. 734-751).

Por su parte, el pronunciamiento de primer grado, por Sentencia No. 13 de 19 de abril de 2013 emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 17o. Turno, había fallado desestimando la demanda, sin especial condenación (652-674 vto.).

2o.) A fs. 755-765 la parte actora interpuso recurso de casación, y luego de analizar su admisibilidad formal, postula la incorrecta valoración de la prueba (arts. 140 y 184 del C.G.P.), pues prescinde de un análisis total y completo de la misma, violando el principio de unidad de la prueba, arribando a conclusiones arbitrarias y erróneas. Desaplica incorrectamente los arts. 1.319, 1.342 y 1.344 del C.C. que establecen cuándo se deben los daños y perjuicios y preceptúan qué se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia, aplicables a la responsabilidad médica cuando el error de diagnóstico resulta de una actitud negligente, imperita o imprudente por lo que el incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de su profesión constituye culpa médica y por tanto el Dr. Bozzolo debe ser responsabilizado, sosteniendo en síntesis que:

- El Tribunal arribó a su decisión partiendo de un análisis parcial del cúmulo probatorio del expediente, basándose en forma exclusiva en la prueba pericial, la cual no fue correctamente valorada al surgir desvirtuada por otros elementos probatorios. Se incurrió en una incorrecta apreciación del dictamen, cuando la pericia no fue concluyente, ni descartó la "obstrucción tubaria".

- Así de la armonización del informe pericial, del testimonio técnico del Dr. Duarte, y de la falta de prueba documental en autos que acredite la existencia de la HSG o de estudio similar que compruebe la permeabilidad tubaria, surge fehacientemente acreditado el hecho que el Dr. Bozzolo no le realizó nunca a su paciente ningún estudio previo tendiente a comprobar en qué estado se encontraba el organismo de la actora, ni HSG, ni otro similar.

- Por tanto, siendo que la pericia no descartó la existencia de la obstrucción alegada por la

parte, se debió aplicar lo preceptuado por los arts. 184 y 140 del C.G.P., armonizando dicho dictamen con el cúmulo probatorio de autos, con los dictámenes técnicos y toda la prueba documental diligenciada en estos obrados.

- Luego de analizar la prueba documental y testimonial técnica, señaló que teniendo en consideración el Principio de Unidad de la Prueba, debía concluirse que había resultado acreditada en autos la "obstrucción tubaria" padecida por la actora, la cual desconocía el galeno hoy demandado, en virtud de no haberle efectuado ningún estudio tendiente a comprobar dicha obstrucción, extremo éste configurativo de "negligencia en el proceso de diagnóstico", equivalente a culpa médica (art. 1.344 del C.C.).

- Como lo señaló el Ministro discorde Alvaro França, es muy probable que la obstrucción tubaria existiera desde antes del 2001 debido a los resultados infructuosos del tratamiento indicado. Es por ello, que debe tenerse por acreditado que la obstrucción tubaria resultara confirmada por diagnóstico de especialistas en el tema y que no resultó refutada por ninguna de las probanzas de infolios, ni siquiera por la pericia.

- El Tribunal dio por probada la realización del estudio de "Persuflación", cuando no lo fue, e incurriendo en este error fundó su sentencia, eximiendo de culpa al demandado, en el entendido que si bien el Dr. Bozzolo no ordenó HSG sí habría ordenando un estudio análogo, vigente en aquel tiempo y adecuado a los conocimientos técnicos imperantes en esos años.

- Existió errónea aplicación de las normas de derecho de fondo (arts. 1.319, 1.341, 1.342, 1.344 del C. Civil) ya que la culpa del Dr. Bozzolo y su negligencia en el proceso de diagnóstico resultó fehacientemente acreditada en infolios.

- El galeno no sólo no ordenó la realización de la histerosalpingografía (HSG) como estudio básico previo a realizarse un tratamiento de fertilización, siendo éste uno de los estudios más antiguos e importantes y tampoco lo indicó previo a las inseminaciones que le practicó a la actora cuando era un estudio preceptivo (conforme lex artis), pero este hecho podría llegar a soslayarse por esta parte si se hubiese acreditado en autos la indicación por parte del Dr. Bozzolo -en aquel entonces- de realizar a la paciente algún otro estudio con igual fin (tendiente a comprobar previo a un tratamiento de fertilización el estado de las trompas de Falopio), conforme a los conocimientos y dominios de la especialidad en aquél entonces, estudio que nunca se le indicó a la actora.

- En el caso no cabe duda que existió "negligencia en el proceso de diagnóstico" y esto compromete la responsabilidad del galeno, máxime teniendo en cuenta la "categoría o clase" del ginecólogo al que se demandaba.

- En definitiva, solicitaron que se franquee el recurso de casación para ante la Suprema Corte de Justicia a quien se solicita revoque la sentencia impugnada, amparando la demanda impetrada (fs. 765).

3o.) Que, conferido traslado, fue evacuado por el representante del codemandado Bozzolo, y por la representante de CASMU IAMPP, abogando ambos por el rechazo del recurso de casación interpuesto con costas y costos (fs. 770 y ss. y 785 y ss. respectivamente).

4o.) Por Auto No. 0002-043350/2009 del 26 de mayo de 2014 (fs. 793), el Tribunal dispuso conceder el recurso de casación interpuesto para ante la Suprema Corte de

Justicia, elevándose los autos en la forma de estilo, donde fueron recibidos el día 6 de junio de 2014 (Cfme. nota de fs. 798.

5o.) Que previo pasaje a estudio, se acordó sentencia en forma legal (Resolución No. 1227/2014, a fs. 799 vto.).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría legal considera que los agravios expresados en la recurrencia resultan de recibo, por lo que corresponde casar la sentencia impugnada, y en su lugar, condenar solidariamente a las demandadas a indemnizar a los co-actores por la pérdida de chance de Graciela Olhagaray Arezo de quedar embarazada al haberse verificado culpa médica a raíz de la demora excesiva en el diagnóstico de la obstrucción tubaria en ambos órganos.

II) Con carácter previo al ingreso al análisis de los agravios ejercitados, procede efectuar una breve reseña de la situación planteada en autos -según lo consignado en el pronunciamiento de primer grado- de la que surge:

a) La Sra. Graciela Mary Olhagaray Arezo y CASMU celebraron contrato de asistencia médica colectiva, encontrándose vigente hacia el período 1995-1999.

b) Durante el mismo estuvo sometida por el Dr. Alejandro Bozzolo a tratamientos dirigidos a concebir consistentes en estimulación voluntaria, inseminación artificial, con resultados negativos.

c) En igual período, el Dr. Bozzolo mantuvo vínculo contractual de naturaleza laboral con CASMU, con objeto prestación de servicios como médico ginecólogo, el que se extinguió el día 25/IX/2000 por despido y que hacia el año 2000 se inauguró en dicha institución la Unidad de Reproducción Asistida, donde recibió atención con igual finalidad la Sra. Graciela Olhagaray por el Dr. Carlos Luis Duarte Araujo y que, por su indicación, fue sometida por primera vez a histerosalpingografía y laparoscopia.

d) Fue admitido que el Dr. Alejandro Bozzolo no ordenó efectuar a la actora examen de HSG, ni que dispusiera su pase a médico endocrinólogo.

e) También fue admitido que la Sra. Graciela Olhagaray Arezo padece de hiperplasia suprarrenal congénita y que el Sr. Wilson Omar De León padeció de astenozoospermia moderada.

f) La litis quedó circunscripta a determinar: si el CASMU detenta o no legitimación causal pasiva en el juicio; si el Dr. Alejandro Bozzolo incurrió en culpa médica por la no realización de examen de histerosalpingografía que lo hubiere habilitado a diagnosticar obstrucción tubaria bilateral de la Sra. Graciela Olhagaray y determinar con ello primigeniamente fertilización in vitro como tratamiento de los actores a fin de lograr la concepción evitando error de diagnóstico y sumisión a tratamientos erróneos durante seis años; y si existió incumplimiento de la obligación de informar por el Dr. Alejandro Bozzolo respecto al Dr. Wilson De León del resultado de espermograma y concurrencia causal en la esterilidad de la pareja.

III) Corresponde ingresar a la consideración de las casuales de casación ejercitadas por el recurrente.

III.1) Con relación al primer motivo de agravio, la mayoría que contribuye a formar la voluntad de este pronunciamiento coincide en que el recurrente no está

planteando extemporáneamente una impugnación de las conclusiones del dictamen pericial, sino que por el contrario efectúa un análisis crítico del informe técnico en el contexto probatorio desarrollado en la causa.

Así, el recurrente en casación señala a fs. 756 que de la debida armonización del informe pericial, del testimonio técnico del Dr. Duarte, y de la falta de prueba documental en autos surge acreditado que el Dr. Bozzolo no le realizó nunca a su paciente estudio previo como la (histerosalpingografía -HSG en adelante- ni otro similar) y sí varias inseminaciones artificiales.

Es de señalar que el perito al ser interrogado sobre cuáles son los estudios previos a una inseminación artificial que deben efectuarse conforme a la "lex artis" señala entre varios a fs. 560 a la HSG, la que no fue efectuada hasta su atención con el Dr. Duarte en el año 2001, indicando asimismo a fs. 570: "Es llamativo que no se haya practicado antes la HSG, aunque hemos dado razones que pueden haber conducido a posponerla, descansando en resultados de procedimientos antiguos pero confiables en manos de quien dice tener experiencia con el procedimiento de la persuflación tubaria".

Expresiones de las que se desprende, sin lugar a dudas que la técnica en la que confió el galeno resultaba menos eficaz que la HSG, precisando además como medios eficaces para determinar la presencia de bridas o adherencias, focos de endometriosis, y la permeabilidad de las trompas la realización de una laparoscopia diagnóstica (fs. 561, 565 vto., 566 y 570), estudio que conjuntamente con el HSG fueron dispuestos por el Dr. Duarte en la fecha preindicada y que determinaron la patología de la paciente.

No obstante ser cierto que el perito no pudo determinar si existía o no la referida obstrucción antes de que la actora comenzara su tratamiento por infertilidad, es recién a raíz de los estudios paraclínicos ordenados por el Dr. Duarte (HSG y laparoscopia exploratoria del aparato reproductivo), realizados con posterioridad a varias inseminaciones artificiales dispuestas por el Dr. Bozzolo los que pusieron de manifiesto la obstrucción tubaria bilateral, lo que incluso surge reflejado en el propio informe pericial a fs. 567 vto.

Si bien los términos de la pericia no refieren literalmente a la certeza o plena convicción respecto de la negligencia en la actuación por parte del facultativo su contenido apunta, no hacia la duda razonable, sino a la verosimilitud preponderante que puede aceptarse como criterio adecuado para tener por acreditado el nexo de causalidad entre la conducta omisiva y el daño por pérdida de chance.

En Sentencia No. 185/2006 la Corporación señalaba: "...actuó con culpa en tanto no agotó todos los medios disponibles para llegar a un diagnóstico adecuado y oportuno, privando a la enferma de la chance de un tratamiento eficaz que le hubiera permitido mejorar su estado y vivir más tiempo, contrariando de tal forma el principio al cual 'el diagnóstico es culpable si no se descarta, en primer término la causa de mayor gravedad' (Gamarra op. cit T 1, págs. 74, 79 y 80)".

La Corte, analizando la culpa médica en casos de error o demora injustificada de diagnóstico, sostuvo en Sentencia No. 4.002/2011 que:

"...debe procederse al estudio de la culpa profesional, recordándose que este tema implica el necesario análisis de si es posible visualizar un concepto particular de culpa médica, distinto al estándar general del 'buen

padre de familia', en el que se basa la noción clásica de culpa, al confrontar un determinado comportamiento con ese modelo legal establecido en el art. 1.344 del Código Civil".

"El problema se evidencia cuando el comportamiento o actuación a comparar es, a su vez, la de un profesional especializado en cualquier materia, pues, en ese caso, al variar uno de los términos de la comparación, necesariamente debe variar el otro. Así, no podría compararse la actuación de un profesional con la de alguien que simplemente pueda catalogarse como un 'buen padre de familia'".

"En rigor, se deben equilibrar ambos extremos, de forma tal de hacer posible la comparación de conductas, y entonces se enfrentará al profesional actuante con el modelo abstracto de un 'profesional medio', el que debe actuar con cuidado, empleando toda la diligencia, y de conformidad con las reglas de la respectiva profesión (Cf. Gamarra, Jorge, Responsabilidad Civil Médica, t. I, la. Ed., reimpresión inalterada, marzo 2000, págs. 40-41)".

(...)

"...puede afirmarse sin hesitaciones que existió culpa médica por parte de la dependiente de la Administración estatal demandada. En efecto, el error de diagnóstico, y de tratamiento consiguientes, constitutivos en el 'subexamine' de mala 'praxis' médica, se encuentran plenamente acreditados, como correctamente lo relevara la Sala. Como enseña Lorenzetti, '...el diagnóstico es un proceso y no un acto, de tal modo requiere estudios, verificaciones y correcciones: hay un diagnóstico presunto y no confirmado. El médico puede incurrir en culpa si no verifica, si no sigue el proceso, si no investiga las posibilidades de error...' (Cf. Sentencia de la Corporación No. 263/02)".

"En el mismo sentido, y siguiendo a Gamarra, puede afirmarse que frente a dos posibles diagnósticos, primero se tiene que descartar el de mayor gravedad, para así salvaguardar la vida del paciente, o bien, para permitirle una mayor chance de recuperarse y sobrevivir (Cf. Gamarra, Jorge, Responsabilidad Civil Médica, t. I, ob. Cit., págs. 79-80)".

"No obstante, la profesional dependiente de la demandada afirmó su trabajo en el diagnóstico de menor gravedad (gripe), sin descartar otras complicaciones en un niño con un padecimiento crónico de la entidad de la fibrosis quística, cuyas complicaciones a nivel respiratorio e infeccioso ya le habían provocado anteriores internaciones en ese mismo centro hospitalario".

"En consecuencia, es posible hablar también de una demora inexcusable en los servicios de la demandada, pues los padres del menor concurrían a la asistencia, consultando por los síntomas que se iban presentando. Si al respecto no surgen elementos de la historia clínica, porque no fueron registrados (comportamiento al que estaba obligado la demandada) los datos necesarios para demostrar que no le era imputable la demora en la internación, y qué esfuerzos y/o estudios se hicieron para arribar a un diagnóstico por lo menos presuntivo, hace que las consecuencias negativas de dicha omisión no sean irrelevantes, sino determinantes del actuar culpable de la dependiente de la accionada, paradigmático de mala 'praxis' médica".

El razonamiento que viene de citarse, con las naturales adecuaciones al caso, resulta trasladable, ya que el Dr. Bozzolo no afirmó su trabajo en el diagnóstico de peor gravedad, como era la obstrucción tubaria, dando por buenos los resultados de la persuflación tubaria, técnica que

incluso el mismo perito señaló como menos eficaz que la HSG. En lugar de ello, insistió en efectuar inseminaciones artificiales que, por la patología presentada por la actora, jamás darían resultado.

Con el transcurso del tiempo y la falta de éxito de los procedimientos de inseminación artificial, hubiera correspondido algún estudio extra que apuntara a descartar alguna patología a nivel tubario, lo que recién se abordó en el año 2001 con el Dr. Duarte, máxime si se tiene en cuenta que la paciente que estaba tratando había comenzado sus consultas de infertilidad con 33 años de edad cumplidos, lo que sin dudas implica mayor celeridad en la adopción de diferentes soluciones, aún el descarte de aquellas más improbables aunque más graves, dado que el tiempo a esa edad es un factor preponderante. No resultan trasladables los tiempos de tratamiento y las opciones diagnósticas en una mujer de 25 años que en una de 33, ya que ésta última se encuentra más cercana a la edad de decaimiento de la fertilidad (35 años), según los dichos del propio perito en su dictamen y en la audiencia correspondiente (fs. 567 y 592 vto.).

III.2) El recurrente cuestiona la calificación que practicara la Sala de la conducta del Dr. Bozzolo, postulando su responsabilidad y la del ente asistencial demandado, deteniéndose luego a analizar el nexo causal entre el diagnóstico tardío y la imposibilidad de lograr el embarazo, por lo que corresponde señalar, como se sostuvo en Sentencia No. 867/08 que: "...en la medida que el cuestionamiento del recurrente involucra la base misma del sustento jurídico de la responsabilidad extracontractual en su totalidad, resulta ciertamente 'quaestio iuris' la determinación del nexo causal, es decir la calificación de si esa situación fáctica tiene como resultado dañoso la relación requerible para ser considerada jurídicamente como causal del daño en cuestión", lo que habilita asimismo al órgano casatorio a ingresar a la consideración de los motivos de agravio ejercitados.

El error de diagnóstico se configura al no descartar la causa más grave, el mal mayor, conducta preferible sin dudas, pues de tratarse de un error, simplemente conlleva su descarte; mientras que del otro modo, se arriesga en este caso la chance que hubiera tenido de haber sido considerado a tiempo.

El comportamiento culposo -no actuar con la diligencia debida- del médico actuante dependiente de la demandada, privó a la paciente de las medidas que hubieran podido adoptarse para una más adecuada atención. Pues, como se señaló en Sentencia de la Corporación No. 141/2001 citando a Gamarra: "...No puede saberse cuál habría sido el resultado en caso que la asistencia se hubiera prestado en forma correcta o tempestiva. Se sabe en cambio, que por deficiencias asistenciales, el enfermo sufrió un perjuicio al ser privado de la posibilidad de curarse, mejorar su estado o vivir más tiempo...".

Como se señalara ut supra debió evaluarse el transcurso de tiempo sin resultados positivos en los procedimientos de inseminación artificial, la edad de la paciente que había comenzado sus consultas de infertilidad con 33 años de edad, circunstancias que hubieran determinado la investigación mediante un estudio que permitiera el descarte de aquellos impedimentos más graves y que estaban imposibilitando la concreción del embarazo.

IV) En lo que dice relación con la pérdida de chance, la misma no significa otra cosa que condenar a menos, encontrándose dicho concepto indubitadamente incluido en la misma relación de causalidad del thema decidendum. Pues, como enseña el Maestro, la chance es un perjuicio cierto pero "parcial",

"relativo" o "intermedio", porque no puede equivaler nunca en su magnitud al perjuicio terminal (Cf. Gamarra, Responsabilidad Civil Médica, T. 2 pág. 319).

Con acierto sostuvo el Tribunal Civil de 5o. Turno en Sentencia No.70/2009: "La pérdida de chance está implícitamente contenida en todas las relaciones de causalidad que se fundan en un error de diagnóstico, un diagnóstico tardío, una indicación quirúrgica o terapéutica inadecuadas o tardías y el perjuicio final... Se trata de un 'minus' respecto al 100% que corresponde a la causalidad plena en consideración al perjuicio final...".

Gamarra enseña que en situaciones en las que está en juego la privación de una chance la casuística es muy variada y resiste todo intento de sistematización. A pesar de ello, algunas de esas situaciones se verifican en supuesto de error de diagnóstico, y sus modalidades de omisión o demora en diagnosticar.

Precisa que en la pérdida de chance: "...El daño consiste en privar al enfermo de las medidas que hubieran podido adoptarse para combatirlo -y no lo fueron por culpa del médico o de la institución-...el paciente no tiene que probar que, si el médico hubiera intervenido diligentemente, el resultado hubiera sido exitoso (prueba imposible) sino la pérdida de su probabilidad de cura o mejoría (o incluso la detención del progreso del mal), que es daño sufrido y por el cual reclama..." (Responsabilidad Civil Médica, T. 2, pág. 320).

Como se plantea por parte del Ministro discorda Dr. França a fs. 748: "La pericia fue solicitada,...para ilustrar a la Sede respecto de la importancia del estudio denominado histero-salpingografía..., estudio básico, previo y necesario en caso de tratamiento para concebir, el que nunca fue ordenado por el Dr. Bozzolo a la paciente incurriendo así en culpa médica, error de diagnóstico, y sometiendo a la actora a un tratamiento también erróneo y destinado al fracaso". Indicando más adelante: "En autos, surge a mi juicio probado que el Dr. Bozzolo no agotó todos los medios posibles que tenía a su alcance a 1995 a efectos de dar con un diagnóstico más preciso o certero, no actuó acorde al modelo del bonus medicus sino con negligencia culpable".

Para concluir: "No caben dudas que de haber tenido los resultados en su momento y de haber conocido la obstrucción tubaria los actores hubieran podido recurrir a una fertilización in vitro al inicio del tratamiento y no cuando la edad de la accionante ya era demasiado avanzada para ello. De ese modo no se le privaría de la chance de ser padres...".

La Corte ha analizado el instituto de la pérdida de chance, y así, en Sentencia No. 145/2005, expresó: "...si bien es pacíficamente admitida jurisprudencialmente la posibilidad de reparación por este rubro (pérdida de chance), aun cuando no se hubiera consagrado como algo autónomo, para que proceda su reparación se requiere su evaluación exacta, acudiéndose a un diferencial sobre la base de la capacidad del sujeto para hacerse acreedor del beneficio".

"Dicho de otra manera, la noción de pérdida de chance implica que el elemento del perjuicio constituido por la pérdida antes mencionada presente los caracteres de directo y cierto siempre que se constate la desaparición de un acontecimiento probable y favorable, aunque, por definición, la realización de una chance nunca es cierta".

"La pérdida de chance se ubica entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual; como el primero, y a diferencia del segundo, es reparable (CHARTIER, YVES, 'La

réparation du préjudice', pág. 14, Dalloz, París 1996) (Cfme. LJU c-14.712, T.A.C. 2o. Turno, Sentencia No. 66/03)".

"El daño debe apreciarse concretamente en relación a los hechos invocados y probados (arts. 117 nal. 4, 137 y 139 del C.G.P.)".

"Se trata de examinar, entonces, cuál es la situación concreta al tiempo de ocurrir el hecho ilícito para reconstruir idealmente la situación futura a partir de los elementos de juicio específicos que puedan extraerse de aquélla; los extremos de hecho concretos sobre los cuales el reclamante proyecta su situación de futuro y consecuentemente finca sus reclamos, lo que debe acreditarse".

"...La 'pérdida de chance' implica un suceso que no sólo es futuro sino que es incierto y, por lo tanto, por razones elementales, no podría ser reparado ya que no sería un perjuicio efectivamente sufrido, aunque, podría admitirse la reparación que se invoca siempre que se acredite en forma cierta la pérdida de 'chance' (T.A.C. 7o. Turno, Sentencia No. 54/02)".

Sobre el tema, en pronunciamiento más reciente, la Corte sostuvo en Sentencia No. 1.303/2011 que: "...para que pueda hablarse de una pérdida de chance, se requiere que la chance sea seria, real, suficiente, verdadera, relacionada con una probabilidad concreta".

"Como enseña Gamarra: 'Hablamos de 'chance' en el sentido de probabilidad de ganar algo o de evitar una pérdida; normalmente la situación futura que con la pérdida de la 'chance' deviene imposible (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 (p. ej., la muerte o invalidez de un enfermo, cuando la asistencia médica es prestada tardíamente por parte del centro obligado a suministrarla)'. Agregando que '...el daño resarcible consiste en la pérdida de la chance y no en la pérdida de la ventaja esperada o situación terminal...'. 'Mientras que en el lucro cesante en general (esto es, fuera de esta especie ahora a estudio) lo que importa es la verosimilitud del perjuicio futuro y el resarcimiento será completo, 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, cuantificada en función de la importancia de la 'chance'' (Tratado... T. XXIV, págs. 115-116)".

En virtud del concepto de pérdida de chance expuesto por la Corte, la mayoría estima que en el caso ésta se ubicaría en el 20%, ya que debe atenderse a todos los factores que condicionaban la fertilidad de la actora, los que fueron relevados en la prueba pericial. Esta contaba con trastornos endócrinos, provocados principalmente por una hiperplasia suprarrenal congénita. A ello debe sumarse la edad de la actora al momento de iniciar los tratamientos por infertilidad, 33 años, teniéndose presente que como bien lo señaló el Sr. Perito en su informe a fs. 567 y en audiencia a fs. 592 vto.-593, a partir de los 35 años la fertilidad de la mujer decae notoriamente y, en mujeres con problemas previos en éste sentido, la probabilidad de embarazo es baja, aún con fecundación in vitro.

En este sentido, y recurriendo a reciente jurisprudencia de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, el daño moral correspondiente a cada co-actor, en hipótesis de haberse otorgado el daño total, ascendería a U\$S30.000, por lo que corresponde la condena al 20% de dicha suma, es decir, U\$S6.000 a cada uno.

V) El único rubro que corresponde sea acogido es el daño moral, ya que los restantes gastos constitutivos del daño emergente fueron necesarios a los efectos del objetivo perseguido por los actores. Respecto al rubro lucro cesante no existe en autos la menor actividad probatoria tendiente a acreditarlo, señalándose además que la liquidación efectuada no tiene tampoco el menor respaldo probatorio.

VI) Las costas, por su orden.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia por mayoría legal,

FALLA:

ANULASE LA SENTENCIA RECURRIDA Y, EN SU LUGAR, CONDENASE SOLIDARIAMENTE A LAS DEMANDADAS AL PAGO DE LA SUMA DE U\$S6.000 PARA CADA COACTOR CORRESPONDIENTE AL 20% DE PERDIDA DE CHANCE.

SIN ESPECIAL CONDENACION.

PUBLIQUESE Y OPORTUNAMENTE, DEVUELVA.

DR. JORGE RUIBAL DISCORDE: Al considerar que corresponde desestimar el recurso interpuesto, en la medida que los agravios invocados en sustento del mismo no resultan legalmente de recibo.

I) Contrariamente a lo sostenido por el recurrente, comparto los claros y sólidos fundamentos desarrollados en la segunda instancia, apreciándose que el "ad quem" arribó a una sentencia absolutoria de los demandados, al valorar cada medio de prueba, en forma individual y en su conjunto, deviniendo las probanzas ajustadas a las reglas de la sana crítica (arts. 140 y 141 del C.G.P.), no pudiéndosele imputar infracción que merezca ser corregida en casación.

En lo sustancial se observa que los agravios interpuestos se limitaron a reiterar las consideraciones realizadas en la línea argumental efectuada en el recurso de apelación, actitud que sin dudas está dirigida a pretender revisar o revalorizar la plataforma fáctica dada por probada en el pronunciamiento impugnado en sede de casación.

No obstante, y aún atendiendo a las distintas posiciones que al respecto tienen los integrantes de esta Corporación (Sentencias Nos. 163/2009 y 268/2013), opino que, en el subexamine, no se configura supuesto alguno de absurdo, arbitrariedad, error inequívoco en la apreciación o vulneración a las reglas de la sana crítica que configure, infracción de derecho.

El cuestionamiento realizado en el libelo recursivo fincó en la "obstrucción tubaria" que desde el comienzo del tratamiento padeció la actora y a la errónea valoración en que habría incurrido la Sala al no apreciar la prueba de la causa en su conjunto y en especial "basándose en forma exclusiva en la prueba pericial" (fs. 755 vto.).

En este punto, disiento con la posición esgrimida por la recurrente, en tanto cabe precisar que la misma fundó su defensa en un razonamiento totalmente contrario a lo que establece el art. 184 del C.G.P.

En primer lugar, cabe relevar que desde el punto procesal en la medida que la recurrente articuló agravios invocando discrepancias con las consideraciones de la pericia, debió contradecir y refutar sus conclusiones, a través de la oportuna impugnación procesal, "aportando las pruebas que

fundamentan la impugnación o solicitando la realización de un nuevo peritaje por una sola vez" (Conf. Enrique Tarigo "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo II, págs. 113/115), lo que no aconteció en autos.

Ello en virtud del denominado principio de integridad de los actos procesales, que impide formular observaciones o cuestionamientos en sucesivas comparecencias ya que en la normativa procesal vigente rige el principio de eventualidad (acumulación de los medios de defensa y ataque) por consecuencia del principio de preclusión (vide de Vescovi y otros, Código General del Proceso, Tomo 1, págs. 200 y siguientes). Es menester deducir de una sola vez, por acto único y en debido orden de prioridad, todos los medios de ataque y defensa, siendo el ejercicio de una facultad procesal integral en el sentido de que no puede, en principio, mejorarse o completarse luego. En definitiva, "El peritaje, según lo dispuesto por el art. 183 C.G.P. sólo puede ser impugnado en dos oportunidades: o cuando se le comunica el mismo en el plazo de tres días o en la audiencia de prueba a la que concurre el perito", luego toda impugnación resulta improcedente (R.U.D.P. No. 3-4/1998, suma 783, página 475).

En segundo lugar, y sin perjuicio que en el subexamine no existen otros medios probatorios que puedan conmover las observaciones periciales, tampoco se puede dejar de observar que la pericia fue debidamente fundada en principios técnicos inobjetables, no existiendo suficiente contraprueba con facultad de desvirtuar sus conclusiones, cuando la sana crítica aconseja aceptarlas, frente a la imposibilidad lógica de oponer argumentos científicos de mayor valor convictivo (Cf. Sentencias Nos. 352/2004, 47/2008 y 868/2012, entre otras).

Al respecto, como se ha sostenido en otras oportunidades, ante situaciones en donde se requiere un conocimiento especializado y que resulta ajeno, el juez cuenta con el auxilio del perito, quien le da su opinión y lo alecciona, pero como el peritaje es una prueba racional, permanece sujeta a la apreciación del Juez; que tiene la facultad de valorar ese dictamen según conclusiones propias y de acuerdo con su leal saber y entender, pudiendo el Magistrado apartarse en forma fundada de la misma (art. 184 C.G.P.).

Como se señaló en Sentencia No. 454/09: "Por otro lado, debe tenerse presente que según el art. 184 del C.G.P., los dictámenes de los peritos, salvo el caso que se les haya conferido el carácter de arbitradores, serán apreciados por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 140 del C.G.P.), habiéndose señalado por esta Corporación en Sentencia No. 825/95, citando a Tarigo que: "...el peritaje es una prueba racional que permanece sujeta a la apreciación del juez que tiene la facultad de valorar ese dictamen según sus conclusiones propias y de acuerdo con su leal saber y entender...", conforme a lo cual el decisor es libre de apreciarla en su eficacia con el único límite de que el juicio sea razonable, es decir, no arbitrario y en concordancia con las máximas de experiencia...".

A su vez, se ha señalado: "Tratándose de cuestiones eminentemente técnicas las involucradas en el objeto de la prueba, el dictamen pericial aparece como el elemento de convicción de concurrencia insoslayable para formar el convencimiento del juzgador sobre la fundabilidad de la pretensión, en el ámbito de la responsabilidad médica" (Sentencia No. 3.101/11).

Por consiguiente, atendiendo a las consideraciones señaladas "ut supra", el Tribunal, en cuanto al previo estudio de histerosalpingografía (HSG), relevó las

conclusiones del perito Dr. Ricardo Pou Ferrari, quien al respecto consignó que:

"(fs. 565-565 vto.) que no es el único procedimiento disponible ni tampoco el más confiable ya que las trompas pueden parecer obstruidas en la radiografía cuando luego, en la laparoscopia -procedimiento que estima es el válido para evaluar con más exactitud la anatomía y fisiología tubarias-, se demuestra que en realidad no lo estaban; agrega que en el caso, dadas las condiciones anatómicas del tracto genital inferior al inicio del tratamiento, la técnica no hubiera sido de fácil ejecución en manos del radiólogo; como alterativa práctica está la persuflación -realizada- aunque la misma daría menos información";

"(fs. 566) que la supuesta obstrucción tubaria encontrada en 2011 pudo estar presente desde 1995 o haber ocurrido entre tanto ya que no se contó con laparoscopia diagnóstica";

"(fs. 566) que fue atinado haber ido resolviendo los problemas más notorios o importantes (malformación genital externa) para luego atender a los restantes y que luego de la cirugía plástica, no había razones de orden clínico como para dudar de la indemnidad del resto del aparato genital y era lícito hacer intentos para optimizar la ovulación primero y el ascenso de los espermatozoides después; ninguno de los procedimientos de estimulación utilizados fueron riesgosos ni significaron sufrimientos; en la hipótesis de que las trompas estuvieran obstruidas ambas, se habría perdido un año (de los 36 a los 37 de la actora)";

"(fs. 570) concluye que existieron razones que pueden haber conducido a posponer la HSG; que es un método que da falsos negativos; que primero se atiende a lo más notorio y severo (en el caso anomalía anatómica) con recursos sencillos, menos riesgosos y molestos, más económicos e incluso los que implican menor carga emocional; luego, recién se pasa a otros más complicados; existieron además largos períodos sin consultas, estudios ni tratamientos, teniendo en cuenta la edad de la actora y la duración total del tratamiento";

"(fs. 592) reiteró que lo que se hizo en el año 1993 pudo haber sido suficiente entonces, pero que más adelante pudo haber requerido otra evaluación" (fs. 740-742).

En función de lo cual, comparto, las conclusiones a las que arribó el Tribunal, cuando después de ubicar la "quaestio iuris" en la categoría jurídica denominada culpa en el diagnóstico, concluyó que: "Forzoso es relevar que en sede de agravios se consigna reiteradamente que se probó la existencia de obstrucción tubaria, pero sin perjuicio de que conforme la peritación antes indicada no hay prueba suficiente de la existencia de la misma en la oportunidad alegada, en sede de la categoría jurídica culpa en el diagnóstico, la existencia de tal patología no es decisiva ya que lo que compromete la responsabilidad como antes se indicó es la negligencia en el proceso de diagnóstico y en el caso, el examen que se reclamaba no era indispensable atento a la situación de la actora, ni totalmente fiable por sus falsos negativos, conforme la peritación de la que no procede apartarse".

En función de ello, no resulta admisible la invocada responsabilidad por negligencia y culpa del médico, por no haber efectuado una histerosalpingografía a la actora, cuando ello no fue un error determinante, al no ser éste "el único procedimiento disponible ni el más confiable".

Acontecimiento que no resultaba ajeno al recurrente, cuando de su propio libelo resulta de sus

expresiones la forma en que relativizó la trascendencia de la falta del estudio en que fincó su recurso, al expresar literalmente que: "Si el Dr. Bozzolo hubiera ordenado algún estudio tendiente a comprobar la permeabilidad de las trompas durante el tiempo que trató a la paciente, hoy 18 años más tarde no estaríamos frente a este problema" (fs. 756 vto.).

En consecuencia, no se puede considerar absurda ni contraria al estándar de la sana crítica la valoración de la prueba cuando fincó en lo manifestado por el perito en su informe -que lo realizado en el año 1993 fue suficiente entonces-, conclusiones periciales, que, por otra parte, cabe reiterar, no fueron oportunamente cuestionadas por la parte ahora impugnante.

II) Y por último, en relación al agravio que giró en torno a la errónea aplicación de los arts. 1.319, 1.341, 1.342 y 1.344 del C. Civil, el mismo tampoco resulta de recibo.

En tanto se observa que el planteamiento resulta carente de todo agravio, citando las normas en forma genérica, sin invocar en qué consistía la errónea aplicación de tales normas y mucho menos, precisar cuál hubiera sido la aplicación correcta de las mismas.

Por lo tanto, de acuerdo a los fundamentos expuestos y en la medida que ha quedado acreditada que no existió la responsabilidad invocada, entiendo que corresponde desestimar el recurso interpuesto.

DR. JORGE CHEDIAK DISCORDE: I) A mi juicio corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto, por los fundamentos que expondré a continuación.

II) Con carácter liminar, corresponde hacer referencia a la plataforma fáctica en función de la cual los actores formularon su pretensión reparatoria contra los integrantes de la parte demandada, a fin de dilucidar si tales extremos han sido probados efectivamente o no.

Como con total nitidez consignó la Sra. Jueza a quo, el programa litigioso planteado por los accionantes es el siguiente:

a) La coactora Sra. Graciela Olhagaray pretendió la indemnización de los daños y perjuicios que, según ella, derivaron del grave incumplimiento del contrato de asistencia médica que la vinculaba con CASMU, por intermedio de su dependiente, el médico ginecólogo Dr. Alejandro Bozzolo. Según la compareciente, el Dr. Bozzolo omitió negligentemente ordenar que se le practicara el estudio de rigor histerosalpingografía (HSG) a fin de determinar si su organismo se encontraba apto para reproducir, análisis que, de haberse realizado, hubiese comprobado en forma oportuna que la paciente adolece de una obstrucción tubaria bilateral que obsta a alcanzar el estado de gravidez a través de relaciones sexuales programadas o mediante inseminación artificial. En opinión de la reclamante, dicho estudio debió haberse ordenado antes de someterla a todos los tratamientos que se le hicieron, dirigidos a obtener la gestación, como fueron: estimulación con drogas, mantenimiento de relaciones sexuales programadas e inseminaciones artificiales durante seis años. A juicio de la promotora, el único tratamiento útil a fin de procurar un embarazo era la fertilización in vitro, posibilidad de la cual se la privó.

Además, la actora adujo que otro error en que incurrió el Dr. Bozzolo consistió en no haber dispuesto su pase a médico endocrinólogo, atento a la hiperplasia suprarrenal congénita que padecía.

b) Por su parte, el coactor Sr. Wilson De León fundó su pretensión indemnizatoria en el incumplimiento, por parte de los codemandados, de la obligación de informarle sobre el factor masculino que coadyuvó a la no concepción.

III) Planteado en estos términos el litigio en examen, considero que el razonamiento, la valoración del cúmulo probatorio incorporado al expediente y la conclusión a la que arribaron ambos tribunales de mérito fueron sumamente correctos, por lo que no merecen ningún reproche.

IV) Con respecto al invocado incumplimiento del contrato de asistencia médica relativo a la Sra. Olhagaray (errores de diagnóstico y de tratamiento), no les asiste razón a los impugnantes.

En primer lugar, coincido con la juzgadora de primer grado en cuanto a que resultó probado el carácter imprescindible o necesario y primigenio del examen de histerosalpingografía para la hipótesis de mujer con dificultades para concebir espontáneamente y abocada al tratamiento por esterilidad o infertilidad, de conformidad con los pronunciamientos del testigo calificado Dr. Carlos Duarte y del perito Dr. Ricardo Pou. En este sentido, ambos profesionales fueron contestes en señalar que dicho examen resulta eficaz para estudiar la estructura y el funcionamiento del aparato reproductor femenino, y, con esto, diagnosticar una posible obstrucción tubaria bilateral.

Sin embargo y como con absoluto acierto y claridad puso de relieve la magistrada de primera instancia, independientemente de la omisión de ordenar dicho análisis, la determinación de si la Sra. Olhagaray padece o no, efectivamente, obstrucción tubaria bilateral es imprescindible a la hora de resolver esta litis, en el bien entendido de que la parte actora acotó la plataforma fáctica que sirvió de sustento a su pretensión en el error de diagnóstico del Dr. Bozzolo en cuanto no se percató del referido padecimiento, lo que, a su vez, determinó que la sometiera a un tratamiento por infertilidad infructuoso durante seis años.

Y, en este sentido, el perito Dr. Ricardo Pou sostuvo que, en función de los datos disponibles, no podía afirmar si la actora tenía o no obstrucción bilateral de trompas en el año 2001. Como él mismo lo expresó, la incertidumbre del perito en este aspecto estuvo determinada por los resultados contradictorios de los exámenes de histerosalpingografía y de laparoscopia que se le practicaron a la accionante con diferencia de pocos meses y por distintos especialistas.

En segundo término, con relación al hipotético error consistente en no haber derivado a la paciente a un médico endocrinólogo, los agravios ejercitados tampoco resultan de recibo.

El propio codemandado Dr. Bozzolo reconoció, en su escrito de contestación de la demanda, que estaba en conocimiento de que la Sra. Olhagaray padecía de hiperplasia suprarrenal congénita y que estudió la incidencia ginecológica que esta disfunción podría revestir en la paciente. Asimismo, destacó que la endocrinología ginecológica integra el currículo de todo ginecólogo, punto que no fue desvirtuado por ninguna prueba allegada a la causa. Igualmente, el galeno

codemandado no controvirtió que no derivó a la paciente a médico endocrinólogo.

Sobre esta cuestión, la Sra. Jueza a quo hizo hincapié, con pleno acierto, en que no existen elementos probatorios que permitan concluir que el no pase a médico endocrinólogo de la Sra. Olhagaray por parte del Dr. Bozzolo haya obturado la posibilidad de lograr una mejor ovulación en aquella. El perito dictaminante no se pronunció acerca de esta cuestión.

V) En relación con el invocado incumplimiento del contrato de asistencia médica relativo al Sr. De León (omisión de informar sobre las causas masculinas que habrían coadyuvado con la dificultad para lograr una concepción), no son de recibo los agravios.

Fue correcta la observación de la proveyente de primer grado en orden a destacar que ni los testigos técnicos Dres. José Parada, Carlos Duarte y Williams Saltre ni el perito Dr. Ricardo Pou se pronunciaron sobre la causa de esterilidad en esta pareja ni, especialmente, acerca de si existió o no incidencia de causas masculinas en la no concepción.

En consecuencia, al no haber satisfecho la parte actora su carga de probar que el Sr. De León padecía alguna patología suficiente que obstara a la concepción, no puede entenderse configurado el aludido incumplimiento del Dr. Bozzolo de informarle a éste la concurrencia causal de alguna disfunción en su organismo coadyuvante para no obtener un embarazo, puesto que, como se dijo, no se acreditó la presencia de patología de tipo alguno por su parte.

VI) Por último, destaco lo descripto en el penúltimo párrafo del Considerando IV) de la sentencia dictada por la mayoría de la Corporación en esta oportunidad, pero no para atribuir una reparación en carácter de pérdida de chance (porque, repito, no se probó la existencia de los elementos configurativos de la responsabilidad invocada), sino para reforzar la idea de la ausencia de culpa en el diagnóstico y en el tratamiento.

Así, debe verse que se verificaron varios factores que condicionaban la fertilidad de la paciente, los cuales fueron relevados en el peritaje. La accionante padecía trastornos endócrinos, provocados, principalmente, por una hiperplasia suprarrenal congénita, que habría determinado, entre otras complicaciones, malformaciones a nivel de su vagina, que fueron tratadas mediante cirugía plástica. A ello, cabe añadir que la edad de la paciente al momento de iniciar los tratamientos por infertilidad no era la más óptima (33 años), debiendo tenerse presente, además, que, como señaló el perito en su dictamen a fs. 567 y en su declaración en audiencia a fs. 592 vto.-593, la fertilidad de la mujer decae notoriamente a partir de los 35 años de edad. Por si esto fuera poco, el experto agregó que la probabilidad de embarazo es baja en mujeres con problemas previos como los señalados precedentemente, aun con fecundación in vitro.

VII) En suma, los agravios expresados en el libelo impugnativo en estudio no lograron desvirtuar los fundamentos de la decisión desestimatoria de la demanda pronunciada en las dos instancias de mérito, por lo que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto.