

Voces: CONSENTIMIENTO INFORMADO ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ GENETICA ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ RESPONSABILIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE ASISTENCIA MEDICA ~ RESPONSABILIDAD MEDICA ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L(CNCiv)(SalaL)

Fecha: 19/10/2020

Partes: M. R. F. y otro c. Centro de Fertilidad de Buenos Aires S.A. y otros s/ daños y perjuicios

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/48313/2020

Sumarios:

I . La acción de daños derivados de la omisión de asesoramiento genético preconcepcional intentada por una pareja que tuvo un hijo con fibrosis quística tras un tratamiento de fertilización in vitro debe rechazarse, pues no recaía sobre la demandada el deber de llevar a cabo una pesquisa de esa enfermedad con anterioridad a la fecundación. Por un lado, porque ello no surge de una norma que así lo imponga específicamente para la generalidad de los casos, y por otra parte, porque en este supuesto concreto los accionantes no presentaban antecedentes personales, familiares o patológicos de riesgo que tornasen exigible la realización del mencionado estudio con carácter previo, ni previsible la transmisión de la enfermedad.

Texto Completo:

Expte. N° 25.886/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 19 de 2020.

La doctora Iturbide dijo:

I. En la sentencia dictada el 5 de junio de 2020, el señor juez de primera instancia rechazó la acción promovida por R. F. M. y M. S. F. c. Centro de Fertilidad de Buenos Aires SA, Noble Compañía de Seguros SA, Omint SA, Eugenia Inés Álvarez Pleta y Seguros Médicos SA, e impuso a los demandantes las costas del proceso.

Contra dicha decisión, expresaron agravios los actores a través del escrito cargado electrónicamente al Sistema Lex 100 con fecha 07/08/2020. Las quejas fueron replicadas en las presentaciones de fecha 24/08/2020 y 25/08/2020, y el 02/09/2020 se dispuso el llamado de autos a sentencia, resolución que se halla firme y consentida, por lo cual las actuaciones se encuentran en condiciones de dictar el pronunciamiento definitivo.

II. Antecedentes del caso

Según lo expusieron al promover la demanda, en el mes de septiembre del 2014, los accionantes realizaron una consulta por esterilidad en la “Clínica Pregna” (Centro de Fertilidad de Buenos Aires SA), y en octubre de ese año comenzaron con los primeros estudios para llevar adelante un tratamiento de fertilidad asistida, bajo la dirección de la Dra. E. I. A. P. y con la cobertura de la empresa de medicina prepaga Omint SA.

Precisaron que, tal como surge de la historia clínica labrada en el mencionado nosocomio, la causa de la esterilidad se atribuyó a obstrucción tubaria bilateral en el factor femenino y a astenozoospermia en el factor masculino. El 14 de enero de 2015 tuvo comienzo el procedimiento reproductivo, el 29 de enero de ese año se produjo la transferencia de dos embriones previamente obtenidos por técnicas FIV/ICSI (fecundación in vitro/inyección intro-citoplasmática de espermatozoides), y el 1º de octubre del 2015 nacieron sus hijos C. y F.

Ahora bien, el bebé F. nació con graves problemas de salud, cuyo origen resultó ser una enfermedad genética denominada fibrosis quística. Desde su nacimiento y hasta el día de su fallecimiento, ocurrido el 18 de febrero de 2016, padeció graves sufrimientos físicos y ellos, como sus padres, intensos sufrimientos espirituales. La Sra. F. y el Sr. M. expresaron que durante sus casi cinco meses de vida, F. estuvo sometido a internaciones, intervenciones quirúrgicas, medicación y tratamientos invasivos permanentes, los que lamentablemente resultaron infructuosos para salvar su vida.

A continuación, explicaron que F. nació con fibrosis quística, homocigota para la mutación AF 508, y que esta es la enfermedad genética más frecuente en la población, causada por mutaciones en el gen que codifica una proteína denominada Reguladora de Conductancia de Transmembrana de la Fibrosis Quística (CFTR, por su sigla en inglés). Se trata de una enfermedad grave, discapacitante, incurable y mortal, y cuando dos portadores sanos tienen hijos, puede ocurrir que cada uno de ellos transmita su mutación y en ese caso, con los dos genes mutados, el niño resultará afectado. La posibilidad de que eso ocurra es del 25% en cada embarazo proveniente de la unión de dos portadores sanos.

Continuaron sosteniendo los demandantes que la mutación más frecuente del gen CFTR es la denominada AF 508, presente en el 60% de los cromosomas fibrosis quística, y que debido a su alta prevalencia, todo estudio en nuestra población debe incluir las mutaciones más frecuentes, lo que en su caso no ocurrió. En efecto, una vez producida la muerte de su hijo, a fin de comprender la naturaleza de la enfermedad y con miras a futuras gestaciones, los actores solicitaron un asesoramiento genético en “Genos”, donde les realizaron estudios moleculares como así también a su hija C., y les entregaron un informe que les permitió entender los riesgos que tienen los portadores de mutaciones de fibrosis quística, de transmitir la enfermedad a su descendencia.

En definitiva, el Sr. M. y la Sra. F. sostuvieron que de haber contado con esa información antes de llevar adelante el tratamiento de fertilidad del que resultó el nacimiento, la enfermedad y la muerte de F., podrían haber tomado decisiones reproductivas de forma autónoma, derecho que resultó impedido por la falta de asesoramiento genético preconcepcional que deberían haber brindado los demandados, y no lo hicieron. Por ello, les imputaron responsabilidad civil por el incumplimiento de la obligación de identificar a los accionantes como integrantes de una pareja con riesgo genético aumentado, y brindarles información suficiente para que realizaran las consultas específicas y pudiesen tomar decisiones reproductivas adecuadas.

III. La sentencia

El magistrado de la instancia anterior, como lo dije en el considerando I, rechazó la pretensión, puesto que, a juicio del Dr. Verdaguer, los accionados no tenían la obligación de realizar el estudio genético cuya omisión fundó el reclamo del Sr. M. y de la Sra. F., a la vez que cumplieron acabadamente con su deber de brindar información suficiente y obtener el consentimiento informado de los demandantes en los términos del artículo 6 de la ley 26.529.

IV. Los agravios

Al verter sus agravios en esta instancia, los actores solicitaron la revocación de la sentencia recurrida y la admisión de la demanda, sobre la base de diversos fundamentos a los que me referiré en el considerando VI.

V. Aplicación de la ley en el tiempo

Frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo, cabe aclarar que, como el hecho que motiva este pleito se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civil y Comercial, habrá de ser juzgado —en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas— de acuerdo al sistema normativo vigente a la época del hecho, interpretado, claro está, a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, porque así lo impone una correcta hermenéutica en respeto a la supremacía constitucional (esta Sala, “Echeverría, Naiara B. c. Guerra, Claudio A. y otros s/ daños y perjuicios”, 17/03/2016, Expte. N° 87.204/2012; “Cahe, Viviana E. c. Medela, Jorge A. y otro s/ cumplimiento de contrato”, 26/04/2016, Expte. N° 38.543/2013; “Daix, Odina E. c. Cencosud SA s/ daños y perjuicios”, 12/05/2016, Expte. N° 59.298/2011; entre muchos otros).

VI. La ausencia de la responsabilidad civil en el caso

Planteadas en esos términos las cuestiones propuestas al Tribunal, adelanto que propondré a mis colegas rechazar el planteo recursivo y confirmar la sentencia apelada en cuanto desestimó la demanda que dio origen a este proceso.

Veamos:

1. Marco normativo

Como es sabido, la doctrina y la jurisprudencia son absolutamente uniformes (y así lo recoge el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación en sus arts. 1716 y ss.) en el sentido de que la configuración del fenómeno resarcitorio requiere la verificación de cuatro elementos fundamentales: la antijuridicidad, el daño resarcible, la relación causal entre este último y la acción que se reputa contraria a derecho, y la calificación de esa conducta a través de un factor (subjetivo u objetivo) de atribución de la responsabilidad civil.

En cuanto al nexo de causalidad, corresponde recordar que jerarquizada doctrina lo ha definido como el enlace o el vínculo que se presenta entre un hecho antecedente (que sirve de causa) y un resultado consecuente que, en el ámbito de la responsabilidad civil, siempre es un daño. De modo uniforme se admite entre los juristas que, para que deba responderse por un daño, es necesario que éste haya sido “causado”, mediante acción u omisión, por su autor. A ello alude también, en diversos preceptos, nuestro Cód. Civil, cuando establece que el daño indemnizable es el que se “causare” o se hubiese “causado” u “ocasionado” a otro (artículos 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114 y concs., conf. Alterini-Ameal-López Cabana, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo-Perrot, p. 248, N° 496; Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 267, N° 580).

A su vez, en el contexto de las diversas teorías que se han esbozado en materia de relación causal, ya desde el siglo XIX, nuestro codificador había adoptado el parámetro de la “causalidad adecuada” a la hora de ponderar la necesaria conexión que debe existir entre el hecho ilícito y sus consecuencias dañosas. Es decir, se trata de determinar si el acaecimiento del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, en cuyo caso el resultado se corresponde o “adecua” a la actuación que lo originó y fundamenta el deber de indemnizar (Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 225; Santos Briz, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, Montevideo, 1970, p. 225 y ss.).

Así, el artículo 901 del Cód. Civil define a las “consecuencias inmediatas” (aquellas por las cuales debe responderse en todo caso, ya sea que la obligación de resarcir provenga de fuente contractual o extracontractual, o el acto haya sido ejecutado con culpa, dolo o esté en juego un factor objetivo de atribución) como “las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas”. Y en efecto, según esta teoría, que el nuevo Cód. Civ. y Comercial mantiene (conf. arts. 1726 y concs. de dicho ordenamiento), el fenómeno causal debe ser analizado de acuerdo con las reglas de un comportamiento normal y regular, y a posteriori del hecho establecerse un juicio de probabilidades para determinar cuál es la causa relevante para la producción del resultado (Wierzba, Sandra M., *Manual de Obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015).

Por otro lado, el factor de atribución de responsabilidad civil constituye el elemento axiológico o valorativo en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona (Pizarro-Vallespinos, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, T. 2, p. 575).

En efecto, los factores de atribución pueden ser subjetivos u objetivos. Los primeros suponen, por definición, un reproche a la conducta de un sujeto, y son el dolo o la culpa. Los factores objetivos de atribución (el riesgo, la garantía, el deber de seguridad, la equidad, el abuso del derecho, etc.), por el contrario, prescinden de dicho reproche subjetivo, razón por la cual no sólo es innecesario que la víctima pruebe el obrar negligente o intencional por parte del sindicado como responsable, sino que la acreditación por este último de su propia diligencia no resulta apta para exonerarse del deber de resarcir que se le imputa. Ello es así, precisamente, porque no es la culpabilidad en su conducta la razón por la que esa obligación se le atribuye (esta Sala, “Martínez Heimann, Diego c. DOSUBA - Dirección General de Obra Social de la UBA y otros s/ daños y perjuicios”, Expte. N° 64.588/2008).

Finalmente, en lo atinente al consentimiento informado, debe señalarse en primer término que no siempre ha sido obligación del médico informar al paciente sobre su condición y los procedimientos necesarios para ayudarlo a recuperar la salud o, por lo menos, para obtener alivio a su sufrimiento.

En un modelo tradicional o paternalista del ejercicio de la medicina, como el que prevalecía en casi todos los

países de Occidente hasta bien entrado el siglo XX, el galeno no debía informar sino aquello que se estimara indispensable para obtener la colaboración del enfermo; era potestad de aquél decidir la cantidad y calidad de la información suministrada, es más, en el mejor de los casos únicamente se solicitaba el asentimiento del paciente (Vázquez Ferreyra, Roberto, "El consentimiento informado en la práctica médica", Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico, disponible en <http://www.sideme.org/doctrina/articulos/ci-ravf.pdf> al 18 de mayo de 2020). El propio paciente, por su parte, admitía sin discusión la superioridad científica del facultativo, lo que le permitía a éste arrogarse, frente al paciente profano, las decisiones relativas a la curación de sus enfermedades y la actuación sobre ese cuerpo ajeno.

Sin embargo, este modelo paternalista que por muchos siglos rigió la actuación médica experimentó cambios sustanciales, dando lugar a una nueva situación, que se fundamenta en el respeto a la dignidad y autonomía del enfermo, donde resulta inconcebible que el profesional de la salud proceda al engaño u ocultar información al paciente (González Magaña, Ignacio, "El consentimiento informado deficientemente prestado como fuente de responsabilidad civil en un caso de anticoncepción fallida", publicado en el Diario LA LEY, del 5 de abril de 2018, p. 4).

Así, se ha definido al consentimiento informado como la posibilidad del paciente de elegir el tratamiento a seguir, tras haber recibido información suficiente y adecuada a su comprensión sobre el diagnóstico y el pronóstico de la afección que sufre y de las alternativas terapéuticas disponibles (Caramelo Díaz, Gustavo Daniel, "Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos", en Caramelo Díaz, Gustavo Daniel y Sebastián Picasso (dirs.), Derecho Privado, año 1, N° 1 "Bioderecho", Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012, p. 92).

A su vez, el consentimiento informado integra la *lex artis* para desarrollar la actividad médica, pues en el actual estado de la cuestión, abandonado como está el "endiosamiento" de los médicos y puesto el foco en los derechos y en la autonomía de los pacientes, no cabe la menor duda de que el consentimiento informado constituye una exigencia ética y jurídica del equipo médico, cuya inobservancia compromete su responsabilidad como profesionales de la salud (Chaia, Rubén Alberto, "Responsabilidad penal médica: el consentimiento del paciente como elemento de la *lex artis*", en Doctrina Judicial, Buenos Aires, LA LEY, vol. 2005-1, p. 631).

Todo ello es coherente con la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, en cuanto consagra la autonomía de la voluntad como derecho esencial del paciente en su relación con los profesionales de la salud (artículo 2°, inc. e), y con lo establecido en la actualidad en el artículo 59 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Se trata de una verdadera regla general, rectora en la materia: el paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona. Puntualmente, se reconoce el derecho del paciente a "aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad" (esta Sala, "Raimo, Roberto J. y otro c. Swiss Medical SA (ex Docthos SA) s/ daños y perjuicios - resp. profesional").

2. La solución del caso

En ese marco jurídico, a fin de determinar si se han reunido en este caso concreto los requisitos de procedencia del reclamo indemnizatorio, parto de la base de que la prueba pericial médica adquiere un valor casi decisivo en juicios en los que, como el presente, se cuestiona una práctica galénica.

Es que, careciendo por lo común el magistrado de conocimientos especializados en la materia, se ve obligado a recurrir al dictamen de expertos; la labor de los peritos es la de asesorar al tribunal en lo que a su materia compete y con relación a los puntos que fueran objeto de consulta (cfr. Lorenzetti, "Responsabilidad civil de los médicos", 2ª ed., 1997, T. II, p. 256).

Así, deben destacarse las siguientes conclusiones a las que arribó la perito médica tocoginecóloga designada de oficio en estas actuaciones, Dra. Carolina Cejas, en el informe aportado a fs. 912/917:

— “El asesoramiento preconcepcional para la pesquisa de fibrosis quística integra las prestaciones a cargo del equipo médico que lleva a cabo un tratamiento de fertilidad cuando existe un diagnóstico de ausencia congénita bilateral de conductos deferentes en el varón, antecedentes familiares de fibrosis quística o cuando uno de los integrantes de la pareja conoce que es portador de una mutación o presenta familiares portadores o si pertenece a una etnia de riesgo (judíos ashkenazi)” (fs. 913 vta.).

— “En el consentimiento informado para la realización de la fertilización in vitro, en este caso, con gametas propias de la pareja consta que dicho tratamiento no puede prevenir malformaciones en el producto de la concepción. Dado que los actores no se encuadraban dentro de la población de riesgo para sospechar que los mismos podrían ser portadores de la mutación para fibrosis quística” (fs. 914). Más adelante, precisó que los demandantes “no presentaban antecedentes personales ni familiares ni patológicos para ser considerados de riesgo (...) No presentaban factores de riesgo para ser testeados para fibrosis quística” (fs. 914 vta.).

— Al responder el sexto punto de pericia propuesto por Centro, indicó que la atención brindada a los actores por dicha institución fue adecuada (fs. 914 vta.).

— “No se encuentra protocolizado en nuestro país un estudio específico, se debe solicitar según antecedentes personales y familiares” (fs. 914 vta.).

— Los actores “...al momento que consultaron al Centro de Fertilidad PREGNA, no presentaban antecedentes de importancia excepto la esterilidad primaria, diagnóstico de astenozoospermia en el varón y obstrucción tubaria bilateral en la mujer. No constan antecedentes personales ni familiares que pudieran ser portadores de la mutación para la fibrosis quística, tampoco se encuadra la esterilidad masculina que padecía el actor como sospechosa de la mutación ya que no presentaba ausencia de conductos deferentes ni ausencia de espermatozoides (azoospermia), presentaba disminución de la movilidad espermática; tampoco los actores pertenecen a una etnia de riesgo como es la de los judíos ashkenazi, al menos uno de ellos. Tampoco se usaron gametas donadas, es decir, la fertilización in vitro se realizó con las gametas de la pareja. En la Argentina no está protocolizado solicitar a todas las parejas estériles la pesquisa para fibrosis quística”.

Es cierto que el artículo 477 del Cód. Procesal encomienda a los jueces estimar la fuerza probatoria del dictamen pericial teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa, actividad que no constituye un procedimiento mecánico, pues ello implicaría, en definitiva, dar a los peritos la facultad de fallar, quedando limitado el contenido de la sentencia a una suerte de homologación (Fajre, José B., “Prueba pericial”, en Díaz Solimine, Omar L. (dir.), La prueba en el proceso civil, Buenos Aires, LA LEY, T. 1, p. 356 y ss.).

Sin embargo, no encuentro razones de peso para apartarme en este caso de lo informado por la Dra. C., al ponderar sus conclusiones en el marco de las facultades que me confieren los artículos 386 y 477 del Cód. Procesal, habida cuenta de que la pericia ha sido sólidamente fundada en consideraciones propias de la disciplina, y que los cuestionamientos efectuados por los accionantes a fs. 920/922 fueron contestados a fs. 924 de manera completa, detallada y precisa, sobre la base de razones objetivas y de principios científicos.

Tal como lo ha expresado la jurisprudencia de este Fuero, que comparto, el hecho de que el dictamen no tenga carácter de prueba legal no importa que el juez pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del idóneo. Antes bien, la desestimación de las conclusiones a las que arribara ha de ser razonable y motivada, resultando imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o inadecuado uso que el experto hubiera hecho de sus conocimientos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponerse dotado (CNCiv., Sala J, 10/12/2009, Expte. N° 76.151/94, “Taboada, Carlos D. c. Lizarraga, Luis Martín).

Pues bien: la experta ha concluido categóricamente en que no recaía sobre la demandada el deber de llevar a cabo una pesquisa de fibrosis quística con anterioridad a la fecundación in vitro. Por un lado, porque ello no surge de una norma que así lo imponga específicamente para la generalidad de los casos, y por otra parte, porque en este supuesto concreto los accionantes no presentaban antecedentes personales, familiares o patológicos de riesgo que

tornasen exigible la realización del mencionado estudio con carácter previo, ni previsible la transmisión de la enfermedad. Tal circunstancia obsta a la configuración, en esta controversia, de un acto médico culpable, susceptible de ser calificado como de mala praxis médica o que constituya una infracción a la *lex artis* que todo galeno debe observar; y también impide, naturalmente, juzgar acreditada la relación de causalidad adecuada entre los daños cuya reparación se ha reclamado en este juicio y el hecho que, en la visión de los actores, ha constituido la causa de esos perjuicios.

Ello es así, a punto tal que la experta no sólo se refirió a la ausencia de culpa en el accionar de la demandada, sino que afirmó positivamente que la atención médica recibida por los actores fue adecuada, y que la información que recibieron acerca del tratamiento comprendía la advertencia de que este último no podía prevenir malformaciones producto de la concepción.

El temperamento que propongo adoptar no se ve modificado, como lo pretenden los apelantes, por lo informado a fs. 884 por la Subsecretaría de Gestión de Servicios Asistenciales del Ministerio de Salud de la Nación, en cuanto afirmó que la solicitud de análisis molecular preconcepcional de fibrosis quística “estaría indicada” en supuestos de factor masculino por oligozoospermia. Si se repara en el tiempo potencial en que fue realizada esa aseveración, en que el Sr. M. no presentaba oligozoospermia sino astenoazoospermia y en que a renglón seguido la dependencia oficiada señaló que “respecto de la obligatoriedad de la realización de estudios genéticos por ley se recomienda la intervención del Programa Nacional de Reproducción Médicamente Asistida para la respuesta técnica sobre ese asunto, dado que trasciende a la temática de nuestro Programa”, resulta claro que la pieza probatoria en análisis no posee en modo alguno la fuerza de convicción necesaria para desvirtuar las contundentes conclusiones médicas a las que me he referido en los párrafos precedentes.

Por otra parte, los demandantes insisten con la cita de la sentencia dictada por la Sala D de esta Cámara, en el expediente N° 60.201/2012, al que califican como “un valioso precedente”.

Sobre este punto, comparto que la decisión dictada en dicha causa pueda considerarse jurisprudencia relevante y de interés, pero no se trata aquí del estudio general y abstracto de cuestiones teóricas atinentes a la responsabilidad civil por mala praxis médica, sino a la resolución de este litigio concreto sometido a la jurisdicción de este Tribunal. Y tal como acertadamente lo ha puesto de manifiesto mi colega de grado, más allá de que cada caso específico se caracteriza por sus particulares circunstancias, existe una diferencia crucial entre este supuesto y el referido por los apelantes, en la medida en que este último se trató de una donación de gametos femeninos y masculinos, es decir que se obtuvieron embriones a través de un óvulo y un espermatozoide donados.

La distinción es de vital importancia, a punto tal que la Dra. C. indicó que “se sugiere estudio genético para FQ y fragilidad del X al cónyuge en casos de ovodonación” (fs. 915 vta). Precisamente, en el caso en estudio no ha existido ovodonación, sino que las gametas pertenecen a cada uno de los demandantes.

En la misma línea de razonamiento, tampoco modifican la solución que propongo adoptar las comparaciones realizadas por los apelantes entre el estado de la cuestión en nuestro país y en los Estados Unidos de América o en Europa. Ello es así, no sólo por la circunstancia general y evidente de que cada país tiene sus particularidades en cuanto al sistema de salud, a la presencia e incidencia de determinadas patologías específicas en cada lugar, a los recursos disponibles para prevenirlas y curarlas, y a las normas jurídicas que de esas variadas realidades se derivan en el derecho comparado, sino porque la Dra. C. fue categórica en cuanto a que “su casuística (se refiere al American College of Obstetrician and Gynecologists de los EE.UU.) la realiza en base a la prevalencia de enfermedades y variantes de las mutaciones en su población, por lo que no es extrapolable a nuestro país. En Argentina la incidencia de fibrosis quística es de 1/7200 mientras que en Estados Unidos es 1/2500 en la población de raza blanca no hispánica” (fs. 913).

Finalmente, los accionantes se quejaron porque el Dr. Verdaguer no aplicó al caso la ley 24.240 de Defensa de los Consumidores y Usuarios, por hallarse los profesionales liberales excluidos del artículo 2 de dicha norma.

Al respecto, comparto con los recurrentes que, sin perjuicio de lo resuelto sobre el particular por el señor juez de grado, procedería examinar la responsabilidad del Centro de Fertilidad Buenos Aires SA y la de la empresa de medicina prepaga Omint SA a la luz de la LDC, puesto que estas últimas instituciones funcionan como

proveedores (de servicios de salud) a favor de consumidores (afiliados), en los términos del artículo 1 de dicha norma.

No obstante, la responsabilidad que según los accionantes les cabe a dichas personas jurídicas en este litigio, no se ha configurado en el caso, pues la fuente de la obligación no consistiría en una acción u omisión imputable directamente a esas empresas, tales como la negativa de atención médica, fallas en la organización del servicio, la causación de daños derivados de la falta de insumos, de la inadecuada asepsia del nosocomio, del vicio o riesgo de las cosas existentes en sus instalaciones, o de cualquier otro defecto en el diseño o en el funcionamiento del sistema que dé cuenta del incumplimiento de la obligación de seguridad (artículo 5, LDC y artículo 42, Constitución Nacional) que pesaba sobre las instituciones demandadas.

Por el contrario, los actores han fundado la pretendida responsabilidad civil en un acto médico puro, supuestamente culpable, de la Dra. Á. P., concretamente, la omisión de indicar un determinado estudio o tratamiento, y la de brindar información suficiente y recabar de los pacientes el consentimiento informado con los estándares exigidos por la ley.

En este caso, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la configuración de la responsabilidad del ente asistencial requiere previamente la conducta negligente del galeno, ya que es justamente esta última la que revela o pone de manifiesto la violación de la obligación de seguridad debida al paciente por parte de la institución (Bueres, Alberto J., “Responsabilidad civil de los médicos”, Buenos Aires, Hammurabi, 3ª ed., 2006; Calvo Costa, Carlos A., “Responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. Un cambio de paradigma”, LA LEY, 2016-C-974).

En síntesis, a pesar de la situación profundamente dolorosa por la que indudablemente pasaron los actores (tal hecho no está en discusión y no requiere mayores explicaciones), y del esfuerzo argumental desplegado por su letrada en defensa de sus pretensiones, las constancias probatorias aportadas al expediente analizadas a la luz de las reglas de la sana crítica dan cuenta de que no resulta jurídicamente atribuible a las accionadas hecho alguno generador de responsabilidad civil, y por ello propondré al Acuerdo confirmar la sentencia recurrida en cuanto rechazó la demanda que originó este proceso.

VII. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo al Acuerdo confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda que originó este proceso, con costas a los actores vencidos en virtud del principio objetivo de la derrota (artículo 68, primera parte del Cód. Procesal). Así voto.

Por razones análogas a las expuestas por la doctora Iturbide, los doctores Liberman y Pérez Pardo votan en el mismo sentido.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el tribunal decide: Confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda que originó este proceso, con costas a los actores vencidos en virtud del principio objetivo de la derrota. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Hágese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164. 2º párrafo del Cód. Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. — Gabriela A. Iturbide. — Víctor F. Liberman. — Marcela Pérez Pardo.