

EL DERECHO

DIARIO DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR: ALEJANDRO BORDA - CONSEJO DE REDACCIÓN: GABRIEL FERNANDO LIMODIO, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, DANIEL ALEJANDRO HERRERA, NELSON G. A. COSSARI

NOTA

Los votos en blanco y su impacto en el sistema electoral presidencial en Argentina. Comentario al fallo "Gil Domínguez, Andrés s/ formula petición", por José M. Pérez Corti
Cita Digital: ED-V-DCCCXLIII-521

JURISPRUDENCIA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Inadmisibilidad: carencia de fundamentos. ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA: Falta de legitimación activa: invocación de la calidad de elector; caso o controversia; división de los poderes. ELECCIONES: Votos en blanco emitidos por los electores: elección presidencial; primera vuelta electoral; porcentajes exigidos para la proclamación de la fórmula vencedora o la realización de la segunda vuelta electoral; exclusión (CS, febrero 20-2024)

OBRAS SOCIALES: Omisión: atención inadecuada; responsabilidad. DAÑOS Y PERJUICIOS: Médica: obstetra; mal desempeño de médicos de guardia; inimputabilidad; sanatorio; uso de sus instalaciones; provisión de materiales; daño al paciente; ausencia de responsabilidad conducta fallida de los médicos. INTERESES: Tasa activa: condena a valores actuales (CNCiv., sala A, abril 22-2024)



Los votos en blanco y su impacto en el sistema electoral presidencial en Argentina

Comentario al fallo “Gil Domínguez, Andrés s/ formula petición”^(*)

por JOSÉ M. PÉREZ CORTI^(**)

Sumario: 1. EL CASO. – 2. DOS CONSIDERACIONES PREVIAS. – 3. EL VOTO DE ROSATTI. A) ARGUMENTO DEL LÍMITE CONSTITUCIONAL. B) ARGUMENTO DEL CONOCIMIENTO DE LAS REGLAS DE JUEGO. C) ARGUMENTO DE LA EFICACIA DEL PROCESO ELECTORAL. – 4. CONCLUSIONES.

1. El caso

Andrés Gil Domínguez planteó una acción declarativa de certeza (ADC)⁽¹⁾. Lo hizo sobre la base del principio de igualdad del sufragio y alegando su carácter de elector. De acuerdo con su razonamiento, los “votos en blanco (...) son parte de la totalidad de los votos emitidos a los efectos de establecer los porcentajes exigidos para la proclamación de la fórmula vencedora o la realización de la segunda vuelta electoral”.

En primera instancia, la ADC fue rechazada. El actor apeló. Entonces, esgrimió: “Los votos en blanco son votos válidamente emitidos pero la incertidumbre surge en torno a si son votos afirmativos. Si fueran considerados votos afirmativos formarían parte de la ‘torta’ definitiva e incidirían directamente sobre la determinación de los porcentajes a la hora de establecer si se debe realizar la segunda vuelta. Si no adquiriesen dicho estatus, al igual que los votos nulos, no tendrían ninguna incidencia”. Esto deriva de haber razonado que, si los votos en blanco se contaran “como parte de los votos sobre los cuales se calculan los porcentajes a efectos de determinar si hay o no una segunda vuelta, el voto en blanco realiza un gran aporte deliberativo al sistema democrático puesto que obliga a los partidos políticos a esforzarse en la captación de los mismos en la primera vuelta electoral, y a la vez, al expresar la totalidad de las manifestaciones verdidas por los electores incrementa la posibilidad de una segunda vuelta con lo cual habilita un mecanismo de participación ciudadana y de legitimación democrática de la fórmula que resulte definitivamente electa por el pueblo”.

Finalmente, para reforzar el planteo respecto del trato desigual que reciben los votos emitidos –lo que él entiende que violenta el principio de igualdad del voto prescripto por el art. 37 de la Constitución nacional–, argumentó otra cosa. Esto es que, en el marco de las elecciones

primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO), al momento de regular la elección de senadores, diputados y parlamentarios del Mercosur, el legislador ha recurrido al umbral del uno y medio por ciento de los votos válidamente emitidos en los respectivos distritos, a efectos de validar su participación posterior en las elecciones generales (cf. el art. 54 de la Ley 26.571). Para el impugnante, entonces, es “irrazonable que el voto de un elector A tenga un efecto distinto si la contienda es una primaria abierta, simultánea y obligatoria que si el acto electoral se vincula con la elección de la fórmula presidencial. El voto del elector A no tendría los mismos efectos aunque vote en blanco en ambas elecciones”.

La suerte judicial del planteo fue dispar. La magistrada de primera instancia lo rechazó⁽²⁾. La apelación deducida contra dicha resolución condujo a que la Cámara Nacional Electoral (CNE) declarara abstracta la pretensión⁽³⁾. Entonces, el actor interpuso un recurso extraordinario. Asimismo, lo acompañó con un heterodoxo planteo de *inconveniencia* en contra del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), por entenderlo violatorio del artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); todo lo cual fue denegado por la CNE⁽⁴⁾. Ello motivó a que Gil Domínguez promoviera un recurso de queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, finalmente, desestimó la impugnación directa, aunque con diferentes fundamentos, en Fallos 347:43, del 20 de febrero de 2024.

Lo interesante es que el juez Horacio Rosatti juzgó conveniente formular algunas consideraciones respecto de la cuestión planteada por el recurrente. Esto es, sobre la valoración que corresponde hacer (o no) de los votos en blanco, a los fines del cómputo de los porcentajes exigidos para la aplicación del sistema electoral correspondiente a los comicios presidenciales en la Argentina. Y esta es la cuestión que hemos de abordar.

2. Dos consideraciones previas

En forma previa, la cuestión exige deslindar algunas particularidades, a la vez que registrar los antecedentes pertinentes de la jurisprudencia argentina.

En efecto, respecto de la primera cuestión, no cabe analizar el valor del voto en blanco en abstracto ni los efectos políticos derivados de él en cada proceso electoral. Lo primero resulta absolutamente teórico; lo segundo, atinente a un campo extralegal y suprajudicial, como, por ejemplo, la diversidad de consecuencias o derivaciones

(2) Para ello, invocó la ausencia de incertidumbre constitucional, la existencia de un precedente de la Cámara Nacional Electoral que ha resuelto sobre la clasificación de los votos en blanco y que se encuentra firme (Fallo n.º 397/87). También que, de los arts. 96 y 97 de la Constitución nacional y de la Ley n.º 26.571, surge con nitidez que los votos en blanco –registrados durante la primera vuelta electoral en las elecciones presidenciales– son parte de la totalidad de los votos emitidos. Ello a efectos de establecer los porcentajes exigidos para la proclamación de la fórmula vencedora o para la celebración de la segunda vuelta electoral.

(3) Fallo CNE 5731/2019/CA1 (6 de octubre de 2020), en la causa “Gil Domínguez, Andrés s/ formula petición – promueve acción declarativa de certeza”. Resulta interesante que el tribunal se haya inclinado por resolver en ese sentido. En varias ocasiones, he señalado que, en numerosos precedentes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) descartó la desaparición fáctica o la pérdida de virtualidad de determinadas cuestiones en materia electoral. Para ello, debe prestarse especial atención al carácter recurrente que importa la realización periódica de elecciones, conforme a las previsiones de la CN. En esto se ha seguido los pasos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica (cf. Fallos 310:819, del 22 de abril de 1987, “Ríos”; 326:4468, del 4 de noviembre de 2003, “Bussi”; 340:914, del 11 de julio del 2011, “Acuerdo del Bicentenario”, por citar algunos muy representativos). En similar sentido, se puede consultar Pérez Corti, José M.; *Derecho electoral argentino. Nociones*, 3ª ed., Advocatus, Córdoba, pp. 294/296; *Proceso electoral: ¿jurisdicción o administración?*, tesis doctoral (inédita), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, 12/12/2019, p. 149, nota 376.

(4) Fallo CNE 5731/2019/CA1 (1 de diciembre de 2020), en la causa citada.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: ¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA y ANTONIO MARTINO, ED, 180-927; El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994, por VÍCTOR E. IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; Reforma constitucional y consolidación democrática, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; El número de las opciones políticas, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2009-305; La acefalía presidencial, por ANTONIO CASTAGNO, EDCO, 2009-439; El vicepresidente en la Argentina y su rol en las coaliciones, por DIEGO M. SERRANO REDONNET, EDCO, 2010-490; Presidencialismo híbrido en la República Argentina, por CARLOS DANIEL LUQUE, EDCO, 2011-249; La Revolución de Mayo y su influencia en los orígenes del presidencialismo argentino, por SANTIAGO J. MARTÍN y LEONARDO PALACIOS, EDCO, 2011-295; Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; Reflexiones en torno al sistema presidencialista argentino, a 20 años de la reforma constitucional de 1994, por ALEJANDRA RODRÍGUEZ GALÁN, EDCO, 2014-637; La atenuación del presidencialismo en la reforma constitucional de 1994, por PABLO LUIS MANILL, EDCO, 2015-255; Apuntes sobre los orígenes y causas del presidencialismo “fuerte” en la Argentina, por SANTIAGO J. MARTÍN, ED, 268-593; ¿Presidencialismo o parlamentarismo?, por ROBERTO F. BERTOSI, ED, 273-1007. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 347:43, del 20 de febrero de 2024, en autos caratulados “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Gil Domínguez, Andrés s/ formula petición” (causa CNE 5731/2019/2/RH2).

(2) Como siempre, mi agradecimiento a Federico Abel por la revisión final de este texto y por sus valiosos y clarificadores aportes.

(3) Los argumentos aquí referenciados corresponden al escrito del actor, titulado “Interpongo recurso extraordinario federal (REF)”, disponible para su consulta en el portal web del Poder Judicial de la Nación. Puede accederse al expediente digital completo con el número de causa correspondiente.

que algunos le atribuyen en relación con las listas que conforman la oferta electoral⁽⁵⁾.

Por otra parte, la Cámara Nacional Electoral ha dejado sentada interesante doctrina judicial respecto de una cuestión muy similar a la aquí planteada, aunque –bueno es destacarlo– no de aplicación directa al caso que nos convoca.

Nos referimos al fallo n.º 397/87 (23 de junio de 1987)⁽⁶⁾. El planteo había girado en torno al cómputo –o no– de los votos en blanco para la determinación del umbral a los fines de la representación de las minorías en cargos partidarios. Como lo anticipamos, no es la misma hipótesis fáctica. Sin embargo, nos permite reflexionar, justamente, sobre las diferentes apreciaciones que caben respecto del valor del voto en blanco, según el contexto fáctico y legal a tener en cuenta.

En el precedente citado, el debate encuadraba en la necesidad de identificar con precisión cómo se componía el universo de votos válidos. Esto, con el fin de calcular el porcentaje fijado como piso habilitante para que las diferentes listas pudieran participar en la distribución de cargos partidarios.

Por lo tanto, entonces, no se habló de distribución de cargos o bancas (es decir, la puja entre los que obtuvieron votos positivos válidamente emitidos en su favor), sino de lo que dichos votos representan, porcentualmente y por cada agrupación, respecto del total de votos emitidos.

En este sentido, el legislador procuró el cálculo de la relación entre el total de votos emitidos y la cantidad parcial de votos positivos recibidos por cada lista o fuerza política. Y lo hizo con el criterio que consideró más adecuado a los fines de garantizar la legitimidad del resultado electoral. Claro que podría haber sido más exigente (y recurrir a la conformación del universo de votantes)⁽⁷⁾ o, más aún, al de electores⁽⁸⁾. O, por el contrario, más flexible y, como cifra de cálculo del porcentual en cuestión, exigir solo el conjunto de votos válidos positivos⁽⁹⁾. Pero, en virtud de los objetivos tenidos en cuenta, la decisión se ubicó en un punto de equilibrio.

Consecuentemente, para los actores de esta causa, lograr la exclusión del cómputo de los votos en blanco, respecto del universo de los válidos, era crucial. De esta manera, lo reducirían para la compulsa de los votos positivos que habían obtenido, y aumentarían su porcentaje de participación. Por esa vía, además, ingresarían a la etapa de distribución de cargos y bancas.

Sin embargo, la Cámara Nacional Electoral, con un preciso e interesante razonamiento, concluyó otra cosa. Los votos en blanco tienen plena validez jurídica, puesto que *“el voto en blanco ha sido emitido y constituye la expresión de una voluntad de naturaleza política, aun cuando no se manifieste de forma positiva. [...] en la medida en que satisfaga los requisitos formales de la ley [...] cumple también con la finalidad del sufragio, [...] y [...] mal podrían ser considerados nulos”*⁽¹⁰⁾.

Definitivamente, si lo que debe calcularse es el umbral a partir del cual el legislador ha decidido validar la participación (o no) de las listas en la distribución de cargos y bancas, no es posible pretender –en dichos supuestos– que los votos en blanco queden fuera de la categoría de votos válidos⁽¹¹⁾.

Con esto, se responde a una de las inquietudes planteadas por Gil Domínguez en cuanto a la supuesta disparidad de trato del valor y cómputo de los votos en blanco en una elección y otra, y, sobre todo, según la función que cumplen los universos en cuestión. En efecto, en el diseño institucional, la finalidad perseguida es muy distinta en dos momentos bien diferenciados. Esto es, por una parte, cuando se fijan “pisos de participación” previos al reparto

de cargos y bancas; y, por la otra, cuando se lo hace concretamente para esta última finalidad.

3. El voto de Rosatti

El juez decidió adentrarse en la cuestión planteada. Para ello acudió, en primer lugar, a destacada doctrina constitucional, según la cual resulta claro que por “votos afirmativos”⁽¹²⁾ se entiende aquellos emitidos en favor de una fórmula determinada. Es decir, son positivos respecto de estas, puesto que las apoyan explícita, expresa e indubitablemente. En cambio, los “votos en blanco” no expresan respaldo a ninguna de aquellas. Por ende, son “votos negativos” en cuanto no son en favor de fórmula alguna de las que integran la oferta político-partidaria de una elección determinada.

Sobre la base de esta clara distinción que formula la doctrina, partiendo de las regulaciones normativas y constitucionales vigentes, la conclusión que ensaya es esta: los votos en blanco deben quedar excluidos del cómputo destinado a definir la fórmula ganadora.

En este caso concreto⁽¹³⁾, dicha exclusión no resultaría arbitraria. En efecto, los *positivos* indican claramente el sentido de la voluntad popular respecto de la oferta sobre la que el electorado debe optar. Por el contrario, los *votos en blanco* expresan incertidumbre o, lo que es lo mismo, el contenido, vago, etéreo o indefinido de la voluntad política ciudadana. Tal indeterminación puede comprender posiciones tan diversas como contradictorias: el rechazo a las fórmulas y propuestas oficializadas, el desconocimiento de ellas, indiferencia, castigo o, lisa y llanamente, la identificación con alguna propuesta política cuya consigna –no formalizable ante la autoridad electoral– sea votar en blanco, como bien lo ha registrado nuestra historia en la materia.

Como consecuencia, pretender escrutar positivamente los votos en blanco a la hora de asignar cargos y bancas resulta *improponible* como alternativa constructiva de la manifestación clara e indubitable de la voluntad popular. Nadie puede “decidir” el valor que se le debe otorgar a una expresión tan difusa y polifónica. Por lo tanto, mucho menos plausible resulta el empeño por pretender equiparar dicha ambigüedad a los votos asertivamente positivos emitidos en favor de las diferentes fórmulas partidarias⁽¹⁴⁾.

En otras palabras, no debe confundirse el sufragio que “otorga un mandato”, premeditado y concreto, con aquel que solo evidencia, presumiblemente, “falta de identificación” respecto de la oferta electoral (candidatos) o de la propuesta programática (plataformas). Esto sin considerar las hipótesis de instrumentación política de su relevancia, tal como hemos señalado. Igual que en matemáticas, los votos positivos podrían estar representados por la unidad (1), y los negativos, por la ausencia de ella (cero). Esto último es lo que mejor reflejaría el contenido de los votos en blanco: una falta de identificación política o, lisa y llanamente, la ausencia de una representación posible (cohesión) de las múltiples posiciones en él contenidas, o la carencia de identificación con la oferta electoral disponible en dichos comicios.

Además, también cabe considerar al voto en blanco desde otra perspectiva. O sea, como una manera de instrumentar comicialmente –esto es, para “operar” el sistema electoral aplicable– y así reflejar formalmente la “abstención” –política o ideológica– de determinada parte de la ciudadanía. En consecuencia, no conlleva representación alguna, pero sí expresa falta de identificación suficiente con la oferta electoral. Por eso no vota afirmativa o positivamente ninguna de las fórmulas que la integran. Ahora bien, tal universo de motivos, todos ellos albergados indistintamente en los “votos en blanco”, resulta inescrutable. Consecuentemente, otorgarle un “valor” que “impacte” en el sistema electoral comporta una definición que solo los constituyentes y los legisladores (auténticos e

(5) Es a lo que nos referiremos, también, en el apartado 3.b de este comentario.

(6) Dictado en la causa “Jorge Mera Apoderado General lista ‘Causa Radical’ – Unión Cívica Radical – Capital Federal s/ queja” (Expte. n.º 1181, CNE).

(7) En este caso, correspondería considerar el presentismo electoral, esto es, la cantidad de electores que concurrieron a sufragar, sin diferenciar de qué manera hubieran ejercido su voto.

(8) Requisito que se calcula a partir de la cantidad de electores inscriptos en el padrón utilizado en los comicios, sin importar si todos concurrieron o no a sufragar y, mucho menos, cómo ejercieron su voto.

(9) Esto es, la suma solo de los votos válidos emitidos en favor de cada una de las listas de candidatos postuladas por las agrupaciones políticas participantes.

(10) CNE, considerando 6.º (*in fine*), precedente ant. cit.

(11) Cf. CNE, considerando 3.º, precedente ant. cit.

(12) CN (arts. 97 y 98); Código Electoral Nacional (Ley n.º 19.945 y modif.), arts. 149 y 151; en ambos casos, para la hipótesis de la primera vuelta electoral.

(13) Tal como lo adelantamos al revisar el precedente de la CNE del año 1987, en el caso en cuestión se trataba de la distribución de cargos o bancas; es decir, la disputa electoral entre las listas que habían obtenido votos positivos, válidamente emitidos en su favor, y lo que dichos votos representaban, porcentualmente y por cada agrupación, respecto del total de votos emitidos.

(14) Tal fue lo decidido por la CNE en su fallo n.º 2992/2002 (8 de febrero de 2002), en la causa “Malamud, Eduardo Horacio y otro s/ promueven acción de amparo –voto en blanco– elecciones 14 de octubre de 2001” (Expte. n.º 3492/01, CNE).

incuestionables representantes de la voluntad popular a la hora de legislar) podrían decidir y adoptar⁽¹⁵⁾.

Hasta aquí, nuestra conclusión es esta: las regulaciones de nuestra Constitución y del Código Electoral Nacional, respecto de la fórmula dispuesta por los legisladores para el cómputo de los votos a la hora de aplicar el sistema electoral vigente para la elección de presidente y vicepresidente de la Nación, resultan razonables y más que fundadas.

Sin embargo, para responder al planteo de la hipotética desigualdad que significaría el no cómputo de los votos en blanco a la hora de la determinación de la fórmula presidencial ganadora, el juez Rosatti optó por los siguientes argumentos, tal como él mismo los nominó: a) “del límite constitucional”, b) “del conocimiento de las reglas de juego”, y c) “de la eficacia del proceso electoral”.

Brevemente, analizaremos cada uno de ellos.

a) Argumento del límite constitucional

El primero es parte de lo que señalamos antes, por lo que lo compartimos sin duda. Si algo caracteriza a un régimen constitucional es que, en general, las reglas están escritas en su texto supremo, por lo que no pueden ser determinadas conforme la voluntad individual de cada ciudadano, sino que, por el contrario, son el resultado de un procedimiento democrático que conduce a su formalización en los textos legales. Puede no gustarnos lo que el legislador ha decidido, pero no por ello, necesariamente, deviene injusto o produce desigualdad. La razonabilidad de los fundamentos a los que el legislador ha recurrido para sancionar la norma otorgándole sus contenidos es el factor determinante de su constitucionalidad.

Ahora, no coincidimos en que, a partir del argumento del actor, también cabría exigir la consideración y cómputo de la abstención y de la anulación consciente de los votos. En el caso del voto en blanco, dijimos que sus contenidos subjetivos pueden ser múltiples y, consecuentemente, indescifrables a los fines de su cómputo uniforme y adecuado. Sin embargo, manifiestan la voluntad de estar dentro del sistema democrático formal, y es un gran error pensar que sus emisores no puedan variar de posiciones.

En cambio, una abstención puede ser el resultado de muchas más situaciones o motivos, incluyendo algunos que podrían abarcar hipótesis de fuerza mayor que afectaron la misma libertad de los votantes impidiéndoles concurrir a ejercer sus derechos políticos. En estos casos, al no haber sufragado el elector, no hay expresión de posición política alguna.

Por el contrario, la anulación de un voto importa la emisión efectiva del sufragio y un comportamiento –activo o pasivo, voluntario o no– que el legislador definió como susceptible de tal sanción. Dentro de ese universo de votos, es posible encontrar el error, la cooptación de voluntades, el fraude y hasta situaciones ajenas a las previsiones del legislador. Es un universo indeterminable de posibilidades que afectan al instrumento de votación y lo tornan inválido a los fines de su escrutinio y cómputo. Justamente, se adopta esa solución para preservar la pureza del acto comicial y la legitimidad del resultado de la voluntad popular, que siempre debe expresarse observando y respetando las reglas formalmente establecidas.

b) Argumento del conocimiento de las reglas de juego

Es correcto afirmar que la igualdad, en el supuesto bajo estudio, radica en que cada elector conoce y sabe el valor que se le asignará a su voto.

No estamos tan seguros, en cambio, de que tenga igual claridad respecto de los efectos derivados del voto en blanco y con impacto en la aplicación de las reglas y fórmulas de los sistemas electorales⁽¹⁶⁾. Es que estos son el resultado de un análisis de mayor envergadura, basado en contenidos estadísticos y politológicos, algo que no necesariamente resulta comprensible o que esté al alcance del ciudadano común, al menos, no sin contar con una

explicación clara al respecto, por lo menos desde nuestra experiencia⁽¹⁷⁾.

c) Argumento de la eficacia del proceso electoral

Finalmente, el tercer argumento sostiene la razonabilidad del no cómputo de los votos en blanco en función del enfoque teleológico de la voluntad del legislador, esto es, el de facilitar el resultado electoral positivo mediante la superación del umbral constitucional estipulado para el triunfo, en primera o segunda vuelta, de una de las fórmulas presidenciales en juego. Es por ello, en criterio del magistrado, que el constituyente “con la adopción de la (...) fórmula prevista en los artículos 97 y 98 de la Constitución Nacional (...) atemperó las mayorías necesarias y generó (...) condiciones para facilitar los triunfos en las primeras vueltas”. Compartimos este razonamiento.

En efecto, tal como siempre lo señala Nöhlen, no debemos perder de vista la relevancia que tiene el contexto a la hora de abordar y comprender correctamente un régimen electoral⁽¹⁸⁾. De tal modo, entendemos la definición normativa, por la que optaran los constituyentes de 1994, como un incentivo en favor de la adecuada consolidación y funcionamiento institucional del sistema electoral introducido.

4. Conclusiones

Un régimen electoral importa múltiples elementos y variables estrechamente vinculados entre sí, cada uno de ellos con una función y finalidad específicas, y cuyos efectos repercuten en los demás. Opera como un engranaje de relojería⁽¹⁹⁾.

Cuando el constituyente o el legislador deciden formalizarlo normativamente, no pueden ni deben ignorar tales caracteres. En especial, los efectos y las consecuencias que se proyectan respecto de los resultados comiciales e institucionales a corto, mediano y largo plazo.

Consiguientemente, cada definición contenida en la legislación electoral, ha sido justipreciada y calibrada siguiendo objetivos concretos y promoviendo o evitando determinados efectos o consecuencias institucionales.

Cierto es que ello no impide que los cambios y mutaciones sociales impacten en algunas de las cuestiones que hace a dicho diseño. Hemos visto el caso, por ejemplo, de la evolución del derecho de sufragio activo y su expansión hacia colectivos antes excluidos.

Sin embargo, en aspectos estrictamente técnicos, rara vez el cambio obedece a una concepción social. Por el contrario, como cada variación hace al diseño arquitectónico y funcional de los mecanismos mediante los cuales se instrumenta el complejo proceso de manifestación y formalización de la voluntad popular en los procesos electorales, su revisión o modificación requiere un meditado y concienzudo diagnóstico previo, para luego poder avanzar en la revisión crítica de alternativas para su posterior reforma.

En ese marco, se impone comprender que algunos valores constitucionales, aunque revisten una importancia y relevancia fundamental en nuestro sistema de derechos, no necesariamente operan o impactan con igual lógica en el régimen electoral. Consecuentemente, su revisión y reformulación conceptual o rediseño operativo difícilmente opere solo a través de una interpretación judicial que no tenga en cuenta las particularidades y variables escueta y rápidamente señaladas aquí.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - PARTIDOS POLÍTICOS - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - DERECHO POLÍTICO - DERECHO CONSTITUCIONAL - ELECCIONES - ESTADO - DIVISIÓN DE PODERES - PRESIDENTE - RECURSO EXTRAORDINARIO - VOTO - ELECCIONES - ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA - FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA - CASO O CONTROVERSIA

(17) Es a lo que nos referimos con anterioridad en el apartado 2 de este trabajo.

(18) Cf. Nöhlen, Dieter; *Instituciones políticas en su contexto*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007; y *Ciencia política y justicia electoral*, Edición e introducción a cargo de José Reynoso Núñez, UNAM, México, 2015.

(19) En palabras de Nöhlen, no es posible pensar en el régimen electoral sin integrarlo con la trilogía que conforman el sistema de gobierno, el sistema electoral y el sistema de partidos (Nöhlen, Dieter; *Instituciones políticas en su contexto*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, pp. 55/68).

(15) En similar sentido también se expresó la CNE en el mencionado fallo n.º 2992/2002 (ver considerando 2.º, último párrafo, con cita de Paolo Biscaretti di Ruffia). Los ejemplos del derecho constitucional comparado aportados por el accionante ponen de relieve que, justamente, a quienes les cabe el ejercicio de la función legislativa (constituyente o reglamentaria) tienen competencia material para definir la cuestión.

(16) Cf. Pérez Corti, José M.; *Derecho electoral argentino. Nociones*, 3ª ed., Advocatus, Córdoba, pp. 50/66.

Recurso Extraordinario:

Inadmisibilidad: carencia de fundamentos.

Acción Declarativa de Certeza:

Falta de legitimación activa: invocación de la calidad de elector; caso o controversia; división de los poderes. **Elecciones:** Votos en blanco emitidos por los electores: elección presidencial; primera vuelta electoral; porcentajes exigidos para la proclamación de la fórmula vencedora o la realización de la segunda vuelta electoral; exclusión.

Con nota a fallo

- 1 – *La impugnación al art. 280 del CPCCN, por resultar violatorio del art. 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos formulada en el recurso extraordinario, exhibe una manifiesta carencia de fundamento que la torna ineficaz e impide su consideración por parte de la Corte Suprema de Justicia.*
- 2 – *La doctrina constitucional de nuestro país coincide en que los votos afirmativos, a los efectos del cómputo previsto en la Constitución Nacional, son aquellos que se pronuncian por una fórmula determinada y que, por consiguiente, los votos en blanco quedan excluidos de dicho cómputo (voto del doctor ROSATTI).*
- 3 – *Corresponde rechazar el argumento de que no considerar al voto en blanco en igualdad de condiciones con el resto de los sufragios válidamente emitidos implica una situación de desigualdad injustificable, pues es la Constitución Nacional la que establece la distinción entre los votos que se computan y los que no se computan a los fines de la elección y la que, en ese sentido, dispone que solo se computarán los votos afirmativos válidamente emitidos, es decir que luego de garantizar la universalidad y la igualdad del sufragio (art. 37), establece los requisitos que debe reunir el voto para ser computado a los fines previstos en sus arts. 97 y 98 (afirmativo y válido) (voto del doctor ROSATTI).*
- 4 – *Debe rechazarse el argumento de que no considerar al voto en blanco en igualdad de condiciones con el resto de los sufragios válidamente emitidos implica una situación de desigualdad injustificable, pues el elector sabe que al votar en blanco en la primera vuelta electoral terminará favoreciendo a la fórmula que resulte más votada, en la medida en que su voto no será parte de la totalidad de los votos emitidos a los efectos de establecer los porcentajes exigidos para la proclamación de la fórmula vencedora o la realización de la segunda vuelta electoral (voto del doctor ROSATTI).*
- 5 – *Procede el rechazo del argumento de que no considerar al voto en blanco en igualdad de condiciones con el resto de los sufragios válidamente emitidos implica una situación de desigualdad injustificable, pues el no cómputo de los votos en blanco se vincula con el propósito de favorecer un resultado electoral positivo, en tanto aumenta las chances de alcanzar el umbral electoral constitucionalmente exigido en la primera vuelta para proclamar como ganadora a una fórmula presidencial, y ello, asimismo, encuentra respaldo en la intención perseguida con la adopción de la particular fórmula electoral prevista en los arts. 97 y 98 de la CN, que, al prescindir del requisito de mayoría absoluta de los votos atemperó las mayorías necesarias y generó, de ese modo, condiciones para facilitar los triunfos en primeras vueltas (voto del doctor ROSATTI).*
- 6 – *Quien invocó la calidad de elector carece de legitimación para promover una acción declarativa de certeza tendiente a dilucidar si los votos en blanco emitidos por los electores en oportunidad de la realización de la primera vuelta electoral son parte de la totalidad de los votos emitidos a los efectos de establecer los porcentajes exigidos para la proclamación de la fórmula vencedora o la realización de la segunda vuelta electoral, pues no ha demostrado ser titular de una relación jurídica sustancial que justifique su legitimación en este proceso y, a simple vista, carece de un interés suficientemente directo, concreto y personal –diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos– en el resultado del pleito que propone (voto del doctor ROSENKRANTZ, conforme el precedente “Gil Domínguez” –CNE 5731/2019/1/RH1– de la misma fecha, al que remite).*
- 7 – *El actor que invocó su calidad de elector carece de legitimación para promover una acción declarativa de certeza tendiente a dilucidar si los votos en blanco emitidos por los electores en oportunidad de la realización de la primera vuelta electoral son parte de la totalidad de los votos emitidos a los efectos de establecer los porcentajes exigidos para la proclamación de la fórmula vencedora o la realización de la segunda vuelta electoral, pues dicha condición es de una generalidad tal que no permite tener por configurada la existencia de una causa, caso o controversia (voto del doctor ROSENKRANTZ, conforme el precedente “Gil Domínguez” –CNE 5731/2019/1/RH1– de la misma fecha, al que remite).*
- 8 – *Si la Corte Suprema de Justicia –o cualquier otro tribunal nacional– interviniese en asuntos donde el peticionario carece de legitimación transgrediría el severo límite al poder judicial que surge del art. 116 de la CN y que es propio del esquema de división de poderes que ella organiza (voto del doctor ROSENKRANTZ, conforme el precedente “Gil Domínguez” –CNE 5731/2019/1/RH1– de la misma fecha, al que remite). M.A.R.*

62.067 – CS, febrero 20-2024. – Gil Domínguez, Andrés s/ fórmula petición (CNE 5731/2019/2/RH2).

Buenos Aires, 20 de febrero de 2024

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Gil Domínguez, Andrés s/ fórmula petición”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que Andrés Gil Domínguez, letrado en causa propia, invocando su condición de “elector”, planteó una acción declarativa de certeza a fin de “...dilucidar la siguiente incertidumbre constitucional-convencional: ¿Conforme lo establece el art. 37 de la Constitución argentina y los artículos concordantes de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los cuales se determina que el sufragio es igual, los votos en blanco emitidos por los electores en oportunidad de la realización de la primera vuelta electoral en los términos provistos por los artículos 97 y 98 de la Constitución argentina son parte de la totalidad de los votos emitidos a los efectos de establecer los porcentajes exigidos para la proclamación de la fórmula vencedora o la realización de la segunda vuelta electoral?”.

2º) Que la jueza de primera instancia rechazó la demanda. Esa decisión fue apelada por el actor y la Cámara Nacional Electoral declaró abstracta la pretensión. Para resolver de ese modo, el tribunal consideró que la Asamblea Legislativa ya había proclamado al presidente y vicepresidente de la Nación y que aquellos habían prestado juramento el 10 de diciembre de 2019.

Contra esa decisión, el actor interpuso un recurso extraordinario en el que planteó, además, la inconvencionalidad del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por resultar violatorio del artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El recurso fue denegado por la cámara, lo que motivó el presente recurso de queja.

3º) Que la impugnación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación exhibe una manifiesta carencia de fundamento que la torna ineficaz e impide su consideración por parte de esta Corte.

4º) Que, por lo demás, el recurso extraordinario, cuya denegación motivó esta queja, resulta inadmisibles (artículo 280 del código citado).

5º) Que sin perjuicio de ello, resulta conveniente realizar algunas consideraciones sobre la cuestión planteada por el recurrente.

La Constitución Nacional, en su artículo 97, dispone que “[c]uando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y vicepresidente de la Nación”. Por su parte, en el artículo 98 establece la proclamación automática de la fórmula presidencial por proporción y disparidad mínimas entre fórmulas, en los siguientes términos: “[c]uando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del

total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y vicepresidente de la Nación”.

La doctrina constitucional de nuestro país coincide en que los “votos afirmativos”, a los efectos del cómputo previsto en la Constitución Nacional, son aquellos que se pronuncian por una fórmula determinada y que, por consiguiente, los votos en blanco quedan excluidos de dicho cómputo (García Lema, Alberto M., “Elección directa del presidente y vicepresidente por doble vuelta”, en Rosatti, Horacio D. y otros, *La reforma de la Constitución: explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 359; Sagüés, Néstor P., *Derecho constitucional*, T. II, 1ª edición, Astrea, 2017, p. 345; Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional: Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, T. V, 2ª edición, Buenos Aires, De Palma, 1999, p. 55; Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. III, 3ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 580; Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, T. II, 6ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2022, p. 471).

En concreto, el recurrente expresa que “[n]o considerar al voto en blanco en igualdad de condiciones con el resto de los sufragios válidamente emitidos implica una situación de desigualdad injustificable en términos de soberanía popular; pero sobre todo, nulifica la expresión del elector al quitarle todo efecto democrático a la decisión adoptada”. Sostiene, por consiguiente, que no computar el voto en blanco en la elección de presidente y vicepresidente implica tratar desigualmente al elector que vota de esa manera con relación a quien emite su voto por alguna de las fórmulas presentadas.

Este razonamiento debe ser rechazado, por tres razones que podrían denominarse “argumento del límite constitucional”, “argumento del conocimiento de las reglas de juego” y “argumento de la eficacia del proceso electoral”.

Conforme al primer argumento, es la Constitución Nacional la que establece la distinción entre los votos que se computan y los que no se computan a los fines de la elección y la que, en ese sentido, dispone que solo se computarán los votos “afirmativos válidamente emitidos”. Del mismo modo que se efectúa el planteo respecto de los votos en blanco (votos válidamente emitidos, no afirmativos), podría sostenerse que la abstención y la anulación consciente (el no voto y el voto inválido, respectivamente) también deberían ser considerados, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la igualdad de quienes expresan una determinada posición política. No obstante, es la Norma Fundamental la que, luego de garantizar la universalidad y la igualdad del sufragio (artículo 37), establece los requisitos que debe reunir el voto para ser computado a los fines previstos en sus artículos 97 y 98 (afirmativo y válido).

Con respecto al segundo argumento, la igualdad se manifiesta en este supuesto en que cada uno de los electores tiene idéntico conocimiento, antes de tomar su decisión, del valor que se asignará a su voto, sea este afirmativo o negativo, asumiendo en este último caso la consecuencia de que su voto no será considerado a los fines del cómputo de las mayorías que prevén las normas constitucionales referidas. En otras palabras, el elector sabe que al votar en blanco en la primera vuelta electoral terminará favoreciendo a la fórmula que resulte más votada, en la medida en que su voto no será parte de la totalidad de los votos emitidos a los efectos de establecer los porcentajes exigidos para la proclamación de la fórmula vencedora o la realización de la segunda vuelta electoral.

Conforme al tercer argumento, el no cómputo de los votos en blanco se vincula con el propósito de favorecer un resultado electoral positivo, en tanto aumenta las chances de alcanzar el umbral electoral constitucionalmente exigido en la primera vuelta para proclamar como ganadora a una fórmula presidencial. Ello, asimismo, encuentra respaldo en la intención perseguida con la adopción de la particular fórmula electoral prevista en los artículos 97 y 98 de la Constitución Nacional, que, al prescindir del requisito de mayoría absoluta de los votos –usualmente establecido en otros ordenamientos que prevén segundas vueltas– atemperó las mayorías necesarias y generó de ese modo condiciones para facilitar los triunfos en primeras vueltas.

Finalmente, cabe destacar que el hecho de que el voto en blanco no se compute, no significa que carezca de relevancia simbólica y política. La decisión de votar en blanco expresa insatisfacción, descontento, disconformidad o apatía con la oferta electoral, o peor aún, un rechazo hacia el funcionamiento de las instituciones. Por ello, en ocasiones, el elector que no encuentra atractiva la oferta electoral, conocedor de las consecuencias de no votar por ninguna fórmula, decide sufragar por alguna de ellas, evidenciando que con su actitud no expresa una “elección” sino una “opción”.

Por ello, se desestima la presentación directa. Notifíquese y archívese.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que los fundamentos expuestos por esta Corte en el día de la fecha en la causa CNE 5731/2019/1/RH1 –voto del juez Rosenkrantz–, a las que cabe remitir por razones de brevedad, impiden reconocer legitimación activa al recurrente.

Por ello, se desestima el recurso de queja interpuesto. Notifíquese y archívese.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que la impugnación al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por resultar violatorio del art. 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos formulada en el recurso extraordinario exhibe una manifiesta carencia de fundamento que la torna ineficaz e impide su consideración por parte de esta Corte.

Que, por lo demás, el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, resulta inadmisibles (art. 280 del citado código).

Por ello, se desestima la presentación directa. Notifíquese y archívese.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que la impugnación al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por resultar violatorio del art. 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos formulada en el recurso extraordinario exhibe una manifiesta carencia de fundamento que la torna ineficaz e impide su consideración por parte de esta Corte.

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motivó esta queja, resulta inadmisibles (art. 280 del código citado).

Que “...cabe poner de relieve –a fin de evitar interpretaciones erróneas acerca del alcance de los fallos de la Corte Suprema– que la desestimación de un recurso extraordinario mediante la aplicación de dicha norma no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida...” (conf. causa “Vidal”, Fallos: 344:3156, suscripta por los jueces Rosatti, Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti).

Por ello, se desestima la presentación directa. Notifíquese y archívese. – Horario D. Rosatti. – Carlos F. Rosenkrantz. – Juan C. Maqueda. – Ricardo L. Lorenzetti.

Obras Sociales:

Omisión: atención inadecuada; responsabilidad. **Daños y Perjuicios:** Médica: obstetra; mal desempeño de médicos de guardia; inimputabilidad; sanatorio; uso de sus instalaciones; provisión de materiales; daño al paciente; ausencia de responsabilidad conducta fallida de los médicos. **Intereses:** Tasa activa: condena a valores actuales.

1 – No corresponde condenar a la obra social por el penoso resultado, sino por su omisión de realizar todo lo que estaba al alcance para darle a la accionante una chance de asistencia adecuada que no contó al momento del parto. La distocia

funicular fue la causante de la mala evolución de la neonato y la eventual detección temprana hubiese evitado un mayor deterioro fetal.

- 2 – No se puede condenar a la médica obstetra codemandada por el mal desempeño de los médicos que asistieron a la progenitora desde el inicio de su atención, ya que la galena, al asistir con motivo de su convocatoria a tales efectos, se encontró con el irremediable desenlace ocasionado por la pasividad del resto del cuerpo médico. No existía, a esa altura del parto, otra medida –uso de fórceps– que hubiera podido adoptar la obstetra a fin de evitar el lamentable desenlace de autos, ya que fue la mala actuación del cuerpo médico de la obra social lo que derivó en los daños que actualmente padece la hija de la accionante, pues resultó determinante la omisión de medidas adecuadas –monitoreo fetal– que le otorguen a la actora una chance de asistencia concreta que pudiera haber sido efectuada por la obstetra accionada.
- 3 – Si el sanatorio se limitó a otorgar el uso de sus instalaciones y la provisión de materiales descartables, comprobándose asimismo que las lesiones padecidas por el paciente no obedecen a aspectos paramédicos, no corresponde responsabilizar al mencionado ente por la conducta fallida de los médicos que intervinieron en la atención de la paciente. La relación entre la profesional y el paciente es res inter alios acta respecto del sanatorio.
- 4 – La realidad del mercado financiero, contingente y variable, determina que la tasa de interés establecida por la doctrina plenaria sentada por la Cámara Civil en los autos “Samudio de Martínez, Ladisláa c. Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios”, del 20/04/09, no altera, actualmente, el contenido económico del capital establecido en la sentencia, aun cuando la cuantificación de los rubros se haya realizado a valores vigentes a dicha fecha.
- 5 – Para arribar a la atribución de responsabilidad a la obra social prestadora del servicio de salud como consecuencia de la defectuosa actuación de los médicos de guardia que atendieron a la paciente, no es preciso recurrir –un tanto ficticiamente– a la teoría de la obligación de seguridad, ni de la estipulación a favor de terceros, sino que basta con constatar que la obra social sigue siendo la deudora de las prestaciones médicas –aunque las haga ejecutar materialmente por otro– y, en esa medida (es decir, en su carácter de deudora), responde naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inexecución.
- 6 – La obra social, en tanto solvens que hizo cumplir su obligación por un tercero –los médicos de guardia–, responde en forma directa por el incumplimiento materializado por estos últimos, del mismo modo que si hubiese sido ella quien causó personalmente la infracción del plan prestacional. En suma, en materia obligacional, el deudor ya es responsable directo por su simple condición de obligado, y esa situación en nada se ve alterada por el hecho de que se emplee a un tercero para ejecutar materialmente el plan de conducta comprometido, sin que la dependencia juegue algún rol apreciable en el campo “contractual”.
- 7 – La relación entre la obra social, el paciente y el médico no puede analizarse como una estipulación a favor de terceros, porque los dos centros de interés principales son los del paciente que paga y los de la entidad médica que presta el servicio, razón por la cual, el problema a resolver se vincula con esta relación jurídica, y no con la que se entabla entre el médico y la obra social con efectos subsidiarios hacia terceros. El paciente no es tercero sino parte.
- 8 – Corresponde considerar que el médico que atiende a un paciente en el marco de una institución hospitalaria no celebra con él ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe enmarcarse en la órbita aquiliana.
- 9 – La figura de la estipulación a favor de tercero se aplica a los fines de perfilar la relación generada entre una entidad sanatorial o un médico y las obras sociales. En efecto, entre dichas personas se establece un contrato base o relación de cobertura en beneficio del paciente afiliado al ente de obra social, quien se transforma, a raíz de la virtualidad jurídica del nexo, en acreedor de la clínica por la debida atención médica y es obvio que entre el afiliado y la obra social existe un contrato (del voto del doctor Li Rosi). M.M.F.L.

62.068 – CNCiv., sala A, abril 22-2024. – P. V., N. E. c. Instituto Médico de Obstetricia - IMO y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 22 días del mes de abril del año dos mil veinticuatro, reunidos en acuerdo –en los términos de los arts. 12 y 14 de la acordada n.º 27 /2020 de la C.S.J.N.– los señores jueces de la Sala “A” de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: “P. V. N. E. C/ INSTITUTO MÉDICO DE OBSTETRICIA – IMO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS – RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX.” respecto de la sentencia dictada el día 27 de febrero del 2023, se establece la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo, resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: Ricardo Li Rosi - Sebastián Picasso - Carlos A. Calvo Costa.

A la cuestión propuesta, el Dr. *Ricardo Li Rosi* dijo:

I. La sentencia dictada el día 27 de febrero del 2023 hizo lugar parcialmente a la demanda entablada y, en consecuencia, condenó a Instituto Médico de Obstetricia S.A., Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC) y a C. D. R. a abonar las sumas de Pesos Trece Millones (\$13.000.000) a favor A. J. A. P. y la de Pesos Cuatro Millones Seiscientos Mil (\$4.600.000) para N. E. P. V. y L. A. A., con más los intereses y las costas del proceso. Asimismo, hizo extensiva la condena a la citada en garantía, Seguros Médicos S.A., en la medida del contrato de seguro.

Contra el mentado pronunciamiento se alzaron las quejas de Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (f. 704), de Seguros Médicos S.A. (f. 705), de Instituto Médico de Obstetricia S.A. (f. 706), de la médica demandada (f. 706) y de la Defensora Pública de Menores e Incapaces (f. 712). Colocados los autos en la Secretaría de esta Sala en los términos del artículo 259 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –ver proveído de f. 717–, el letrado apoderado de la obra social fundó su recurso mediante la presentación incorporada al sistema digital el día 12 de junio del 2023. Corrido el pertinente traslado de ley, las quejas fueron replicadas por la parte actora a fs. 733/738.

A continuación, el instituto médico expresó agravios el día 21 de junio del 2023. Su traslado, conferido a f. 728, fue contestado por los demandantes el día 20 de junio del mismo año.

Por su lado, la firma aseguradora volcó sus quejas mediante la pieza agregada al sistema lex 100 el día 22 de junio del presente año. Corrido el traslado de ley, la parte actora contestó el memorial el día 29 de junio del 2023.

A su turno, la galena demandada fundó su recurso el 22 de junio del 2023, cuyo traslado fue rebatido por los legitimados activos el 10 de julio del 2023.

Finalmente, el 30 de agosto del 2023, dictaminó la representante del Ministerio Público de la Defensa ante la Cámara. A fs. 775/776, la obra social accionada contestó el traslado conferido el día 1 de septiembre del 2023.

II. Antes de ingresar en el estudio del caso, estimo oportuno efectuar un breve relato de los hechos que dieron origen de estas actuaciones.

i. En su escrito de inicio, los accionantes relataron que, en el mes de febrero del año 2011, concurrieron, por medio de su obra social –Obra Social los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC)–, al Sanatorio Jonas Salk, ubicado en la calle Perón 2354, de la Capital Federal. Que fueron atendidos por su obstetra de cabecera, la doctora C. D. R., quien auscultó a N. E. P. y le encargó la realización de los estudios pertinentes. Precisaron que asistían periódicamente a hacerse los chequeos habituales y que, de acuerdo a los resultados de las ecografías, todo se desarrollaba en un plano de normalidad. Dijeron que, recién a los 8 meses, tomaron conocimiento que la criatura por nacer sería del sexo femenino y que, hasta ese entonces, la progenitora y su futura hija se encontraban en perfecto estado de salud.

Apuntaron que la doctora le asignó como fecha probable de parto la tercer semana del mes de agosto del año 2012 pero que, el día 9 de agosto, ante los dolores y contracciones que manifestaba, se apersonó en el Instituto Médico de Obstetricia - IMO.

Siguieron manifestando que, al llegar aproximadamente a las 8:30 horas, y luego de una prolongada espera, les informaron que, por tener fecha presunta de parto para el

día 25 o 26 de ese mes, no le habían asignado a ninguna partera y que, por lo tanto, debían esperar a algún médico para que la atendiera. Que, después de mucho tiempo, y ante la constante insistencia por los dolores que evidenciaba, fueron atendidos por un galeno, quien los derivó a una nueva partera.

Apuntaron que la nueva médica se limitó a reprochar su asistencia porque solo tenía “dos de dilatación” y que, previo a mandarla su domicilio, le recetó la ingesta de una Buscapina. Que, ante las indicaciones de la médica, no les quedó más remedio que volverse a su casa en Monte Grande pero, aproximadamente a las 17 horas, y ante la persistencia de los dolores, decidió volver al Sanatorio IMO, esta vez acompañada por A. V. Señalaron que, una vez en la clínica, y luego de otra larga espera, fue atendida a las 20:00 horas. Que la galena de turno la acostó en una camilla, la condujo a una salita, la revisó y comprobó que ya tenía 6 de dilatación, por lo que decidió prepararla para el parto, sin hacerle ningún tipo de monitoreo hasta las 21:00 horas.

Expusieron que, aproximadamente a las 11:15 horas del día 9 de agosto, arribó al quirófano la doctora D. R., quien había sido llamada de urgencia por el personal del IMO. Que, pese a su estado, alcanzó a escuchar que las personas deciden usar fórceps para intentar el nacimiento y que ello mismo consta en la historia clínica secuestrada en el expediente n.º 21125/2013.

Invocaron que, si hubiera sido atendida diligentemente, no deberían haber utilizado ese instrumento y que los daños que padece su hija son consecuencia del mal desempeño de los profesionales y dependientes de la institución médica y la obra social.

Detallaron los rubros reclamados y ofrecieron prueba. Fundaron en derecho y solicitaron que se haga lugar a la demanda, con costas a las accionadas.

ii. A fs. 31/44, se presentó, por apoderado, la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC) y contestó la demanda entablada en su contra. Por imperativa procesal, efectuó una negativa pormenorizada de los hechos relatados en el escrito de inicio y dio su versión de los mismos.

Explicó que, el día 9 de agosto del 2011, a las 21:30 horas aproximadamente, la señora N. E. P. V. se internó en el Instituto Médico de Obstetricia con un embarazo de 38 semanas. Que, una vez internada, se le efectuó los controles pertinentes y se constató el progreso del trabajo de parto sin que surgiera signo alguno de alarma.

Precisó que se la controló a las 21:34 horas, a las 22:00 horas, a las 22:30 horas y a las 23:00 horas. Que, media hora más tarde del último control, se advirtió la presencia de hipotensión materna con descenso de la frecuencia cardíaca fetal, coincidiendo con la realización de bloqueo anestésico peridural. Dijo que, a raíz de ello, se lateralizó inmediatamente y se le colocó oxígeno como medida de recuperación fetal intraútero. Que, seguidamente, el 10 de agosto, se efectuó una toma forcipal y se extrajo un feto de sexo femenino en posición cefálica con un Apgar de 1/4/5 y un peso de 3440 gr.

Postuló que, durante el parto, se constató una circular ajustada al cuello fetal, la cual se campeó y permitió entregar el bebé al neonatólogo. Que, posteriormente, se realizó el alumbramiento y la reparación del desgarro vaginal bilateral.

Detalló que la hija nació cianótica, hipotónica, bradicárdica y sin esfuerzo ventilatorio. Que, como consecuencia del cuadro, y sin demora alguna, se la intubó, se tomó muestra de sangre del cordón y se la trasladó a neonatología, incorporándola al protocolo de hipotermia encefálica. Agregó que, inmediatamente después, se indicaron las medidas pertinentes de intensivismo y, a los pocos minutos, presentó cuadro convulsivo tónico-clónico, por lo que se le administró fenobarbital y drogas inotrópicas.

Explicó que, a las 48 horas de vida, se le retiraron los inotrópicos y, el día 13 de agosto, se extrajo la hipotrimia. Que la niña se mantuvo hipotónica, hiporreactiva y con llanto débil y, días más tarde, se efectuó la extubación electiva.

Explicitó que, el día 18 de agosto, se realizó un electroencefalograma que arrojó resultado patológico y se trasladó a la niña para una resonancia nuclear magnética de cerebro. Que, el 23 de ese mes, la doctora A., médica oftalmóloga, constató “hemorragia en llama con papilas algo pálidas”. Remarcó que la recepción del informe de la resonancia denotó imágenes focales en el sector posterior

de ambos putámenes asociados a áreas de restricción y que, al día siguiente, la doctora V. transcribió un examen clínico neurológico patológico que derivó en su egreso institucional.

Reseñó las consideraciones médico legales de la patología de la parálisis cerebral, los porcentajes en recién nacidos y sus causas. Ofreció prueba y fundó en derecho. Solicitó que se rechace la demanda, con costas.

iii. A fs. 143/156, compareció, por apoderado, el Instituto Médico de Obstetricia S.A. y contestó la demanda entablada en su contra. Practicó una negativa general y particularizada de los hechos expuestos en la demanda y dio su versión de los mismos.

Destacó que el seguimiento del embarazo no fue realizado en el Instituto Médico de Obstetricia S.A., sino que se efectuó en consultorios –Sanatorio Jonas Salk– de la Obra Social a la cual pertenece la señora N. P. V. Que fue atendida por la doctora C. D. R., médica que no pertenece al plantel del instituto, e informó que el sanatorio es contratado por la obra social de la actora para brindar servicio de hotelería y para intervenir en casos de urgencia por atención de guardia. Que, en el caso de internación para el parto, la obra social envía al IMO sus médicos y auxiliares para la atención de la afiliada y que, por este motivo, P. V. fue recibida en el sanatorio por la doctora N. C. G. y la obstetra Dra. C. D. R., ambas pertenecientes a OSECAC.

Resaltó que el parto y control del puerperio fue controlado y asistido por profesionales médicos no pertenecientes al instituto. En particular, detalló que fue observado por las doctoras C. D. R. y N. C. G., y luego atendida por los médicos A. M. U. y G. M. S.

Manifestó que en la historia clínica n.º 103269, perteneciente a la Sra. N. E. P. V., se encuentra la constancia escrita de su ingreso al I.M.O junto a equipo médico personal, utilizando la institución solo para servicios de hotelería. Que la actora oculta, tergiversa hechos e intenta responsabilizar a la atención brindada durante su internación en IMO sin justificación alguna.

Continuó relatando que, según surge del libro de Guarda del Instituto Médico de Obstetricia S.A, la actora ingresó el día 9 de agosto del 2011 cursando un embarazo de 38 semanas. Que al ingreso presentaba tensión arterial 100/60, pulso de 80 por minuto y al tacto vaginal con cuello uterino con 5 cm. de dilatación. Preciso que tenía 2 contracciones uterinas en 10 minutos de 30 segundos de duración, con 140 latidos fetales por minuto y que, a raíz de ello, se le efectuó profilaxis antibiótica con 2 gr. de ampicilina endovenosa. Que, a las 22 horas, se realizó un nuevo control que mostró 2 contracciones uterinas en 10 minutos de 35 segundos de duración y 138 latidos fetales por minuto. Señaló que, por indicación médica, se le colocó una vía con dextrosa al 5 %, se le controló los signos vitales y se ordenó que permanezca en ayunas. Que, a las 22:30 horas, presentaba 3 contracciones uterinas en 10 minutos de 35 segundos de duración, latidos fetales en 142 por minuto y el cuello uterino con 6-7 cm de dilatación y que fue en esa ocasión cuando se produjo la rotura espontánea de la bolsa, saliendo líquido amniótico meconial fluido.

Afirmó que en todo momento hubo ausencia de bradicardia asociada a las contracciones uterinas y que el tono fue siempre normal. Que, a las 23:30 horas, e inmediatamente luego de la anestesia peridural, se plasmó tensión arterial 80/50 y 130 latidos fetales por minuto. Se conectó a la actora al monitor fetal y se presentó un episodio de bradicardia asociado a la hipotensión arterial. Explicó que se colocó a la actora en decúbito lateral izquierdo y se le administró oxígeno con el objeto de efectuar la reanimación fetal intraútero. Que, dicha reanimación, fue efectiva y que, momentos después, la frecuencia cardíaca se había recuperado a su estado normal. Explicó que, a las 23:55 hs., se constató la presencia de dips variables y que el cuello uterino estaba borrado con 8 cm. de dilatación y cefálica insinuada.

Señaló que presentaba dos contracciones uterinas en 10 minutos de 30 segundos de duración con disminución de la intensidad de la contracción uterina, cuadro que, según dice, resulta habitual a raíz de la analgesia peridural. Que, a las 00:07 hs., estando la presentación cefálica en el tercer plano con latido fetales en 90 por minuto, la doctora D. R. realizó una toma de fórceps. Explicó que, una vez entregado el feto al neonatólogo de guardia, el alumbramiento fue espontáneo y completo y se suturó el desgarro

bilateral de vagina. Que la recién nacida pesó 3460 gr y fue internada en Neonatología por presentar depresión neonatal, donde fue correctamente atendida y dada de alta el 24 de agosto del 2011.

Precisó que la evolución materna fue favorable y que la actora fue dada de alta el 14 de agosto con indicación de control por consultorios externos. Concluyó que la demandante concurrió a la consulta previa a su internación solo el día 7-8-11 y que no hubo consultas por guardia previas a su internación.

Efectuó consideraciones médico legales respecto de su accionar y ofreció prueba.

Fundó en derecho y solicitó el rechazo de la demanda, con costas.

iv. A fs. 182/215, se presentó, por derecho propio, C. D. R. y contestó la acción promovida en su contra. Planteó excepción de defecto legal y, subsidiariamente, efectuó una negativa pormenorizada de los hechos expuestos en la demanda.

Relató que la señora N. E. P. fue atendida en los consultorios externos de OSECAC. Que era su médica de cabecera y que su control prenatal fue normal, sin antecedentes personales ni familiares de importancia. Precisó que la atendió en dichos consultorios durante el control del embarazo pero que, al momento del parto, se tuvo que dirigir al Instituto Médico de Obstetricia, ya que en dicho nosocomio se suelen internar la gran mayoría de pacientes de OSECAC al momento de dar a luz. Postuló que casi ninguno de los médicos del equipo de la obra social estaba de guardia activa en el sanatorio y que ella tampoco lo hacía al momento en que sucedieron los hechos.

Negó que la paciente haya ingresado ese mismo día al sanatorio y que el personal de la institución la enviara de vuelta a su domicilio. Que, de ser así, no se comunicaron con ella a fin de advertirle dicha situación y que tampoco consta en la historia clínica.

Señaló que, el día 9 de agosto del 2011, a las 21:34 horas, la paciente fue internada en el Sanatorio I.M.O por la licenciada en Obstetricia, N. G. (MN ...), con diagnóstico de trabajo de parto, bolsa íntegra, primigesta, nulípara cursando 38 semanas de gestación, normotensa y afebril, con serologías negativas actualizadas. Que se le realizó un monitoreo fetal al ingreso reactivo y que, al momento de la internación, no se encontraba presente ni de guardia en el sanatorio.

Afirmó que, conforme surge del historial clínico, la conducción del trabajo de parto prosiguió sin dificultad, monitorizado y vigilado por la obstetra mencionada hasta el momento de su llegada. Que, a las 22.30 horas, se produjo la ruptura espontánea de membranas y se constató "líquido meconial fluido, paciente se encontraba con 6/7 cm. de dilatación, con la dinámica uterina regular, tono uterino normal frecuencia cardíaca fetal normal (FCE de 142 Y Ipm, siendo monitorizado en forma intermitente".

Continuó relatando que, a las 22:35 horas, luego de la ruptura de la bolsa, le avisaron a su teléfono que la paciente se encontraba internada en trabajo de parto. Que, a raíz de ello, se dirigió al sanatorio, arribando a las 23 o 23:15 horas. Que, hasta ese momento, la paciente se encontraba bajo el control de personal dependiente del IMO, donde contaban con obstétrica y médico obstetra de guardia, ambos profesionales que deben intervenir ante la ausencia del médico de cabecera del equipo de OSECAC.

Detalló que la anestesia peridural se realizó a las 23 :30 horas y que, 5 minutos después, constató hipotensión materna y disminución de los latidos fetales, los cuales fueron recuperados intrauterinamente con las maniobras realizadas. Que, luego de 30 segundos de maniobras de recuperación, se advirtió a la paciente normotensa, con frecuencia cardíaca fetal normal, tono uterino normal de 8 cm. de dilatación, con fsf 145 Ipm. y dips variables en el monitoreo.

A continuación, relató que, a las 00.07, encontrándose el feto en un tercer plano de Hodge en occipito ilíaca izquierda anterior, se constató una bradicardia (disminución de los latidos fetales de 90 Ipm) que no pudo ser revertida con maniobras de recuperación intrauterina, motivo por el cual, dada la urgencia y la altura de la presentación fetal, se decidió la utilización de un fórceps de desprendimiento. Explicó que, a las 00.10, nació el feto vivo con un peso de 3.440 grs., con circular ajustada al cuello que se campeó inmediatamente y se entregó al médico neonatólogo de guardia, quién ingresó al recién nacido en U.T.I.

Culminó precisando que, el 14 de agosto, se le otorgó el alta sanatorial y que el recién nacido permaneció en

UTI neonatal. Efectuó consideraciones médico legales y concluyó que, si bien el control del trabajo de parto está a cargo de una obstétrica (partera), en ausencia del galeno de cabecera, el profesional de guardia debe informar al obstetra ante cualquier eventualidad.

Solicitó la citación en garantía de Seguros Médicos S.A. y ofreció prueba. Fundó en derecho petición el rechazo de la demanda con costas.

iv. [sic] A fs. 262/268, compareció, por medio apoderado, Seguros Médicos S.A. y contestó la citación entablada en su contra.

Reconoció la existencia de un contrato vigente con C. D. R., bajo póliza N° 800.637, y denunció un límite cobertura de \$250.000 y una franquicia a cargo del asegurado de \$15.000.

Se adhirió a la contestación de la médica de cabecera y demandó el rechazo de la acción, con costas a los demandantes.

v. Producida la totalidad de la prueba ofrecida por las partes, y agregados los correspondientes alegatos, el magistrado de la instancia anterior consideró que la médica de cabecera no realizó una conducta diligente al omitir el monitoreo electrónico continuo fetal. En consecuencia, condenó al Instituto Médico de Obstetricia S.A. (IMO), a la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC), a C. Da R. y a Seguros Médicos S.A. a responder en los términos de los arts. 512, 902, 903, 904, 905, 906, 909 y conc. del Código Civil.

III. Efectuada esta breve reseña, y en forma previa a examinar las quejas vertidas por los recurrentes, resulta necesario destacar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquellas que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (cfr. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala "F" en causa libre no 172.752 del 25/4/96; CS, en RED 18-780, sum. 29; CNCiv, sala "D" en RED, 20-b-1040, sum 74, CNFed. Civil y Com. Sala "I", ED. 115-677- LA LEY, 19 85-B, 263; CNCom, sala "C" en RED, 20-B-1040, sum 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, entre otras).

Asimismo, cabe destacar que los hechos de esta causa han de ser subsumidos en las disposiciones del anterior Código Civil de la Nación, aprobado por la Ley 340, y no en las del Código Civil y Comercial, aprobado por Ley 26.994. Es que "la nueva ley toma a la relación jurídica en el estado que se encuentra al tiempo que la ley es sancionada y pasa a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron" (conf. S.C.B.A., E. D. 100-316). Es decir que "las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas por las nuevas leyes, pues lo impide la noción de consumo jurídico" (conf. Llambías, "Tratado de derecho civil - Parte general", 4ta. ed., I-142).

Ello en razón de que la noción de efecto inmediato, recogida en el art. 7 del nuevo Cód. Civ. y Com., implica aceptar la eficacia e inalterabilidad de los hechos cumplidos, según criterio que ya difundiera Planiol ("Traité élémentaire de droit civile", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1920, I-n° 248) y desarrollara luego Roubier añadiendo que "si la ley pretende aplicarse a los hechos cumplidos (facta praeterita) es retroactiva" ("Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps", Dalloz, 2da. Ed., Paris 1960, n° 88) (conf. Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, voto del Dr. Velázquez en autos "S., N. O. y otros c. D., D. Á. y otra s/ daños y perjuicios" del 11/08/2015, Cita online: AR/JUR/26854 /2015).

Así, se ha sostenido que cualquiera sea la instancia en la que se encuentre el expediente (primera o ulteriores, ordinarias o incluso extraordinarias), hay que aplicar el mismo sistema de derecho transitorio que teníamos y, por tanto, verificar si las situaciones y sus consecuencias están o no agotadas, si está en juego una norma supletoria o imperativa, y ahora sí, como novedad, si se trata o no de una norma más favorable para el consumidor. Así, por ejemplo, si el hecho ilícito que causó el daño aconteció antes de agosto de 2015, a esa relación jurídica se aplica el Código Civil, se haya o no iniciado el juicio y cualquiera sea la instancia en la que se encuentre (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015", Publicado en: La Ley 2/06/2015, 1, La Ley 2015-C, 951, Cita Online: AR/DOC/1801/2015).

Es en este marco en el cual ahondaré en la cuestión de fondo del caso *sub examine*.

IV. A modo de inicio, apuntaré que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. En este sentido, el contenido de la impugnación, se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado”, to I, pág. 835/7; CNCiv. Esta Sala, libres no 37.127 del 10/8/88, no 33.911 del 21/9/88 entre muchos otros; ver mis votos en la Sala A, libres no 85107 del 24/11/2016; no 15165 del 30/11/2016; 01903/ 2017/CA001 del 27/10/2021, no 014088 del 29/10/21, no 006072 del 08/11/2021, no70892 del 11/11/21). De allí que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado, no constituye la crítica para la que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta Sala, 15.11.84, LL1985-B-394; íd. Sala D, 18.5.84, LL 1985-A-352; íd. Sala F 15.2.68 LL 131-1022; íd. Sala G, 29.7.85, LL 1986-A-228, entre otros).

Debo, entonces, señalar que “criticar” es muy distinto de “disentir”, pues la crítica debe significar un ataque directo y pertinente de la fundamentación, procurando la demostración de los errores fácticos o jurídicos que pudiere contener, mientras que el disenso es la mera exposición del desacuerdo con lo sentenciado (conf. Sala A, voto del Dr. Escuti Pizarro en libre n° 414.905 del 15-4-05; ver mis votos en los libres no 85107 del 24/11/2016, no 15165 del 30/11/2016, no 01903/ 2017/CA 001 del 27/10/2014, no 01488 del 29/10/21; no 006072 del 08/11/2021, no 70892 del 11/11/2021).

La crítica requerida implica que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que forme la base lógica de la decisión y, luego, señalar en qué punto del desarrollo argumental media un error en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica (CNCiv., Sala D, 24-IV-1984, LL 1985 A-309; DJ 1984-4-117).

Las quejas expuestas deben alcanzar un mínimo de suficiencia técnica. Esto exige que sean razonadas, fundadas y objetivas sobre los errores de la sentencia, no pudiendo considerarse agravios las afirmaciones genéricas, las impugnaciones en general, el mero desacuerdo con lo resuelto o simples consideraciones subjetivas y digresiones inconducentes o que carezcan del debido sustento jurídico (CNCiv., Sala C, sent. del 8-VIII-1974, LL 156-615; ídem, sent. del 17-XII-1983, LL 1985-C-642, 36.868-S; Sala D, sent. del 25-II-1980, LL 1980-D-98; 14-VIII-1980, LL 1981-A-19).

Es por lo dicho que se ha considerado que no constituye una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene simples afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de la sentencia en recurso (CNCiv., sala C, sent. del 17-XII-1983, LL 1985-C-642, 36.868-S; Sala E, sent. del 3-VII-1980, LL1980-D-638; citados en Morello, ob. cit.). Tampoco la acumulación de alegaciones genéricas sumadas sin orden ni concepto (CNCiv., sala D, sent. del 12-IX-1979, Der. 86-442, citado en Morello, ob. cit.). Idéntico reparo merece la remisión a escritos anteriores de la causa, la que no satisface las exigencias del artículo 265 de la legislación adjetiva (CSJN, “Guillermo Martínez v. Junta Nacional de Granos s/cobro de pesos”, sent. del 18-IX-1973, Fallos:286:317; “Gobierno Nacional c/ Astilleros Tigre S.R.L s /expropiación”, sent. del 14-VIII-1964, Fallos: 259:237).

Desde esta perspectiva, debería coincidir en que los pasajes del escrito a través de los cuales la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles pretende fundar sus quejas respecto de las sumas asignadas para cada una de las partidas que integran la cuenta indemnizatoria, no cumplen, siquiera mínimamente, con los recaudos básicos que debe contener una expresión de agravios. La demandada se limita, en escasas líneas, a manifestar su discrepancia con todos los importes asignados y a calificar de “elevados” cada uno de ellos. No ha dedicado siquiera un renglón a demostrar los errores fácticos o jurí-

dicos en que pretende fundar sus agravios. Invocar, sin un mínimo basamento jurídico y fáctico, que los montos “no se ajustan a las constancias de autos”, no satisface la crítica concreta y razonada que prescribe la norma señalada.

No puede considerarse un verdadero agravio las afirmaciones genéricas, las impugnaciones en general y el mero desacuerdo con lo resuelto en la instancia de grado. Solicitar, meramente, el rechazo de cada una de las partidas o, en su defecto, la reducción de aquellas, no cumple con la exigencia del art. 265 del ritual.

En definitiva, la pobreza argumental de la obra social al momento de expresar sus agravios me conduce, inevitablemente, a declarar la deserción de su recurso respecto a la cuantía de cada una de las partidas que integran la cuenta indemnizatoria (art. 266 CPCCN). Así lo decido.

Por último, misma solución aplicaré a las quejas vertidas por el Ministerio Público de la Defensa en relación a la incapacidad sobreviniente y daño moral.

En efecto, la representante de la actora ciñe su dictamen a la transcripción de tan solo un párrafo del dictamen pericial médico. Ya he dicho, en numerosas oportunidades, que la mera remisión a piezas procesales anteriores o citas jurisprudenciales sin efectuar ninguna mención al caso concreto de autos, no puede considerarse como una crítica concreta del fallo en crisis. La razonabilidad de la crítica debe representar un ataque tendiente a la discutir las partes del fallo que el apelante entiende que lo perjudica, debe contener fundamentos y una explicación lógica de por qué el juez ha errado en su decisión.

Nada de esto aconteció en el memorial de la representante del Ministerio Público de la Defensa. Las quejas vislumbran un simple disenso que no alcanzan a constituir una verdadera expresión de agravios.

En definitiva, por los argumentos expuestos, propongo al Acuerdo declarar, en los términos del art. 266 CPCCN, la deserción de las quejas vertidas en el dictamen del día 30 de agosto del 2023.

V. Sentado lo anterior, apuntaré que el thema decidendum de esta Alzada quedó, entonces, circunscripto a determinar: a) la atribución de responsabilidad por la práctica médica; y, si correspondiese, b) la cuantía de las partidas indemnizatorias, c) la tasa de interés determinada para calcular los réditos, d) lo referido al límite de cobertura invocado por “Seguros Médicos S.A” y e) la imposición de los gastos causísticos.

En orden a motivos de índole metodológico, creo prudente analizar en primer lugar los agravios relacionados con la responsabilidad endilgada en la instancia de grado.

Comencemos.

La obra social demandada cuestionó el marco jurídico determinado en la instancia de grado y dijo que “no existen razones para condenar a la demandada”. Agregó que “se prestó todos los servicios que el estado de salud de la paciente requirió” y citó jurisprudencia. Realizó una breve reseña de las constancias de autos y concluyó que “el a quo realiza una interpretación sobre conjeturas y no sobre hechos comprobados fehacientemente”.

Por su lado, la especialista en obstetricia y su firma aseguradora dijeron que “la condición que presenta la recién nacida no guarda relación causal con la actuación profesional”. Remarcaron que no se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil y recurrieron a citas doctrinales. Calificaron de “parcial” y “arbitrario” la valoración de la historia clínica y sostuvieron que “al momento de la internación, la doctora no se encontraba presente en el sanatorio”. Argumentaron que hasta ese momento la paciente se encontraba bajo el control del personal dependiente del IMO y que el sanatorio “contaba con obstétrica de guardia y médico obstetra de guardia”. Manifestaron que “la conducta adoptada fue precisamente la que el cuadro imponía al arribo al Sanatorio I.M.O” y transcribieron parte del dictamen pericial médico. Terminaron su memorial señalando que “no surge ningún elemento de prueba que permita establecer que la causa probable del daño haya sido el empleo de forceps o la falta de monitoreo fetal adecuado”.

Las quejas no prosperarán.

En este tipo de obligaciones de medio y no de resultado, sólo se promete la diligencia y no la aptitud para cumplir con las medidas que normalmente procuran la curación del paciente, su atención y los medios apropiados a esa finalidad (conf. CNCiv., Sala A, voto de la Dra. Ana María Luaces, L. 83.491, del 25/11/91, entre muchos otros). Entonces, si no queda demostrado el nexo de

causalidad entre una denunciada actitud culposa de los médicos y el daño experimentado, no cabe acceder a la pretensión formulada.

En efecto, en la prestación médica enderezada a asistir al paciente no se garantiza la recuperación del asistido, sino el adecuado tratamiento. El profesional se obliga a utilizar los medios propios de su ciencia y de su arte, mas no puede ofrecer el resultado óptimo de la curación sin secuelas. Se adquiere el compromiso de atender al paciente con prudencia y diligencia (conf. Bueres, Alberto J., “Responsabilidad Civil de los Médicos”, pág. 130; Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, pág. 451; Mazeaud, Henri y Leon y Tunc, André, “Tratado Teórico práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual”, Tomo 1, Vol. I, pág. 236, N° 159-2).

En este orden de ideas, la carga de la prueba pesa sobre el acreedor, quien debe acreditar la culpa del deudor, que no puso de su parte los medios razonablemente exigibles para el normal cumplimiento de la obligación principal (conf. Martínez Ruiz, Roberto “Obligaciones de Medio y de Resultado” LL 90-756/760). Es decir, debe el acreedor demostrar la culpa, puesto que el objeto de la obligación se reducía, precisamente, a poner diligencia y el acreedor pretende que no se ha cumplido cabalmente (conf. Alsina Atienza, Dalmiro A. “La Carga de la Prueba en la Responsabilidad del Médico. Obligaciones de Medio y Obligaciones de Resultado” JA, 1958-III, 587/599).

En síntesis, incumbe a la actora la carga de la prueba, sin perjuicio de que ambas partes aporten toda prueba que tengan para mejor esclarecer sus posiciones (conf. CNCiv. Sala F, 13/3/00, voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, publicado en Revista Jurídica La Ley del 24 de noviembre de 2.000, Año LXIV, No 227; íd., íd., L. 189.800 del 3/9/96 y L. 143.069 del 21/10/96; íd., íd., L. 175.004 “Moreno de Rada, Elsa Isabel c/ Torres, Juan y otros s/ ds. y ps.” del 29/12/95).

Si bien esto es así respecto a la doctora Da R., profesional de la medicina, no sucede lo mismo en relación a la responsabilidad de la obra social (Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles).

Sobre el particular, existe una teoría que explica la situación mediante la figura de la estipulación a favor de tercero (art. 504 del Código Civil) aplicable a los fines de perfilar la relación generada entre una entidad sanatorial o un médico y las obras sociales (Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles).

En efecto, entre dichas personas se establece un contrato base o relación de cobertura en beneficio del paciente afiliado al ente de obra social, quien se transforma, a raíz de la virtualidad jurídica del nexo, en acreedor de la clínica por la debida atención médica. Es obvio que entre el afiliado y la obra social existe un contrato (conf. Bueres, Alberto J. “Responsabilidad Civil de los Médicos” To 1, págs. 464/465).

En el particular caso de autos, adhiero al criterio sostenido por el siempre recordado jurista y ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Gustavo A. Bossert, el que fuera recogido por el Dr. José L. Galmardini en su voto in re: “M. de L., S. M. y otro c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario y otros” del 24 de abril de 1997, entonces integrante de la Sala C de la Cámara del Fuero (ver fallos en igual sentido, CN-Civ., Sala D, “R., C. L. y otros c. C. G. de B. A. y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.” del 07/05/2019, cita online: AR/JUR/19921/2019; ídem CN-Civ., Sala F, “A., S. F. y otro c. Clínica Privada Independencia S.A. y otros s/ daños y perjuicios” del 20/09/2016, cita online: AR/JUR/70603/2016; ídem CNCiv., Sala G, “G., J. N. y otro c. Clínica Privada Pueyrredón S.A. y otros s/ daños y perjuicios” del 31/03/2014, cita online: AR/JUR/48058/2014).

En el citado precedente, se dijo que para determinar si el caso se encuentra encuadrado dentro de las normas que regulan la responsabilidad contractual o de las que rigen la extracontractual, corresponde acudir a la definición conceptual de uno y otro régimen, a fin de distinguir los supuestos que respectivamente contemplan. Esto es, debe examinarse el origen del vínculo obligacional que liga a las partes, más que la naturaleza y características del daño invocado.

Se ha considerado que la responsabilidad es calificable como contractual cuando hay un deber preexistente que es específico y determinado, tanto en relación al objeto co-

mo al sujeto obligado; en cambio se la ubica en la órbita extracontractual cuando hay un deber preexistente que es genérico (deber general de no dañar) e indeterminado de los sujetos pasivos, que viene impuesto por la ley, y que rige por el mero hecho de la convivencia social (conf. Alterini, Atilio A – Ameal, Oscar J.- López Cabana, Roberto M., “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”, p. 152, N° 362, y doctrina allí citada). El origen de la responsabilidad contractual es el incumplimiento de esa obligación preexistente, específica y determinada; mientras que el de la responsabilidad extracontractual es la violación de un mero deber no obligacional (autores y op. cit., p. 153 N° 365).

No se trata aquí de la violación de un deber genérico de no dañar, sino del incumplimiento de obligaciones preexistentes específicas y determinadas, consistentes no sólo en proporcionar asistencia médica, mediante los profesionales correspondientes y de conformidad con las normas que regulan la relación entre los afiliados y la obra social, sino que el servicio se preste en condiciones tales, en cuanto a la intervención del profesional y servicios auxiliares, que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida (conf. CNCiv. sala G, junio 25-981, ED, 95-568 /72).

En definitiva, el intento del letrado apoderado de la obra social en apartarse del marco jurídico dispuesto en la sentencia de grado, no tendrá favorable acogida.

Sentadas las premisas sobre las cuales se centrará la cuestión a dilucidar, considero pertinente analizar, en primer lugar, la conducta desplegada por los médicos intervinientes; pues, como dije anteriormente, probada la mala praxis de ellos, se hará extensible la responsabilidad a la obra social de manera irrefutable.

Para así decidirlo, tendré en cuenta, especialmente, dos pruebas que adquieren especial relevancia en este tipo de procesos. La primera es la pericial médica, ya que el informe del experto importa un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos. La segunda es la historia clínica, pues sus constancias permiten observar la evolución médica del paciente y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño (CSJN, 04/09/2001, LA LEY 2002-A731, id mi voto en esta Sala expte. 5186/2008 del 18/8/2022).

Ingresando al estudio de estos dos elementos probatorios, tengo para mí que, el día 6 de junio del 2017, el médico desinsaculado de oficio, E. M. C., presentó su dictamen pericial. Allí, tras reseñar las constancias de autos y efectuar un breve resumen de los puntos propuestos por cada una de las partes, explicó que “En la historia clínica que se adjunta, dentro de los estudios complementarios, se observa un trazado de monitoreo con fecha del 09/08/11 a las 21:34 horas y otro a las 23:20” y que “a pesar del débil trazado, se observan desaceleraciones variables (en el que no tiene registro de la hora) y en el otro una desaceleración que tiene asentada la hora en la que se produce el descenso de los latidos fetales post anestesia (23:30 hs)”. Al ser consultado por si la aplicación peridural pudo haber empeorado el sufrimiento fetal agudo, contestó que **“Es lógico pensar que sí, ya que afecta la circulación y de hecho fue registrada una desaceleración de los latidos fetales luego de su administración”** (ver resp. al punto 2, la negrita me pertenece).

Por otro lado, sobre la necesidad de recurrir a la cesárea y la importancia del monitoreo fetal, informó que “En el caso de autos, **no consta que se realizara monitoreo fetal electrónico después del meconial hasta las 23:20 hs.**” y que **“si bien el líquido meconial no era indicación per se de cesárea, sí ameritaba control fetal más estricto”**. En este punto en particular, abundó que “Lo ideal es la monitorización continua de los latidos fetales durante el trabajo de parto. **Con más razón en caso de presencia de LAM**” (ver resp. 4 y 5 de los puntos propuestos por la actora, el resaltado es propio).

A su vez, respecto a los síntomas que padeció la señora P., remarcó que “es evidente la presencia de dips variables, pero no hay registro entre las horas mencionadas en el punto anterior. Consta en la hoja de evolución del parto en este caso que la existencia de la bradicardia que no recupera lleva a las 00:07 hs del 10/08/17, fueron el motivo de la extracción forcipal del feto” y que “El líquido **mecconial ameritaba control fetal más estricto: monitoreo fetal electrónico o auscultación post contracción**”.

Seguidamente, al avocarse al proceder de los médicos de guardia del instituto, señaló que “Ante un cuadro de

emergencia obstétrica el facultativo de guardia tiene la facultad de intervenir” y que “si bien no consta la hora de ingreso de la galena demandada, **no hay dudas que a las 23.35 horas ya se encontraba en el sanatorio...**” (ver resp. a la pregunta n.º 18 de los solicitadas por la demandada).

Informó que **“hubo signos sospechosos, no inequívocos, de presencia de circular de cordón: desaceleraciones variables”** y explicó que “Por Circular de cordón se entiende cuando el cordón umbilical rodea al cuello del feto previo al nacimiento”.

Por último, a modo de conclusión, y siguiendo con el análisis de los galenos de guardia, postuló que **“En el caso que nos ocupa, la presencia de líquido amniótico meconial ameritaba la monitorización electrónica continua luego de la ruptura espontánea de membranas a las 22:30 hs. La presencia de meconio, si bien no es indicación de extracción fetal, si es considerado un signo de alarma” o “peligro” que hace necesario extremar los controles”** y que **“un control más estricto a partir de la ruptura de la bolsa hubiera posibilitado la extracción fetal por cesárea antes de un mayor deterioro fetal”** (el resaltado me pertenece).

Para lo demás, y ante la imposibilidad de pronunciarse por incompatibilidad de su especialidad, solicitó la intervención de una profesional con orientación en neurología infantil.

Así, a raíz de la petición de un nuevo experto en la materia, el magistrado de la instancia de grado desinsaculó, el 30 de junio del 2017, a la doctora G. B. T., especialista en Neurología.

El 28 de marzo del 2018, se presentó la neuróloga y legista y, tras reseñar los antecedentes de interés médico legal y examinar a la peritada, remarcó que **“la niña A. A. P., presentaba, en forma conjunta e incontestable, cada uno de los tres criterios necesarios para el diagnóstico de asfixia perinatal que hacen muy improbable sugerir otra etiología y dado además, que en ningún momento se detectó en los controles obstétricos, patología materna o fetal que justificare tal magnitud posterior de daño neurológico”**. Agregó **“La niña A. A. P. padeció una hipoxia perinatal que le provocó una encefalopatía crónica no evolutiva (Parálisis Cerebral) de grado severo asociado a epilepsia no controlable”** y estimó una incapacidad total y permanente del orden al 100% de la total vida y laborativa.

Ahora bien, no paso por alto que, corrido el pertinente traslado, las conclusiones de la especialista en neurología merecieron el pedido de explicaciones por parte de la galena demandada (fs. 369/387) y de Seguros Médicos S.A (fs. 367/368).

En la especie, las emplazadas objetaron que la experta se excedió en sus análisis y se expidió sobre temas ajenos a la especialidad de obstetricia. Agregaron que “está médicamente demostrado que el daño neurológico severo, generalmente conocido como parálisis cerebral, tiene su origen en problemas congénitos ya conocidos con anterioridad al trabajo de parto” y que “ningún monitoreo intra-parto puede establecer con certeza el bienestar fetal”.

Sin perjuicio de ello, la neuróloga contestó las objeciones formuladas y brindó las aclaraciones solicitadas. En particular, respondió que “la patología de la niña es claramente de resorte de la suscripta, puesto que como bien dice su nombre la parálisis cerebral es una afección CEREBRAL, de especial valoración por un neurólogo” y sugirió “releer el informe donde se explica claramente el cuadro neurológico y su secuencia temporal con una mirada abarcativa del mismo”.

En síntesis, mediante la presentación del 24 de abril del 2018, ratificó, en un todo, su informe originario.

La sola transcripción de las conclusiones vertidas por la experta, acrisoladas con las contundentes afirmaciones del médico obstetra y demás probanzas adundadas al expediente, desvanece el liviano argumento de los apelantes relativo a un actuar diligente por parte de los médicos de guardia. Los apelantes caen en la misma incongruencia expositiva insistiendo en una ausencia de nexo causal entre la parálisis cerebral y el accionar de los galenos de guardia. La inexactitud de sus postulados pierde asidero con la precisión de la experta quien, interrogada sobre este tópico, afirmó que **“A. A. P., presentaba, en forma conjunta e incontestable, cada uno de los tres criterios necesarios para el diagnóstico de asfixia perinatal que hacen muy improbable sugerir otra etiología”**.

La ausencia de monitoreo electrónico por parte de los galenos que la asistieron desde el momento que ingresó la paciente y hasta la intervención de la obstetra demandada es donde yace el núcleo de la imputación de la responsabilidad. La existencia de líquido amniótico meconial ameritaba, sin duda alguna, la monitorización electrónica continua luego de la ruptura espontánea de membranas sucedida a las 22:30 horas. La presencia de meconio, como bien dijo el experto, es considerada un “signo de alarma” o “peligro” que hace necesario extremar los controles. Esta pauta fue pasada por alto por el cuerpo de médicos que la asistió hasta la llegada de la doctora Da R.

Es claro que un control más estricto a partir de la ruptura de la bolsa hubiera posibilitado a la galena que llegó de urgencia la extracción fetal por cesárea antes de un mayor deterioro fetal o, en su defecto, abordado la situación de una manera distinta. Las actuaciones plasmadas en la historia clínica acrisolaron que A. A. P. presentaba, irremediamente, lo necesario para la detección de la asfixia perinatal y la ausencia de su tratamiento en consecuencia llevó a la doctora Da R. a adoptar el único camino viable, la extracción mediante fórceps.

Digo que fue el único camino viable porque en el marco de la audiencia prevista en los términos del artículo 36 inc. 4 del CPCCN, llevada a cabo el día 26 de marzo del corriente año, y cuya constancia luce incorporada en el sistema lex 100, el perito desinsaculado de oficio, al ser consultado sobre el actuar de la médica demandada, fue contundente en afirmar que **“al momento de su intervención, la médica D. R. no tuvo tiempo de realizar otra cosa”** y que **“actuó bien con el fórceps dado esa situación”** (ver minuto 33 en adelante).

En síntesis, la medida de fórceps fue la adecuada para la situación en la cual se encontraba el neonato. El cúmulo de desatenciones originadas desde el inicio de la atención por parte de los médicos pertenecientes a la obra social derivó en la única medida viable, la extracción de fórceps.

Es más, si a las desatenciones nos remitimos, lo cierto es que, en la misma audiencia efectuada el día 26 de marzo del corriente año, la neuróloga designada en estas actuaciones precisó que “al momento del parto el PH estaba por debajo de 7, que no era compatible con la vida del paciente, más que tenga más de 34 de semanas de embarazo, son criterios de parálisis cerebral por asfixia neonatal”.

Desde las 22:30 hasta las 23:30 horas hubo un solo registro manual. Como bien dijo el experto, en los embarazos en los que se detecta cualquier anomalía, es recomendable controlar la frecuencia cardíaca fetal con monitoreo electrónico continuo o mediante una auscultación intermitente cada 15 minutos en la primera etapa del trabajo de parto y cada 5 en la segunda. Nada de eso se hizo. El cuerpo médico efectuó un solo registro manual a las 23 horas. La pasividad u omisión de un tratamiento adecuado, derivó en el irremediable proceso de extracción por medio de fórceps que tuve que efectuar la galena demandada.

Reitero, un control más estricto por parte de los médicos de guardia hubiera evitado la extracción por ese medio y permitido el parto vía cesárea.

A la obra social no se la condena por el penoso resultado sino por su omisión de realizar todo lo que estaba al alcance para darle a la accionante una chance de asistencia adecuada que no contó al momento del parto. La distocia funicular fue la causante de la mala evolución de la neonato. La eventual detección temprana hubiese evitado un mayor deterioro fetal.

Es claro que en el caso de estudio no se puede condenar a la médica obstetra, la doctora Da R., por el mal desempeño de los médicos que asistieron a la progenitora desde el inicio de su atención. La galena se encontró, a las 23:15 horas, con el irremediable desenlace ocasionado por la pasividad del resto del cuerpo médico. No existía, a esa altura del parto, otra medida que hubiera podido adoptar la obstetra a fin de evitar el lamentable desenlace de autos.

Concluyendo, considero que la mala actuación del cuerpo médico de la obra social derivó en los daños que actualmente padece la hija de la accionante. En el presente, resultó determinante la omisión de medidas adecuadas –monitoreo fetal– que le otorguen a la actora una chance de asistencia concreta que pudiera haber sido efectuada por la obstetra accionada.

En función de lo expuesto, propondré al Acuerdo modificar la sentencia de grado y rechazar la demanda entablada contra la médica Da R. y confirmarla en lo que

respecta a la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles por los fundamentos vertidos al analizar el marco jurídico. Así lo voto.

Atendiendo al modo en que se decide, el resto de los agravios vertidos por la médica demandada y su firma aseguradora devienen abstractos.

VI. Disipadas las quejas relativas a la médica demandada y la obra social, corresponde avocarme a la extensión de la condena a “Instituto Médico de Obstetricia S.A” – IMO–.

El instituto accionado objetó la valoración de la prueba arimada al proceso y señaló que “no se pudo determinar en qué momento comenzó la Sra. N. E. P. V. a ser tratada por personal médico y auxiliar de OSECAC”. Resaltó que “la doctora C. D. R. estuvo atendiendo a la actora desde el momento del ingreso al Sanatorio IMO” y que “solo se limitaba a prestar servicio de hotelería”.

La queja prosperará.

Se hace referencia al sanatorio abierto cuando la institución sólo pone a favor del paciente la infraestructura hospitalaria y el servicio de hotelería y enfermería, siendo los profesionales ajenos a su staff. En otras palabras, los médicos o el médico tratante, o bien fueron contratados en forma directa por el paciente, o bien pertenecen a la estructura de otra institución.

En esos casos, desde el punto de vista jurídico no estamos frente a ninguna estipulación a favor de terceros, y mucho menos ante una obligación tácita de seguridad asumida por el sanatorio. Tampoco se dan los presupuestos típicos de la responsabilidad extracontractual por el hecho del tercero (primer párrafo del art. 1113 CC). Es decir que desaparece el fundamento jurídico que justifica la responsabilidad de los sanatorios por el hecho de los médicos.

La figura de la estipulación a favor de terceros juega cuando el paciente contrata con la institución médica y ésta a su vez con un profesional médico para que atienda a ese paciente. Ello no se da cuando el paciente es quien en forma directa se vincula con el profesional o lo hace a través de su obra social o empresa de medicina prepaga. En estos casos se contrata el servicio hospitalario de infraestructura, hotelería y enfermería en forma independiente. No existe estipulación alguna por cuanto no es el sanatorio quien elige o “pone” al médico (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A., “responsabilidad civil médica. El tema del sanatorio abierto”, publicado en RCyS 2007, 575).

Desde este punto de vista, considero que tampoco se puede hablar en el caso de la existencia de una obligación de seguridad.

En la especie, el instituto demandado no asumió ninguna obligación de seguridad por el actuar de los médicos pertenecientes a la obra social. Los profesionales no formaban parte de su staff ni tampoco fueron puesto por ella. La obligación de seguridad funciona cuando el paciente contrata con el sanatorio y éste pone a disposición del paciente a médicos de su plantel, circunstancia que, como se explicó, no ha sucedido en el caso.

Bueres explica que “El enfermo puede concertar con los sanatorios varios tipos de contratos nominados o innominados. También el interesado puede celebrar un contrato desdoblado de asistencia médica en hospital. En tal caso existirían dos negocios: uno referido a los cuidados médicos propiamente dichos asumidos por el facultativo; y otro mediante el cual la clínica proporcionará el enfermo servicio de hotelería (alojamiento, manutención, etc.), suministro de medicamentos, instrumental, instalaciones médicas, servicio de enfermería, cuidados de la integridad física, etc. Si se infringe la obligación de asistencia médica pura sólo será responsable el médico, pues el contrato concertado entre éste y el enfermo es res inter alios acta con respecto al ente asistencial. En cambio, si el daño ocasionado al asistido se evade del acto médico puro o propiamente dicho y atañe a aspectos extra o paramédicos, la responsabilidad, al menos en principio, pesará sobre el sanatorio” (Bueres, Albeto J. “Responsabilidad Civil de los médicos” Ed. Hammurabi tomo 1, 2a edición actualizada, corregida y ampliada, 1a reimpression, ps. 422 y 423).

La asistencia médica de la actora se encontraba principalmente a cargo de los galenos. Nótese que fue la propia accionante quien, el día 9 de agosto del 2011, suscribió un certificado explicando que “ingresé al I.M.O con mi equipo médico personal, quien desde este instante está a cargo de mi atención médica, **utilizando la institución como servicio de hotelería y sus instalaciones técnicas necesarias para mi buena atención excluyendo de**

responsabilidad a la institución en lo concerniente a las prácticas médicas que se me efectuaren” (ver constancia obrante en la historia clínica y suscripta el día 9 de agosto del 2011, la negrita es propia).

En definitiva, si el sanatorio se limitó a otorgar el uso de sus instalaciones y la provisión de materiales descartables, comprobándose asimismo que las lesiones padecidas por el paciente no obedecen a aspectos paramédicos, no corresponde responsabilizar al mencionado ente por la conducta fallida de los médicos que intervinieron en la atención de la paciente. La relación entre la profesional y el paciente es res inter alios acta respecto del sanatorio.

En consecuencia, como la clínica se liberaba de la obligación a su cargo brindado los servicios denominados “paramédicos” y “extramédicos”, el cumplimiento de los mismos impide consagrar su responsabilidad por el daño sufrido a víctima del hecho.

Por los fundamentos expuesto, he de proponer al Acuerdo hacer lugar a las quejas vertidas por “Instituto Médico de Obstetricia” y, en consecuencia, rechazar la demanda entablada en su contra. Así lo voto.

Atento al modo en que se decide esta cuestión, el tratamiento del resto de los agravios vertidos por la aquí demandada, devienen abstractos.

VII. Teniendo en cuenta la forma en la cual se resolvió la cuestión atinente a la responsabilidad atribuida a cada uno de los intervinientes, y de acuerdo a la deserción de las quejas vertidas por la obra social y el Ministerio Público de la Defensa ante la Cámara (conf. acápite IV de este decisorio), corresponde analizar las circunscriptas a la tasa de interés dispuesta para calcular los réditos.

El juez de grado decidió que, a las sumas por las que prospera el reclamo indemnizatorio, deberán computarse los intereses desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Esta decisión motivó los agravios de la obra social. Dijo que los importes fueron estimados a valores actuales y que, de aplicar una tasa como la dispuesta en la sentencia de grado, se generaría un enriquecimiento ilícito a favor de los actores.

De acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios” del 20/04/09, sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

El citado fallo plenario prevé la utilización de la mencionada tasa, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.

En función de lo allí dispuesto, he venido sosteniendo que, en los casos en que la cuantificación de los rubros se ha realizado a valores vigentes a la fecha de la sentencia apelada, corresponde aplicar un interés puro del 8% anual desde la mora y hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Sin embargo, la realidad del mercado financiero, contingente y variable, me lleva a revisar el criterio que he venido utilizando, pues considero que la tasa de interés establecida en el mencionado fallo plenario no altera, actualmente, el contenido económico del capital establecido en la sentencia.

Por lo expuesto, entiendo que desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago, deben calcularse los intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

En consecuencia, si mi voto fuera compartido, debería confirmarse el pronunciamiento apelado respecto a los intereses allí establecidos.

IX. [sic] Resta, por último, avocarse a las quejas volcadas por la obra social demandada en relación a la imposición de los gastos casuísticos.

El ordenamiento procesal vigente adhiere al principio generalmente aceptado en la legislación nacional y extranjera cuyo fundamento reside básicamente en el hecho objetivo de la derrota, como base de la imposición de la condena en costas.

Si bien el referido principio no es absoluto, ya que el propio Código Procesal contempla distintas excepciones,

algunas impuestas por la ley y otras libradas al arbitrio judicial, tal como lo dispone el artículo 68 en su segundo párrafo, esa norma importa una sensible atenuación al principio general al acordar a los jueces un adecuado marco de arbitrio que deberá ser ponderado en cada caso particular y siempre que resulte justificada tal exención (conf. C.N.Civ., esta Sala, R. 44.344 del 17-4-89 y sus citas; id., R. 72.781 del 14-8-90; id., R. 136.124 del 16-11-93; R. 150.684 del 4/7/94; id. Mi voto en Expte nro. 63.646/2011 del 15/10/2021).

Ahora bien, la sola creencia subjetiva de la razón probable para litigar, no es por sí suficiente para eximir del pago de las costas al perdedor, pues es indudable que –salvo hipótesis de actitudes maliciosas– todo aquel que somete una cuestión a los tribunales de justicia es porque cree tener la razón de su parte, mas ello no lo exime del pago de los gastos del contrario si el resultado no le es favorable. Aunque esta causal de eximición es admisible frente a las características peculiares y dificultades del asunto donde, en tales supuestos, la razón probable para litigar debe encontrarse avalada por elementos objetivos de apreciación, de los que se infiera la misma sin lugar a dudas (Conf. Fassi, Santiago C. – Yañez, César D., Código Procesal Civil y Comercial, t. 1, ps. 411 y ss; Id. C.N.Civ., esta Sala, L. 112.907 del 11-8-92; id. Mi voto en Expte nro. 63.646/2011 del 15 /10/2021).

No comparto que, en el particular caso de autos, existan circunstancias especiales que permitan distribuir las costas en el orden causado. Las constancias arribadas a la causa, valoradas a la luz de la sana crítica (art. 386 CPCCN), ilustran la existencia de una mala praxis médica que impide considerar, siquiera eventualmente, la posibilidad de apartarme del principio rector en la materia.

En función de lo expuesto, si mi criterio fuera compartido, debería rechazarse las quejas vertidas por la obra social y confirmar este aspecto de la sentencia en crisis respecto a la imposición de costas de la apelante (art. 68 CPCCN).

X. Finalmente, atendiendo el modo en el cual se decide, debería readecuarse la imposición de costas dispuesta en la anterior instancia respecto al Instituto Médico de Obstetricia –IMO–, la galena demandada y su firma aseguradora (art. 279 del Código Procesal) las que, en función de la solución arribada y teniendo en cuenta las particularidades del caso bajo estudio, la forma en que se llevó a cabo la atención de la accionante y la complejidad de la cuestión debatida, estimo que la parte actora pudo creerse con derecho a accionar contra los aquí recurrentes, motivo por el cual he de proponer al Acuerdo, imponer las costas por su orden (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal).

XI. Por los fundamentos expuestos a lo largo del decisorio, he de proponer al Acuerdo: a) Rechazar la demanda interpuesta contra el “Instituto Médico de Obstetricia S.A”, la doctora Da R. y Seguros Médicos S.A. b) Readecuar la imposición de costas dispuesta en la anterior instancia de acuerdo a lo indicado en el considerando X. e) Confirmar todo lo demás que se decide y fue objeto de agravios. Las costas de Alzada se imponen a la obra social en su calidad de vencida (art. 68 del Código Procesal).

A la misma cuestión, el Dr. *Sebastián Picasso* dijo:

I. Aunque coincido –en términos generales– con el voto de mi distinguido colega el Dr. Ricardo Li Rosi, considero necesario realizar las siguientes salvedades y aclaraciones.

II. De más está decir que la prueba de la defectuosa actuación de los médicos de guardia que atendieron a N. E. P. V. hace responsable a la obra social prestadora del servicio de salud.

Como lo ha decidido esta sala con anterioridad (L. n° 581.002, “Leguizamón, Hilda del Valle c/ De La Fare, Mauricio y otros”, del 8/3/2012; ídem., L. n° 571.184, “Peralta, Ricardo, c/ Obra Social Ferroviaria”, del 23/2/2012), para llegar a esta conclusión, no es preciso recurrir –un tanto ficticiamente– a la teoría de la obligación de seguridad, ni de la estipulación a favor de terceros, sino que basta con constatar que la obra social sigue siendo la deudora de las prestaciones médicas –aunque las haga ejecutar materialmente por otro–, y en esa medida (es decir, en su carácter de deudora) responde naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inejecución (vid. Picasso, Sebastián – Sáenz, Luis R. J., Tratado de daños, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. II, p. 363; vid. asimismo

mis trabajos La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 29 y ss. y “Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada”, RCyS, agosto de 2006, p. 42; Bénac-Schmidt, Françoise y Larroumet, Christian, “Responsabilité du fait d’autrui”, en Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil, París, 2002, t. IX, p. 4; Durry, Georges, informe conclusivo en La responsabilité du fait d’autrui, Responsabilité Civile et Assurances, noviembre de 2000, p. 63; Rémy, Philippe, “La ‘responsabilité contractuelle’: histoire d’un faux concept”, Revue trimestrielle de droit civil, 1997-323, p. 346; Starck, Boris – Roland, Henri – Boyer, Laurent, Droit civil. Les obligations, Litec, París, 1996, t. 2, p. 709; Flour, Jacques – Aubert, Jean L. – Savaux, Éric, Les obligations, Armand Colin, París, 2002, t. 3, p. 132/133; Larroumet, Christian, “Pour la responsabilité contractuelle”, en Le droit privé français à la fin du XXe siècle, obra en homenaje a Pierre Catala, Litec, París, 2001, p. 15; Jordano Fraga, Francisco, La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento, Civitas, Madrid, 1994; Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 113, 117/118 y 426 y ss.; Ramella, Anteo, ponencia presentada en las I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1967; Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S., “El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente-obra social”, LL, 1985-B-156; Kemelmajer de Carlucci, Aida, Daños causados por los dependientes, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 41; Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, p. 157; Banchio, Enrique C., Responsabilidad obligacional indirecta, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 66; Tobías, José W., “El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas”, LL, 1983-b, 1143).

En otras palabras, la obra social, en tanto solvens que hizo cumplir su obligación por un tercero –los médicos de guardia–, responde en forma directa por el incumplimiento materializado por estos últimos, del mismo modo que si hubiese sido ella quien causó personalmente la infracción del plan prestacional. En suma, en materia obligacional, el deudor ya es responsable directo por su simple condición de obligado, y esa situación en nada se ve alterada por el hecho de que se emplee a un tercero para ejecutar materialmente el plan de conducta comprometido. La dependencia, entonces, no juega ningún rol apreciable en el campo “contractual” (vid. Picasso – Sáenz, Tratado..., cit., t. II, p. 369/370 y 375).

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la obligación principal de la obra social no se agota en la provisión de los profesionales necesarios para la atención del paciente, sino que consiste en prestar al paciente el servicio médico en su totalidad, desarrollando un plan de conducta diligente a fin de obtener el resultado perseguido por el acreedor, el cual, obviamente, no se encuentra garantizado, dado que se trata de una obligación de medios. En otros términos, el plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye, en realidad, la ejecución de la obligación principal a cargo de la obra social, razón por la cual su inexacto cumplimiento comprometerá la responsabilidad de esta última, no por el incumplimiento de una supuesta obligación de seguridad, sino por el de la mencionada obligación principal. Es allí donde adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta, pues dicho plan es lo debido por la compañía, y será esta última quien responderá, en el marco del contrato, por su propio incumplimiento (Sáenz, Luis R. J., “La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor”, en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A., Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 626 y ss).

Por ello, coincido con Lorenzetti en que la relación entre la obra social, el paciente y el médico no puede analizarse como una estipulación a favor de terceros, porque los dos centros de interés principales son los del paciente que paga y los de la entidad médica que presta el servicio. El problema a resolver se vincula entonces con esta relación jurídica, y no con la que se entabla entre el médico y la obra social con efectos subsidiarios hacia terceros. El paciente no es tercero sino parte. Por lo demás, en la estipulación a favor de terceros, el tercero adquiere un beneficio cuya extensión está vinculada al contrato base,

mientras que en el contrato médico hay una contraprestación y no un mero beneficio, y la extensión del vínculo se determina en función de aquella reciprocidad. Si fuera un mero beneficiario, el paciente solo podría adherir y no discutir nada, y se desvirtuaría la noción de consentimiento informado. Por ello, en virtud de la estructura del vínculo obligatorio, debe entenderse que las entidades médicas responden contractualmente y de modo directo por el incumplimiento, sin importar que la prestación haya sido materialmente cumplida por un médico dependiente de aquella (Lorenzetti, *La empresa médica*, cit., p. 334 y ss.).

Esta es la posición de la jurisprudencia francesa, que descarta la aplicación de la estipulación a favor de terceros y considera –en supuestos análogos– que la clínica es la única deudora de las prestaciones médicas, y en tal carácter responde en forma directa por su incumplimiento (Corte de Casación, primera Sala civil, 4/6/1991, *Gazette du palais*, 1992-II-503, con nota de François Chabas; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992-123, con nota de Patrice Jourdain; *JCP*, 1991-II-21730, con nota de Jean Savatier; Ídem, 26/5/1999, *JCP*, 1999-II-10112; *Droit et Patrimoine*, no 73, julio-agosto de 1999, p. 84, con nota de François Chabas; *Défrenois*, 1999-1334, con nota de Jean-Luc Aubert; *Dalloz*, 1999, somm., no 386, con nota de Jean Penneau; Ídem, 9/4/2002, *JCP*, 2002-I-186, con nota de Geneviève Viney; *Responsabilité civile et assurances*, 2002, chron. n.º 13, con nota de Christophe Radé; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002-516, con nota de Patrice Jourdain; *Droit et Patrimoine*, no 106, p. 96, con nota de François Chabas; Ídem., 13/11 /2002, *Gazette du palais*, 7-8/3/2003, jurisp., 42, con nota de François Chabas; *Dalloz*, 2003, somm., no 460, con nota de Patrice Jourdain; *Tribunal des Conflits*, 14/2/2000, *JCP*, 2001-II-10584. Vid. al respecto mi trabajo “La responsabilité contractuelle du fait d’autrui dans la jurisprudence récente, en particulier dans le domaine du droit médical”, *Gazette du Palais*, n.º 126/127, 5/6 de mayo de 2004, y Welsch, Sylvie, *Responsabilité du médecin*, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.).

El Código Civil y Comercial (que no resulta aplicable al caso a raíz de la fecha en que los hechos que aquí se debaten sucedieron, mas es útil como una guía interpretativa de la legislación derogada) ha despejado las dudas acerca de este tema, pues lo ha regulado en forma expresa de acuerdo con el punto de vista expuesto. En efecto, el actual artículo 732 dispone: “El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado”, lo que zanja cualquier duda que se pudiera plantear al respecto.

Es que como tiene dicho esta sala, las disposiciones del código constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días (esta sala, 25/6/2015, “C., Jéssica María c/ B., Carlos Ricardo y otros s/ Daños y perjuicios”; ídem, 30/3/2016, “F., Celeste Ester c/ D. P., Virginia Gabriela y otro s/ Daños y perjuicios”, expte. n.º 11.725 /2013; 11/10/2016, “R., Jorge Oscar c/ A., Adrián Bartolomé y otro s/ Nulidad de acto jurídico” y “A., Adrián Bartolomé y otro c/ R., Jorge Oscar s/ Restitución de bienes”, exptes. n.º 47.289/2001 y 38.328 /2003; ídem, CAC y C, Azul, sala II, 15/11/2016, “Ferreira, Rodríguez Amelia c/ Ferreira Marcos, y otra s/ Desalojo”, LL 2017-B, 109, RCCyC 2017 (abril), 180; Galdós, Jorge Mario, “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”, LL 16/11/2015, 3).

III. Por otro lado, en lo que atañe a la responsabilidad de los profesionales médicos, corresponde recordar que esta sala tiene decidido que, en esta materia, deben diferenciarse dos supuestos claramente distintos. Por un lado, aquel en el cual el enfermo elige y contrata personalmente al médico que lo habrá de atender, y por el otro, el caso en el que el galeno actúa únicamente como dependiente del centro asistencial. En el primer supuesto, poca duda cabe acerca de la existencia de un vínculo contractual entre el facultativo y el paciente (esta sala, 21/9/2012, “A., N. A. c/ B., A. y otro s/ daños y perjuicios”, L. n.º 593.116; ídem, 15/11/2013, “C., Laura Cristina c/ Biotrom S. A. s/ daños y perjuicios”, L. n.º 601.130, entre muchos otros), mientras que en el segundo, en cambio, corresponde considerar que el médico no celebra con aquel ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe enmarcarse en la órbita aquiliana (esta sala, 11/5/2012, “T., Anto-

nio Ricardo y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios”, L. n.º 582.467; ídem, 15/5/2013, “D. M., Nancy Beatriz c/ Hospital Nacional Dr. Alejandro Posadas y otros s/ daños y perjuicios”, L. n.º 605.263; ídem, 7/5/2014, “C., Sonia María c/ Obra Social del Personal de la Empresa Nacional de Correos y Telégrafos S. A. y otros s/ daños y perjuicios”, entre muchos otros).

Como agudamente lo señala Jourdain: “proporcionando sus cuidados a un cliente de la clínica, un médico asalariado de aquella no ejecuta una obligación que habría contratado libremente frente al paciente, sino la prestación de trabajo a la que se comprometió frente al establecimiento” (Jourdain, Patrice, “Vers une responsabilité contractuelle des établissements hospitaliers privés du fait des médecins qu’ils emploient”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992-123; la traducción es mía). En el mismo sentido, dice Jean Savatier que el paciente no se vincula con el médico por su libre elección, sino por la confianza que acuerda al establecimiento de salud. En todos los casos –añade– los cuidados impartidos por el galeno tienen lugar en el marco de una organización compleja, y muchas veces el enfermo ignora, al momento de ser hospitalizado, en qué servicio será atendido, y quiénes son los médicos que se desempeñan en él (Savatier, Jean, comentario en *Juris Classeur Périodique*, 1991-II-21730). Parece difícil, en esas circunstancias, hablar de un consentimiento de su parte. Con criterio se preguntaba en ese sentido Leonardo Colombo qué convención puede haber entre el individuo atropellado por un automóvil y el cirujano que lo auxilia en el nosocomio al cual es conducido (Colombo, Leonardo A., *Culpa aquiliana*, La Ley, Buenos Aires, 1944, p. 233/234).

Por eso, como lo he señalado con anterioridad (vid. mi obra *La singularidad de la responsabilidad contractual*, cit., p. 207 y ss.), entiendo que corresponde considerar que el médico que atiende a un paciente en el marco de una institución hospitalaria no celebra con él ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe enmarcarse en la órbita aquiliana (Lorenzetti, Ricardo L., *La empresa médica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011; Tobías, José W., “En tomo a la responsabilidad civil de los médicos”, E. D., 84-832; ídem, “El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas”, LL, 1983-B, 1143; Savatier, René, *Traité de la responsabilité médicale en droit français*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1951, t. II, p. 403; Mémeteau, Gérard, “Contrat hospitalier et obligation de soins”, *Revue de droit sanitaire et social*, 1988-517; Auby, Jean-Marie, *Le droit de la santé*, Themis, Paris, 1981, p. 357).

Esta es –por cierto– la postura adoptada por la Corte de Casación francesa (Corte de Casación, primera Sala civil, 4/6/1991, *Gazette du palais*, 1992-II-503, con nota de François Chabas; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992-123, con nota de Patrice Jourdain; *JCP*, 1991-II-21730, con nota de Jean Savatier; ídem, 26/5/1999, *JCP*, 1999-II-10112; *Droit et Patrimoine*, n.º 73, julio-agosto de 1999, p. 84, con nota de François Chabas; *Défrenois*, 1999-1334, con nota de Jean-Luc Aubert; *Dalloz*, 1999, somm., n.º 386, con nota de Jean Penneau; ídem, 9/4/2002, *JCP*, 2002-I-186, con nota de Geneviève Viney; *Responsabilité civile et assurances*, 2002, chron. n.º 13, con nota de Christophe Radé; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002-516, con nota de Patrice Jourdain; *Droit et Patrimoine*, n.º 106, p. 96, con nota de François Chabas; ídem, 13/11/2002, *Gazette du palais*, 7-8/3 /2003, jurisp., 42, con nota de François Chabas; *Dalloz*, 2003, somm., n.º 460, con nota de Patrice Jourdain; *Tribunal des Conflits*, 14/2 /2000, *JCP*, 2001-II-10584. Vid., al respecto, mi trabajo “La responsabilité contractuelle du fait d’autrui dans la jurisprudence récente, en particulier dans le domaine du droit médical”, *Gazette du Palais*, n.º 126/127, 5/6 de mayo de 2004, y Welsch, Sylvie, *Responsabilité du médecin*, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.), y también por esta sala (“Torres, Antonio Ricardo y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios – Resp. Prof. Médicos y aux.”, L. n.º 582.467, del 14/5/2012).

Bajo esta óptica, entiendo que –en este caso– lo expuesto precedentemente resulta aplicable a la médica demandada, ya que no existía entre ella y los demandantes un vínculo obligatorio preexistente. Por lo tanto, el estudio de su responsabilidad debe regirse por el art. 1109 del Código Civil, lo que ponía en cabeza de los actores la prueba de su culpa (art. 377 Código Procesal).

IV. Desde esta perspectiva, concuerdo con mi colega preopinante en cuanto a que no ha sido demostrado un accionar culpable de la galena que comprometa su responsabilidad.

En consecuencia, por los fundamentos expuestos, adhiero a la solución propuesta en el primer voto.

A la misma cuestión, el Dr. *Carlos A. Calvo Costa* dijo:

Adhiero al muy fundado voto del distinguido colega Dr. Ricardo Li Rosi, con las salvedades y aclaraciones expuestas en su voto por el Dr. Sebastián Picasso referidas a la responsabilidad de la obra social.

Y *Vistos*:

Por lo que resulta del acuerdo que ilustra el acta que antecede, del que dan cuenta sus considerandos y aclara-

ciones, se resuelve: 1) modificar la sentencia de grado, y rechazar la demanda promovida contra Instituto Médico de Obstetricia S.A., la demandada D. R. y Seguros Médicos S.A., con costas por su orden; 2) confirmar el pronunciamiento de primera instancia en todo lo demás que decide y fue objeto de agravios, y 3) imponer las costas de alzada a la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles.

Los honorarios se regularán cuando se haga lo propio en la instancia de grado.

Notifíquese a los interesados en los términos de las acordadas 31/11, 38/13 y concordantes de la C.S.J.N., comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvanse. – *Ricardo Li Rosi*. – *Sebastián Picasso*. – *Carlos A. Calvo Costa* (Sec.: Julián Herrera).