

Voces: MALA PRAXIS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - DAÑOS Y PERJUICIOS - PÉRDIDA DE LA CHANCE - SIDA - VALOR VIDA - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - DAÑO PUNITIVO

Partes: L. C. c/ Estado Nacional Ministerio de Defensa Armada Argentina y otros | daños y perjuicios - responsabilidad médicos y auxiliares

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: K

Fecha: 1-jun-2021

Cita: MJ-JU-M-132629-AR | MJJ132629

Producto: DP,MJ,SYD

Procedencia de una acción de mala praxis y daño punitivo, debido a que existió un abandono terapéutico del paciente fallecido, durante el período en que debió permanecer a la espera de ser trasladado a otra institución. Cuadro de rubros indemnizatorios.

Sumario:

1.-La conducta evidenciada por la médica demandada en la atención brindada en la guardia del hospital al paciente no resultó diligente y oportuna, ya que no se siguieron los estándares de la buena praxis, los que imponían una conducta pertinente y eficaz en relación al control, diagnóstico precoz y tratamiento que debió recibir el aquejado, provocando una disminución de la posibilidad de curación; no hubo control activo alguno durante el período que permaneció a la espera de ser trasladado a otra institución hospitalaria, entre las 13.30 y las 18.30 hs., abandono terapéutico que no admite justificativo alguno y tampoco se tuvo en cuenta el cuadro de preexistencias -en el caso, padecía HIV- que presentaba el paciente, que eran varios y graves.

2.-Ha existido negligencia en la atención brindada al hijo del accionante, en tanto no se llevó a cabo actividad médica alguna, no se tuvieron en cuenta los factores de riesgo que aquel presentaba, reputados como de alto riesgo por el experto, dejándolo en un estado absoluto de desamparo, privándolo de toda chance de curación.

3.-El límite de la responsabilidad estará dado, en el caso particular, por la probabilidad frustrada de curación, chance que le hubiere permitido un seguimiento y control directo y continuo como el que su situación de alto riesgo exigía, pues no puede afirmarse que, de haberse cumplido todas las reglas del arte de curar, igualmente no se hubiera producido el

desenlace ocurrido.

4.-No se aprecia responsabilidad de la cirujana de guardia, ya que cuando revisó al paciente no estaba indicado efectuar una intervención quirúrgica y el posterior control estaba a cargo del servicio de guardia, ello, en la medida que la interconsulta no genera una obligación de seguimiento del caso para el profesional que es consultado, a quién, en su caso, debe convocarse nuevamente, correspondiendo el seguimiento al mismo servicio que lo retiene.

5.-En la medida que al demandarse al Hospital donde fue atendido el hijo del accionante, así como a la obra social a la que estaba afiliado, resulta de aplicación la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, ya que si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la citada ley, no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas, que -en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos- deben regirse por esa normativa.

6.-El vínculo existente entre las obras sociales, la clínica y el galeno resulta irrelevante, toda vez que su eventual responsabilidad deriva del incumplimiento de brindar el servicio debido, sea cual fuese la modalidad de contratación adoptada con el prestador del servicio de salud, ello es así, atento al efecto relativo de los contratos, los que no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros.

7.-Si bien no se ha acreditado que el occiso prestara ayuda económica a su padre, en virtud de las particularidades que enfrentaba -padecía HIV-, sin embargo, corresponde indemnizar la cooperación que pueden esperar los padres con posterioridad; el hecho que la víctima al tiempo de su deceso no hubiese tenido capacidad productiva o contribuyera económicamente al sostén de su padre, no es un elemento que impida la procedencia de la pretensión, en tanto ésta ha sido fundada en la esperanza de ayuda futura en la ancianidad.

8.-Es procedente la indemnización del daño punitivo, ya que la prueba colectada demuestra una conducta grave por parte de las demandadas en el cumplimiento de sus obligaciones y una gravosa indiferencia puesta en evidencia frente a la situación que presentaba el paciente, al dejarlo en un abandono y desamparo inexplicable, en los términos del galeno.

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 01 días del mes de junio de 2021, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de dictar sentencia en los autos "L., C. c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa - Armada Argentina y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux." y habiendo acordado seguir en la deliberación y el orden de sorteo de estudio el Dr. Ameal dijo:

I.- Vienen estos autos a este Tribunal con motivo de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de Primera Instancia dictada a fs. 502/521.

"Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" (OSECAC) expresó agravios en la memoria de fecha 9 de diciembre de 2020, la actora volcó sus quejas en el escrito del 14 de diciembre de 2020, "TPC Compañía de Seguros SA" lo hizo el 20 de diciembre de 2020, mientras que Estado Nacional- Estado Mayor General de la Armada (Hospital Naval de Buenos Aires "Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo") articuló sus agravios el 21 de diciembre de 2020.

El traslado fue contestado a través de las presentaciones del 23 de diciembre de 2020 y 1 y 4

de febrero de 2021.

II.- Antecedentes Cándido L. promovió demanda contra el Estado Nacional -Ministerio de Defensa-la Armada Argentina - Hospital Naval "Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo", la "Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles", C. J. C. y M. S. R. , a raíz de la mala praxis que les atribuye en la atención recibida por su hijo en el nosocomio mencionado, el 28 de noviembre de 2008.

Adujo que en la fecha mencionada, siendo aproximadamente las 13.30 hs., A. P. L. , de 40 años de edad, arribó a la guardia médica del "Hospital Naval" con fuertes dolores de abdomen, acompañado por la Sra.

N. G. G., quien lo asistió como guía operadora de la Fundación Basso (residencia de puertas abiertas) en la cual se hallaba internado.

Sostuvo que fue evaluado por las Dras. C. J. C. y M. S. R., quienes le diagnosticaron "fecaloma", decidiendo su internación, la que no se pudo llevar a cabo por "falta de cama" o "falta de complejidad", por lo que se resolvió su derivación, a través de su obra social (OSECAC).

Afirmó que el traslado jamás se produjo, permaneciendo el paciente sin recibir atención médica hasta las 18.30 hs., quejándose de los dolores abdominales. Refirió que a las 17 hs., aproximadamente, concurrió al nosocomio y encontró a su hijo saliendo del baño de la guardia, pudiendo observar que tenía el abdomen hinchado, estaba helado y con sudor en el rostro. Manifestó que lo sacó al patio para que tomara aire, donde presentó un cuadro convulsivo que obligó a ingresarlo nuevamente al interior del nosocomio.

Señaló que la Dra. R. le indicó que tenían que trasladarlo al Hospital de la UAI. Sin embargo, el paciente continuó sin atención médica hasta las 18.30 hs. Con posterioridad, el joven produjo un vómito sanguinolento y sufrió un paro cardiorespiratorio del cual pudo ser reanimado por la intervención del Dr. J. F. M. Fue trasladado a la Unidad de Terapia Intensiva, falleciendo a la hora 0.30 hs. del día 29 de noviembre de 2008.

Agregó que, conforme partida de defunción, la causa del deceso fue "Paro cardiorespiratorio no traumático.Abdomen agudo oclusivo.

Sepsis-foco abdominal".

Hizo referencia a las falencias de la Historia Clínica, a las constancias de la causa penal labrada a raíz del suceso, las que demuestran que existió un inadmisibles hueco terapéutico entre las 13.30 y las 18.30 hs., donde no se hizo ningún control médico ni se asumió conducta activa alguna, omisiones que perjudicaron la salud de su hijo permitiendo que su cuadro inicial de fecaloma avanzara a un estadio que comprometió severamente su salud y le produjo la muerte como consecuencia de un abdomen oclusivo que derivó en un cuadro de pepsis de foco abdominal.

Atribuyó la responsabilidad a los demandados y solicitó se haga lugar a la demanda en todas sus partes.

"Fundación Sanidad Naval Argentina" (FUSANA) invocó su calidad de asociación civil sin fines

de lucro que realiza la explotación de la capacidad remanente del Hospital Naval Buenos Aires "Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo". Sostuvo que en el marco de dicho convenio celebró un contrato con la "Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles" (OSECAC) para la prestación de servicios asistenciales a los beneficiarios de dicha Obra Social en el Hospital Naval.

Negó los hechos esgrimidos, reconociendo que A. P. L. arribó a la guardia del nosocomio demandado, en razón de sufrir fuertes dolores abdominales, manifestando que hacía unos días que no evacuaba sus intestinos y que era portador de HIV. Fue examinado por la médica de guardia, Dra. C. , quien ante el cuadro abdominal decidió, con buen criterio, realizar una interconsulta con la cirujana de guardia. La Dra. R. le efectuó un exhaustivo examen semiológico y tacto rectal, prescribiendo "fecaloma". No presentó náuseas ni vómitos. Se le indicó una radiografía de abdomen directa que confirmó el diagnóstico. Decidieron su internación, la cual no pudo llevarse a cabo por falta de cama o falta de complejidad, resolviéndose su derivación a través de OSECAC, traslado que nunca se produjo.

Alegó que se trató de un paciente con antecedentes de VIH positivo, con internación en un Hogar y en tratamiento psiquiátrico por adicción a las drogas.

Indicó que el Sr. L. fue controlado en dos oportunidades, a las 14.45 y a las 17 hs., registrándose tal circunstancia en la historia clínica de guardia, sin variantes clínicas. Reconoció que a las 18.30 hs. tuvo un cuadro convulsivo, se le colocó una vía periférica con plan de hidratación parenteral. Repentinamente, a las 19.30 hs. presentó vómitos sanguinolentos y sufrió un paro cardiorespiratorio. El Dr. M. realizó intubación orotraqueal y maniobra de reanimación cardiopulmonar con respuesta pasiva, siendo trasladado a la Unidad de Terapia Intensiva (UTI) en estado de shock, donde padeció un nuevo paro con acidosis mixta severa, coagulopatía y progresivo aumento de diámetro abdominal.

A las 0.30 hs. del día 29 de noviembre de 2008 mostró nuevo paro cardíaco no respondiendo a maniobras de RCP, por lo que a las 0.45 hs. falleció por "abdomen agudo oclusivo. Shock".

Hizo consideraciones acerca del encuadre jurídico de la culpa médica y concluyó que no cabe atribuirle responsabilidad alguna, en tanto el paciente fue debidamente asistido por los profesionales médicos.

Solicitó el rechazo de la demanda, con costas.

"Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" (OSECAC) negó los hechos relatados y efectuó reflexiones acerca del alcance de la responsabilidad de las Obras Sociales, por los daños que pudieran sufrir los beneficiarios a raíz de las prestaciones de salud a que están obligadas en virtud de las leyes 23.660 y 23.661.

Afirmó que A. P. L. recibió en tiempo y forma todos los cuidados y atenciones que su estado y situación particular exigían. Ello, a través de los profesionales actuantes y el centro de salud demandado, poniendo a su servicio todos sus conocimientos y medios a su alcance. Sostuvo la ajenidad de la Obra Social respecto de los actos médicos cuestionados y adhirió a las consideraciones médico legales vertidas por los restantes codemandados.

"T.P.C. Compañía de Seguros S.A.", reconoció la cobertura asegurativa contratada por los accionados mediante pólizas N° 39911 (Hospital Naval y/o Fusama), N° 42852 (Dra. C.) y N°

46754 (Dra. R.) e invocó los límites de seguro y franquicias convenidos en cada una de ellas.

Sostuvo que la absolución en sede penal de las médicas accionadas, hace cosa juzgada en relación a la ausencia de responsabilidad civil, en los términos del art. 1103 del CC.

Negó los hechos esgrimidos, ratificando las circunstancias admitidas por los restantes emplazados y suscribió a la contestación de su asegurada, "Fundación Sanidad Naval Argentina" (FUSANA).

M. S. R. , adhirió al escrito de contestación de demanda de "TPC Compañía de Seguros S.A.".

A fs. 225 se decretó la rebeldía de C. J. C. , la que cesó al comparecer al proceso a fs. 227/229 (ver fs. 230).

Estado Nacional -Ministerio de Defensa, Armada Argentina- Hospital Naval de Buenos Aires "Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo", negó el relato efectuado y ratificó el responde de "FUSANA". Para el hipotético caso de que se condenase a su parte al pago de una indemnización, solicitó la aplicación del art. 22 de la ley 23.892.

III.- La sentencia El Sr. juez de grado, luego de analizar la prueba producida, consideró acreditada la responsabilidad de los emplazados, determinando la medida de la chance frustrada de sobrevivencia del Sr. P. A. L. , en un porcentaje del 20 %.

En mérito a ello, hizo lugar parcialmente a la acción entablada, condenando al Estado Nacional (Ministerio de Defensa, Armada Argentina, Hospital Naval "Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo), a la "Obra Social de Empleados de Comercio, a la "Fundación Sanidad Naval Argentina" y a C. J. C., en forma concurrente, a abonar al Sr. Cándido L. , dentro del plazo de diez días, la suma de pesos ciento noventa mil (\$ 190.000) con más intereses y costas.

Hizo extensiva la condena a "TPC Compañía de Seguros S.A." en la medida de las coberturas contratadas.

Desestimó el reclamo dirigido contra M. S. R. .

IV.- Agravios Contra dicha decisión se alcanzan las partes.

"Obra Social de Empleados de Comercio" (OSECAC) apela la responsabilidad atribuida, como las partidas otorgadas en concepto de "daño psíquico y gastos de psicoterapia" y "daño moral", la imposición de costas y los intereses fijados sobre el capital de condena.

El actor se agravia respecto del porcentual de chance de supervivencia frustrada, de la desestimatoria de la demanda contra la Dra. M. S. R. , en cuanto al rechazo del rubro "valor vida", en relación a las partidas concedidas por "daño moral" y "daño psíquico y tratamiento" y por último, por la denegatoria del "daño punitivo". "TPC Compañía de Seguros SA" cuestiona la atribución de responsabilidad, la pérdida de chance, las indemnizaciones acordadas y la tasa de interés.

Estado Nacional -Ministerio de Defensa, Armada Argentina- Hospital Naval "Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo", recurre la responsabilidad endilgada y la medida del daño, el régimen aplicable, los montos asignados, las costas, los réditos y la omisión de aplicar el procedimiento

establecido por la ley 23.982.

V.- Suficiencia del recurso La valoración de la expresión de agravios, a los fines de determinar si reúne las exigencias necesarias para mantener el recurso interpuesto, no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal que afecte la defensa en juicio.

De ahí que en su sustanciación, el cumplimiento de los requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga presentes aun frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía en el acatamiento de los recaudos legales, a la aludida garantía de la defensa en juicio y a delimitar restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante (esta Sala Exptes. N° 30129/2016, 62.741/2017, entre otros).

En ese marco, cabe destacar que los memoriales en estudio cumplen, en lo sustancial, con los requisitos dispuestos por el art. 265 del Código Procesal.

VI.- Derecho aplicable Atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su art. 7 y teniendo en cuenta la fecha de los hechos ventilados en autos, resultan de aplicación al caso el Código Civil de Vélez.

En efecto, la norma citada establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato.

De tal modo, la normativa aplicable es la vigente al momento de la constitución de la relación jurídica cuyas consecuencias se encuentran agotadas.

VII.- Marco jurídico

En el caso, la demanda fue iniciada por el padre del paciente fallecido, a título propio, como damnificado indirecto. De allí que el reclamante, respecto de los daños y perjuicios por la muerte de quien fuera su hijo, resulta tercero en relación al contrato que suscribiera el paciente.

En consecuencia, a su respecto, no cabría hablar de responsabilidad contractual al resultar ajeno a la relación jurídica (conf.

Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por daños", T I, p. 300; esta Sala en autos "Calabreta, Ana María c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios", Expte N° 40.180).

Existe así, una infracción a la obligación genérica de no dañar de jerarquía constitucional (art. 19 de la CN, arts. 1067 y 1077 del CC), que cae bajo la órbita de la responsabilidad aquiliana, por culpa en el caso de los profesionales y refleja respecto de la clínica (arts. 1109 y conc. del CC).

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, debe ponderarse que en tanto medió un vínculo contractual entre la paciente y la institución médica demandada, corresponde analizar y determinar si existió incumplimiento en las prestaciones del contrato médico y en su caso, la relación causal de tal incumplimiento con el fallecimiento del hijo del accionante.

Ello, por cuanto en la responsabilidad por falta de servicio la base del conflicto está en el vínculo contractual establecido con el aquejado, teniendo el reclamo su origen último en esa relación específica preestablecida que, en su caso, originará la responsabilidad extracontractual frente a los damnificados indirectos.

Se ha dicho así, que el régimen legal aplicable es el derivado de la órbita contractual por cuanto, la mayoría de las veces se trata de la inejecución de un previo acuerdo de voluntades entre la víctima y el profesional, lo que no excluye supuestos específicos y excepcionales de responsabilidad extracontractual, que es la propia de los hechos ilícitos y en los que no media convención entre las partes. Por ejemplo, si la acción resarcitoria es promovida "iure proprio" por el damnificado indirecto por la muerte de la víctima (Bueres, Alberto "Responsabilidad civil de los médicos", p. 42, Ed. Abaco, Bs As, 1979).

En la inteligencia indicada, cabe recordar que la responsabilidad de los médicos debe insertarse en las reglas del incumplimiento de las obligaciones como que se encuentra sometida a los principios generales que enuncian el artículo 499 y siguientes y especialmente 512, 519, 520 y 521 del Código Civil, salvo que sea viable la opción aquiliana que autoriza el art. 1107 de dicho cuerpo legal (Conf. Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", p. 74; Bustamante Alsina, "Teoría general de la responsabilidad civil", p. 394, N° 1370; Alterini, O. Ameal, J.R. López Cabana, "Derecho de obligaciones" Bs. As. 1975 T° II- p. 491 N° 1862; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio-Zannoni, "Código Civil comentado, anotado y concordado", t. 5, p. 369, N° 20; Mosset Iturraspe, "Responsabilidad civil del médico", p. 97, N° 2).

El factor de atribución es subjetivo, pues cabe exigir al profesional de la medicina una conducta diligente, a menos que se trate de un caso particular en el que rijan un factor objetivo.

La culpa debe apreciarse inicialmente en concreto, sobre la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Las condiciones personales del agente deben ser tenidas en cuenta a los efectos de estimar el mayor o el menor deber de previsión con arreglo a lo dispuesto por el art. 902 Cód. Civ. y sin perjuicio de correlacionar esta norma con la recta interpretación que debe efectuarse en derredor del texto del art. 909.

Con estos elementos concretos el Juez conformará un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial, específico, que represente la conducta que debió obrar el agente en la emergencia. De la confrontación entre el actuar real y el debido (idealmente supuesto) surgirá si hubo o no hubo culpa. (Bueres, Alberto J. comentario al art. 512, en Bueres, Alberto J. (dir) Highton, Elena (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, T 2A, p. 151).

Parte de la doctrina sostiene que pesa sobre el actor la carga de la prueba de la negligencia del médico con fundamento en que la obligación es en principio de medios y no de resultado, ya que salvo algunos supuestos excepcionales, el galeno no está obligado al restablecimiento de la salud, sino solamente a procurarla, aplicando todos sus conocimientos y su diligencia (Conf. Llambías "Obligaciones", T I, p.211, n° 171; Bustamante Alsina, "Teoría de la Responsabilidad Civil"; p. 96, n° 1376 y su nota, LL, 1976-C-63 entre otros).

Tal criterio se encuentra actualmente en crisis en razón de la vigencia de la teoría de la carga probatoria dinámica que impone la prueba a quien está en mejores condiciones de producirla,

caso contrario, puede originar una presunción en su contra. En el supuesto de la mala praxis médica, indudablemente, no es el damnificado, en la mayoría de los casos, quien ocupa tal posición ventajosa.

Se impone el deber de cooperación que deben asumir los especialistas en medicina cuando son enjuiciados. Ello, por cuanto quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, debe hacerlo, destacándose el valor de las presunciones hominis que tienen un papel preponderante en vista a las dificultades probatorias con las que muchas veces se enfrenta el pretensor.

En definitiva, en esta materia son aplicables los principios para la distribución de la carga de la prueba y cuando la responsabilidad se sustenta en la culpa, en orden a las circunstancias del caso, alcance de la pretensión y defensas, situación privilegiada en materia técnica, etc., el profesional tiene la carga exclusiva o concurrente de acreditar su diligencia, lo que equivale a demostrar que no tuvo culpa ("Derecho de daños", Atilio Alterini, Roberto López Cabana, p.279).

Cabe observar que el distingo entre obligaciones de medios y resultados tiene trascendencia, siquiera como elemento ordenador conceptual, pero no constituye una summa divissio, ni se convierte en una varita de virtudes con poderes mágicos para resolver el universo de situaciones (Alterini, Ameal, López Cabana "Derecho de las Obligaciones", ap. 1217).

Se sostuvo en este orden que ".no puede dejar de advertirse que tal distinción obligacional muestra aspectos híbridos en cuanto a la relación médico-paciente pues, si bien es cierto que excede las posibilidades humanas prometer la salud o la curación total, también lo es que el vínculo se acuerda en la inteligencia de un resultado-que puede o no darse- pero que se incluye en las previsiones precontractuales."(CNac.Civ., Sala B, 11/9/85 in re "O. de A, A. M. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", ED 116-281).

Ello, por cuanto todo proceso de curación o intervención contiene medios y se dirige a un resultado. De allí que el medio y el resultado se entrelazan, sin que se pueda establecer entre ambos, límites precisos (CNCiv. Sala H, 7/6/95, causa nº 151722).

Por su parte, el establecimiento asistencial, asume frente al paciente una responsabilidad de naturaleza contractual directa, como consecuencia del contrato celebrado entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) a favor del enfermo (beneficiario) -Art. 504 CC estipulación a favor de tercero (Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", p. 375/76), cuya obligación principal surge del contrato de prestación de servicios médicos y consiste en suministrar la debida atención a través de las personas idóneas y los medios materiales suficientes y adecuados al efecto.

Contrae, además, una obligación tácita de seguridad ínsita en el principio genérico de "buena fe" en el cumplimiento de las obligaciones conforme art. 1198, párr. 1º del Cód Civil, art.5 de la ley de Defensa del Consumidor, de carácter accesorio a la anterior y en virtud de la cual el paciente no debe recibir daño alguno con motivo de la asistencia médica requerida.

Ello, en la medida que al demandarse al Hospital donde fue atendido el hijo del accionante, así como a la obra social a la que estaba afiliado, resulta de aplicación la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y su modificatoria ley 26.682 (arts.4, 27 y concs.). Si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la citada ley (art.

2), no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas, que -en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos- deben regirse por esa normativa (Lorenzetti, "La Empresa Médica", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 355; Idem., "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 102 y 114).

Revelada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable en tanto queda de manifiesto la violación del crédito a la seguridad y el establecimiento sanitario no puede probar su no culpa en la elección o en la vigilancia (Bueres, Ob. Cit. p. 386/87).

La Excma. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires in re "Brito de Lescano c/ Sjolita, Carlos y otros" (JA 1992-I-p.315) señaló que "Como los establecimientos asistenciales se valen de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrán de responder por la culpa en que incurran sus sustitutos, auxiliares o copartícipes en razón de la irrelevancia jurídica de tal sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual éste se valga para sus fines y de la equivalencia de comportamientos del obligado y de sus sustitutos que determina que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del propio deudor".

Tal situación no cambia por tratarse de un centro de salud dependiente del Estado, toda vez que, como fuera señalado, se aplican en autos las normas del Código Velezano y no los arts. 1764 y 1765 del Código Civil y Comercial.

En cuanto a las obras sociales, las mismas responden por omisión o insuficiencia en el suministro del servicio de salud a su cargo, como por las deficiencias de la prestación cumplida, atribuible a culpa o negligencia de los profesionales. Asumen también, igual que la clínica, en virtud de tales fines, una obligación tácita de seguridad (art. 1198, párr. 1° del CC y art. 5 de la ley de Defensa del Consumidor; Bueres, "Responsabilidad de los médicos", 2° ed., T 1, p. 380 y ss. Y 472 y ss., Félix Trigo Represas, "Reparación de daños por Mala Praxis Médica", p. 401 y ss.).

El vínculo existente entre aquéllas, la clínica y el galeno resulta irrelevante toda vez que su eventual responsabilidad deriva del incumplimiento de brindar el servicio debido, sea cual fuese la modalidad de contratación adoptada con el prestador del servicio de salud. Ello es así, atento al efecto relativo de los contratos, los que no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros -art. 503, 1195, 1199 in fine y conchs. del Código Civil- que determinan en definitiva que el afiliado que no concurrió a aquel otorgamiento resulte un extraño con relación a dicho contrato y que por ello no le puede ser oponible (Trigo-Represas, Ob. Cit., p. 400/01).

Sostiene el autor citado, que la libertad de opción es en general sólo relativa, pues en la mayoría de los casos las obras sociales como las prepagas únicamente ofrecen la posibilidad de elección dentro de "listas cerradas", lo cual excluye de las posibilidades de decisión a todos los demás médicos y establecimientos no incluidos en dicha lista y reduce o restringe sensiblemente la esfera de "libertad" de los interesados, que en definitiva no es tal, sino sólo una "libertad a medias" (Trigo-Represas, Ob. Cit. pág. 401).

Además, la "Obra Social de los empleados de Comercio y Actividades Civiles" es un Agente integrante del Sistema Nacional de Seguro de Salud. La ley 23.661 que crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud, se diseñó expresamente con los alcances de un seguro social, a fin de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin

discriminación social, económica, cultural o geográfica (Conf. esta Sala, Expte. 8626/2013 "F. D. N. E. c/ Mediconex SA y otros s/daños y perjuicios - resp. prof. medicos y aux.", 20/11/2020, con voto preopinante de la Dra. Bermejo).

El art. 1 prevé que ".el seguro se organizará dentro del marco de una concepción integradora del sector salud donde la autoridad pública afirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión directa de las acciones, en consonancia con los dictados de una democracia social moderna".

Como parte de este Servicio de Salud, se encuentran las entidades sin fines de lucro con este destino (conf. ley 24754), las obras sociales (ley 23.660) y las empresas de medicina prepaga - ya sean sociedades comerciales, cooperativas, mutuales, asociaciones civiles o fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en sectores propios o a través de terceros vinculados o contratados para ello, sea por contratación individual o corporativa (ley 26682). Circunstancia que tampoco la exime de responsabilidad -arts. 520, 521 y conc., CC; 1, 2, 5, 40 y conc., ley 24.240- (Conforme esta Sala, fallo citado).

VIII.- Responsabilidad- Análisis de la prueba-relación de causalidad- "Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" (O.S.E.C.A.C.) sostiene que no existe en el proceso reproche alguno que pueda endilgarse al actuar de la obra social.

Manifiesta que el Sr. L. se encontraba bajo el cuidado de los profesionales del Hospital Naval, de acuerdo a la patología que evidenciaba en ese momento. El traslado en ambulancia (no catalogado como urgencia) estaba ordenado y al encontrarse el causante en "techo médico", de acuerdo al diagnóstico presuntivo, los tiempos eran los habituales para este tipo de casos. El devenir de los hechos y el giro de la patología fue imprevisible, no resultando imputable a los profesionales.

Alega que las obras sociales no son una empresa, no tienen fines de lucro, sino un fin solidario y se sostienen con el aporte de sus afiliados, rigiéndose por las leyes 23.660 y 23.661.

Entiende que el afiliado no conserva contra el "estipulante" -obra social- otro crédito que le obtener las prestaciones médicas, en los términos y con las garantías dispuestas por ley. Su responsabilidad se limita, en última instancia, a reparar las consecuencias dañosas derivadas de la omisión, denegatoria o no pago del servicio.

Considera que el a quo realiza una interpretación basada en conjeturas y no en hechos comprobados, de allí que no resulta fundada la imputación atribuida a los codemandados.

El actor, por su parte, se agravia por cuanto el a quo asignó a la omisión adjudicada a los emplazados, una pérdida del 20% de la chance de recuperación.

Sostiene que se equivoca al arribar a tal conclusión con fundamento en el dictamen pericial, desde que el experto consideró -teniendo en cuenta los antecedentes del caso- que de no haber existido el vacío terapéutico y de haber recibido la atención que su cuadro patológico requería, su hijo hubiera tenido un 80% de chance de sobrevivida y no la medida asignada por el magistrado.

Manifiesta que el tratamiento consistía en evaluar el estado general, intentar resolver la cuestión con modalidades incruentas (no invasoras): enema evacuante, masajes, maniobras manuales y en última instancia cirugía, las que no se ejecutaron.

Resalta que su primogénito no falleció por sus preexistencias (HIV, hepatitis C y adicción en tratamiento), sino por el obrar antijurídico de los demandados.

Se queja, también, por cuanto se rechazó la demanda contra la Dra. R. , cirujana de guardia que examinó al paciente y decidió que no era momento de una intervención quirúrgica. Considera que si se ordenó una derivación, es porque la médica, en contraposición con lo expuesto en el historial clínico, sí estaba convencida de la gravedad del cuadro, por lo que también es responsable por abandonarlo a su suerte en la guardia médica.

Solicita, en definitiva, se revoque el fallo, reconociéndose la chance de supervivencia del 80% establecida científicamente por el perito médico, que conlleva a la adecuación de rubros indemnizatorios a tales parámetros y se haga lugar a la acción articulada contra la profesional mencionada.

"TPC Compañía de Seguros S.A." cuestiona la medida en que la sentencia recurrida condenó a sus asegurados, Dra. C. y "Hospital Naval".

Ello, desde que el afechado recibió de parte de los médicos que lo asistieron una atención adecuada, habiéndose presentado, en forma súbita, una complicación que le produjo el deceso, por lo que no corresponde indemnizar pérdida de chance alguna.

Estado Nacional -Estado Mayor General de la Armada-Hospital Naval Buenos Aires "Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo" considera arbitraria la apreciación de la prueba efectuada por el a quo. Sostiene que no surge de la Historia Clínica como tampoco de la instrucción desarrollada en sede penal, que la vida del Sr. L. estuviese en grave peligro y que una eventual demora en la asistencia médica pudiera dar como resultado su fallecimiento.

Manifiesta que las constancias agregadas a la causa demuestran que los factores clínicos derivados del estado de salud previa del paciente y sus antecedentes personales (inmunodeprimido, portador de HIV positivo, hepatitis, afectación severa de índole psiquiátrica por abuso de drogas, etc.) promovieron el desarrollo de una patología grave y oculta que causó el posterior desenlace, siendo tal resultado imprevisible.

Agrega que las conclusiones arribadas en la sentencia quebrantan la "cosa juzgada" que surge de la absolución en sede penal de las profesionales médicas demandadas, donde se evaluó extensamente la conducta por el Cuerpo Médico Forense y en ningún caso se determinó la existencia del tipo contenido en el art. 106, inciso "b" del Código Penal.

Indica, finalmente, que por no existir imputación de culpa en el acto médico a través de una relación causal adecuada, se destruye la infracción al deber de "seguridad" de carácter objetivo que liga al Hospital Naval "Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo" con el actor.

Respecto de los agravios relativos al marco jurídico aplicable al caso, cabe remitirse a las consideraciones vertidas en el apartado VII.

En cuanto a la evaluación de los antecedentes de autos, a los fines de la revisión que se

promueve, debe estarse a su valoración conjunta de conformidad a los principios que inspiran la sana crítica (art. 386 del CPCC), la que sintetiza en el examen lógico de los distintos medios, la naturaleza de la causa y las máximas de experiencia (Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado", T II, p. 356). Ello, por cuanto la certeza no se obtiene con una evaluación aislada de los distintos elementos, sino en su totalidad, de tal modo que unidas eleven al ánimo del juez la convicción de la verdad de los hechos (cfr. Falcón, Enrique, "Código Procesal", T.III, p. 190; Peyrano, J. W., Chiappini, J.O."Apreciación conjunta de la prueba en materia civil y comercial" J.A. 1984-III-799).

Se impone, además, la necesidad de acreditar el nexo de causalidad que como presupuesto de la responsabilidad civil es un elemento fundamental tanto en el campo objetivo como subjetivo.

Así, la cuestión debe examinarse a través del prisma de la causalidad adecuada (art. 906 Cód. Civil). De este modo, debe establecerse en el plano jurídico si un suceso es causa de otro.

Precisamente, de acuerdo a la teoría de la causalidad del Código Civil un efecto es adecuado a su causa cuando "acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas" (art. 901 del Código Civil).

Computa la previsibilidad en abstracto, según la normalidad de las consecuencias en sí mismas captadas por la experiencia vital (conf. Goldenberg, Isidoro, "Indemnización por daños y perjuicios", p. 222; Alterini, Ameal, López Cabana "Derecho de Obligaciones", Borda, "Obligaciones" T II, núm.1317, p. 243p. 235).

Sin embargo, en determinadas circunstancias, como fuera señalado, resulta necesario flexibilizar la exigencia probatoria del nexo causal (en cabeza del paciente), a fin de que la responsabilidad médica no se torne ilusoria (Calvo Costa, Carlos A. "Responsabilidad médica.

Causalidad adecuada y daño: una sentencia justa" comentario al fallo de la Sala E de la CNac.Civ., del 5/4/2006 "P. de M., C. del C.C." publicado el 28/6/2006, La Ley 2006-D, 69 - "Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales", Tomo V, 1/1/2007, 565).

Señaló el citado autor que "no podemos pasar por alto que a la parte demandante le resulta muy dificultoso en la mayoría de los casos poder probar que de haber existido diligencia en la conducta profesional, el daño (muerte o lesiones) no se hubiera producido o se hubiera retrasado (si hablamos de un fallecimiento). La prueba del nexo causal, entonces, deviene muy dificultosa, ya que la conducta omisiva del médico impedirá saber -en definitiva- qué habría ocurrido de haber actuado éste con diligencia. Por lo tanto, cuando la experiencia indica que un hecho debió ser causa del daño, según el buen sentido del juzgador, . puede tenerse por probada la relación causal hominis, sin que ello implique soslayar su prueba.". Para que el sentenciante pueda arribar a tal conclusión ". el reclamante deberá haber aportado suficientes elementos probatorios, cuyo análisis le permitirá al juez formar su convicción respecto de la responsabilidad del galeno, los cuales, si bien no logran acreditar fehacientemente el nexo causal, resultan reveladores de su existencia. En la formación del convencimiento del magistrado, sin duda alguna que contribuirán los peritajes médicos que se efectúen en la causa, en todos aquellos casos en los que el perito, si bien no se manifiesta de modo terminante, deja en claro que cierto acto "pudo haber" sido o causado el evento dañoso, indicando de tal modo una probabilidad, pero no una certeza".

En dicha inteligencia, cabe destacar que la prueba rendida en el expediente (historia clínica,

pericial médica y constancias de la causa penal), analizada y valorada conforme las reglas enunciadas (arts. 386 y 477 del CPCCN), en el marco jurídico ya referido, permite concluir en la responsabilidad de los demandados en la atención médica dispensada al Sr. Pedro L. el 28 de noviembre de 2008, en la guardia del Hospital Naval.

En efecto, a raíz de los hechos de autos se labró la causa penal nro.3544 que tramitó ante el Juzgado de Instrucción nº 11, Secretaría Nº 133, en la que a fs. 700/ 765, el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 18, con fecha 20 de abril de 2012, condenó a C. J. C. a la pena de dos años y seis meses de prisión en suspenso y seis años de inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina, por resultar penalmente responsable del delito de homicidio culposo (arts. 26, 29, inc. 3º, 40,41, 84 del Código Penal y arts. 396,398, 400 y ccs.,530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación), mientras que absolvió a M. S. R. (art. 84 del Código Penal y arts. 3,396, 400 y ccs., 402, 530 y 531 del Cód. Procesal Penal).

Con posterioridad, el 5 de junio de 2013, la Sala II de la Cámara de Casación Penal absolvió a la primera y confirmó la absolución de la segunda (fs. 889/899 CP).

Conforme se desprende del informe obrante a fs. 142/146 de dichas actuaciones, elaborado por la Junta Médica formada por los profesionales del Cuerpo Médico Forense y los peritos de parte, "El diagnóstico de fecaloma se fundamentó en los hallazgos clínicos. examen físico.y.estudios de diagnóstico por imágenes. La HC no plantea conductas terapéuticas, siendo el primer gesto la colocación de un plan de hidratación parenteral y la administración de Epamin. indudablemente, los hallazgos consignados en hoja 5 (ingreso a UTI) son sugestivos de un empeoramiento del cuadro abdominal con impacto sistémico. No hubo indicaciones entre las 13.30 y las 18.30 horas y la derivación nunca llegó a efectivizarse, no constando en la HC los motivos" (fs. 145 CP).

Señalaron que "Acorde a la evaluación efectuada por la Dra. R. a las 14 hs. no surgía indicación quirúrgica.No obstante, durante el lapso estipulado y a la espera de la derivación motivada, aparentemente, por falta de complejidad o de cama, correspondía mantener al paciente con una vía parenteral y medicación al menos sintomática" (fs. 145 CP).

Indicaron también que "si bien.presentaba comorbilidades, es inadmisibile el hueco terapéutico entre las 13.30 y las 18.30 hs., donde como mínimo debería haberse asegurado una vía periférica" (fs. 146 CP).

A fs. 225/227, el CMF amplió dicho informe, señalando que la ausencia de una autopsia o mayores datos clínicos no permiten aseverar la causa de la muerte. No obstante, "podría inferirse, desde un punto de vista clínico y con las limitaciones consideradas, que podría haberse debido a falla multiorgánica por sepsis a punto de partida de un cuadro de obstrucción intestinal" (fs. 226).

Agregaron "que si bien las cormobilidades consignadas aumentaban el riesgo, también es cierto que su conocimiento previo planteaba la adopción de las medidas penitentes para neutralizar o disminuir el impacto de las mismas" (fs. 226). En esta ocasión, el Dr. R. , perito médico de parte, formuló disidencia parcial (230/231).

Con fundamento en las conclusiones referidas, aunado a las demás pruebas obrantes en las actuaciones penales (testimonios e informes), el Tribunal Oral Nº 18 encontró a la Dra. C. responsable por el fallecimiento del Sr. L. , como consecuencia de una omisión médica

negligente debido a que no le dispensó al nombrado, tratamiento alguno respecto del cuadro de fecaloma con que se presentó a la guardia, mientras esperaba la derivación a otra institución hospitalaria, lo que derivó en un cuadro de obstrucción intestinal y sepsis generalizada, que causó el óbito del paciente (fs. 747 CP).

Se hizo referencia a las posibles medidas terapéuticas para tratar la patología que presentaba el paciente, las que no se intentaron en la práctica, conforme lo indicado por los profesionales que prestaron declaración en dichos obrados (fs. 759 CP).

En cuanto a la Dra. R. (cirujana de guardia) se sostuvo como fundamento de la absolución, que fue convocada por la Dra. C. a fin de efectuarle una interconsulta en relación a la situación clínica del enfermo y al diagnóstico de fecaloma, pero que para ese momento el temperamento no era precisamente quirúrgico, destacando que la interconsulta no genera una obligación de seguimiento del caso para el profesional que es consultado, quién, necesariamente, debe ser nuevamente convocado, correspondiendo el seguimiento al servicio que efectuó la consulta (fs. 762/762 vta.).

Se concluyó que al no ser quirúrgico el cuadro del Sr. L. , su atención y seguimiento era de exclusiva competencia del servicio de clínica médica de la guardia, a cargo de la Dra. C. (fs. 762 vta).

Finalmente, como fuera señalado, el Tribunal de Casación Penal, absolvió a esta última, al tener en cuenta, no obstante el resultado de las pruebas analizadas, lo manifestado por los médicos forenses a fs. 142, en cuanto a que no se puede aseverar que "aun habiendo implementado todos los gestos que el cuadro imponía durante la espera de la derivación, hubiese garantizado el éxito terapéutico" como, asimismo, la falta de certeza respecto de las causas asentadas en el certificado de defunción, de conformidad a los testimonios brindados por los Dres.

Agostino y Just, quienes al efectuarlo tuvieron en cuenta las causas probables (fs. 711/712 y fs. 713 y vta. -ver fs. 894 vta. y 895 CP).

Consideraron así, que no quedó probado de manera irrefutable la causa que provocó el deceso y tampoco se pudo establecer que el lamentable desenlace constituyera la consecuencia directa de la omisión al deber de cuidado, consignado por el Tribunal Oral (fs. 898), al menos con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena (fs. 894 vta.).

En este aspecto, corresponde señalar que la sentencia absolutoria dictada en sede penal sólo hace cosa juzgada en materia civil respecto de la inexistencia del hecho y de la falta de autoría, pero acreditados tales extremos nada impide que el juez condene el resarcimiento por la conducta, que aunque no tipificada penalmente, sea civilmente antijurídica (conf.

Jorge J. Llambías E.D., T° 84, p. 775; Salvat-Acuña Anzorena, "Fuente de las Obligaciones", T° IV, n° 2952; Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las obligaciones", T. III, p. 470; Colombo, "Culpa Aquiliana", 3ra. Edic., T° II, n° 260; Borda, "Obligaciones", T° II, n° 1616; Alterini, Ameal, López Cabana, "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", p. 257; SCBs.As. 21-9-84, "Aspron, José, Hernán c/ Magaña de Coppola, Hebe Rosario y otro s/ Daños y perjuicios"; CSJN, 10/10/1996, "Minervino de Caldentey, Graciela M. c. Cuevas, A. H. y otro", LL 1998-C, 950).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que "la autoridad de cosa juzgada reconocida por el art. 1103 del Cód. Civil a la sentencia penal absolutoria queda limitada a la materialidad de los hechos y a la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa, por lo que llevada la cuestión a los estrados de la justicia civil puede indagarse -en la medida en que la culpa civil es distinta en grado y naturaleza de la penal- si no ha mediado de parte del procesado una falta o culpa civil que lo responsabilice pecuniariamente" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/10/1996, "Minervino de Caldentey, Graciela M. c. Cuevas, A. H. y otro", LL 1998-C, 950).

En ese contexto, además de las conclusiones arribadas por la Junta Médica en la causa penal, deben ponderarse las consignadas por el perito médico designado de oficio, Dr. Luis Verruno, en su informe fs. 397/400 y ampliaciones de fs.413, 424, 426/7, 487 y 489.

Previo a expedirse sobre los puntos de pericia propuestos por las partes, el experto realizó una serie de consideraciones a tener en cuenta en relación a los elementos obrantes en la causa. Señaló que la presente litis tiene un alto contenido técnico médico no evaluado en los obrados penales ni en la acción civil. Refirió a la falta de Autopsia, a que en la Historia clínica de infectología, solamente consta HIV positivo por Helios desde 2004 al 2008, faltan datos de inicio de la infección, duración, fecha y razón de su aparición. Destacó que según informe de Helios los CD4 (células de inmunidad) no estaban tan bajos como para considerarlo en grave riesgo. No se explica qué medicación antirretroviral estaba tomando, no se presentaron historias clínicas de Helios, de la Fundación Basso, Clínica 9 de Julio, ni OSECAC. Sólo informes sueltos. No se describen detalladamente en las Historias Clínicas los antecedentes psiquiátricos que parecerían ser severos, además de las adicciones. No consta la situación de cuando fue judicializado e internado, no se aclara la cuestión relativa a la Hepatitis C, estado del hígado, biopsia, etc., Tampoco el desarrollo cronológico y sintomatológico del cuadro antes de llegar al Hospital Naval (fs. 397).

Remitió al informe de la "Fundación Basso" -fs 491 y fs. 638 CP-, al de "HELIOS Salud" (fs. 500 CP) y a los dos recetarios de SESAM (fs.635, conf. fs. 397 vta.), relativos al diagnóstico del Sr. L. , asociado a trastorno de personalidad y conductas disociales, a las internaciones y medicación psiquiátrica y a consultas reiteradas por dolor abdominal, constipación y fiebre" (fs. 397 vta.).

Detalló los antecedentes de autos (fs. 397/397 vta.), indicando que "El 28/11/2008 el actor concurre a la guardia del H. Naval, proveniente de su lugar de internación.Fundación Basso. Sufría dolores abdominales, constipación. Refiere HIV positivo + Hepatitis C. Sufría constipaciones reiteradas.Ingresa a la guardia con diagnóstico de fecaloma" (fs. 397 vta.) ".se registra examen físico con foco abdominal y tacto rectal. Control de tº, TA, pulso y se asientan controles: 13.30, 14.45, 17.00,18.30, 19.10, 19.30". Destaca ".que hasta las 18.30 no se evidencian signos ni síntomas que obligaran a tomar alguna medida terapéutica.se consultó a la cirujana de guardia quien decidió que no era momento de una intervención quirúrgica." (fs. 397 vta./398). ".En.guardia presentó convulsión y fue medicado con Epamin inmediatamente por vía intravenosa. Es el tratamiento adecuado. Presentó un agravamiento de su situación abdominal, dolores, que concluyen en un paro cardiorrespiratorio y fue asistido con éxito (M.). Se indica su pase urgente a UTI.se le colocan además de la vía endovenosa (la anterior estaba infiltrada), sondas nasogástrica y vesical. Controles." (fs. 398).

".El 29/11/2008, 00.30 hs. fallece por paro cardiorrespiratorio. Diagnóstico de muerte: abdomen agudo oclusivo, sepsis foco abdominal".

Señaló ".al final padecía un íleo paralítico por algún motivo, obstructivo, funcional u otro, si bien al ingreso informan RHA +." (fs. 397 vta.).

Agregó que las Dras. C. y R. "diagnosticaron probable obstrucción intestinal por bolo fecal (fecaloma)" (fs. 398), patología que para su evaluación requiere "Evaluar el estado general: TA, temperatura, pulso, dolor, Intentar resolver el tema con modalidades incruentas (no invasoras), enema evacuante, masajes, maniobras manuales.en última instancia cirugía." (fs. 398 vta.).

Si bien indicó que "No es una emergencia. permite tomarse unas horas hasta ver resultado de laboratorio y evolución del paciente, puede surgir un cuadro agudo que constituya una urgencia más inmediata. Depende de si el paciente tiene enfermedades de base." (fs. 398 vta.) Preguntado si es habitual que un enfermo con un bolo fecal comience en forma brusca con convulsiones respondió que ".Si es un paciente que no tiene antecedentes o interurrencias no es frecuente ni esperable.En este caso, con polimedicación, múltiples enfermedades psiquiátricas infecciosas, hepatitis C, todo es posible y esperable.Más aun desconociendo claramente los antecedentes inmediatos del caso. Sin historia clínica de derivación" (fs. 398 vta.).

Añadió "No está claro en qué situación ingresa a la guardia el paciente, daría la impresión por la escasa, desordenada e incompleta documentación general, que era un cuadro agudo doloroso abdominal de evolución incierta" (fs.399). Destaca que "Los pacientes que sufren HIV + Hepatitis C + psicopatologías severas, pueden enmascarar sintomatologías varias. Los signos son más claros ya que son objetivables." (fs. 399).

Preguntado si una persona HIV con un bolo fecal, compensado al momento del examen, puede aguardar la derivación a otro centro debido a la falta de camas para internación, expresó que ello depende de varios factores: "Dolor, estado general, temperatura, parámetros de laboratorio y clínicos. En cuanto a los traslados nada lo impediría. la cuestión es el tiempo de espera, en algunos casos excede la lógica de cualquier estrategia médica" (fs. 399).

Resaltó que "El paciente no puede estar a la deriva por un tema administrativo. El deber de protección de la salud de la institución y de los profesionales está por encima de esta situación. Se puede esperar., no se puede descuidar.el cuidado.es un tema médico. En el caso extremo que nadie venga a trasladar el paciente, se deberían continuar los cuidados y controles" (fs. 399 vta.).

Al contestar las impugnaciones cursadas por "TPC Seguros" y las Dras. R. y C. (fs.405) y consultado respecto a que relevancia hubiera tenido contar con un informe de biopsia del hígado, reveló que hubiese alertado "una eventual insuficiencia hepática, por lo tanto, un paciente grave por sí mismo, con problemas metabólicos, circulatorios, de coagulación y eventualmente con intoxicación del sistema nervioso central". Agregó que "un paciente usual de una institución de alto nivel debe tener una historia clínica unificada y dispuesta para la consulta de los diferentes servicios, incluyendo la guardia" (fs. 413).

Ratificó que "no está claro en qué situación ingresa a la guardia. y que con la información disponible no se puede saber los eventos objetivos, patológicos y cronológicos que llevaron al paciente a la muerte" (fs. 413).

Al contestar el pedido de aclaraciones solicitado por la actora a fs. 407/409, puntualizó que "se registra examen físico con foco abdominal y tacto rectal. Control de t °, TA y pulso. No se verifica la aplicación de enema. En el lapso hasta la descompensación figuran controles sin conducta activa. Es muy probable que la causa de la consulta no haya sido un bolo fecal y que el enema no hubiese aportado nada, sin embargo, hubiese mostrado una dedicación asistencial al paciente que abría otras posibilidades de percepción de diferentes patologías" (fs. 426).

Expuso que "no consta que se haya llevado a cabo tratamiento alguno, no se puede justificar el tiempo que pasó en la guardia en estado de observación y control. En casos como el de marras no se puede esperar que el cuadro revierta solo, más aún sin diagnóstico definitivo. El tiempo transcurrido sin nuevos síntomas (a los del ingreso) ofrecía la oportunidad de una intervención eficiente que se ha desperdiciado, por lo menos que no se ha implementado o registrado" (fs. 426).

Añadió que "En las condiciones que ingresó el paciente y sus antecedentes debería haberse considerado un eventual agravamiento.

No es aconsejable haberlo dejado tanto tiempo en observación, la descompensación siempre es una probabilidad en la cual hay que pensar. No constan procedimientos terapéuticos hasta la descompensación. Debería haberse tomado con más cuidado la situación general y los exámenes más complejos. Se debería haber considerado un paciente grave, complicado y en riesgo" (fs. 426 vta.).

Subrayó que "No se puede considerar cada complicación posible en un marco teórico. no debería estar en la guardia tanto tiempo, perderse oportunidades bajo observación y se debería haber monitoreado en forma intensa, intervencionista y con consultas a especialista" (fs. 426 vta.).

Insistió en que "se dieron un conjunto de etiologías que fueron detonadas por algo en particular (fecaloma) pero el riesgo no era ese, la falta de la intervención oportuna tanto del RRHH como instrumental en forma inmediata constituyó una miopía en la apreciación del caso" (fs. 426 vta.).

Puso de relieve que el "Hospital Naval" es una institución de alta complejidad que hubiese podido intervenir eficientemente en el tema sin ninguna necesidad médica de derivación.

Concluyó que "el paciente estuvo en un stand by inexplicable. No se han tomado los recaudos mínimos para saber qué tipo de patología llevó al óbito. Tampoco posteriormente." (fs. 426 vta.).

Al evacuar el pedido de explicaciones requerido por el magistrado como medida para mejor proveer (fs. 484), en cuanto a cuál sería el grado de incidencia que tuvo en el desenlace dañoso la supuesta omisión de un abordaje y atención óptima del cuadro clínico que presentaba el damnificado cuando ingresó a las 13.30 hs. del 28/11/08 a la guardia del Hospital Naval, corroboró que se perdió tiempo, que aparecieron complicaciones graves en el lapso de permanencia, no se realizaron las consultas según lo requería el cuadro del actor en tiempo y forma.

Resaltó que el antecedente HIV, Hep C y alteraciones mentales es un combo al cual en

general se accede tarde y sin convicción de resolver el tema (fs. 487).

Señaló que en una urgencia de fecaloma no es habitual que termine con un paro cardíaco y fallecimiento. No fue considerada la urgencia aun teniendo en cuenta los antecedentes del actor que eran varios y graves. Se ha elaborado una historia clínica de guardia sin precisiones y se solicitó un traslado del paciente sin tener la seguridad del estado actual de ingreso, si podía o no esperar (fs. 487).

Opinó que fue mal diagnosticado el bolo fecal, que más que una entidad nosológica, fue parte sintomática de un problema sistémico mayor (fs. 487).

Concluyó que el Sr. L. fue tratado en forma desaprensiva. El tiempo transcurrido sin intervenciones médicas, solamente con controles fue un factor importante en el desenlace. Que no se puede afirmar si igualmente se hubiese muerto por una patología no diagnosticada y no tratada. Se han mezclado temas administrativos con médicos, lo cual es letal para una urgencia. (traslado). No se produjo diagnóstico alguno de gravedad y solamente se imputó la sintomatología a un bolo fecal, lo cual no parece correcto desde la buena práctica. La evolución al óbito muestra que no se hizo diagnóstico ni se aplicó un tratamiento adecuado, por ejemplo, frente a un cáncer de colon favorecido a esa edad por el HIV." (fs. 487).

Agrega que ". Es indudable que la asistencia por guardia fue insuficiente y se perdió tiempo esperando una derivación administrativa a otra institución. El Sr. L. no recibió la atención según arte de acuerdo a su patología, antecedentes. Rotular como bolo fecal a una patología intestinal obstructiva es un error de origen médico y contribuye a alejar profesionales y asistentes del paciente. Para ilustrar el tema el bolo fecal, se trata con enemas mientras que la obstrucción intestinal tiene criterio quirúrgico. No se puede asegurar que el paciente no falleciera por su patología, sin embargo, se puede deducir que con una atención adecuada se hubiese llegado a un diagnóstico y tratamiento adecuado que pudiera demorar en caso de ser irremediable tal situación. Según la documentación que se ha evaluado el actor perdió chances y tiempo en la guardia médica" (fs. 487 vta.).

A fs. 489 en relación la pérdida de chance reveló que ".el proceso de asistencia por guardia le ha quitado al fallecido todo porcentaje de resolución en urgencia. Es decir, aproximadamente 80 % - teniendo en cuenta los imprevistos - de pérdida de chance en recibir asistencia de urgencia que incluye un diagnóstico certero, internación, control estricto de parámetros biológicos, indicación de cirugía, evitar un traslado técnicamente innecesario, instrumentar los procesos para recabar la información indispensable de la historia clínica generada en diversos centros, establecer la labilidad real del paciente a la espera. Se ha fallado en efectuar un triage categorizando al paciente ingresado".

Tal desidia surge también del relato efectuado N. G. G. (empleada de la Fundación Basso) a fs. 31/32 de la causa penal.

Las precisas y contundentes conclusiones del galeno serán receptadas en esta instancia de alzada, toda vez que las objeciones vertidas no logran conmovier su eficacia (conf. arts. 386,477, CPCC).

Cabe recordar que la opinión pericial no obliga al Juez, pero cuando está suficientemente fundada y no se le oponen argumentos científicos y técnicos que permitan desvirtuarla, la sana crítica aconseja acordarle valor probatorio (arts. 386 y 477 del CPCC). Ello, en tanto este tipo

de prueba recae sobre hechos controvertidos substancialmente técnicos para cuya valoración se requieren conocimientos especiales (conf. Expte. 37.715/04).

Lo expuesto permite concluir que la conducta evidenciada por la Dra. C. en la atención brindada en la guardia del Hospital Naval al Sr. A.

P. L.no resultó diligente y oportuna.

Arribo a tal conclusión, sin desconocer que la decisión de la práctica a seguir es de incumbencia exclusiva del médico, según sus conocimientos profesionales y científicos, las particularidades del caso, los hallazgos y su experiencia, como que la determinación de las eventuales responsabilidades emergentes, no puede independizarse de los estándares de práctica profesional que, de modo objetivamente idóneo u ortodoxo, establecen la actitud que debe asumir un facultativo promedio, ante una hipótesis similar.

Sin embargo, no puede soslayarse que en el caso concreto, no se siguieron los estándares de la buena praxis, los que imponían una conducta pertinente y eficaz en relación al control, diagnóstico precoz y tratamiento que debió recibir el aquejado, provocando una disminución de la posibilidad de curación. Por el contrario, no hubo control activo alguno durante el período que permaneció a la espera de ser trasladado a otra institución hospitalaria, entre las 13.30 y las 18.30 hs., abandono terapéutico que no admite justificativo alguno y resulta, como bien señala el experto, inexplicable. Tampoco se tuvo en cuenta el cuadro de preexistencias que presentaba el paciente, que eran varios y graves.

La profesional debió ordenar la realización de los estudios de laboratorio y controles pertinentes y permanentes, mínimamente aplicarle una vía de acceso o periférica para pasarle medicación o hidratarlo teniendo en cuenta los antecedentes del caso (paciente de alto riesgo) - conf. fs. 145 (CP) - obrando con la diligencia, el cuidado y la previsión que le eran exigibles. Me remito en este aspecto a las acabadas consideraciones vertidas por el perito médico en el informe elaborado en autos, a las conclusiones de la Junta Médica (CP) y a los argumentos expuestos por el Tribunal Oral en la sentencia penal (fs. 700/765 CP).

Como bien señala el magistrado de grado, la Dra. C.intervino en la atención inicial de la víctima, formuló su diagnóstico presuntivo, pidió la opinión de la cirujana de guardia y solicitó la derivación a otra institución por su obra social, sin adoptar luego de eso ningún comportamiento terapéutico dentro de las cinco horas que el paciente estuvo en el servicio a la espera del traslado.

En tal sentido, no consta que se haya llevado a cabo tratamiento alguno, sin que se pudiera justificar el tiempo que pasó el paciente en la guardia en estado de observación y control. Como señala el galeno, no se puede esperar que el cuadro revierta solo, más aún sin diagnóstico definitivo (fs. 426), cuando el tiempo transcurrido sin nuevos síntomas (a los del ingreso) ofrecía la oportunidad de una intervención eficiente que se ha desperdiciado, resaltando la gravedad de la situación. Se debió haber monitoreado en forma intensa, intervencionista y con consultas a especialista (fs. 426 vta.), lo que no se hizo, agravándose el cuadro hasta tornarse irreversible.

En cambio, no se aprecia responsabilidad que pueda endilgarse a la médica cirujana de guardia, M. S. R. , quién revisó al Sr. L. aproximadamente media hora más tarde de su ingreso al Hospital, ya que ese estadio no estaba indicado efectuar una intervención quirúrgica y el

posterior control estaba a cargo del servicio de guardia. Ello, en la medida que la interconsulta no genera una obligación de seguimiento del caso para el profesional que es consultado, a quién, en su caso, debe convocarse nuevamente, correspondiendo el seguimiento al mismo servicio que lo retiene (conf. declaración del Dr. P., Jefe de del Departamento de Emergencias del Hospital Naval -fs. 723 vta. -CP-), señalando el Dr. Ferreres (Médico Forense) que en este caso en particular no surge dato alguno que el Sr. L. debiera quedar bajo el control del cirujano (fs. 726 vta. CP, ver también fs.762/762 vta.).

De las consideraciones vertidas, cabe concluir que ha existido negligencia en la atención brindada al hijo del accionante en tanto no se llevó a cabo actividad médica alguna, no se tuvieron en cuenta los factores de riesgo que aquel presentaba, reputados como de alto riesgo por el experto, dejándolo en un estado absoluto de desamparo, privándolo de toda chance de curación.

Cuando esa chance se frustra por un hecho imputable a otro debe resarcirse el perjuicio consiguiente (cf. Mosset Iturraspe, Frustración de una chance por error de diagnóstico, LL 1982 D 476; Zannoni, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 373 y ss.).

Se ha señalado que "en cuanto a la responsabilidad profesional y la responsabilidad médica en particular, se plantea con claridad la pérdida de chance. La omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente" (conf. Tanzi, Silvia, "La responsabilidad de la pérdida de la chance" en "La responsabilidad. Homenaje a Isidoro Goldenberg, Abeledo Perrot, Bs. As. 1997, p. 330).

En consecuencia, el límite de la responsabilidad estará dado, en el caso particular, por la probabilidad frustrada de curación, chance que le hubiere permitido un seguimiento y control directo y continuo como el que su situación de alto riesgo exigía. Pues no puede afirmarse que, de haberse cumplido todas las reglas del arte de curar, igualmente no se hubiera producido el desenlace ocurrido (Marcelo López Mesa, "Cuantificación de los daños por mala praxis médica y algunos problemas que ella acarrea", <http://www.acader.unc.edu.ar>).

Esa medida es la que debe tenerse en cuenta al fijar la cuenta indemnizatoria, porcentual que debe establecerse en un 80%, conforme indica con toda solvencia el perito médico, quien ha considerado las particularidades de la causa, en relación con el cuadro de preexistencias que padecía A. P. L. .

Por último, no puede desconocerse las falencias de la Historia Clínica a que hace referencia el perito en su "nota preliminar", destacando a fs. 487 que se ha elaborado sin precisiones (fs. 487) y que un paciente usual de una institución de alto nivel debe tener un historial médico unificado y dispuesto para la consulta de los diferentes servicios, incluyendo la guardia (fs. 413).

En tal sentido, cabe resaltar la relevancia de las constancias existentes en la historia clínica. Se trata de un legajo que debe contener los datos del paciente y un registro pormenorizado y cronológico de las actuaciones médicas (causa de la intervención, diagnóstico, derivaciones, estudios requeridos, evolución de la enfermedad, medicación recomendada, etc.) -conf. ley

26.529, arts. 12 y sgtes. - (Gherzi, Carlos A., "Responsabilidad", Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997, p 115).

Reiteradamente la jurisprudencia ha destacado la relevancia de las constancias existentes en la historia clínica, sobre la cual la normativa mencionada (con anterioridad, la ley 17732 y su decreto reglamentario 6216/67) imponen deberes a los directores de establecimientos asistenciales, así como que su ausencia y omisiones no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y de asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica (CNCiv., Sala I, del 7-08-9; causa n° 78917; Idem Sala D 20-10-94, L47313; Idem Sala A del 27-11-95, L172404; Idem, Sala I del 28-12-95 causa 86074; Gherzi Carlos A. "Responsabilidad por Prestación Médico Asistencia", 2ª ed., ps. 49/53, 55 y ss.; Vázquez Ferreira, "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina"; Ed. Hammurabi, ps. 224 y sgtes).

Frente al derecho del paciente a ser informado y a acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento. De otro modo, el damnificado por un error carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias (CNac. Civil, Sala D, 12-5-92, causa n° 95276).

De tal manera, la historia clínica es una prueba valiosa y significativa, dado que la misma ofrece la posibilidad de calificar los actos médicos conforme a estándares y contribuye para establecer la relación de causalidad, además de ser útil para construir, cuando está mal confeccionada, una presunción "hominis" de culpa, que podría encerrar una presunción de causalidad (SCJMza., 22/03/2010, Expte. 95925; Ojeda, José E. y otro c/Mañanet, Santiago y otros s/d. y p. s/inc. LS 411- 129).

La infracción de tales deberes resulta generadora de responsabilidad.

Entiendo, en definitiva, que la conducta desplegada por la médica clínica de guardia, Dra. C. no se ajustó a los principios científicos que le imponían el ejercicio de la actividad médica, actuando con la previsibilidad media que prevé el artículo 512 del Cód. Civil, cuyo desempeño no estuvo ajustado a los principios de la ciencia y el arte de curar de la especialidad, habiéndose demostrado, asimismo, incumplimiento del deber de indemnidad (art. 1198, primer párrafo del CC; arts. 9, 729 y 961 del CCyC y 5 de la ley de Defensa del Consumidor) que compromete la responsabilidad del Estado Nacional -Estado Mayor General de la Armada - Hospital Naval Buenos Aires- "Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo", de "Fundación Sanidad Naval Argentina" (FUSAMA) como titular de la explotación comercial de la capacidad remanente de la mencionada institución y de la "Obra Social de Empleados de Comercio" (OSECAC), en tanto asumen una obligación de seguridad al garantizar al paciente que no sufrirá daños por la deficiente prestación médica asistencial. Me remito a los fundamentos jurídicos expuesto en el considerando VII).

En mérito a ello, propongo al Acuerdo confirmar sentencia apelada en cuanto encuentra responsables a las codemandadas, modificándola respecto al porcentaje de chance de curación, que se estable en un 80%.

IX.- Cuenta indemnizatoria En forma preliminar, cabe resaltar que las partidas indemnizatorias pretendidas en la demanda fueron supeditadas a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en el proceso (fs. 9).

Asimismo, que la fijación del quantum del resarcimiento, será justipreciada teniendo en cuenta, como fuera señalado, que el límite de la responsabilidad está dado por la pérdida de la chance de supervivencia del paciente (80%).

A) Valor vida.

El actor se agravia por cuanto el a quo rechazó el presente ítem.

Pone de relieve que no pretende negar las condiciones personales de la víctima, en cuanto a que se trataba de una persona a priori improductiva, sino partiendo de tal premisa y poniendo a consideración la posibilidad de una recuperación por parte de aquél de los problemas que lo aquejaban.

En tal sentido, solicita se valore y justiprecie la existencia de una chance, más o menos probable, de que su hijo hubiere sido una ayuda y apoyo para su padre, en los últimos años de su vida.

Sobre el particular, cabe recordar que la vida humana no tiene un valor económico "per se", sino en relación al perjuicio patrimonial que la muerte produce en el haber de los herederos y/o terceros directa o indirectamente afectados.

La supresión de una vida, más allá del desgarramiento en el mundo afectivo que puede producir, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental. Lo que se mide en signos económicos no es la vida misma sino la incidencia que sobre otros patrimonios produce la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes, porque ese detrimento es el que configura el daño resarcible a la luz de lo dispuesto en los art. 1068, 1069, 1077, 1083 y ccs. del Código Civil.

En las "I Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal" (Junín 1984) se consideró que, en caso de muerte, son indemnizables "las consecuencias patrimoniales o afectivas que el deceso ha originado a terceros "esto es el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial y no la "vida perdida".

Las "VI Jornadas Rioplatenses de Derecho" (Punta del Este, Uruguay 1991), a su vez, reiteraron que "la pérdida de la vida humana no origina per se daño resarcible alguno en cabeza del occiso que es transmisible mortis causa".

Cabe recordar asimismo que el art. 1084 del Código Civil, prevé como indemnización en caso de homicidio "lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto". El art. 1085 a su vez, establece que dicha indemnización "sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente y por los herederos necesarios del muerto, sino fueren culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo".

Por su parte, el art. 1079 de la norma citada, admite la resarcibilidad del perjuicio sufrido indirectamente por toda persona.

Los ascendientes de la víctima no obstante su condición de "herederos forzosos" no pueden prevalerse de la presunción de que da cuenta el art. 1084 del Código Civil que consagra, como fuera dicho, una presunción "iuris tantum" del daño causado al cónyuge superviviente e hijos del muerto al referirse a "lo que fuere necesario para la subsistencia", sino que se encuentran

activamente legitimados en los términos de los arts.1085 y 1079 de dicho cuerpo legal, es decir sólo en la medida en que demuestren haber sufrido por la muerte de su descendiente un daño patrimonial cierto.

En dicha inteligencia, si el hijo mayor o menor prestaba alguna contribución económica a sus padres, la hipótesis es equiparable a otras en que, cualquiera sea la vinculación entre los sujetos, la víctima colaboraba de algún modo a la satisfacción de las necesidades o conveniencias materiales de quien acciona (art. 1079 del Cód. Civil). Se trata de la pérdida que sufren los progenitores por una colaboración económica precedente y efectiva, frustrada a raíz de la muerte del hijo.

(Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños", 2b, "Daños a las Personas, Pérdida de la vida humana", p. 235 y p. 239).

En el caso no se ha acreditado que el occiso prestara ayuda económica a su padre, en virtud de las particularidades que enfrentaba el Sr. A. L. . Sin embargo, corresponde indemnizar la cooperación que pueden esperar los padres con posterioridad.

Se trata del daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico que constituye para una familia, la vida de un hijo que muere como consecuencia de un hecho ilícito. Tal resarcimiento cabe como la pérdida de una "chance" que en el futuro, de vivir ese hijo se hubiera concretado en una posibilidad de ayuda a sus padres. El deceso ocasiona entonces un daño indemnizable, pues aparece como una probabilidad cierta de ayuda futura, sea económica, sea de apoyo y colaboración que se ha visto frustrada por responsabilidad de la demandada (Esta Sala exptes. 120.147, 164.026; CNCiv. sala B, 11/10/85, ED, 116-281; idem, Sala C, 30/4/82, ED, 102-221 y JA 1983-III- 167; Cám. 4° Civ. y Com. Rosario, 14/11/88, Juris, n° 3, 1989, n°55, entre muchos otros).

Como se señalara, la pérdida de una probabilidad o chance, como daño cierto, es resarcible: se repara por la probabilidad de éxito frustrada.

La chance es la posibilidad de un beneficio, probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esa esperanza al sujeto, conlleva un daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la "chance" y no el beneficio esperado (Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", 2° ed. P. 78 y 24).

La frustración de esa probabilidad, imputable a los demandados engendra un perjuicio resarcible (conf. Matilde Zavala de González, Ob. Cit. pág. 359).

El hecho que la víctima al tiempo de su deceso no hubiese tenido capacidad productiva o contribuyera económicamente al sostén de su padre, no es un elemento que impida la procedencia de la pretensión, en tanto ésta ha sido fundada en la esperanza de ayuda futura en la ancianidad.

En dicha inteligencia, la muerte de A. P. L. (de 40 años de edad a la fecha de su deceso -conf. fs. 35 del CP-), ha significado para su progenitor (quien contaba con 75 años, jubilado), la pérdida de una expectativa futura que debe resarcirse (Cancel. Sala A, 17/5/79, LL, 1979- D-271), aun teniendo en cuenta que por las circunstancias personales que padecía el occiso (ver testimonios de fs. 31 y 33 de la CP), la proyección futura de dicha colaboración deba

apreciarse con prudencia.

En orden a ello, entiendo razonable fijar por el presente ítem la cantidad de \$200.000 (art. 165 del CPCC), con más intereses a devengarse conforme tasa y pautas fijadas en la sentencia de grado. Se ha tenido en cuenta el alcance dado a la responsabilidad de los accionados.

B) Daño psíquico y tratamiento psicológico.

El Sr. Juez de grado, tomando en consideración el alcance de la condena establecida en lo tocante a la pérdida de chance fijada, estableció una condena de \$ 30.000 por detrimento psíquico y su tratamiento, correspondiendo \$ 20.000 al primero y \$ 10.000, al segundo.

"Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" (O.S.E.C.A.C.) cuestiona su procedencia.

El actor sostiene que el magistrado parte de una premisa errónea, que es cuantificar tomando como base los montos expresados en el valor histórico de agosto de 2014, cuando su parte ha reclamado lo que en más o menos surja de la prueba a producirse en estos obrados.

Entiende que la sentencia apelada le causa agravio irreparable, privándolo de acceder a una indemnización plena del daño sufrido.

"TPC Compañía de Seguros S.A." solicita se reduzca el monto indemnizatorio a valores propios de la época de ocurrencia de los hechos.

Asimismo, se agravia por cuanto habiéndose fijado una indemnización por incapacidad psíquica, al mismo tiempo, se establece un monto para sufragar un tratamiento psicológico, que incidirá en la minusvalía psicológica, mejorando el cuadro del paciente.

Estado Nacional -Estado Mayor General de la Armada (Hospital Naval Buenos Aires "Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo") sostiene que el a quo omite considerar que el daño psicológico no constituye un tercer género de daño. Entiende, a su vez, que no cabe superponer el resarcimiento aludido y los gastos de tratamiento.

El daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente. Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero ya sea como situación estable o accidental y transitoria, implica una faceta morbosa que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación (conf. Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños" Tº 2a., p.187 y ss.).

En cuanto a su identificación con el daño moral, debe destacarse que toda disminución a la integridad de la personalidad humana es materia de obligado resarcimiento, dentro del cual debe incluirse la merma de las aptitudes psíquicas, lo que por sí constituye un daño resarcible y ese déficit en el ámbito psíquico debe ser diferenciado del moral, por cuanto el daño psicológico puede implicar daño patrimonial cuando provoca incapacidad sobreviniente, como en el caso de autos, o incidir en la valoración del daño moral, pero no se identifica con éste.

Por otra parte, este resarcimiento exige demostración de su existencia y extensión, mientras que el moral se acredita por el solo hecho o acto dañoso, permitiéndole al magistrado

establecer su cuantía sin pruebas extras y mediante presunciones (conf. Cifuentes, Santos "El daño psíquico y el daño moral. Algunas reflexiones sobre sus diferencias" J.A. 2006-II-Fascículo 8, 24/05/06).

Asimismo, la víctima tiene derecho a ser indemnizada "de todos los gastos de curación y convalecencia" (art. 1086 del Cód. Civil), lo que implica la recurrencia a terapia psicológica y a la medicación que fuese necesaria. Se configura un daño cierto, aunque las erogaciones respectivas puedan o deban tener lugar en todo o en parte, en tiempo ulterior.

En este orden, el perito psicólogo, Lic. Fernando César Romero, destacó en la pericial obrante a fs. 312/4 y fs. 322/3, que la personalidad del Sr. C. L. se ha deteriorado a causa de la pérdida de su hijo, afectando sus aptitudes para las relaciones sociales y para la vida cotidiana. Ha dañado su proyecto existencial y familiar y le ha generado sentimientos de inutilidad, culpabilidad, fracaso y desapego a la vida (fs.313 vta.).

Afirmó que de acuerdo a las normas para la evaluación, calificación y cuantificación del grado de invalidez de los trabajadores afiliados al Sistema integrado de Jubilaciones y Pensiones, por analogía con la neurosis depresiva de grado III, se determina una incapacidad psicológica, de carácter permanente, del orden del 30 % (fs. 313 vta.).

Sugirió el experto la realización de un tratamiento psicoterapéutico de 125 sesiones, con una frecuencia de tres veces por semana, con un costo aproximado de \$ 400 cada una (fs. 313 vta.).

Al responder las impugnaciones vertidas por "TPC Compañía de Seguros SA", ratificó lo expuesto y señaló que el tratamiento indicado tiene por objeto evitar el agravamiento del cuadro (fs. 322/323).

Ya me he referido al alcance y valor probatorio del dictamen pericial. A tales consideraciones me remito en honor a la brevedad.

En función de lo expuesto, teniendo en cuenta las repercusiones psíquicas padecidas por el damnificado, sus condiciones personales y demás circunstancias de la causa, es que propongo al Acuerdo incrementar la partida otorgada por "daño psíquico" a la cantidad de \$ 960.000 y la concedida por "tratamiento psicológico" a la de \$ 40.000 (art. 165 del CPCC). Se ha valorado el alcance de la responsabilidad atribuida, en cuanto a la chance de sobrevida frustrada.

C) Daño moral El Sr. Juez de grado estableció por este perjuicio la cantidad de \$160.000 (conf. chance frustrada).

"Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" (O.S.E.C.A.C.) sostiene que el actor no ha demostrado prueba alguna que justifique el presente resarcimiento.

El accionante sostiene que la suma reconocida resulta irrisoria para enjugar el daño moral, privándolo en consecuencia de acceder a una indemnización integral del daño sufrido.

"TPC Compañía de Seguros S.A." y Estado Nacional -Estado Mayor General de la Armada (Hospital Naval Buenos Aires "Cirujano Mayor Dr.Pedro Mallo") consideran que el quantum aparece excesivo.

El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial o con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Pizarro, Daño Moral, p. 47).

La opinión doctrinaria casi uniforme considera que la tesis resarcitoria contempla con mayor certeza el fundamento de la reparación del perjuicio experimentado por el damnificado. Con ello quedó superada la concepción que analizaba el tema focalizado en el autor, propiciando la imposición de una sanción ejemplar a este último.

Es así que se diferencia la noción de daño reparable en sentido amplio conceptualizándolo como la lesión a cualquier derecho subjetivo, de otra acepción estricta, que entiende que dicha lesión recae sobre ciertos derechos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera una sanción patrimonial.

Este último significado -relevante en derecho de daños- pone en evidencia que la consecuencia de la lesión al derecho subjetivo siempre es cuantificable en dinero.

La indemnización tiene como finalidad la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación de índole patrimonial que se le impone a este último a favor de aquélla, aunque no siempre el rol de tal indemnización es estrictamente resarcitoria, sino que puede ser satisfactoria como ocurre en el daño moral.

En esa instancia juega la prudente discrecionalidad del juzgador, quien si bien es cierto encuentra obstáculos en la valuación, como también ocurre con ciertos perjuicios de índole material, debe llevarla a cabo analizando las circunstancias fácticas que enmarcaron el hecho dañoso, así como las consecuencias de tipo individual o social que originaron.

Tal valoración debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo (conf.

Bueres, Ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil con la adhesión de los Dres. Banchio, Pizarro, Vallespinos, Zavala de González, entre otros).

En tal sentido, señala Ramón Daniel Pizarro en la obra citada (p. 240) que "El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto".

La tesis resarcitoria tiene plena vigencia en doctrina nacional, por lo que en la valuación del daño moral padecido, no debe primar la idea de placeres compensatorios que servirían para brindar consuelo a la víctima, sino que es necesario estimar la entidad objetiva del daño, para repararlo con equidad.

No obstante lo expresado, en tal justipreción debe tenerse en cuenta la gravedad de la falta cometida por el agravante, sin que ello implique adoptar "in totum" la idea sancionatoria; ello es así en razón que la actitud que asuma el ofensor no puede ser ignorada por el juzgador,

quien debe tenerla presente, porque la extensión del resarcimiento en nuestro derecho positivo se inclina por un sistema mixto que además del daño objetivamente considerado tiene en cuenta el factor de atribución con el que obra el ofensor (Conf. "Derecho Obligaciones", Alterini, Ameal, López Cabana, p.259, nº 579 (3)).

En esa dirección se orienta la opinión prevaleciente en doctrina al propiciar la reparación integral, para algunos plena, de todo daño provocado.

Debe decirse, asimismo, que si bien es cierto que el daño moral por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba debe ser acreditado por quien pretende su reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa por la índole espiritual y subjetiva del menoscabo.

En cambio, es apropiado el sistema de la prueba presuncional indiciaria como idóneo a fin de evidenciar el daño moral.

La prueba de indicios o presunciones hominis se efectúa a partir de la acreditación por vía directa de un hecho del cual se induce indirectamente otro desconocido, en virtud de una valoración hecha por el Juzgador basada en la sana crítica (art. 163 del ritual).

Por lo tanto, es necesario probar indefectiblemente la existencia del hecho que origina el daño debiendo darse entre aquél y este último una relación de causalidad que "conforme el curso normal y ordinario" permite en virtud de presunciones hominis evidenciar el perjuicio.

Asimismo, es conveniente producir la prueba respecto de las circunstancias que rodean al damnificado y al evento generador del perjuicio, lo que permite deducir su envergadura.

Con este alcance, el detrimento espiritual sufrido por el actor a raíz del fallecimiento de su hijo, valorando sus condiciones personales, las objetivas del siniestro y las demás particularidades de la causa, es que considero equitativo incrementar el quantum del resarcimiento a la suma de \$800.000 (art. 1078 del CC y art. 165 del CPCC). Se ha tenido en cuenta a tal efecto, el alcance de la responsabilidad de los accionados.

X.- Intereses El magistrado dispuso que el capital de condena devengará intereses desde la fecha del hecho (28/11/2008) y hasta su efectivo pago, a la tasa que resulta de aplicar las pautas establecidas en el fallo plenario dictado por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil con fecha 20/04/2009, en autos caratulados "Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transporte Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios".

"Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" (O.S.E.C.A.C.) cuestiona la tasa fijada por resultar confiscatoria, máxime cuando los montos han sido sobrevaluados y fijado valores actuales.

"TPC Compañía de Seguros S.A." solicita se establezca una tasa pura del 6%, con fundamento en que las partidas se acordaron a la fecha de la sentencia, importando la tasa activa un indebido enriquecimiento de la parte actora.

Estado Nacional -Estado Mayor General de la Armada (Hospital Naval Buenos Aires "Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo") peticiona se ajusten los réditos conforme una tasa pura desde la fecha del daño y hasta el dictado del fallo.

La doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios", dejó sin efecto la fijada en los plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros sobre daños y perjuicios" del 2 de agosto de 1993 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c.

Transportes 123 SACI, interno 200 sobre daños y perjuicios" del 23 de marzo de 2004 y estableció como interés moratorio la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Esta excepción debe ser alegada y probada por la parte a quien afecta (principio dispositivo).

Por lo demás, el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo equivale al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora -en el caso, el hecho - que resulta computable.

Lo que se debe no es una suma determinada, sino la compensación que el acreedor tiene derecho a percibir como resarcimiento por el daño padecido, que se resuelve en una suma dineraria en el momento en que el juez, al dictar sentencia, fija su determinación y cuantificación. La naturaleza de la deuda (de valor) no cambia por el procedimiento que se realice (cuantificación).

En tal sentido, la circunstancia de tratarse en el caso de deudas de valor que se traducen en una suma de dinero como compensación del perjuicio producido y que el órgano jurisdiccional fija en la sentencia, no implica en modo alguno, que la fijación del quantum contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda.

Por otra parte, los antecedentes mencionados y la doctrina plenaria recaída en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios", no permiten diferenciar con respecto a la valuación con fundamento en la fecha de fijación de la cuenta indemnizatoria, ni tampoco atendiendo a la naturaleza de la obligación, ya que aquellos dispusieron una solución aplicable a todos los casos acorde a su generalidad.

Agregando que la salvedad que se hace al responder al interrogante referido a desde cuándo y hasta qué momento se fija la tasa moratoria que se formuló en el acuerdo del plenario predicho no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente.

Es por ello que, desde el inicio de la mora, ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, hasta el cumplimiento de la sentencia queda determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento.

No obstante, aun derogadas las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el

plenario referido de "Samudio", es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, la relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de condena por aplicación de un interés distinto a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado.

Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el anterior art.622 del Código Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal.

Por tales razones, corresponde confirmar en este aspecto el fallo apelado.

XI.- Daño punitivo

El magistrado desestimó esta pretensión con fundamento en que la deficiencia en que pudieron haber incurrido las codemandadas y que las obliga a indemnizar los daños causados al actor, no constituye fundamento suficiente para la admisión del daño punitivo. Máxime cuando lo que ha correspondido indemnizar en autos ha sido sólo una pérdida de chance de resolución favorable de la emergencia ante un cuadro de salud grave cuyos verdaderos ribetes no han sido adecuadamente elucidados en esta causa y en la causa penal tramitada, pero que es dable advertir que desbordaba los alcances de la intervención por guardia.

Alega el actor que el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y atención al paciente devino en su fallecimiento (homicidio culposo no sancionado penalmente por no haberse realizado autopsia). El incumplimiento de la obligada ocasionó el mayor de los males, la pérdida de una vida humana.

Manifiesta que la sentencia apelada le causa un gravamen consistente en rechazar la multa civil pedida en contra de las accionadas, cuando se reúnen todos los requisitos previstos por el art.52 bis de la ley 24.240.

Sostiene que el desdén hacia el prójimo, la total y absoluta falta de humanidad, el quebrantamiento el juramento hipocrático que devino en la muerte de una persona de 40 años que tenía los mismos derechos que cualquier otra; no puede menos que ser sancionado más allá de cualquier indemnización que el reclamante merezca, no solamente para resarcir el daño, sino también para sancionar la conducta y para desalentar todo acto de discriminación por parte de los profesionales de la salud y de las instituciones médicas involucradas.

Se ha definido al daño punitivo como las "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón D., "Derecho de Daños", 2º parte, La Rocca Buenos Aires, 1993, p. 291 y ss.; Picasso, "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor" en Vázquez Ferreyra "Reforma a la ley de defensa del consumidor", p. 128).

En nuestro derecho positivo, hasta la sanción de la ley 26.361 (BO. 7 de abril de 2008), que incorporó el art. 52 bis a la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, no existían normas que regularan los daños punitivos.

Sin embargo, con anterioridad a la reforma que introdujo en el sistema jurídico argentino el instituto en estudio, la idea de imponer penas privadas tuvo expansión porque se entendió que ciertos comportamientos no debían quedar sin consecuencias patrimoniales para el autor: casos en que no median daños, cuando su prueba es dificultosa o imposible; en ciertas situaciones particulares donde no resulta suficiente el resarcimiento pleno del daño (casos de difamación a través de la prensa, invasiones a la intimidad, daños al medio ambiente, a la propiedad industrial, a los derechos intelectuales, derivados de productos elaborados) sino que la conducta del deudor merece una condigna sanción de carácter retributivo etc. (Alterini, Ameal; López Cabana "Derecho de obligaciones", p.267 y sgtes.; Zavala de González M.-González Zavala, R. M. "Indemnización punitiva", en Bueres, A.J. Kemelmajer de Carducci A. (dir.), "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini", Buenos aires, 1977, p. 188).

Para su cuantificación fueron empleadas variadas pautas de valoración: la gravedad de la falta, el patrimonio del dañador, los beneficios que el ilícito le procuró, la posición del mercado o de mayor poder del dañador, el carácter antisocial de su conducta, su actitud ulterior, los sentimientos heridos de la víctima, etc. (Conf. Pizarro, R. D. "Daños punitivos", en Kemelmajer de Carlucci, A. (dir.,)- Parellada, C.A. (coord.), "Derecho de daños. Segunda parte. Homenaje a Félix Alberto Trigo Represas", Buenos Aires, 1993, p. 287).

Incorporado en el sistema normativo, el daño punitivo a favor del consumidor, su cuantificación debe ser graduada por el magistrado en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, estableciéndose como tope tarifario la multa del art. 47, inc. b. de la ley 24.240.

Se trata, "de un plus que se concede al perjudicado, que excede el monto de la indemnización que corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños". Los daños punitivos "tienen un propósito netamente sancionatorio, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el perjuicio a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar para repararlo" (conf. Farina, "Defensa del consumidor y del usuario", p. 566).

Así, la doctrina ha querido remarcar la naturaleza sancionatoria del daño punitivo, constituyendo éste una verdadera multa civil y también, como nota distintiva del instituto, su función preventiva, que se encuentra destinada a evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera punición. De modo que, con las condenaciones punitivas, se crea un impacto psicológico como amenaza disuasoria que constriña a desplegar precauciones impositivas de lesiones análogas o a abstenerse de conductas desaprensivas (Santarelli, "El robo de las cajas de seguridad: Un nuevo rubro a reclamar, el daño punitivo", LA LEY, 07/01/2011, 1; Trigo Represas, "Daños punitivos" en "La Responsabilidad.

Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 285).

Si bien la inclusión de esta figura es absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la

reparación (Farina, Juan M., Ob. cit., p. 567, Pérez Bustamante, Laura, "La Reforma de la ley de defensa del consumidor", publicado en La Ley, Suplemento especial sobre la reforma de la ley de defensa del consumidor, Buenos Aires, 2008, (abril), p. 109.), lo cierto es que los daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL 2009-B, 949). "Rueda.c/ Claro." del 29/ 7/ 2010: Sala 2° Cam. Apel. Civ. y Com.de Rosario).

Ello así, por cuanto los daños punitivos, por su propia naturaleza, no buscan reparar el perjuicio causado al consumidor, sino imponer una sanción ejemplar al autor de la conducta antijurídica (Roberto Vázquez Ferreyra, "La naturaleza de los daños punitivos", en Revista de Derecho de Daños -2011-2 Daño Punitivo, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, 1ª ed., ps. 103/4).

El proyecto de Código Civil del año 1998, expresamente en su art.

1587, en consonancia con la opinión doctrinaria predominante, cuando regula la imposición de una multa civil, tiene en cuenta que ella corresponde cuando se actúa "con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva".

Para que resulte entonces procedente la imposición de esta sanción deben cumplimentarse una serie de recaudos que permitan calificar el supuesto excepcional que se analiza y de ese modo, justificar la grave consecuencia que ellos implican.

Tales extremos se verifican en autos, en tanto se encuentran reunidas, a la luz de los enunciados mencionados, las exigencias generales para la procedencia del reclamo, esto es un deliberado y desaprensivo proceder que justifica la imposición de la multa.

En efecto, la prueba colectada demuestra una conducta grave por parte de las demandadas en el cumplimiento de sus obligaciones y una gravosa indiferencia puesta en evidencia frente a la situación que presentaba el paciente, al dejarlo en un abandono y desamparo inexplicable, en los términos del galeno.

Por las razones dadas, propongo hacer lugar al daño punitivo, imponiéndose a los emplazados por tal concepto y a favor del accionante una multa de \$500.000 (conf. artículo 52 bis de la ley 24.240, según texto de la ley 26.361). Ello, como aplicación de un instrumento perfectamente idóneo para la prevención del daño en todos sus aspectos, actualmente contemplados en los arts. 1094, 1095, 1710, 1711 y ccdtes.del CC y C.

XII.- Costas.

"Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" (O.S.E.C.A.C.) cuestiona la imposición de costas a cargo de las demandadas, siendo que se hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta.

Estado Nacional -Estado Mayor General de la Armada (Hospital Naval Buenos Aires "Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo") adhiere a dicha postura.

El art. 68 del Código Procesal en su primer párrafo consagra el criterio objetivo de la derrota, como fundamento de la imposición de las costas. Las mismas son un corolario del vencimiento y tienden a resarcir al vencedor de los gastos de justicia en que debió incurrir para obtener ante el órgano jurisdiccional, la satisfacción de su derecho.

Dicho principio no es absoluto, por cuanto la norma citada faculta al magistrado a eximir total o parcialmente al derrotado de esta responsabilidad, siempre que encontrare mérito para ello, debiendo en tal caso expresar las razones en su pronunciamiento.

A su vez, cabe señalar que como consecuencia del principio de reparación integral del daño causado, las costas forman parte integrante de la indemnización y deben ser impuestas al vencido aun cuando la demanda prospere en proporción inferior al reclamo originario (esta Sala Exptes. n° 121.432; n° 151.313; CNCiv. Sala A, 3/7/03, JA 2004-I-síntesis; CNCiv., Sala I, 25/6/2003, JA, 2003-IV-248 entre otros).

Por tales razones, valorando que el accionante debió iniciar el presente proceso a fin de que se diera satisfacción a sus derechos, es que los agravios deben ser desestimados.

XIII.- Aplicación del art. 2 de la ley 23.982.

"Estado Nacional -Estado Mayor General de la Armada (Hospital Naval Buenos Aires "Cirujano Mayor Dr.Pedro Mallo") solicita la aplicación del procedimiento establecido por el art.2 ° de la Ley 23.982.

Esta sala ha sostenido que la estricta aplicación de la ley de consolidación de deudas del Estado, en lo referente al diferimiento del pago, la entrega de bonos de la deuda pública y la aplicación de los intereses allí previstos, estaría en directa colisión con el derecho a la vida y a la dignidad de las personas, tutelado en el art. 33 de la Constitución Nacional. La compatibilidad constitucional de un sistema como el que establece dicha norma, depende de la adecuación del medio al fin perseguido, es decir, que en el caso concreto no se destruya la sustancia del derecho recurrido en la sentencia (Con. expte. n° 32394/2014, entre otros).

La postergación que impone la ley 23.982 no resulta una solución justa para quien reclama por los daños producidos por un hecho ilícito, vulnerado su integridad física y psíquica y requiere revertir el perjuicio ocasionado, lo cual no puede ser demorado en aras del bien público y en salvaguarda del equilibrio económico financiero del Estado (Expte.

119.354/93; CNac.Civ., Sala B, causa n° 161.718, del 31/3/95).

La noción de daño resarcible que elabora el derecho civil debe partir, ante todo, del fin perseguido que es la reparación integral del perjuicio sufrido por la víctima, de manera tal que no se limiten o cercenen las facultades vitales del individuo: esto es el derecho a la vida y por ende a la salud, que es el primero de todos los derechos personalísimos y el valor supremo, encontrándose implícitamente garantizado por el art.33 de la Constitución Nacional, no existiendo razones de "necesidad o urgencia" que se impongan por encima de éste.

En definitiva, cuando se trata de daños a la persona, se configura una situación de excepción que justifica el apartamiento de la citada ley de consolidación de las deudas del estado, pues de otro modo se estaría haciendo prevalecer un derecho patrimonial sobre el derecho a la vida, que evidentemente lo precede (conf. expte. 119.354/93).

Por tales consideraciones corresponde desestimar los agravios vertidos al respecto.

XIV.- A mérito de lo expuesto, propongo al Acuerdo: I) Confirmar la sentencia recurrida en cuanto establece la responsabilidad de las demandadas, modificándola en relación a la chance de curación frustrada, que se establece en un 80%; II) Hacer lugar al rubro "valor vida" por la suma de \$200.000, con más intereses en la forma indicada; III) Incrementar las partidas otorgadas por "daño psíquico" , "tratamiento psicológico" y "daño moral" a las sumas de \$960.000, \$40.000 y \$ 800.000; IV) Imponer en concepto de "daño punitivo", en beneficio del actor, una multa de \$500.000 (art. 52 bis de la ley 24.240, según texto de la ley 26.361); V) Confirmarla en todo lo demás que decide, manda y fuera motivo de agravios; VI) Imponer las costas de Alzada a las demandadas (art. 68 del CPCC) y VII) Diferir la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 del CPCC).

El Dr. Alvarez, por las consideraciones y razones aducidas por el Dr. Ameal, vota en igual sentido a la cuestión propuesta.

Ante mí.

JULIO M. A RAMOS VARDE- (SEC.)

La Sra. Jueza doctora Bermejo dijo:

Adhiero al voto del distinguido colega preopinante, por los fundamentos vertidos, excepto en cuanto a la aplicación del daño punitivo a la profesional liberal, en cuanto están excluidos de la aplicación de la ley de consumo (art. 2, ley 24.240). Ante mí.

JULIO M.A RAMOS VARDE- (SEC.)

Buenos Aires, 01 junio de 2020.

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, el Tribunal por mayoría decide: I) Confirmar la sentencia recurrida en cuanto establece la responsabilidad de las demandadas, modificándola en relación a la chance de curación frustrada, que se establece en un 80%; II) Hacer lugar al rubro "valor vida" por la suma de \$200.000, con más intereses en la forma indicada; III) Incrementar las partidas otorgadas por "daño psíquico" , "tratamiento psicológico" y "daño moral" a las sumas de \$960.000, \$40.000 y \$ 800.000; IV) Imponer en concepto de "daño punitivo", en beneficio del actor, una multa de \$500.000 (art. 52 bis de la ley 24.240, según texto de la ley 26.361); V) Confirmarla en todo lo demás que decide, manda y fuera motivo de agravios; VI) Imponer las costas de Alzada a las demandadas (art. 68 del CPCC) y VII) Diferir la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 del CPCC).

Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN.

Notifíquese por Secretaría y cúmplase con la comunicación pública dispuesta en las Acordadas de la CSJN 15/2013 y 24/2013.

Oportunamente, devuélvase.

La difusión de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional.

En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido.

OSCAR J. AMEAL

OSVALDO O. ALVAREZ

SILVIA P. BERMEJO

JULIO M. A RAMOS VARDE- (SEC.)