

**Voces:** RESPONSABILIDAD MÉDICA - MALA PRAXIS - MUERTE DEL PACIENTE - HOSPITALES Y SANATORIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - DAÑOS Y PERJUICIOS - PERDIDA DE LA CHANCE - SUICIDIO - TENTATIVA

**Partes:** G.M.T.C. c/ Sanatorio Quintatana S.A. y otros | daños y perjuicios - responsabilidad prof - médicos y auxiliares - ordinario

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

**Sala/Juzgado:** K

**Fecha:** 26-feb-2010

**Cita:** MJ-JU-M-55135-AR | MJJ55135

**Producto:** MJ,SYD

Se condena al sanatorio demandado, a la Obra social y a la citada en garantía a abonar los daños y perjuicios derivados de la muerte del cónyuge de la actora, quien encontrándose internado en la unidad de terapia intensiva se arrojó por la ventana cayendo al piso inferior, desde que las consecuencias de la negligencia de la demandada no puede exonerar a quien tenía la obligación de cuidado y menos hacer pesar sobre la víctima el acto derivado de su enfermedad.

#### **Sumario:**

1.-Se revoca la sentencia de anterior instancia en tanto hace lugar parcialmente a la demanda -reclamo por daños y perjuicios iniciado por la cónyuge del paciente fallecido- haciendo lugar totalmente a la misma y condenando a los demandados a abonar una suma de dinero en concepto de pérdida de la chance, tratamiento psicológico y daño moral, pues en el caso de autos no se tipifica causal alguna eximente de responsabilidad, debiendo hacerse hincapié en la inobservancia de una conducta diligente por parte del ente asistencial y su personal, desde que el paciente se encontraba en la unidad de terapia intensiva, con máscara de oxígeno y se arrojó por la ventana cayendo al piso inferior, por ello, las consecuencias de la negligencia, no puede exonerar a quien tenía la obligación de cuidado y menos hacer pesar sobre la víctima el acto derivado de su enfermedad.

2.-Pesa sobre la clínica y la Obra social demandadas el deber de seguridad, que surge del principio genérico de la buena fe previsto en el art. 1198 del C. Civ. y su incumplimiento implica la responsabilidad de carácter objetivo por los daños ocasionados al paciente por sus dependientes a quienes en el caso se les imputa una conducta negligente.

3.-La posibilidad de prever y evitar el hecho de la víctima por parte de la institución médica -en la cual se encontraba internado el cónyuge de la actora, en una unidad de terapia intensiva, desde la cual se arrojó al piso inferior- descarta el caso fortuito alegado por la Obra Social- conforme art. 514 del C.

Civ., sumado a ello, el centro médico asume una obligación tácita de seguridad ínsita en el principio genérico de buena fe -art. 1198, párr. 1 del C. Civ.-

4.-Corresponde indemnizar a la actora -cónyuge del paciente fallecido- la pérdida de la chance, desde que en definitiva, el incumplimiento de los controles necesarios en la unidad de terapia intensiva privó al cónyuge de la actora de la chance de sortear la crisis de su enfermedad crónica. La omisión de atención decuada y diligente por parte del servicio médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar, resultando 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, por lo que la indemnización no corresponde fijarla en lo que comúnmente se conoce como valor vida o en la incapacidad sobreviniente sino respecto de esa pérdida de chance.

---

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 26 días del mes de febrero de 2010, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de entender en el recurso de apelación interpuesto por la actora en los autos caratulados "G.M.T.C. contra SANATORIO QUINTANA S.A. y otros sobre Daños y perjuicios - Responsabilidad Prof. Médicos y auxiliares. Ordinario", habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden del sorteo de estudio, la Dra. Lidia Beatriz Hernández dijo:

I.- La cuestión controvertida.

En la sentencia de la instancia anterior se hace lugar parcialmente a la demanda promovida por M.T.C.G. por daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica contra Sanatorio Quintana S.A., la Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Horizontal, haciendo extensiva la condena a la citada en garantía Sancor Cooperativa de Seguros Limitada y se imponen las costas a los demandados.

Entiende el Juez de grado que de acuerdo a la prueba pericial médica existen concausas que contribuyeron a ocasionar la muerte del Sr. Bouza y de acuerdo a ellas no se ha podido determinar el grado de concurrencia en la causación de la muerte, por lo que estima que los demandados deben responder en el 10%, atendiendo al deterioro de la salud del paciente al ingresar al nosocomio y la incidencia de la negligencia del personal de la institución médica en el agravamiento de su estado de salud, considerando sus chances de sobrevida y que fue la propia víctima quien en forma voluntaria actuó produciendo el daño.

Como consecuencia, condena a los demandados al 10% de los daños acreditados y a abonar a la actora la suma de \$ 7.365 con más los intereses y las costas.

La actora y la citada en garantía apelan la sentencia.

La actora expresa agravios a fs.450/453 cuestionando la atribución de responsabilidad establecida por el sentenciante en forma arbitraria al determinar que el paciente ha tenido el 90% de responsabilidad en la producción del hecho dañoso. Imputa exclusiva responsabilidad al personal de terapia intensiva de la clínica.

Se queja también que se ha condenado a la citada en garantía en la medida del seguro, cuando la aseguradora no demostró existencia de franquicia alguna. Considera en consecuencia que debe ser condenada por el total del monto del resarcimiento

En cuanto a la tasa de interés solicita la aplicación del fallo plenario "Samudio Ladislao c. Ttes.

Doscientos Sesenta S.A.", por lo que, sostiene, los intereses deberán calcularse a la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

A fs. 458/461 expresa agravios Sancor Cooperativa de Seguros y se queja que se le haya atribuido responsabilidad a su asegurada en un 10%. Considera que la única responsable del daño causado fue la propia víctima.

Cuestiona también la procedencia del rubro indemnización valor vida; del daño moral y del tratamiento psicológico. Mantiene caso federal.

La Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Horizontal (OSPERYH) se queja a fs. 465/468 por considerar que esa parte está eximida de responder pues el hecho del paciente configuró un caso fortuito o de fuerza mayor. Alega también la falta de relación causal del intento de suicidio del paciente con la muerte del mismo, ya que murió de la enfermedad crónica que padecía. Solicita se revoque la sentencia.

A fs. 470/471, 472/483 son contestados los agravios por la aseguradora y la actora respectivamente.

II.- El reclamo de la actora.

En el caso de autos demanda el cónyuge del paciente fallecido, reclamando indemnización de daños y perjuicios y funda su pretensión en normas de responsabilidad contractual y extracontractual.

Si bien, como veremos, medió un vínculo contractual entre el paciente y la institución médica, al suceder el fallecimiento del Sr. Ernesto Bouza, la actora puede invocar la responsabilidad emergente de los hechos ilícitos al estar ella, fuera de la relación jurídica (conf. C.N.Civ. Sala C, set. 30-1982, E.D. 102-220).

No se me escapa que en virtud del art. 1195 del Código Civil, los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, por lo que con fundamento en dicha disposición, podría sostenerse que las instituciones demandadas deben reparar las consecuencias que su incumplimiento causó a los herederos de su contratante.

No obstante, la actora, cónyuge del causante reclama la reparación de los daños a título propio y personal, como damnificada indirecta, y no como consecuencia de una acción transmitida "mortis causa" por el causante.

He aquí el problema planteado en la doctrina sobre la naturaleza del derecho al resarcimiento por la muerte de una persona.

En este sentido, siguiendo a Orgaz, puede afirmarse que sólo cabe hablar de una acción "iure hereditatis" con respecto a la que persigue el resarcimiento de los daños que el causante sufrió en vida y que él podría haber reclamado. Pasa a los herederos -dice el autor citado- la acción que la víctima pudo ejercer por sí misma, es decir, como es obvio, mientras vivió y por el daño que recibió también mientras vivió. Queda claro, entonces, que no comprende el daño que aquél sufre "muriendo" como gráficamente señala Orgaz. (La acción de indemnización en los casos de homicidio, J.A. 1944-IV-secc.doctr. pág. 11).

La actora, respecto de los daños y perjuicios por la muerte de quien fuera su cónyuge, es tercera en relación al contrato que suscribiera el paciente, por lo que a su respecto, no cabría hablar de responsabilidad contractual (conf. Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, T I, pág.300).

Al decir de Zannoni, "El incumplimiento imputable a la obligación contractualmente asumida (que en su ámbito propio constituye el ilícito al que se imputa la obligación resarcitoria: arts. 520 y 521 del Código Civil), trasciende como el hecho al que el art. 1109 vincula la obligación de reparar desde que, por culpa o negligencia del incumplidor, se ha ocasionado "un daño a otro" (autor citado, El daño en la responsabilidad civil, pág. 141).

Como se advierte deberá necesariamente analizarse la relación de la Clínica demandada con el paciente, a fin de determinar si existió incumplimiento de las prestaciones del contrato médico y en su caso, relación causal de ese incumplimiento con el resultado fatal de la muerte del cónyuge de la actora.

### III.- La responsabilidad.

La actividad médica se encuentra íntimamente relacionada con derechos humanos reconocidos internacionalmente y en nuestro país a nivel constitucional, como el derecho a la salud. De allí que las instituciones médicas o en su caso el médico son responsables, no sólo por la prestación del servicio, sino también porque éste debe ser prestado de manera tal que con la deficiencia de la prestación efectuada no se ocasione daño a la salud del paciente.

Se trata en definitiva que no se traspasen ciertos límites de la norma ética que vulnerando la condición del hombre como sujeto, se afecten sus derechos humanos esenciales, como el derecho a la vida y especialmente en esta materia como derivación de aquél, el derecho a la salud, que se caracteriza como todo derecho humano por la universalidad, la indivisibilidad, la integridad, la imprescriptibilidad, la irrenunciabilidad, la inalienabilidad, la inviolabilidad y la progresividad (conf. Declaración y programa de Acción de Viena, aprobado en la conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993).

Distintos han sido los fundamentos que la doctrina ha dado para caracterizar la responsabilidad de los establecimientos asistenciales, por los perjuicios sufridos por los pacientes como consecuencia de una defectuosa atención médica. Así, para parte de la doctrina y jurisprudencia la responsabilidad del hospital o sanatorio frente al paciente surge de la estipulación en favor de tercero, celebrada previamente por aquél como estipulante y el médico como promitente, de la cual surge una responsabilidad contractual directa del establecimiento, que descansa en "en la existencia de una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia por medio de facultativos del cuerpo médico" (conf. Bueres, Alberto, Responsabilidad Civil de los médicos, pág. 127 y ss; Bustamante Alsina, Jorge Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión, La Ley 1976-C-66 y ss.; Belluscio, Augusto Cesar, Obligaciones de medio y de resultado. Responsabilidad de los Sanatorios, La Ley 1979-C-22; C.N.Civ. Sala A, feb.5-1980, La Ley 1980-B-480).

En cambio, para otra posición, como el establecimiento asistencial se vale de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrá de responder por la culpa en que incurran aquéllos, en razón de la irrelevancia jurídica de tal situación, ya que al paciente no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero, del cual éste se valga para sus fines, lo que determina que el hecho de aquel tercero se considere como si proviniese del deudor (Conf. Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad civil del médico, pág. 115; Tobías, José W, En torno a la responsabilidad civil de los médicos, E.D. 84-833; Acuña Anzorena, A. Responsabilidad contractual por el hecho de otro, J.A. 53- secc.doctr. pág.64; Morello, Augusto M. Indemnización del daño contractual, T I, pág. 43; Aguiar, H. Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley, T III, pág. 140, núm.166; Trigo Represas, Felix A. Responsabilidad civil de los médicos y establecimientos asistenciales, La Ley 1981-D-133; C.N.Civ. Sala E, dic.19-977, E.D. 77-246; C.N.Civ. Sala E, oct.31-978, La Ley 1978-D-795).

En el caso, no se excluye la existencia de un contrato con el paciente que fue internado en la unidad de

terapia intensiva de la clínica demandada. De acreditarse, entonces, impericia, error o negligencia de las personas que intervinieron en la ejecución del contrato, habría incumplimiento, por lo que será necesario atenerse a las previsiones del art. 512 del Código Civil y el sanatorio y la aseguradora responderían con fundamento en el deber de asegurarle a aquél una prestación médica idónea, diligente y técnicamente irreprochable.

En el caso de autos, entonces, el cónyuge de la actora a través de OSPERYH fue atendido por la Clínica demandada, utilizando los servicios de esa institución médica. Existieron entonces varios contratos, ya que se advierte una relación contractual entre la Obra Social y su socio; pero también la Obra Social contrató con la Clínica para que ésta proporcione atención a su afiliado (Véase en este aspecto, Acuña Anzorena, A. Naturaleza de la responsabilidad médica y término de prescripción de la acción resarcitoria, J.A. 74-525; Belluscio, Augusto C., Obligaciones de medios y de resultado. responsabilidad de los sanatorios; voto del Dr. Dupuis, en C.N.Civ. Sala E, abril 29-1986, E.D. 119-613).

III.- La alegada culpa de la víctima. El caso fortuito.

En primer lugar, considerándolo relevante, aun a riesgo de repetición, describiré los hechos en los cuales se funda la demanda, los que, en lo principal, no se encuentran desconocidos y además han sido acreditados con suficiente prueba.

Da cuenta el informe del perito médico a fs.283/285 que de acuerdo a la historia clínica 1452/2003 del Sanatorio Quintana perteneciente al Señor Ernesto Bauza, éste ingresa a la Unidad de terapia intensiva por presentar dificultad respiratoria en reposo (disnea clase funcional IV) y fiebre con espasmo bronquial severo, lúcido y normotenso, con antecedentes de tabaquismo, asma e hipertensión arterial. Se sigue tratamiento con antibióticos, broncodilatadores y corticoides. Los días 8 y 9/5 evoluciona sin fiebre y el 10/5 presenta episodio de disnea en la madrugada por Stress psíquico que cede con nebulizaciones. El día 12/5 pasa de UTI a Sala general; el día 13/5 se presenta afebril, ansioso e intranquilo y se le agregan sedantes. Los días 14 y 15 el paciente requiere oxígeno en forma permanente y presenta espasmo bronquial. El 16/5 espasmo bronquial difuso. Ingresa a terapia intensiva. Se administra oxígeno con BIPAP y continúa tratamiento con antibióticos, corticoides, broncodilatadores, antimicóticos y prevención de trombosis. El 17/5 mejora la mecánica ventilatoria y el 18/5 se retira el BIPAP, queda con máscara de oxígeno al 40%.

Ese mismo día 17/5 a la 1.15 horas el paciente se arroja por la ventana al piso inferior cayendo desde una altura de 2,5 metros. Se constata que el paciente está vigil, movilización de los cuatro miembros, respondiendo órdenes. Se coloca collar de Philadelphia, tabla rígida y se traslada a la Unidad de terapia intensiva. Presenta excoriaciones pero evoluciona con mayor insuficiencia respiratoria que requiere conexión a asistencia respiratoria mecánica. El día 19/5 presenta fiebre y se rota el esquema antibiótico. El 20 y 21/5 continúa con asistencia respiratoria mecánica y el 22/5 Rx tórax con infiltrado leve bibasal (cuarto día de asistencia respiratoria mecánica). El 23 Rx con importante infiltrado heterogéneo en base derecha (neumonía). Los días 24, 25 y 26/5 se presenta estacionario y el 27/5 se realiza traqueotomía. El 28 y 29 sin cambios clínicos, el 31/5 importante espasmo bronquial y aumento de insuficiencia renal, el 4 y 5/6 se indica hemodiálisis por insuficiencia renal y fallece el 5 de junio de 2003.

De acuerdo a la autopsia efectuada en el Cuerpo Médico Forense, la muerte del Sr. Bauza fue producida por Bronconeumopatía bilateral. Enfermedad pulmonar obstructiva crónica. Falla multiorgánica (conf. fs. 29 de la causa penal 19.338/05, agregada por cuerda).

Frente a los hechos relatados, la actora sostiene que debe responsabilizarse sólo a las demandadas, mientras que la citada en garantía invoca la culpa exclusiva de la víctima y la Obra social, el caso

fortuito.

En tal sentido, debe destacarse la necesidad de examinar la cuestión a través del prisma de la causalidad adecuada. De este modo, debe establecerse en el plano jurídico si un suceso es causa de otro. Por consiguiente es necesario realizar ex post facto un diagnóstico de probabilidad en abstracto, inquiriendo si la acción u omisión que se juzga era, de suyo, idónea para producir normalmente ese hecho, según el curso natural y ordinario de las cosas (Goldenberg Isidoro, Indemnización por daños y perjuicios, p. 222; Tanzi, Silvia, Alterini, Juan M. La demanda de daños, p. 154; Colombo, "Culpa Aquiliana, T I, N° 56, p. L17; Borda, "Obligaciones" T II, n°1317, p. 243).

El hecho de la víctima como causa ajena se encuentra normado en el art.1111 del Código Civil "El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna".

Tal como sostiene Matilde Zavala de González, la problemática de la causalidad por las víctimas se plantea cuando alguien (o personas o cosas a su cargo) interviene materialmente en un suceso que daña a otro, pero esta intervención no es causal porque el menoscabo deriva del propio damnificado, quien habría obrado o se habría colocado en una situación apta para que sobreviniera el siniestro. El perjudicado es autor de su daño y debe soportarlo. A la inversa, no hay causalidad imputable a la víctima cuando interviene materialmente en el suceso que la lesiona, pero dicha participación no era idónea para generarle un daño, sino que deriva del hecho lesivamente adecuado de otra persona. En principio, no es la gravedad de la culpa de la víctima, sino la operatividad causal de su conducta, la que excluye o limita el deber indemnizatorio de terceros. Explica la autora que la culpa de la víctima por su daño, así sea factor inicial y necesario, no descarta el análisis causal posterior, para esclarecer si la causa que aquélla puso, tornaba objetivamente previsible el perjuicio final o bien otro menor o reducido, de manera que la cuota de agravación pueda imputarse a un diferente obrar. Debe determinarse sí, y en qué medida provocó ella la lesión, y no pierde el derecho a reclamar por la porción causal en que el daño no resultó de su propio hecho. (Matilde Zavala de González "Resarcimiento de daños" T 4, p. 280 y 281 Buenos Aires, Editorial Hammurabi).

El hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, juega tanto en el ámbito del incumplimiento de la obligación como en el ámbito extracontractual o de los actos ilícitos, sea objetivo o subjetivo el factor de atribución de responsabilidad. También esta eximente es aplicable a los damnificados indirectos, pues al alegarse la ruptura del nexo causal adecuado, no puede atribuirse el daño al demandado, por lo que éste no debe reparar.

Asimismo, para que la culpa de la víctima libere totalmente al demandado debe reunir determinados requisitos: 1) Haber sido la causa adecuada y exclusiva del daño; 2) No ser imputable al demandado, en el sentido que la conducta de la víctima no debe estar determinada por aquél. Debe ser autónoma y no derivada de la conducta del otro; 3) Debe ser imputable a la víctima; 4) Debe ser acreditada en forma certera por quien la alegó; 5) Parte de la doctrina requiere la imprevisibilidad e inevitabilidad (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos, en Responsabilidad Civil, dirigido por Mosset Iturraspe, p. 160 y ss.).

Una parte de la doctrina entiende que la exoneración no debe buscarse en la culpa sino en la relación causal (Santos Briz, La responsabilidad civil, p. 102; Mosset Iturraspe, responsabilidad por daños, III, p. 62, nota 57). En este sentido se ha dicho que tanto la "culpa" de la víctima como la de un tercero por quien no se debe responder, apuntan a destruir la necesaria conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño. Igual conclusión cabe extraer del caso fortuito. Cuando se configuran las causales eximentes resulta evidente que no se puede mantener la presunción de responsabilidad (del art. 1113) por cuanto el daño no ha sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sino por propia conducta (culpable o no) de la víctima, o por un tercero extraño, o por un caso fortuito.

La falta de relación causal destruye el presupuesto de la autoría y provoca la ausencia, total o parcial, de responsabilidad. Si éste es el sentido de esas eximentes, parece innecesario destacar que el centro de la cuestión anida en la relación de causalidad. Y que desde este punto de vista, especialmente dentro de un contexto de causalidad adecuada, tanto el hecho culpable de la víctima como el no culpable deben asumir idénticas consecuencias (Pizarro, Ramón D. Causalidad adecuada y factores extraños, en Derecho de daños, Primera parte, p. 265, también Goldenberg, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, p. 165).

Para otros autores sólo la culpa y no el hecho de la víctima libera, se afirma que el hecho no culposo sólo libera cuando ha sido imprevisible e inevitable, pues en ese caso la exención proviene de ser un caso fortuito (Orgaz, La culpa, n° 88; Bustamante Alsina, Teoría de la responsabilidad civil, n° 685). Para Llambías, la disposición del art. 1111 trae una solución elemental que complementa el principio del art. 1109: "si cuando alguien es culpable del daño ajeno debe reparar ese daño, lógicamente ha de estar exento de responsabilidad cuando no es culpable (no autor desde el punto de vista jurídico, agregaríamos) de un daño que se ha originado en la propia conducta del damnificado". (Autor citado, Obligaciones, T III, p. 717, n° 2288).

Así, se sostuvo que en el derecho argentino vigente el efecto eximitorio de responsabilidad que asigna la ley a la culpa de la víctima o de un tercero no puede ser extendido al mero hecho de la víctima o del tercero. A menos que ese hecho constituya un caso fortuito, en los términos del art. 514 del Código Civil. Se dice citando a Géneviève Viney que aceptar la eficiencia de ese mero hecho va directamente contra toda evolución del derecho de la responsabilidad civil que está orientado, evidentemente, hacia la protección de las personas dañadas. En definitiva, si se pretende dar cabal satisfacción a las preocupaciones jurídicas propias de los tiempos actuales no puede ser asignada virtualidad liberatoria genérica al mero hecho de la víctima o de un tercero. Los razonamientos de la causalidad física deben por lo tanto quedar subordinados a los de la causalidad jurídica, la cual tiene sus propias reglas (Alterini, Atilio Aníbal, Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal, en La Responsabilidad, en homenaje a Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, p. 390 y ss.).

De todas maneras cualquiera sea la posición que se tenga, ya sea dándole eficacia sólo a la culpa o extendiéndolo al hecho de la víctima, lo cierto es que en el caso de autos no se tipifica causal alguna eximente de responsabilidad.

Al respecto, como luego se verá, en autos no puede determinarse si la víctima se encontraba con discernimiento en el momento en el cual se arrojó al vacío, aunque el hecho del suicidio permitiría presumir su falta. Así, Henry Ey describe el acto suicida como "una impulsión brutal y súbita que precipita al melancólico por la ventana o en el agua, le hace apoderarse bruscamente de las tijeras, etc. en los momentos más inesperados ..." (Tratado de psiquiatría, p. 244).

En principio es necesario que el hecho de la víctima no sea imputable al demandado, es decir, éste no debe haberlo provocado y además, debe presentarse con los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad, máxime cuando se trata de una persona que se encuentra bajo el control de una institución médica.

En la mayoría de los casos habrá culpa del demandado en no prever una segunda culpa -la de la víctima- sin hacer lo necesario para evitarla; por eso, si el hecho de la víctima no es imprevisible e inevitable generalmente habrá culpa del agente (Kemelmajer de Carlucci, com. art. 1111, T 5, p. 393, en Código Civil dirigido por Belluscio y coordinado por Zannoni).

Como sabemos pesa sobre la clínica y la Obra social demandadas el deber de seguridad, que surge del principio genérico de la buena fe previsto en el art. 1198 del Código Civil y su incumplimiento implica la responsabilidad de carácter objetivo por los daños ocasionados al paciente por sus dependientes a

quienes en el caso se les imputa una conducta negligente.

Veamos. El paciente se encontraba en la Unidad de terapia intensiva, con máscara de oxígeno, guía de suero, electrodos conectados a monitor y a la 1.15 horas se constata que el enfermo se arrojó por la ventana al piso inferior cayendo desde una altura de 2,5 metros.

De acuerdo al informe pericial una unidad de terapia intensiva debe contar con los siguientes recursos humanos, jefe de servicio, médicos asistentes, médico de guardia activa las 24 horas, permanente y exclusivo, mínimo de guardia cada 8 camas. Además, jefa de enfermería, enfermera o de guardia activa permanente y exclusiva. Un enfermo diplomado y un auxiliar de enfermería cada 4 camas o fracción.

Por otra parte, resulta habitual que suene una alarma cuando un paciente se desconecta del monitor y el personal de la guardia debería ver todas las camas de la sala (conf. fs. 284 vta. puntos 5 a 11).

A ello cabe agregar que de acuerdo a la historia clínica reproducida por el experto, Bauza había sufrido días antes stress psíquico y el 13 de mayo se presentó ansioso e intranquilo y se le agregaron sedantes, no constando que haya sido controlado por psicólogo o psiquiatra.

En este aspecto, el Cuerpo Médico a fs. 58 de la causa penal concluye que la insuficiencia respiratoria puede ocasionar trastornos neurológicos que consisten en agitación, estado de confusión, letargia o coma.

No cabe duda, en mi criterio, que conociendo el estado del paciente, y encontrándose en la sala de terapia intensiva conectado a monitor, resultaba previsible que tratándose de un enfermo que ya había manifestado stress psíquico, como consta en la historia clínica, podría volver a repetirlo. Asimismo, la situación resultaba evitable, pues no sólo debía encontrarse personal permanente que visualizara a todos los pacientes, sino que seguramente sonó una alarma cuando el paciente se desconectó sin que nadie acudiera al lugar.

Mención aparte merece la existencia de una ventana que debía estar cerrada para evitar situaciones como la presente.

Falló el control que se debía en terapia intensiva, sea porque no se encontraba el personal de guardia, sea porque no sonó la alarma que indicara que el paciente se había desconectado o aún frente a la alarma ningún personal de enfermería acudió. Por ello, las consecuencias de esa negligencia, no puede exonerar a quien tenía la obligación de cuidado y menos hacer pesar sobre la víctima el acto derivado de su enfermedad.

La concreción del acto autodestructivo determina como regla que la única causa del daño sea el acto médico o de los auxiliares de la institución. La trascendencia causal del acto médico -o del personal de la entidad asistencial, sea ésta una clínica psiquiátrica o general, absorbe normalmente el hecho de la víctima (Kraut, Alfredo J., Suicidio de un paciente psiquiátrico: un fallo ilustrado y justo, JA 2000-II-610).

La posibilidad de prever y evitar el hecho de la víctima por parte de la institución médica descarta el caso fortuito alegado por la Obra Social. Debe recordarse que de acuerdo al art. 514 del Código Civil, caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse.

Como ya lo sostuviera el centro médico asume una obligación tácita de seguridad ínsita en el principio genérico de buena fe (art. 1198, párrafo 1 del Código Civil) (Bueres, responsabilidad de los médicos, T I, pág. 380 y ss.).



El factor de garantía opera cuando pesa sobre alguien un deber de procurar la inocuidad y velar por la seguridad ajena en el despliegue de determinadas actividades. En el caso de ocurrir un hecho lesivo la responsabilidad surge aun cuando el demandado acredite que desplegó gestiones de cuidado diligentes y hasta intensas. En efecto, se considera a la seguridad como un resultado y se responde toda vez que éste no se alcance, sin necesidad de probar la relación causal con falencias de control y sin que exima la prueba sobre la efectividad de este control (conf. Zavala de González Matilde "Resarcimiento de daños" Tº 4, pág. 390 y ss. Editorial Hammurabi).

Vázquez Ferreyra define la obligación de seguridad como "aquella en virtud de la cual una de las partes en el contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación de forma expresa por las partes, impuesta por la ley o bien surgir tácitamente del contrato a través de su interpretación en base al principio de la buena fe..." (Autor citado, "La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo, pág. 105/06).

Como ha dicho esta Sala, con voto preopinante del Dr. Ameal, ese deber de conducta secundario con relación a la obligación principal está destinado a evitar que los pacientes sufran daños corporales, lo que para los obligados a ello importa la configuración de una obligación de resultado (CNCiv. Sala K, febrero 14-1007, Pozzi, G. c. Centro de Educación Médica e Investigación. Lexis 35010658; también L. C., J c. Obra Social del personal de Edificios de Renta y otros, con voto de la suscripta, julio 19-2009; y también CNCiv; Sala B, agosto 6-2009, Lescano, MG c. Raimondi, Néstor O., Lexis 1/70056154-1; CNCiv. Sala B, nov. 30-2004, Martín de Martínez, E. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Lexis 1/1004148; CNCiv. Sala C, febrero 8-2007, Gonzalez, R. c. Fundación para la lucha contra las enfermedades neurológicas de la Infancia y otros, Lexis 1/1017865; CNCiv. Sala D, junio 24-1999, Lovato, D. c. Asistencia Médica Privada S.A. y otros, JA 2000-III-614; CNCiv. Sala E, set. 2-2004, V.I. y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, JA 2004-IV-408; CNCiv. Sala G, febrero 25-1999, Gallo Souto, M. c. Instituto Municipal de Obra Social, JA 1999-IV-595, entre otros).

Obsérvese que aun para aquellos que consideran que la obligación de seguridad en casos como el presente es de medios y entonces debe hacerse hincapié en la inobservancia de una conducta diligente por parte del ente asistencial y su personal, igualmente cabría responsabilizar a la institución, de acuerdo a la prueba analizada.

En consecuencia, debe hacerse lugar a los agravios de la actora y rechazar los de la citada en garantía y los de la obra social demandada.

#### IV.- La indemnización.

##### 1) La pérdida de "chance".

La actora solicita la indemnización por el fallecimiento de su cónyuge, caracterizándolo como el "valor vida". La Obra social demandada y la aseguradora citada en garantía consideran improcedente este rubro.

El Cuerpo Médico Forense a fs. 29 de la causa penal determinó que la muerte de Ernesto Bouza fue producida por Bronconeumopatía bilateral. Enfermedad pulmonar obstructiva crónica. Falla multiorgánica.

No obstante, cabe considerar que de acuerdo a la historia clínica, el paciente evolucionaba hacia la recuperación de la crisis producida por su enfermedad crónica, pues el 17/5 mejora la mecánica ventilatoria y el 18/5 se retira el BIPAP, queda con máscara de oxígeno al 40%. En cambio, después de la caída, evoluciona con mayor insuficiencia respiratoria que requiere conexión a asistencia respiratoria

mecánica. El día 19/5 presenta fiebre y se rota el esquema antibiótico, los días posteriores continúa con asistencia respiratoria mecánica y el 22/5 Rx tórax con infiltrado leve bibasal (cuarto día de asistencia respiratoria mecánica). El 23 Rx con importante infiltrado heterogéneo en base derecha (neumonía). Los días 24, 25 y 26/5 se presenta estacionario y el 27/5 se realiza traqueotomía y continúa desmejorando hasta el fallecimiento.

El perito médico concluye a fs. 285 que el paciente presentaba un cuadro pulmonar crónico de base que se reagudizó en forma severa por lo cual ingresó a UTI tuvo mejoría clínica si bien continuaba con espasmo bronquial, luego desmejoró a partir del hecho traumático según la descripción, aunque no puede determinar el grado concausa que representó la caída.

Como se advierte la caída agravó el cuadro que presentaba el paciente y la asistencia respiratoria mecánica, que ya había superado, sin duda, coadyuvó a la infección que lo llevó a la muerte.

En definitiva, el incumplimiento de los controles necesarios en la unidad de terapia intensiva privó al cónyuge de la actora de la chance de sortear la crisis de su enfermedad crónica.

La pérdida de "chance", dice Trigo Represas, es una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para determinado sujeto había posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero el hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades ( autor citado, Reparación de daños por mala praxis médica, pág.241).

En cuanto a la reparación la doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra; del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento. La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida (Tanzi, Silvia, La reparabilidad de la pérdida de la chance, en La responsabilidad. Homenaje a Isidoro Goldenberg, pág. 330; Zannoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, pág. 73 y ss).

En esta materia se plantea claramente la pérdida de chance. Como se ha sostenido, la omisión de atención adecuada y diligente por parte del servicio médico al paciente 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 (Tanzi, Silvia, La reparabilidad de la pérdida de la chance, en La responsabilidad. Homenaje a Isidoro Goldenberg, pág. 333).

Corresponde entonces determinar a los efectos de la indemnización la chance de curación que le fue privada al paciente por la mala praxis médica. En este sentido, se ha afirmado que no puede dejar de valorarse el grado probable de recuperación que pudo haber tenido el paciente, estando allí el límite de responsabilidad del ente asistencial o de la obra social (CNCiv. Sala F, abril 24-2002, A.R.I c. Dirección Obra Social de Entel y otros, La Ley 2002-F-273). Es que nadie puede asegurar que de haber sido correctamente atendido hubiera salvado su vida o hubiera disminuido su incapacidad (CNCiv. Sala D, febrero 26 de 1999 en autos Buzaglo, P. c. R.M.citado por López Mesa, Marcelo, Los daños por mala praxis médica y su cuantificación en algunos aspectos particulares, en La Ley del 1 de marzo de 2004). En definitiva la indemnización no corresponde fijarla en lo que comúnmente se conoce como valor vida o en la incapacidad sobreviniente sino respecto de esa pérdida de chance.

Resulta relevante en este aspecto el dictamen del perito médico en el sentido del agravamiento de la salud del paciente desde su caída, así como las características y gravedad de su enfermedad y las

posibilidades de curación de la crisis de no haber existido la negligencia médica. Por ello, teniendo presente las circunstancias personales de la víctima, de 69 años al producirse su fallecimiento y salarios percibidos, y de la actora: 78 años de edad, viuda, vive con su hija, y demás particularidades del caso, propondré al acuerdo confirmar la indemnización por este concepto fijado por el a quo en la suma de \$ 20.000, por no haber sido apelada por la actora.

En consecuencia, con estos fundamentos deberá rechazarse el agravio de la citada en garantía.

## 2) Gastos de tratamiento psicológico.

Bajo este rubro la actora solicita dos conceptos diferenciados, por un lado la indemnización de la incapacidad sobreviviente en el aspecto psíquico producido por el fallecimiento de su cónyuge y, por el otro, la reparación de los gastos futuros de tratamiento psicológico.

El juez de grado hace lugar al resarcimiento de los gastos de tratamiento psicológico y desestima el rubro "daño psíquico" por considerarlo incluido en la indemnización del daño moral. Además de no compartir la identificación del daño psicológico con el daño moral desde un punto de vista conceptual; en este caso debe destacarse, que la perito psicóloga ha considerado que la actora sufre una incapacidad psíquica del 20 %, por lo que tratándose de incapacidad sobreviniente excede el concepto de daño extrapatrimonial. De todas maneras, no habiendo sido el rechazo apelado por la actora, no cabe modificar la decisión del primer sentenciante.

La citada en garantía cuestiona en esta instancia la procedencia de los gastos de tratamiento psicológico, por considerar que derivados de la muerte de su cónyuge no guardan relación causal con responsabilidad alguna por parte de su asegurada.

El dictamen pericial psicológico de fs. 289/293 concluye que la actora no ha podido resolver el duelo por la muerte de su esposo padeciendo efectos propios de un síndrome depresivo, concluye que el hecho y su secuela han ocasionado un daño psicológico parcial y permanente que provoca un estado parcial de desvalimiento con consecuencias sobre el conjunto de la organización psíquica, estima una incapacidad del 20% de la total y sugiere la realización de un tratamiento psicológico durante un plazo de un año a razón de una vez por semana, con un valor estimado por cada sesión de \$ 70.

Las aclaraciones que a fs. 302/308 efectúa la perito psicóloga a las impugnaciones de fs. 302 resultan suficientes para rechazar los cuestionamientos, máxime cuando fueron realizados sin consultor técnico que los avalara.

En consecuencia y de acuerdo a la sana crítica el informe pericial ha adquirido plena eficacia probatoria en los términos del art. 477 del Código Procesal.

La misma experta ha manifestado expresamente en sus aclaraciones que ha tomado solamente las secuelas que presenta la actora relacionadas con el hecho de autos. Por ello, el agravio deberá ser rechazado, confirmando la suma de \$ 3.650, por no haber sido apelados por la parte actora.

## 3) Daño moral.

Se queja también la aseguradora de la procedencia del daño moral.

El art. 1078 del Código Civil se refiere a la obligación de resarcir, de reparar el agravio moral, alejándose del concepto de pena y sanción. El daño moral constituye, pues, lesión a intereses morales tutelados por la ley, y si bien resulta difícil valorar tal menoscabo, ello no significa que el dolor y las aflicciones no sean susceptibles de apreciación pecuniaria. En tal caso, la indemnización monetaria

cumple una función reparadora o de satisfacción, aun cuando no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso. (conf. Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, 2 parte, vol.II, pág. 72; Von Thur, Tratado de las Obligaciones, T I, pág. 99, núm.15; Salvat-Galli, Obligaciones en General, T I, pág. 215, núm.187; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, T I, pág. 371; Busso, Código Civil Anotado, T III, pág. 414; Orgaz, El daño resarcible, pág. 230, núm.57; Colombo, En torno de la indemnización del daño moral, La Ley 109-1173; Brebbia, El resarcimiento del daño moral después de la reforma, E.D. 58-230; Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, núm.509; Mosset Iturraspe, Reparación del daño moral, J.A. 20-1973-295; Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, pág. 321 y ss.

Además se contempla el daño moral con sentido resarcitorio, y por otra parte se lo considera en su más amplia dimensión conceptual, razón por la cual sus límites no se fijan en el tradicional pretium doloris sino que se extienden a todas las posibilidades -frustradas a raíz de la lesión- que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida (Bueres, El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta, en Derecho de daños, Homenaje al Profesor Jorge Mosset Iturraspe, p. 176).

Ello no excluye que la reparación del daño moral habitualmente revista el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se le atribuye. La reparación cumple una función de justicia correctiva y sinalagmática que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima y la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el agente del daño (Zannoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, pág. 325 y ss.).

En el caso de autos las mismas circunstancias que llevaron a la muerte de su cónyuge, no cabe duda, permiten presumir el daño moral cuyo resarcimiento se solicita. Corresponde pues confirmar la suma de \$ 50.000 fijada por el primer sentenciante.

V.- Condena a la citada en garantía.

La actora se agravia porque se ha condenado a la citada en garantía en la medida del seguro, cuando la aseguradora no demostró la existencia de la franquicia.

Al contestar la citación a fs. 102 la citada en garantía opone el límite de la cobertura y la franquicia de \$ 10.000 agregando copia del contrato. Tales extremos no han merecido oposición de la actora.

Por ello, no corresponde acoger el agravio en esta etapa procesal en función del principio de preclusión.

VI.- Intereses.

La actora se queja de la tasa de interés que se determinó en la instancia anterior solicitando la aplicación de la tasa activa conforme doctrina plenaria del fuero en el fallo "Samudio".

Entiendo que le asiste razón. En este aspecto, cabe aplicar la doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios", obligatoria para el fuero civil de la Capital Federal, por la que se 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 establecer que para el cálculo del interés moratorio corresponde aplicar 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".

En virtud de ello, y conforme lo prevé el art. 303 del Código Procesal, corresponde modificar el decisorio de grado y establecer que para el cálculo de los intereses moratorios corresponde aplicar 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.

En consecuencia, si mi voto es compartido por mis distinguidos colegas, deberá modificarse la sentencia, haciendo lugar totalmente a la demanda y condenando a los demandados a abonar a la actora, en el plazo de diez días, la suma de \$ 73.650, con más los intereses desde la constitución en mora. Confirmarla en todo lo demás que decide y fue objeto de agravios. Las costas de alzada se imponen a las demandadas vencidas (arts. 68 del Código Procesal).

La Dra. Díaz y el Dr. Ameal, por las consideraciones y razones aducidas por la Dra. Hernández, votan en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Buenos Aires, 26 de febrero de 2010.-

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide revocar la sentencia de grado en el sentido de: 1) Hacer lugar totalmente a la demanda condenando a los demandados a abonar a la actora, en el plazo de diez días, la suma de \$ 73.650, con más los intereses desde la constitución en mora; 2) Confirmarla en todo lo demás que decide y fue objeto de agravios; 3) Las costas de alzada se imponen a las demandadas vencidas (arts. 68 del Código Procesal); 4) Diferir la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos liquidación definitiva (art. 279 del Código Procesal).

LIDIA B. HERNANDEZ.

SILVIA A. DÍAZ.

OSCAR J. AMEAL.

CAMILO ALMEIDA PONS-SEC.

(ES COPIA).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.-