

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS - MUERTE DE UN HIJO - MALA PRAXIS - MÉDICOS - HOSPITALES Y SANATORIOS - DIAGNÓSTICO MÉDICO - RESPONSABILIDAD MÉDICA - TRATAMIENTO MÉDICO - CULPA CIVIL - CULPA GRAVE - CULPA IN VIGILANDO - NEGLIGENCIA - CONCAUSA - PRUEBA DE PERITOS

Partes: P. G. y otra c/ Clinica Modelo Los Cedros S.A. y otros | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza

Sala/Juzgado: Primera

Fecha: 2-dic-2014

Cita: MJ-JU-M-90446-AR | MJJ90446

Producto: LJ,MJ,SYD

Corresponde confirmar la procedencia de la demanda de mala praxis pues el mal estado de salud del paciente se agravó y causó su muerte, por la deficiente atención que recibió por parte de los responsables médicos del nosocomio.

Sumario:

1.-Corresponde concluir que la actuación profesional del equipo médico de la clínica demandada han tenido, -con su conducta médica culposa-, una incidencia con-causal del 50% en la producción del mal cuadro que portaba pre-existentemente el paciente a su ingreso en el nosocomio y que luego le causara la muerte, pues el otro 50% se imputa concausalmente al mal estado de salud que portaba a su ingreso, atribuible al casus (caso fortuito o fuerza mayor), en conjunción a la culpa médica, con aplicación del principio de la paridad , cuando es imposible científicamente determinar el grado de con-causalidad, co-adyuvante.

2.-Toda vez que los dictámenes periciales se ajustan a las prescripciones legales de los arts. 472 y 474 del CProc., cabe declararles valor y fuerza probatoria.

3.-Corresponde admitir la responsabilidad civil del médico demandado en su calidad de jefe del equipo médico de terapia intensiva, sobre la base de la culpa in eligendo y/o in vigilando , en razón de que como jefe, da instrucciones e indicaciones médicas, fiscaliza y controla el cumplimiento de las indicaciones que imparte a su personal médico subordinado y auxiliares y asimismo, controla que estos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo concurrentemente responsables si por ineficiencia o insuficiente o deficiente control de los actos ejecutados por sus subordinados, resulta un daño para terceras personas.

4.-Puesto que el jefe del equipo dirige, coordina y controla a sus subordinados dependientes, queda

alcanzado por un reproche conjuntamente endilgado al nosocomio privado donde se desempeña, sea por acción u omisión negligente o culposa y/o por la falta de pericia médica por el diagnóstico desacertado y la aplicación de una terapia inadecuada, y por no haber arbitrado, coordinado y dispuesto eficazmente de todos los medios para que el paciente mejorara su estado de salud.

5.-Corresponde admitir la responsabilidad civil del médico jefe del equipo de terapia intensiva toda vez que al existir una coordinación jerárquica, el jefe y lo que caracteriza al equipo médico como tal, es la preexistencia del médico jefe que actúa conjuntamente con sus galenos auxiliares o paramédicos, coordinándolos y supervisando la actividad médica prometida, siendo ésta la característica que distingue a éste tipo de actuación de sujetos múltiples de carácter meramente colectivo.

6.-El fundamento de la responsabilidad del jefe del equipo se encuentra en la existencia de una obligación tácita de seguridad, por el cual el jefe del equipo se compromete por el hecho de sus auxiliares (art. 1113 del CCiv.) y la responsabilidad de éste se extiende efectivamente al garantizar las prestaciones que realizan sus dependientes y que controla o supervisa, pues el jefe del equipo es el que orienta, supervisa coordina y controla.

7.-Puesto que la asistencia médica prestada de modo o forma demorada, -no prestada en tiempo oportuno, conforme lo prescribe legalmente el art. 512 del CCiv.-, y/o brindada de modo inadecuado y no de acuerdo a las reglas del arte médico y de las técnicas o protocolos científicos que deben cumplirse paso a paso o de acto médico a acto médico, y con mayor razón cuando otra es la exigencia que se desprende de la dolencia del paciente, configuran la negligencia e impericia médica.

8.-La negligencia e impericia médica se caracterizan por hacer menos de lo debido y en actuar con falta de capacidad o de idoneidad técnica-científica, referente al ejercicio de una función determinada, profesión o arte, denominada como inobservancia de las reglas del arte o mala praxis o mala practica ; en otras palabras, es la falta total de pericia médica.

9.-Toda vez que el paciente portaba al ingreso al nosocomio, una herida de bala en su abdomen con orificio de ingreso sin orificio de salida, y portaba además una disfunción leve renal, sumado a los daños causados por la mala praxis médica aplicada inadecuadamente por los galenos en la persona del paciente, hay suficientes elementos probatorios, de conformidad a las pericias practicadas, para tener por cumplido o acreditada, la irregular prestación del servicio de salud a cargo de la clínica demandada, con suficiente incidencia con-causal en el lamentable desenlace fatal, que concluyó con la muerte del paciente.

10.-Puesto que se han omitido realizar las diligencias necesarias que exigían la naturaleza de la obligación de los profesionales médicos, que se corresponden con las circunstancias que rodean a la obligación contractual, de la persona, es decir del profesional médico deudor de la obligación, del tiempo oportuno en el cual debía cumplirse la prestación médica y del lugar de cumplimiento de la obligación (art. 512 del CCiv.), hubo culpa profesional médica, agravada con un diagnóstico médico inadecuado e incierto, al mal estado de salud en que se hallaba el paciente.

11.-Habiéndose comprobado que la muerte del paciente fue producida por un shock séptico generalizado e hipovolémico, por el antecedente del trauma duodenal con posterioridad de las intervenciones quirúrgicas, el actuar de los accionados responsables tuvo una incidencia con-causal consistente en el agravamiento del cuadro hemodinámico del paciente, al no detectar en tiempo oportuno y tratar terapéuticamente la insuficiencia renal aguda que presentaba el actor, sin haber elaborado un tratamiento médico quimioantibiótico adecuado al mal estado de salud.

12.-Corresponde absolver al Director Médico de toda responsabilidad por el hecho pues el Director, por su función de organizador médico-administrativo del establecimiento, dirige y ejecuta ciertas

funciones, pero en modo alguno es quien ejecuta el acto médico y menos aún es responsable, cuando como en el caso, existe un Jefe de la Unidad de Terapia Intensiva (médico especialista en el tema) que es el responsable civil, quien cuenta con autonomía e independencia técnica científica médica.

13.-Corresponde absolver de responsabilidad al Jefe de Cirugía pues el médico cirujano no se encarga en forma directa de cuidar el medio interno del paciente, ya que para ello y en este caso, había un médico terapeuta que cuidaba del medio interno.

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 2 días del mes de diciembre de dos mil catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial La Matanza, Doctores Ramón Domingo Posca y José Nicolás Taraborrelli, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: "P. G. y Otra c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A. y Otros s/ Daños y Perjuicios" (causa nro. 2985/1), habiéndose practicado el sorteo pertinente - art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: Dr. Taraborrelli, Dr. Posca; resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ª cuestión: ¿Corresponde decretar la deserción del recurso incoado a fs. 1044?

2ª cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada?

3ª cuestión: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI, dijo:

I.- Antecedentes del caso

Se trata de un paciente que ingresa a un nosocomio privado con un disparo de arma de fuego en la zona del abdomen y que es internado en terapia intensiva. Luego se le realizan dos operaciones y después de 9 días de internación fallece. Los padres del occiso promueven demanda de daños y perjuicios por mala praxis médica. Producida la prueba, el Sr. Juez de Primera Instancia hace lugar parcialmente a la demanda, condenando al jefe de terapia intensiva y al establecimiento asistencial a pagar los daños y perjuicios causados, con más sus intereses y costas.

II.- Los recursos de apelación y sus agravios

La sentencia dictada a fs. 969/1037 fue apelada por: a) Los actores a fs. 1044; b) Por el médico demandado Dr. Licht a fs. 1045, concediéndose dichos recursos a fs. 1046; c) Por la clínica Modelo Los Cedros S.A. a fs. 1049, concedido a fs.1050.

Radicados los autos ante ésta Secretaría de la Sala Primera sorteada para intervenir en la resolución de los recursos interpuestos, expresan agravios los apelantes bajo el siguiente orden.

II. a- Agravios de los actores

A fs. 1074/1082 se agravian los actores de la sentencia por ellos recurrida en éstos términos: a)

cuestionan la absolución de responsabilidad de los Dres. Cataldo y Haddad, insistiendo en que los mismos son civilmente responsables;

b) Se agravia de la valoración que hace de los daños y perjuicios ocasionados, considerando que son excesivamente bajos y c) Finalmente sostienen que la reducción del 50% sobre los rubros cuantificados resulta ser improcedente.

II. b- Agravios de la Clínica Modelo Los Cedros S.A.

elevados, pidiendo la reducción de los mismos.

II. c- Agravios del Jefe de la UTI Dr. Licht

A fs. 1086/1113 se queja de la sentencia dictada en Primera Instancia por cuanto sostiene que la misma le causa agravios a sus intereses patrimoniales, bajo las siguientes críticas: a) Que se desprende de la misma que efectúa un desconocimiento de la prueba conducente más importante efectuando una interpretación irracional, b) se caracteriza por la carencia e insuficiencia de argumentos, sustentadas en afirmaciones dogmáticas, c) Que el a quo haya considerado que el demandado es responsable del fallecimiento de P. , d) Que

S.S. haya considerado la existencia de una relación de causalidad adecuada entre la atención brindada y el fallecimiento de P. , e) En la errónea interpretación que rige la relación de causalidad en cuanto al origen de las lesiones que llevaron al paciente al deceso, todas ajenas a la actuación del suscriptos y de los médicos del servicio de UTI; f) Que se le haya restado a P. una chance de curación; g) Que el "a quo" lo haya considerado como responsable; h) Se queja de la imposición de costas; i) Subsidiariamente para el hipotético caso en que Vuestra Señoría no hiciera lugar a su petición, se agravia de los montos fijados por S.S. por considerarlos elevados.

Seguidamente, a fs. 1119/1121 la clínica demandada contesta el traslado de los agravios ordenado por el escrito de las quejas expuestos por la actora.

A fs. 1122/1144 contesta el demandado Dr. Licht el traslado de los agravios expuestos por la actora, solicitando la deserción del recurso por no ajustarse

-a su modo ver- a las prescripciones legales del art. 265 del CPCC. Subsidiariamente contesta el traslado de los agravios expuestos por los accionantes, respecto a la valoración de los rubros indemnizatorios.

A fs. 1132/1140 la parte actora contesta la expresión de agravios del Dr. Guillermo Licht y a fs. 1141/1144 la misma parte contesta el traslado de la expresión de agravios de la "Clínica Modelo Los Cedros S.A."

LA SOLUCIÓN

III.- La deserción del recurso de apelación interpuesto por la actora.

Previamente Licht a fs. 1119/1121 vta. y 1122/1131 vta. respectivamente, manifestando que la expresión de agravios de la parte actora, no satisface la exigencia contenida en el art. 260 del C.P.C.C. por lo que corresponde se decrete su deserción. En efecto, de la atenta lectura de la pieza de agravios que luce glosada a fs. 1074/1082 vta., surge a todas luces y "prima facie", desde la óptica puramente formal que dicho escrito que impugna el pronunciamiento de Primera Instancia, constituye una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que los apelantes -desde su ángulo de visión subjetivo- consideran

equivocado. Por lo tanto, corresponde decretar el rechazo del pedido de deserción del recurso, por ajustarse la pieza cuestionada, desde la óptica técnico-formal y "prima facie" a las prescripciones legales del art.260 y 261 del C.P.C.C.

NEGATIVA

NEGATIVA.

Por las consideraciones legales expuestas, VOTO POR LA

Por análogos fundamentos el Doctor Posca también VOTA POR LA

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI dijo:

Centrados los agravios que constituyen el marco cognoscitivo de los recursos de apelación interpuestos por las partes, procederé metodológicamente al tratamiento de los mismos, siguiendo éste orden a saber:

IV.- Responsabilidad por culpa del médico

La obligación que asume el médico no es de resultado o determinada de curar al enfermo, sino solamente una obligación de medios, es decir que se compromete a atender al paciente con la debida prudencia y diligencia, actuando con cuidado y previsión. Por ello se ha declarado que: "cualquiera fuere la fuente de su obligación, contractual o aquiliana, el médico nunca puede prometer la conservación de la vida del paciente ni la extirpación de la dolencia; basta que actúe en la conducción de sus actos profesionales con la diligencia común a todo ser humano" (Cám. Nac. Civ. Sala c, 12/VI/1964, El Derecho T° 8, p. 268, fallo 4428). Agregando Bustamante Alsina que debe poner en la ejecución de sus obligaciones todo el cuidado y la atención exigibles a su calidad profesional (Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la responsabilidad civil, pág.456).

Se considera ejercicio de la medicina "anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas y el asesoramiento público o privado y las pericias que practiquen los médicos, cirujanos o doctores en medicina.

En la actualidad se entiende que la responsabilidad médica, está sujeta a las reglas generales y el factor de atribución de responsabilidad correspondiente es la culpa, a menos que se trate de un caso particular en el que rija la atribución de responsabilidad objetiva.

El contrato de servicios médicos no es normalmente un contrato de obra, sino de servicios. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia española, como también la francesa y la italiana, que parte de que la prestación del médico, dirigida a la curación del enfermo, es de actividad o de medios y no de resultado (Cabanillas Sánchez Antonio, Las obligaciones de actividad y de resultado, Ed. José María Bosch Editor S. A., España, Barcelona, año 1993, pág. 99).

Philippe Le Tourneau opina que cada vez que la obligación sea de medios no basta al acreedor probar la ausencia de resultado para ser indemnizado, puesto que el deudor no había prometido ese resultado. El acreedor debe positivamente establecer que la inejecución de la obligación convenida obedece al hecho de que el deudor no se ha comportado con toda la diligencia necesaria, es decir, escrutar y apreciar su comportamiento (Le Tourneau Philippe, La Responsabilidad civil profesional, traducción Javier Tamayo Jaramillo, République Francaise, Ed. Dalloz, año 2.005, Legis Editores, A. a. Bagota,

Colombia, año 2.006, p. 28).

En un precedente de fecha 22/8/95 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el acuerdo 55.133, caratulada: "Cayarga José Eduardo c/ Clínica Privada Dres. Marcelo S.Tacchela y otros s/ daños y perjuicios", adoptó decididamente la posición que recepta la tesis de las cargas dinámicas probatorias y dijo: "En este orden de ideas debe tenerse en cuenta que el actor acreditó a través de la prueba pericial la culpa del facultativo, por lo que a este le incumbía demostrar que utilizó los medios apropiados para lograr la salvación del paciente. Juega aquí lo que se ha denominado carga interactiva de la prueba porque en el caso particular analizado eran los demandados quienes estaban en mejores condiciones de acreditar

-a través de la historia clínica y demás elementos que tenían a su alcance- que la enferma hubiera fallecido (art. 375 del Cód. Proc.). Opera en esta situación el "deber de colaboración" del galeno, por lo que su actitud en el proceso no puede limitarse a una mera negativa, tiene que "colaborar" en el esclarecimiento de la verdad" (Castellanos Juan Manuel, Buena y Mala Practica Médica, Ed. Alcotan S. A., Bs. As, Ciudad de Morón, año 1.996, ps. 108/109).

En torno a la responsabilidad de las clínicas -dice Bueres- que es objetiva, pues revelada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable o irrefragable (queda de manifiesto la violación del crédito de seguridad, el establecimiento sanitario no puede probar su no culpa en la elección o en la vigilancia). Agrega, asimismo que está permitido a las clínicas probar la ausencia de culpa del facultativo, cuando estén en juego obligaciones de medios, puesto que aunque ese factor de imputación (la culpa) no hubiere de proyectarse reflejamente sobre la entidad, su prueba en sentido negativo impedirá el nacimiento de la obligación de seguridad por falta de una exigencia: la culpa del médico. Sin embargo, podrá la clínica tanto en los supuestos de obligaciones de medio como de resultado, hacer patente que el daño no es imputable a la culpa del galeno, sino que el daño proviene de un caso fortuito, con lo cual quedará destruida la relación de causa a efecto (Bueres Alberto J., responsabilidad civil de los médicos, Tº I, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1.994, ps. 385/390).

En el caso bajo examen, la demandada Clínica Modelo Los Cedros S. A., consintió la parcela del fallo (tópico IV, fs. 1.006 y 1.006 vta.) mediante el cual se la condena objetivamente como responsable civil, por la violación del crédito de seguridad, sobre la base de la culpa atribuida subjetivamente al plantel de médicos (integrantes de la UTI) que asistieron al fallecido, siendo responsable su jefe demandado y que pertenecen a dicha institución privada, por resultar ser la misma garante del deber de seguridad, por los daños causados por el hecho ajeno (ver escrito de fs. 1083/1085 que no cuestiona la responsabilidad que se le endilga o sindicada).

IV. a- Eco jurisprudencial sobre la culpa leve La culpa leve en la responsabilidad médica

La culpa leve se subdivide en culpa leve en abstracto y culpa leve en concreto. La culpa leve en abstracto: según los comentaristas de derecho romano designaba así la culpa que no cometería un buen administrador: se comparaba de una manera abstracta la conducta del deudor a la de un buen padre de familia (*diligens pater familias*) y se le tiene por responsable del daño causado al acreedor cuando se estima que éste no ha actuado como lo habría hecho este buen administrador. Se responde de esta culpa cuando las dos partes tienen interés en el contrato. En la época de Justiniano era el derecho común en materia de contratos de buena fe, y pesa sobre el vendedor, como sobre el acreedor prendario y aún sobre el mandatario en mandato oneroso (Bustamante Alsina J. Teoría General de la Responsabilidad Civil, op.cit, pág. 30 nro. 48). La culpa leve en concreto: Decía Bustamante Alsina que los intérpretes del derecho romano han dado este nombre a la culpa apreciada de una manera concreta, según la conducta habitual del deudor; es la culpa que éste no cometería en la administración de sus propios negocios. Se le exige el mismo cuidado que en la gestión de su patrimonio (Bustamante Alsina Jorge, opus cit. pág. 31 nro. 49).

IV. b- La culpa leve del médico.

La culpa leve del médico genera responsabilidad, pues quien ejerce tal ministerio se halla normalmente obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud y la vida del paciente (CNCiv. , Sala A, 2-6-2.004, "Larrosa Juan C. y otro c/ Sanatorio Quintana S. A.", cit. por Barbado Patricia Bibiana, La Culpa, Jurisprudencia nacional, en la obra colectiva, Revista de Derecho de Daños, 2.009, La Culpa I, Doctrina y jurisprudencia, Director Jorge Mosset Iturraspe y Coordinador Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, págs. 306).

La culpa se sustenta en: a) la previsibilidad de las consecuencias perjudiciales, pues se configura cuando no se ha previsto lo previsible o cuando, previsto, no se ha tomado las medidas necesarias para impedir el daño, o bien se ha afrontado voluntariamente la posibilidad de que éste se produzca.; b) la culpa leve igualmente genera responsabilidad pues está obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud y la vida del paciente. c) No exime de responsabilidad al jefe del departamento de urgencias el hecho de que el acto quirúrgico se haya realizado fuera de su horario de trabajo, pues debió, los días subsiguientes, compulsar de manera crítica y con la experiencia profesional acorde a un jefe de servicio, las deficientes constancias de la historia clínica. d) El deber de previsión de las consecuencias dañosas adquiere especial relevancia en el caso de responsabilidad profesional de los médicos. Así, la culpa se presenta no solo como el actuar imprudente de quien obra de manera precipitada y sin prever las consecuencias del acto irreflexivo, sino además cuando se omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso. Por tanto, no puede excusarse la responsabilidad en el mero hecho de que el tratamiento adoptado era una de las alternativas posibles frente a las complicaciones que inicialmente presentó el paciente al tiempo del acto quirúrgico, o bien dicho la desfavorable evolución del cuadro postoperatorio. e) Cuanto está en juego la vida humana, la menor imprudencia, el descuido pequeño o la negligencia leve, adquiere una dimensión especial que le confiere una singular gravedad. Por tanto, el médico está obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud y vida del paciente. f) La responsabilidad del médico por los daños ocasionados a un paciente debe valorarse no sólo por las pautas del art. 512 del Cód. Civ., sino además en virtud de la mayor capacidad de previsión del profesional, de conformidad con lo dispuesto por el art. 902 del mismo ordenamiento. (Cám. Nac. Apel. En lo Civil, Sala A, Fecha 7/3/97, partes: "S., B. E. y otras c. Municipalidad de Buenos Aires, cita Online: AR/JUR/4225/1997, La Ley).

IV. c- Modelo de profesional o artífice.

Carlos A. Ghersi se pregunta ¿Hay una culpa medica distinta de la culpa del hombre común?. Responde: que no hay distinción que hacer, pero debe establecerse un juzgamiento más riguroso en base al art. 902 del Cód. Civ. Ello se discutió en el famoso caso: "Mackinson", en la Sala D de la Cámara Nacional en lo Civil: "En lo referente a la individualización -o apreciación- de la culpa de los médicos, no es dable distinguir una culpa "profesional" (transgresión de las reglas de orden científico trazadas por el arte médico) de otra supuesta categoría identificada como culpa "común". Por consiguiente, la culpa de los médicos está gobernada por las reglas generales orientadoras de la especie; el juez deberá echar mano art. 512, del Cód. Civ., y merituar en concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar. A esos efectos, servirá de auxilio la norma del art. 902, del Cód. Civ., para mensurar la extensión del deber de previsión del sujeto (CNCiv., Sala E, 29/10/82, Mackinson Jorge c/ Wilk Alfredo; J. A., 1983- II-677, fallo: 32.217)(Ghersi Carlos A. Responsabilidad por Prestación Médica Asistencial, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1987, ps. 72/73). En igual sentido se pronunciaron la Sala E en autos: "Sachi de Reggie Teresa c/ Altman Canestri E", La Ley 1981-D-130 en fecha 25/11/80, y la Sala F en autos: "Bernal Samuel c/ DIBA", en fecha 24/8/82, E. D. 102-329 (integrada por los Dres. César Yáñez, Pedro R. Speroni y Jorge E. Beltrán), de la misma Cámara Nacional en lo Civil (Ghersi Carlos

A. Opus. cit. p.73).

Para juzgar la conducta médica - como un obrar humano- hay que tener en cuenta las circunstancias externas, dado que las condiciones personales del profesional (conocimiento, habilidad, inteligencias, experiencia, etc.) no son computables, excepto para graduar el límite de previsibilidad en los términos del art. 902 del Cód. Civ. Sin embargo, en el caso particular de la responsabilidad profesional (médicos, abogados, escribanos, contadores, etc.) jugará un papel importante -desde la óptica jurídica- el precepto legal del art. 909 del Cód.Civ., en cuanto a la órbita contractual que autoriza a considerar las aptitudes del profesional, si éstas fueron tenidas en mira al contratar, vale decir, si tales cualidades o calidades pueden erigirse en motivos determinantes de la voluntad. Una vez realizada esta operación en concreto, el juez imaginará el tipo abstracto u objetivo que le servirá de comparación. Ese cartabón será fluido, laxo y se establecerá referido al obrar de un profesional prudente de la categoría o clase a la que pertenezca el sujeto profesional deudor.

Si bien el concepto de culpa es único, ello no implica que haya distintos matices y muy útiles para el estudio de los casos concretos. La culpa profesional puede darse o manifestarse a través de distintos modos, formas, rostros o matices que son: a) Impericia: que comprende la falta total o parcial de pericia, entendiéndose por ésta la sabiduría, conocimientos y experiencia técnica-científica y habilidad en el ejercicio de la profesión, es decir el obrar que viola las reglas técnicas, b) Imprudencia: Conceptualizada como la falta de prudencia; realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones, calificado como el obrar torpe o grosero y que puede definirse como la conducta positiva contraria a lo que el buen sentido aconseja, c) Negligencia: Es una de las formas de la culpa profesional, es hacer menos de lo que se debe hacer, y como ejemplo, Ghersi cita: "el caso del médico que olvidó retirar instrumentos o gasas en las intervenciones quirúrgicas", que constituye evidentemente un supuesto de negligencia. (Ghersi Carlos A. Opus cit. p. 76).

Sin embargo, aun cuando no exista un concepto profesional de culpa, ni una concepción de artífice o perito como paradigma de apreciación, sin duda en todo el Código campea la máxima del art. 902, que lleva a la obligación de extremar los recaudos a quien ostenta cualidad o conocimientos especiales arquetípicamente un profesional universitario en el ejercicio de su profesión -es obvio, opinan Trigo Represas y López Mesa- que es razonable que no cabe equiparar un profesional (vgr.un arquitecto, un ingeniero, un médico, etc.) a un hombre común. La responsabilidad profesional se basa en una culpa determinada por la omisión de la diligencia especial exigible por sus conocimientos técnicos, exigencia que no puede configurarse con la más simple de un hombre cuidadoso (Trigo Represas y López Mesa, Tratado de Responsabilidad Civil, Tº II, Edit. La Ley, p. 717).

d- Rostros de la culpa o sus modos de configuración: negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de los reglamentos

La culpa puede manifestarse o presentarse de diversas maneras o se configura de distintos modos, ya sea como acto voluntario exterior de conducta humana (el obrar o hecho propio -como hecho ilícito- que causa un resultado dañoso o bien a través del incumplimiento contractual que produce daño), canalizándose por medio de la negligencia, la imprudencia, la impericia o la inobservancia de los reglamentos, y de allí los rostros de la culpa.

Negligencia. Consiste en una conducta omisiva: No tomar las precauciones necesarias al encarar una acción; en realidad el art. 512 del Cód. Civ., define este rostro al señalar que la culpa consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y sus circunstancias. Por ejemplo, el sujeto que procede a la quema de malezas, se retira del campo sin verificar que el fuego esté absolutamente apagado (Kemelmajer de Carlucci A. y Parellada Carlos, Capítulo VIII, Los factores Subjetivos de Atribución, en la Obra Colectiva Responsabilidad Civil, de Mosset Iturraspe y Kemelmajer de Carlucci y otros, Ed. Hammurabi. Bs. As. 1992 ps. 143/144). La negligencia es

sinónimo de descuido y omisión. Como elemento o forma de la culpa, es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto jurídico o en un hecho humano. Puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión (Yungano, Lopez Volado, Poggi y Bruno en Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ed. Universidad, Buenos Aires 1982. p. 160).

Imprudencia. Es la falta de prudencia, realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones (Alterini, Ameal y Lopez Cabana, Curso de Obligaciones, Tomo II, p. 184). En los supuestos de responsabilidad profesional la prudencia debe ser -o es- una de las virtudes profesionales, pues es esencial que el profesional ejerza su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción, cuidado y previsión. En sentido estricto se identifica con el conocimiento práctico y por lo tanto idóneo y apto para la realización del acto profesional y supone el ejercicio de otros valores o conductas, conjugándose en ella la experiencia, la comprensión del caso actual, la claridad, para el saber qué es lo que se debe hacer. Por ejemplo: un médico que inyecta a un paciente una sustancia medicamentosa, sin verificar previamente si éste es o no alérgico al medicamento. También esta forma de manifestación de la culpa, dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual, es una conducta positiva, consistente en una acción de la cual había que abstenerse o en una acción que ha sido realizada precipitadamente. Los autores Kemelmajer de Carlucci y Parellada dan el siguiente ejemplo: "el conductor de un automóvil ingiere bebidas alcohólicas antes de conducir" (Kemelmajer de Carlucci y Parellada, Opus. Cit. p. 144). Resulta una conducta imprudente la de una persona que en estado de ebriedad cruza una ruta -de doble trocha de circulación- por un lugar prohibido, de noche y a la carrera.

"La justicia consideró imprudente la conducta del médico que en una parturienta con antecedentes de dos cesáreas no empleó este método en el tercer parto y si bien extrajo feto y placenta, se produjo el estallido del útero y la ruptura de pared de vejiga, con la imposibilidad de procreación (CNCiv. Sala A, 14/9/76, "E. D.", 72-525)" (Yungano, López Bolado y otros, op. cit., p.159) . "La imprudencia es otra de las formas que puede asumir la culpa y quedará configurada en el supuesto de realizar una transfusión sin establecer antes los grupos sanguíneos, pues la incompatibilidad entre los grupos del dador y del receptor puede ocasionar -entre otros daños- una nefrosis del nefrón inferior, llamada también nefritis tubular aguda, o tóxica, o necrótica, o degenerativa, con lesiones degenerativas en los túbulos renales, anuria e insuficiencia renal aguda con grave pronóstico" (CNPaz, Sala IV, 20/4/56, L. L., 83-434) (Yungano y otros, opus. cit. p 159)

Impericia. Es la falta de capacidad o idoneidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte. A esta forma o rostro de la culpa también se la denomina "inobservancia de las reglas del arte" o "mala praxis" o "mala practica". En la especie, es la falta total o parcial de pericia, entendiéndose por esta la sabiduría, conocimientos técnicos-científicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de determinada profesión u oficio. Así, la realización de una intervención quirúrgica sin conocer adecuadamente las reglas técnicas. Además, Kemelmajer de Carlucci y Parellada suministran el siguiente ejemplo: "el caso de un profesional médico que desconoce que un determinado medicamento puede producir reacciones alérgicas, no obstante que ésta es una eventualidad científicamente comprobada" (Kemelmajer de Carlucci y Parellada, opus cit. p. 144).

Se ha sentenciado en el sentido de que: "Las transfusiones de sangre indebidamente realizadas ponen en evidencia de la impericia de los profesionales dado que conforme a la técnica actual se considera una práctica médica segura" (CCCMin. de San Juan, Sala Primera, 14-12-2.001, autos: 16.529, "Cañada Inés María c/ Estado Provincial s/ daños y perjuicios", L. de S., t. 81, fo. 151/162) (Alferillo, Pacual E., La culpa jurisprudencia de la Provincia de San Juan, en la obra colectiva Revista de Derecho de Daños, La Culpa I, bajo la Dirección de Mosset Iturraspe y Lorezetti, Ed. Rubinzal Culzoni, Sante Fe, año 2009, ps. 530/1.

IV. e- Inobservancia de los reglamentos y de los deberes del cargo

La inobservancia de los reglamentos y de los deberes del cargo o de la función constituyen otras formas o modos de responsabilidad civil con culpa, que podrán circunscribirse solo en la esfera administrativa si no se ha causado daño alguno, o sumarse a ello la instancia judicial si se lo provoca. A título de ejemplo puede citarse: la omisión o defecto en la confección de la historia clínica; recetar medicamentos no autorizados por la autoridad sanitaria; abandonar el lugar de su empleo; ausentarse de la guardia; no obtener el consentimiento informado del paciente o de sus familiares; no fiscalizar las tareas del personal auxiliar o subordinado que deberían cumplir con las indicaciones dadas por el profesional médico, etc.

IV. f- Reflexión final sobre estos rostros de la culpa

Todos estos modos o formas de manifestarse la culpa pueden combinarse entre sí: se puede ser perito o técnico en determinada actividad profesional, o sea tener la idoneidad o las aptitudes y no emplearlas, en cuyo caso se obra con negligencia; o bien, poseer toda la pericia debida, empero, sin embargo, actuar temerariamente, vale decir con imprudencia o no observando la debida diligencia establecida o prescrita por el reglamento u ordenamiento legal que regula la actividad o la función según el caso. Resulta en la especie, que tanto la impericia, la imprudencia, la negligencia, la inobservancia de los reglamentos o de los deberes del cargo, pueden ellas superponerse en un caso concreto, resultando difícil separar, por ejemplo, la impericia, de la imprudencia o de la negligencia.

"A veces pueden conjugarse impericia, imprudencia y negligencia:ello ocurrió en el caso en que el médico produjo tres perforaciones en el intestino de una paciente menor, al hacerle un raspaje (impericia) y no vigiló su estado ni dio aviso a sus padres (negligencia) dándole autorización a la menor para que en el supuesto de sentirse mejor, abandonara el sanatorio, constituyéndola en juez de su propio estado (imprudencia)"(C2°CC. La Plata, 5/8/58, JA, 1958-IV-531, cit. por Yungano y otros, opus cit. p. 160).

"Asimismo, existe imprudencia (y negligencia) cuando se somete al paciente a un tratamiento con penicilina (imprudencia) sin haber efectuado previamente la reacción pertinente (negligencia) y a raíz de lo cual se ocasiona una pérdida de capacidad para el trabajo" (CNCiv. Sala A, 29/7/77, ED 74-561 cit. por Yungano y otros, p. 160).

IV. g- Conjunción de culpa y "casus"

Será materia de estudio en este acápite la concurrencia del caso fortuito con la culpa del accionado. Se trata de otra hipótesis donde el caso fortuito no resulta única causa del incumplimiento o del daño y concurre con el accionar dañoso del demandado (Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I, Ed. Perrot, Bs. As. 1983, ps. 254/5; Cazeaus-Trigo Represas, opus cit. p 372; Salvat Reimundo M. Tratado de Derecho Civil, Tomo IV, Ed. TEA, Bs. As. 1958, p. 56/57, Pizarro Ramón D., en la Obra colectiva Derecho de Daños, Cap. XI, Causalidad adecuada y factores extraños, Edit. LaRocca, Bs. As. 1989, p. 298/9; Compagnucci de Caso Rubén H., en Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad, T° 5, Edit. Astrea, Bs. As., 1984, ps. 140/1).

Científicamente es posible la concurrencia del casus y la culpa del agente en la producción del daño, como causas autónomas o independientes. Entre quienes así lo entienden (Planiol, M.- Ripert, J.- Esmein P.; Mazeaud - Tunc (Referente a los Juristas Mazzeaud y Tunc, aclara Compagnucci de Caso en opus cit.

p. 139 y Gianfelice op. cit. p. 146 que:Estos autores sostuvieron esta tesis en la 4ta. Ed. Francesa del Tratado.); Busso; Acuña Anzorena, en Salvat; Cazeaux-Trigo Represas; Bustamante Alsina; Llambías; Pizarro y Compagnucci de Caso, son de éste criterio entre otros Planiol, M. - Ripert, J- Esmein; Tratado Práctico de Derecho Civil Francés Trad. De Mari o Diaz Cruz, Tomo VI, La Habana 1936; nro. 541, 1°,

Mazeaud- Tunc, Busso, Acuña Anzorena, en Salvat, Tº IV, NRO. 2725, Cazeaux - Trigo Represas, Tomo I NRO. 471; Bustamante Alsina, opus cit. p- 268, nota 417; Llambías, Obligaciones, opus cit. Tomo III, 2310; Compagnucci de Caso Ruben H., en Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad, Tomo V, Ed. Astrea, Buenos Aires, Año 1984, ps. 138/142). La opinión predominante sostiene que en tal supuesto corresponde una exoneración parcial de la responsabilidad, en la medida de la incidencia del casus.

Con la aplicación de ésta tesis se hace soportar el daño con la disminución, en virtud de la incidencia causal del caso fortuito (En la V Jornada San Rafaelinas de Derecho Civil que tuvieron lugar en San Rafael Mendoza en octubre de 1978, en la comisión nro. 2, se trató el tema del "Caso Fortuito y fuerza mayor": Su funcionamiento en los casos de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva". Se expidieron las jornadas con la siguiente recomendación; VIII. Cuando concurriesen como concausa la culpa del agente y el caso fortuito, el juez atenuará la responsabilidad del agente teniendo en cuenta la incidencia del factor subjetivo en la producción del daño" (Temas de Derecho Civil, Recomendaciones, p. 117). Nosotros preferimos esta tesis, pues se conjuga con la relación de causalidad entre el hecho de la persona que concurre con el "casus" o caso fortuito y el daño producido. El problema, entonces, consiste en establecer en qué medida la culpa del ofensor es susceptible de determinar su obligación de reparar cuando concurre con el acaecer de un caso fortuito o de fuerza mayor. Sobre esta cuestión decía Acuña Anzorena en Salvat (Salvat Reimundo M., Tratado de Derecho Civil, Tomo IV, Ed. TEA, Bs. As. 1968 p. 57) que: "Si se adopta la tesis de la causalidad adecuada- considerándose tal todo hecho que, al momento en que se produjo, podía aparecer el sujeto como susceptible de entrañar el daño según un criterio de previsibilidad subjetiva-, la solución es otra, pues si el perjuicio se ha producido en razón de la concurrencia de un caso fortuito y de la culpa del imputado, no hay razón para hacer recaer toda la responsabilidad sobre el agente, sino únicamente en la parte en que el daño se hubiese producido verosímilmente por su culpa. No se advierte por que cuando la culpa del ofensor concurre con un caso fortuito la solución ha de ser distinta y no ha de disminuirse la obligación resarcitoria del autor del hecho a la mitad del daño, o en la proporción en que su culpa ha contribuido a producirlo". Sin embargo, cuando resulta imposible determinar el grado de incidencia causal de la culpa del agente que concurre con el "casus", se aplicará la teoría de la paridad, que consiste en fijar el grado de concausalidad en un 50% imputable al agente dañador y el otro 50% atribuible al caso fortuito o la fuerza mayor, que siempre debe ser exógeno o sea externo al hecho del agente culpable, entendiéndose que el deudor es responsable por la mitad del daño resarcible sufrido por el acreedor.

En el caso del vapor "Lamorcière, sentenciado por la Corte de Casación Francesa con fecha 19 de junio de 1951, se trataba de una demanda por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de contrato de transporte de mercaderías. El Buque "Lamorcière", había naufragado por una tempestad, pero se demostró también que hubo negligencia en las ordenes dadas por el capitán de la embarcación, lo cual contribuyó al naufragio (En "Daloz", 51-717, con nota de Ripert; en "Sirey", 52-I-89, con nota de Nerson y la Rev. Trim. de Droit Civil", 1951-515, con nota de H. y L. Mazeaud). La Corte de Casación consideró que el caso debía juzgarse conforme a la relación de causalidad, y que si bien había habido culpa en las órdenes del capitán, no era la única condición del hecho, sino también que las fuerzas de la naturaleza habían contribuido al naufragio. De allí se distribuyeron las cargas en 1/5 a cargo del armador del buque, y el resto 4/5 al casus producido por la tempestad.

El otro caso Juzgado por la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As., (caratulado: "Valle c/ Mijaiver", Jus, 1-105 y siguientes, SCBA, 17/10/61), cuyos antecedentes fácticos son los siguientes: "se produjo un incendio en una finca locada a raíz de haberse acumulado por los inquilinos material inflamable en el inmueble. El Tribunal Superior Provincial Juzgó culposa la actitud de los locatarios, a la vez que aplicó lo dispuesto en el art. 1.572 del Cód. Civ., en cuanto se presume el incendio como "hecho fortuito", con lo cual se daban en el evento los dos elementos en análisis: la culpa de los demandados en concurrencia con el hecho fortuito. La sentencia condenó a los inquilinos a contribuir al resarcimiento del daño en su carácter de "cocausantes" del mismo al obrar culposamente, aun no

habiéndose podido demostrar haber sido su comportamiento el ocasionante del incendio.

Jorge Joaquín Llambías en su obra Código Civil anotado ha recopilado un fallo, cuyo sumario dice así: "Cuando en el incumplimiento del deudor se conjuga su culpa con la ocurrencia de un caso fortuito, la responsabilidad de aquél debe graduarse proporcionalmente a su culpa (SCBA, LL 106-179) (Llambías Jorge J., Código Civil Anotado, Tomo II -A, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 1983

p. 139. En este aspecto de la cuestión, Llambías (Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Ed. Perrot, Bs. AS. 1987, p. 751/2 nro. 2310 ha sido coherente -en su pensamiento- al señalar que la ausencia parcial de relación causal por incidencia del "casus" se da cuando el daño es el efecto de la conjunción de dos causas autónomas, una de las cuales es un caso fortuito, y que no puede afirmarse que no medie relación causal entre el hecho que compromete al demandado y el daño sufrido por la víctima. Pero es aceptable una exoneración parcial del responsable, en la medida en que la magnitud del daño ha sido incrementada por la incidencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Y agrega que por su parte propició ese criterio en el fallo plenario de la Cámara Civil, dictado en la causa: "Brezca de Levi c/ Gas del Estado", publicado en "J. A." 1966-I, p. 131. El principio de eximición parcial de responsabilidad juega en los casos de concurrencia del caso fortuito con la culpa efectiva o presumida del demandado. Es lo que ocurre -nos adoctrinaba Llambías (Llambías Jorge J. Opus Cit. p.752)- en la conocida cuestión de la propensión del damnificado para sufrir más intensamente el daño que otra persona, por ejemplo, si un ciclista atropella a un transeúnte y éste que hubiese experimentado una lesión leve en un estado de salud normal, sufre un daño gravísimo porque con anterioridad había sido objeto de una trepanación o porque padecía una tuberculosis ósea. Creemos que en este ejemplo el ciclista culpable de la embestida al peatón sólo debe responder de los daños comunes que cualquiera hubiese sufrido, pero no de la magnificación dañosa provocada por la predisposición del damnificado, porque esta particularidad configura un caso fortuito para el responsable.

En éste aspecto de la cuestión Lorenzetti nos enseña que: "En la prestación de salud pueden ocurrir que el daño producido al paciente por la enfermedad (causa ajena), encuentre su concausa en una culpa del galeno, aunque sea en una mínima parte". No se trata aquí del supuesto contemplado en el art. 513 del Cód. Civil, en la cual la culpa del solvens es motivo del hecho fortuito por el cual éste no le exime de responsabilidad. Tanto el caso fortuito como la actuación culposa concurren a la producción del acaecimiento dañoso" (Lorenzetti Ricardo Luis, Responsabilidad Civil de los Médicos, Ed. Rubinzal Culzoni, Edit. Santa Fe, año 1997, ps. 167/8).

Sentadas las premisas legales y doctrinarias aplicables al presente caso bajo revisión judicial, y por una cuestión de buen método, someteré a estudio y consideración -en forma y modo conjunto- tanto los agravios expuestos por el Dr. Licht a fs. 1.086/1.113, como las quejas desarrolladas por los actores a fs. 1.074/1.082, y las críticas esbozadas por la accionada Clínica Modelo los Cedros

a fs.1083/5 que ponen en crisis el pronunciamiento judicial dictado en primera instancia.

Para dar solución a los planteos recursivos, pasaré revista a todos los medios probatorios producidos en autos y saber:

Pericia del experto infectólogo Dr. Tesler.

A fs. 423/4 el perito médico infectólogo y legista Dr. Tesler dictamina que: "Desconozco los motivos por los cuales a un paciente de estas características (herido de arma de fuego en abdomen, con dos cirugías realizadas, con drenajes, con síndrome febril y aumento de la cantidad de glóbulos blancos (leucocitos), no le realizaron hemocultivos para poder evaluar científicamente la obtención y recuperación de gérmenes que puedan ser los responsables de los signos y síntomas que presentaba. La norma correcta y habitual en todos los Servicios de Terapia Intensiva de nuestro país y del mundo es la

de solicitar hemocultivos seriados (2 a 3 muestras) a fin de recuperar gérmenes responsables y poder realizar el tratamiento quimioantibiótico adecuado y específico y no en forma empírica, sin un sustento concreto y evidente desde el punto de vista microbiológico (...). Desde el punto de vista infectológico, el no solicitar hemocultivos seriados a un paciente grave de estas características, es una actitud totalmente incorrecta y carente de todo sustento científico, tanto a nivel nacional como internacional". A fs. 461 y 461 vta. el Dr. Tesler contesta un pedido de explicaciones y dice: "El esquema administrado de metronizadol, gentamicina y ampicilina no resultan en todos los casos adecuados para atacar los gérmenes anaerobios y Gram negativos. Se aclara que estos gérmenes no son los que integran la totalidad de las bacterias intestinales. Se aclara que un paciente de las características que nos ocupa (...) en: "mal estado general", síndrome febril y leucocitosis, no se acepta en ningún servicio de terapia intensiva, no solicitar hemocultivos seriados". Es una norma habitual, prudente y necesaria en estos casos agudos y extremos. No es necesario suspender los antibióticos para realizar los hemocultivos, ya que si el caso lo amerita, se pueden realizar intratratamiento quimioantibiótico, avisando de ello al Laboratorio de Bacteriología de la Clínica para no afectar los resultados esperados. Presentaba mal estado general progresivo por su cuadro clínico -quirúrgico, síndrome febril, leucocitosis, mala respuesta al tratamiento médico y quirúrgico. Todo lo anterior debe hacer presumir que se está ante un cuadro infeccioso con punto de partida en sus múltiples heridas abdominales". A fs. 492 el Dr. Tesler explica que: "Los registros de enfermería dan cuenta del estado del paciente habitualmente en lo referente a sus signos vitales, diuresis, catarsis, débitos, etc. Los mismos pueden ser un instrumento dentro del contexto clínico para definir conductas terapéuticas. Con un esquema empírico de antibioticoterapia como el suministrado al paciente G. P. , se puede afectar eficazmente varios grupos y cepas bacterianas, pero lo que debe realizarse siempre, para un manejo más racional de estos enfermos, es adecuar los antibióticos iniciales a los diferentes resultados de los cultivos realizados (hemocultivos, coprocultivos, urocultivos, etc.). En general, si se avisa al laboratorio de bacteriología sobre los antibióticos que esta recibiendo el paciente, son raras las alteraciones en los resultados de los hemocultivos intratratamiento antibiótico, dependiendo obviamente de la complejidad del laboratorio en cuestión.

Pericia del nefrólogo Dr. Santoro.

A fs. 471/475 luce agregada una pericia del nefrólogo Dr. Santoro que dice: "El fracaso renal agudo (FRA) es una síndrome clínico, secundario a múltiples etiologías, que se caracteriza por un deterioro brusco de la función renal y cuya expresión común es un aumento de la concentración de los productos nitrógenos en sangre (UREA) y creatilina". "La constatación de una concentración elevada de productos nitrogenados, creatilina, y/o una disminución de la diuresis obliga al médico a iniciar un proceso deductivo que le permite discurrir, al mismo tiempo, el tipo de insuficiencia renal ante la que se encuentra". "Consideraciones médico legales (...). "desde su ingreso el actor presentaba valores de urea y creatilina plástica elevados, que nunca llegan a la normalidad y posteriormente se elevan de 4,3 mg% de creatilina, lo que hace pensar que desarrollo una insuficiencia renal aguda (IRA). No ha habido elementos diagnósticos que permitan determinar si el paciente presentaba insuficiencia renal crónica (IRC) previa a su ingreso sobre instalándose una IRA y/o si la IRA era de origen prerrenal o parenquimatosa. Para saber si el paciente IRC debió realizarse una ecografía renal bilateral, la cual podría habernos informado acerca del tamaño renal, la forma, la ecogenicidad y nos hubiera permitido descartar componentes sub-obstructivos que pudieran haber alterado el funcionamiento renal, sin necesidad de producir inicialmente una disminución de la diuresis. Tampoco se le realizó un sedimento urinario que nos hubiera mostrado presencia de cilindros que nos indiquen un daño renal previo y al mismo tiempo las características del sedimento "sucio" que se suele observar en la IRA. Lo más importante es la no realización de los ya mencionados parámetros urinarios en especial la excreción fraccional de sodio (EFNA) lo cual no solo es una orientación diagnóstica importantísima sino que nos permite -en el caso que sea una insuficiencia renal prerrenal- controlar la evolución del tratamiento indicado, que seria adecuar la hidratación parenteral al grado deshidratación y las pérdidas tanto renales como extra renales. La recolección de orina de 24 hs. y dosar de creatilina en ella, nos hubiera permitido

calcular la VFG y adecuar la dosis de la gentamicina al funcionamiento renal. Tampoco se realizó la medición de la presión venosa central (PVC) o incluso de ser necesaria la medición de la presión capilar pulmonar (PCP). A juicio del suscripto el paciente debió haber sido evaluado por un nefrólogo desde su ingreso a terapia intensiva y hubiese sido de suma utilidad su acción integrando desde el primer momento el equipo médico que atendió al paciente. No surge de la HC1 las razones por las cuales no se realizó las consultas pertinentes con un médico especialista en nefrología ni tampoco porque no se pensó en el diagnóstico de IRA.

No surge de la HC1, que el paciente hubiese necesitado tratamiento de diálisis, pero el accionar del nefrólogo si hubiese sido muy importante para controlar y supervisar aquellos parámetros e indicaciones medicas para evitar el agravamiento de la insuficiencia renal, que agregó un factor de desestabilización hemodinámica al cuadro ya de por si grave del fallecido". A fs. 498 /499 el Dr. Santoro dice: "Surge que la función renal estaba alterada, que empeoró con el curso de los días y que debió ser supervisado por un nefrólogo. No se puede determinar si antes del ingreso P. presentaba algún grado de insuficiencia renal crónica. En todo caso, si la presentaba, era leve y la insuficiencia renal aguda se sobreinstaló alterando las condiciones hemodinámicas del paciente, pero de ninguna manera se puede considerar que esta insuficiencia renal era terminal e irreversible".

Pericia de la Dra. Galiano experta en medicina legal y cirugía plástica.

A fs. 634/638 consta glosada la pieza de la pericia efectuada por la

Dra. Galiano experta en medicina legal y cirugía plástica y que en su parte pertinente dice: "Cuando hay falla renal hay que adecuar la dosis de acuerdo a los valores de laboratorio dosando la creatilina en sangre y en orina 24 horas". A fs. 648/650 la citada perito dice: "Hubo un empeoramiento del estado general. Pudo haberse corregido convenientemente el medio interno del paciente para evitar la insuficiencia renal y el shock hemodinámico concomitante" (...) A fs. 656 vta. dicha experta dice textualmente: "También podía ser sometido a diálisis peritoneal o diálisis renal según correspondiera, nada de esto ocurrido en este caso".

Dictamen conjunto emitido por la Dra. Galiano (especialista en cirugía) y el Dr. Santoro (especialista en nefrología).

Dichos expertos y de acuerdo a lo ordenado como medida para mejor proveer, por S.S. a fs. 914/915, presentaron un dictamen conjunto y concluyeron a fs. 940/941 lo siguiente: "Como causa probable de muerte consideramos el shock séptico, por el antecedente de trauma duodenal (por la flora bacteriana habitual de los intestinos) del cuerpo extraño (proyectil) y en la autopsia se consigna órganos congestivos: meninges...". En conclusión: "Cuadro compatible con shock séptico debido a los signos febriles, la excitación psicomotriz, el parámetro de laboratorio (aumento de los glóbulos blancos) y la congestión masiva de órganos. (...) Se objeta además no haber repetido el estado acido-base para evaluar completamente el estado metabólico del paciente. Si bien la función renal no fue causa determinante de muerte, afectó el cuadro hemodinámico del paciente, no existiendo bases científicas que puedan establecer en que grados. Como dato objetable no se constató la obtención de cultivos seriados del contenido abdominal ni hemocultivos".

Ahora bien, no encuentro mérito como para apartarme de los tres dictámenes periciales médicos "ut supra" analizados y valorados, por cuanto los mismos se ajustan a las prescripciones legales de los arts. 472 y 474 del Cód. Proc., motivo por el cual los declaro con valor y fuerza probatoria.

IV. h- Responsabilidad del Jefe de Terapia Intensiva Dr. Licht. Nexo causal. Relación de causalidad

adecuada. "Conjunción del casus con la culpa galénica".

Preliminarmente desde ya destaco que el Dr. Licht al contestar la demanda a fs. 71 reconoce expresamente que: "...él suscripto (...) es Jefe del servicio de UTL...".

La jurisprudencia ha dicho que aquellas personas que integran el equipo médico sin autonomía y bajo la dirección y supervisión de un jefe (en el caso del equipo médico perteneciente a la UTI -Unidad de Terapia Intensiva-), bajo la dirección del demandado Dr. Licht, los médicos y/o el personal paramédico, son los dependientes del primero, sin independencia ni autonomía técnica-científica e intelectual. El Jefe de terapia intensiva, debe responder por el actuar de sus acólitos o subordinados. El Jefe del equipo médico debe empeñarse en el cumplimiento del deber asumido; los demás auxiliares médicos o paramédicos son colaboradores del jefe. Aquí se halla en juego una responsabilidad del principal por el hecho de los dependientes (responsabilidad por el hecho ajeno) y la correspondiente responsabilidad por el hecho propio (véase Gherzi Carlos A., en Responsabilidad por Prestación Médica Asistencial, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1987, ps. 89/92).

El Jefe del equipo fiscaliza y controla el cumplimiento que imparta a su personal médico y auxiliar y, asimismo, de que éstos actúan estrictamente dentro de los límites de su autorización siendo solidariamente responsable si por insuficiente o deficiente control de los actos por éstos ejecutados, resultare un daño para terceras personas (Achaval Alfredo, Responsabilidad Civil del médico, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1996, págs. 28, 31, 32, 33, 98/105, 154 y 230; Ley 17.132, art. 19 inc. 9).

Es decir, que el demandado Dr. Licht responde civilmente por su calidad de jefe del equipo médico de terapia intensiva, sobre la base una culpa "in eligendo" y/o "in vigilando", a la vez, en razón de que como jefe da instrucciones e indicaciones médicas, fiscaliza y controla el cumplimiento de esas indicaciones que imparte a su personal médico subordinado y auxiliares y asimismo de que estos actúan estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo concurrentemente responsables si por ineficiencia o insuficiente o deficiente control de los actos ejecutados por sus subordinados, resulta un daño para terceras personas. El jefe del equipo dirige, coordina y controla a sus subordinados dependientes, alcanzándole un reproche conjuntamente endilgado al nosocomio privado donde se desempeña, sea por acción u omisión negligente o culposa y/o por la falta de pericia médica por el diagnóstico desacertado y la aplicación de una terapia inadecuada, por no haber arbitrado, coordinado y dispuesto eficazmente de todos los medios para que el paciente mejorara su estado de salud. En la especie, existe una coordinación jerárquica, "el jefe" y lo que caracteriza al equipo médico como tal es la preexistencia del médico jefe que actúa conjuntamente con sus galenos auxiliares o paramédicos, coordinándolos y supervisando la actividad médica prometida, siendo ésta la característica que distingue a éste tipo de actuación de sujetos múltiples de carácter meramente colectivo (Bueres-Highton, Código Civil, Comentado Tomo 4-B, Ed. Hammurabi, ps. 306/7).

El fundamento de la responsabilidad del jefe del equipo se encuentra en la existencia de una obligación tácita de seguridad, por el cual el jefe del equipo se compromete por el hecho de sus auxiliares (art. 1113 del Código Civil) y la responsabilidad de éste se extiende efectivamente al garantizar las prestaciones que realizan sus dependientes y que controla o supervisa, pues el jefe del equipo es el que orienta, supervisa coordina y controla.

De la HC del paciente y de las pericias practicadas en autos se comprueba la relación de causalidad adecuada existente entre el incumplimiento contractual o deficiente cumplimiento contractual y la consecuencia como resultado dañoso en la salud del actor, y que ese incumplimiento produjo o causó la muerte del paciente. Esa deficiente prestación médica, consistió en no haberse efectuado un adecuada control de las variables y medidas terapéuticas que aconsejan las reglas del arte médico, evaluadas y

aceptadas por la comunidad y la ciencia médica actual, con el objeto de evitar o de minimizar el mal cuadro general que presentaba el paciente, sobre todo teniendo en cuenta que era probable que ingresó al nosocomio con una disfunción renal leve, pudiendo haberse adecuado -como dicen los expertos- convenientemente el medio interno del actor P. y evitarse de ese modo el agravamiento de la insuficiencia renal y el shock hemodinámico concomitantemente, considerando que si bien la disfunción renal -preexistente al ingreso del paciente a la Clínica- no fue la causa que determinó el fallecimiento, si afectó y empeoró el cuadro hemodinámico del mismo

La culpa del galeno arts. 512, 902 y 909 del Cód. Civ., se encuentra acreditada y surge de las pericias médicas objeto de estudio y consideración precedente y de la historia clínica correspondiente al paciente P. , que se encuentra glosada en fotocopia en los autos caratulados "P. Gregoria y otra. c/ Clínica Modelo los Cedros S.A.s/ Diligencias preliminares", venidos "ad efectum vivendi et probandi", por un obrar negligente y con total imprudencia e impericia en la práctica y/o arte médico (del cuerpo médico del nosocomio privado que integra la UTI), toda vez que no consta en la HC1 que se le hayan realizado al paciente un adecuado control médico de las variables y/o medios terapéuticos que aconseja la ciencia médica en estos casos para evitar, minimizar o agravar la situación que el actor portaba al ingreso al establecimiento asistencial. Dichas omisiones médicas y la falta de las diligencias adecuadas fueron las causas idóneas para producir el resultado dañoso, la muerte del paciente, según el curso natural y ordinario de las cosas y la experiencia de la vida diaria (arts. 901 y 906 del Cód. Civ.). La omisión culposa reside en no haberse detectado la insuficiencia renal leve que el paciente portaba al ingreso al nosocomio y su consecuente derivación a la interconsulta con un especialista nefrólogo, de modo tal que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor serán las consecuencias posibles de los hechos (arts. 902 del C.C.) y para la estimación de los hechos voluntarios las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes (art. 909 del CC); debiéndose celebrar los contratos, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1198 del C.C.).

En la especie, la asistencia médica prestada de modo o forma demorada -no prestada en tiempo oportuno, conforme lo prescribe legalmente el art. 512 del Cod.Civ.- y/o brindada de modo inadecuado y no de acuerdo a las reglas del "arte médico" y de las técnicas o protocolos científicos que deben cumplirse paso a paso o de acto médico a acto médico -enlazados uno con el otro- y con mayor razón cuando otra es la exigencia que se desprende de la dolencia del paciente, configuran la negligencia e impericia médica, caracterizados por hacer menos de lo debido y en actuar con falta de capacidad o de idoneidad técnica-científica, referente al ejercicio de una función determinada, profesión o arte, denominada como inobservancia de las "reglas del arte" o "mala praxis" o "mala practica". Es la falta total de pericia médica.

En el caso sometido a esta jurisdicción de Alzada, se han omitido realizar las diligencias necesarias que exigían la naturaleza de la obligación de los profesionales médicos (que se les sindicó al equipo médico, encabezado por el jefe de la UTI, el demandado el Dr. Licht), que se corresponden con las circunstancias que rodean a la obligación contractual, de la persona, es decir del profesional médico deudor de la obligación, del tiempo oportuno en el cual debía cumplirse la prestación médica y del lugar de cumplimiento de la obligación (art. 512 del Cód. Civ.). Hubo culpa profesional médica, agravada dicha conducta culposa, con un diagnóstico médico inadecuado e incierto, al mal estado de salud en que se hallaba el paciente y que de conformidad a los dictámenes médicos periciales antes referenciados; no se debió agravar -aún más la dolencia-, es decir empeorar el cuadro hemodinámico grave que portaba el paciente a su ingreso, más precisamente por la falta de detección oportuna de la IRA y la consiguiente aplicación contra indicada en pacientes con el cuadro clínico descrito, de un antibiótico "aminoglucocico". Ello - a mi juicio- pudo haberse aminorado mediante un obrar médico

prudente, diligente y oportuno de los profesionales que asistieron al actor. De este modo, queda acreditada la culpa galénica de los profesionales que intervinieron en el caso, entre ellos, el jefe de terapia intensiva, el demandado Dr. Licht.

De todo ello, se desprende la demostración y la consiguiente aplicación del extremo legal denominado: la relación de causalidad adecuada, existente entre el incumplimiento o deficiente cumplimiento de la obligación y el daño causado a la salud del paciente, según el curso natural y ordinario de las cosas, y/o de la experiencia de la vida diaria (arts. 901 y 906 del CC), reuniendo este extremo legal sus caracteres jurídicos que son: a) es un juicio de probabilidad; b) es "ex-post-facto"; c) es in-abstracto; d) y finalmente empírico, es decir de lo que acontece o sucede en la experiencia de la vida diaria y/o de las máximas de experiencia del Juez. De ello, se extrae o se permite establecer la autoría material del acto ilícito (del incumplimiento o deficiente cumplimiento material contractual, calificado como el elemento subjetivo), en la persona del profesional médico responsable civilmente, que denomino jurídicamente como: "la imputatio facti", teniendo como resultado (efecto) de su conducta o comportamiento profesional y antijurídico, a los daños causados a la salud del paciente, su muerte. En suma, se encuentran reunidos y acreditados los cuatro elementos de la responsabilidad contractual, entre ellos: a) el daño; b) El nexo causal entre el incumplimiento y el resultado dañoso; c) la violación del contrato o la antijuridicidad y, d) el factor subjetivo de responsabilidad a título de culpa.

Dice S.S. en su pronunciamiento judicial de Primera Instancia que el médico no puso la enfermedad al paciente -el mismo ingresa al nosocomio con una dolencia- sino que con su obrar negligente o culposo no contribuyó a tratar de que ésta no avanzara. Además, el experto médico dictaminó que: si bien la función renal no fue la causa determinante de la muerte, afectó el cuadro hemodinámico del paciente, no existiendo bases científicas, que puedan establecer en que grado.

En tal sentido, opino jurisdiccionalmente y concluyo que la actuación profesional del equipo médico de la clínica demandada (UTI) han tenido -con su conducta médica culposa- una incidencia con-causal del 50% en la producción del mal cuadro que portaba pre-existentemente el paciente a su ingreso en el nosocomio- y que luego le causa la muerte al paciente P. , pues el otro 50% se imputa con-causalmente al mal estado de salud que portaba a su ingreso, atribuible al "casus" (caso fortuito o fuerza mayor), en conjunción a la culpa médica, con aplicación del principio de: "la paridad", cuando es imposible científicamente determinar el grado de con-causalidad, co-adyuvante.

En efecto, el paciente portaba al ingreso al nosocomio, una herida de bala en su abdomen con orificio de ingreso sin orificio de salida, y portaba además una disfunción leve renal (es decir, su mal estado de salud al ingreso al establecimiento asistencial), a ello se le suman los daños causados por la mala praxis médica aplicada inadecuadamente por los galenos en la persona del paciente, entre ellos: al no ser derivado medi ante una inter-consulta a especialista médico nefrólogo.

Hay suficientes elementos probatorios incorporados en autos, de conformidad a las pericias practicadas, para tener por cumplido o acreditada, la irregular prestación del servicio de salud a cargo de la clínica demandada, con suficiente incidencia con-causal en el lamentable desenlace fatal, que concluyó con la muerte del paciente.

La muerte se produce por "shock séptico e hipovolémico por hemorragia" (véanse dictámenes periciales "ut supra" referenciados) que considero - a mi juicio- que fue producido por la conducta profesional irregular o deficiente del cuerpo médico, con incidencia con-causal en el agravamiento del cuadro clínico hemodinámico del paciente fallecido. En la especie, el cuadro originario causado por el trauma duodenal, más la disfunción leve renal, se le adicionó por parte del equipo médico una con-causa más, que agravó -aún más la situación- y que produjo su fallecimiento. Fueron los galenos los que actuaron sin la debida diligencia y sin que demostraran en autos su "no culpa", es decir, deberían haber demostrado que actuaron con la debida diligencia y pericia médica, obrando con

cuidado y previsión (art. 375 del Cód. Proc.)

Finalmente, antes de cerrar éste acápite, destaco que el occiso estuvo internado en el nosocomio demandado la cantidad de nueve días, desde la fecha de ingreso 11/05/02 (terapia intensiva), con fecha de egreso 20/05/02 (ver fs. 14 del informe de hospitalización glosado en autos "P. G. c/ Clínica Los Cedros s/ Diligencias preliminares", que tengo ante mi vista), fecha ésta última de fallecimiento, asistido anónimamente por el cuerpo médico y/o paramédicos perteneciente al establecimiento asistencial, sin que el accionado Dr.Licht (Jefe médico especialista en terapia intensiva del grupo de médicos y auxiliares que integran la UTI), se diera por enterado de la internación de un paciente en mal estado de salud o en estado de salud grave, por cuanto como el mismo lo manifiesta expresamente en sus escritos de libelo (ver fs.52 y 1094) jamás asistió al fallecido actor y por supuesto ni se enteró de su internación, precisamente ésta es la culpa o la omisión de las diligencias necesarias que exige la naturaleza de la obligación, teniendo en consideración las circunstancias de la persona del deudor (se trata del jefe de terapia intensiva) que no entera ni toma conocimiento del ingreso de un paciente a la UTI en estado grave, que no controla ni ejerce su jefatura médica; del tiempo por no actuar ni cumplir sus obligaciones médicas en tiempo oportuno, y en relación al lugar en donde debería haber efectuado las prestaciones asistenciales médicas (es decir, en la UTI), de controlar a sus subordinados dando las ordenes médicas pertinentes para su ejecución (art. 512 del C.C.), con la agravante jurídica de que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 del C.C.), teniendo en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada (el deudor, jefe de la UTI), en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, debiéndose estimar el grado de responsabilidad por la condición especial de los agentes (art. 909 del Cód. Civil), debiéndose celebrar, interpretar y ejecutar el contrato de buena fe de acuerdo a lo que verosilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1198 del Cód. Civil).

A mi juicio, más que una pérdida de posibilidad de curación o pérdida de chance -como lo sostiene en su fallo el Sr.Juez de Primera Instancia- habría según mi criterio jurídico, una suerte de "conjunción del casus con la culpa galénica". Entiendo que habiéndose comprobado que la muerte fue producida por un shock séptico generalizado e hipovolémico, por el antecedente del trauma duodenal con posterioridad de las dos intervenciones quirúrgicas, considero que el actuar de los accionados responsables tuvo una incidencia con-causal consistente en el agravamiento del cuadro hemodinámico del paciente, al no detectar en tiempo oportuno y tratar terapéuticamente la insuficiencia renal aguda que presentaba el actor, sin haber elaborado un tratamiento médico quimioantibiótico adecuado al mal estado de salud.

De las experticias practicadas en autos se concluyó que: a) el IRA sumó un factor de desestabilización hemodinámica al cuadro grave que portaba el actor (según dictamen de fs. 475); b) la insuficiencia renal se sobre instaló, alterando las condiciones hemodinámicas del paciente (conforme dictamen de fs. 498); c) de extremarse la precaución en el manejo de ciertos medicamentos potencialmente nefrotóxicos que pueden afectar aún más al riñón dañado (vease experticia de fs. 534); d) y finalmente si bien la función renal no fue causa determinante de muerte, afectó el cuadro hemodinámico del paciente, no existiendo bases científicas que puedan establecer en que grado (ver dictamen colectivo de fs. 941).

De lo que se infiere, a modo de conclusión: que éstas fueron las causas (incumplimiento contractual médico o deficiente cumplimiento médico contractual) que originaron (las causas) que desencadenaron en un shock séptico generalizado e hipovolémico, agravando el cuadro hemodinámico del paciente al no detectar la insuficiencia renal y tratarla terapéuticamente en forma o modo oportuno, sin haber elaborado un tratamiento médico "quimio antibiótico" adecuado al mal estado de salud del paciente que produjeron en su conjunto (efecto-resultado), la muerte de P., quedando configurado el encadenamiento con-causal culposo por negligencia e impericia médica, porque esa concausa fue o era idónea, apta o adecuada para producir el resultado dañoso, según el curso natural y ordinario de las cosas y de

conformidad de la experiencia de la vida diaria y/o las máximas de experiencia del Juez (arts. 512, 902, 909, 1198 del Cód. Civil y arts. 375, 384, 472 y 474 del Cód. Proc.).

En suma, al mal estado de salud del paciente se le agregó por parte de los responsables médicos una con-causa que agravó el cuadro, y que lo llevó a su muerte.

Por todo ello, y ante la imposibilidad material y científica de determinar el grado de incidencia con-causal, estimo que corresponde aplicar a este caso "in concreto", dadas sus especiales características y circunstancias particulares que rodean al mismo, el principio: "de la paridad", atribuyendo el grado de responsabilidad en cabeza de los demandados responsables en el porcentaje del 50% de incidencia con-causal culposa, en la agravación del cuadro, que con-causó el fallecimiento del actor, de este modo todos los rubros o concepto indemnizatorios o resarcitorios, cuantificados económicamente deberán reducirse en un 50%.

V.- Falta de responsabilidad del Director Médico.

Desde ya adelante, que el embate enderezado a modo de agravio por parte de los actores, de atribuir la responsabilidad médica al Director del establecimiento asistencial médico, no debe prosperar y confirmarse en consecuencia lo decidido en este aspecto por el Sr. Juez de la instancia de origen, sobre la base de las siguientes razones jurídicas que paso a desarrollar, sin que los accionantes le imputaran particularmente y de modo concreto responsabilidad civil alguna, agravándose de éste tópico del fallo a fs. 1074 vta./1076 en forma genérica y dogmática, que no llegan a conmover al Juzgador como para apartarse de lo resuelto por el Sr. Juez de la Instancia de origen, referente a éste tópico del fallo.

Que las funciones del Director Médico de un nosocomio privado de las características del ente asistencial demandado, se circunscriben en el carácter o en la calidad médica-administrativa, entre ellas, controlar que los que se desempeñen como profesionales y/o colaboradores estén habilitados para el ejercicio de su actividad, y autorizados por la Secretaria de Estado de Salud Pública; controlar que las actividades de profesionales, especialistas y/o colaboradores se realicen dentro de los límites de la respectiva autorización; garantizar dentro del establecimiento por parte de todo el personal actitud de respeto y consideración hacia la persona del paciente; adoptar las medidas necesarias a fin de que el establecimiento bajo su dirección reúna los requisitos exigidos por las autoridades, controlar las condiciones de saneamiento, higiene y limpieza de cada dependencia, así como las condiciones de presentación y comportamiento higiénico de personal; adoptar los recaudos necesarios para que se confeccione historias clínicas de los pacientes; adoptar las medidas necesarias para una adecuada conservación y archivo de las historias clínicas; denunciar a las autoridades todo acto confirmado o sospecho de enfermedad de carácter infecto contagioso, denunciar a la autoridad hechos o actos que pudieran tener carácter delictuoso; entre otras, etc. Así las cosas, la invocación e imputación que realizan los agraviados actores de responsabilidad en cabeza del Director médico, siendo las funciones que pesan sobre el mismo de índole médico administrativas, no logran convencer al suscripto preopinante sobre la solución de este tema que proponen los apelantes quejosos, distinta a la adoptada por el Sentenciante, siendo procedente absolver de responsabilidad al Director Médico por el hecho de otro.

Por otra parte, cabe señalar que el Director, por su función de organizador médico-administrativo del establecimiento, en todo caso, dirige y ejecuta las funciones descriptas precedentemente, pero en modo alguno no es quien ejecuta el acto médico y menos aún es responsable, cuando como en el caso de autos, existe un Jefe de la Unidad de Terapia Intensiva (médico especialista en el tema) que es el responsable civil condenado en la sentencia, quien cuenta con autonomía e independencia técnica científica médica. En tal sentido, no habría responsabilidad del mismo por las consecuencias de un obrar negligente por parte del profesional que ejerció el acto u omisión, que generó el daño por la cual se reclama. Resulta así necesario diferenciar la función que cumple un Director en un centro de salud

que no tiene relación estricta con el arte de curar, sino con la de organizar, coordinar y distribuir las distintas actividades que allí se despliegan, con la que hacen a la actividad médica, terapéutica y diagnóstica, respecto de las cuales aquel no tiene injerencia alguna, pues los mismos (me refiero a los médicos que prestan directamente la asistencia de salud) gozan de independencia y autonomía científica- técnica, pues precisamente ésta autonomía científica o técnica, como en el caso, la que existe en los profesionales de la medicina respecto a las entidades hospitalarias o sanatoriales, obsta a que aquellos puedan ser considerados dependientes del Director precisamente por la autonomía científica-técnica de la que gozan dentro del sistema de responsabilidad, siendo sí, dependientes del nosocomio privado demandado. En su consecuencia, se confirma esta parcela del fallo que absuelve de responsabilidad al Director Médico, y más aún cuando en autos no se probaron los extremos legales requeridos para atribuir responsabilidad al mismo, entre ellos: la culpa médica del Director, la relación de causalidad adecuada existente entre el incumplimiento y el resultado dañoso, el daño y la antijuricidad; agregando "obiter dicta" que de conformidad a la experticia producida a fs. 471/475 la Clínica Modelo los Cedros posee un centro de diálisis y profesionales con la formación adecuada para realizar el tratamiento de pacientes con "IRA e IRC"; siendo totalmente procedente absolver al Director médico de toda responsabilidad por el hecho de otro.

VI.-Falta de responsabilidad del Jefe de Cirugía.

Tampoco hallo argumentos convincentes como para revocar el tópic del decisorio apelado que absuelve de responsabilidad al Jefe de Cirugía, el demandado Dr. Cataldo, y si encuentro suficientes fundamentos en el fallo recurrido, como para proponer en mi voto su confirmación, sobre la base del siguiente desarrollo.

Que de la pericia practicada por la experta en cirugía plástica incorporada en autos a fs. 634/638 vta. se concluyó que: el médico cirujano no se encarga en forma directa de cuidar el medio interno del paciente, para ello y en este caso, había un médico terapeuta que cuidaba del medio interno. El Dr. Cataldo anota salida de líquido duodenal. Señalando..., trastorno patológico por la calidad de los debitos de los drenajes. La reoperación del paciente se programó adecuadamente de acuerdo a la evolución médica y de los drenajes y desde que se presumió la dehiscencia (apertura de las suturas duodenales) de las anastomosis (salida de líquido duodenal/enterico por un drenaje). Está dentro de las complicaciones más frecuentes que se produzca una fístula duodenal. Habiéndose tomado la decisión de reoperar al paciente por los signos clínicos; solicitar una TAC de abdomen hubiera sido una dilación innecesaria pre- quirúrgica. Se indicó operarlo el 17/05 por los signos del debito entérico por la sonda. Esto indica que las suturas se abrieron. El abdomen presentaba "signos de defensa" (peritonismo), distinto a días anteriores que estaba deprecible. Amerita una resolución quirúrgica urgente en el caso de obstrucción intestinal, peritonitis por absceso intra-abdominal y/o debito de líquido peritoneal por los drenajes. La conducta del día 15-05-02 fue adecuada al caso que nos ocupa. Finalmente se concluye que: "las intervenciones quirúrgicas realizadas en el que fuera en vida Carlos P. fueron las adecuadas para el caso que presentaba y que las complicaciones ocurridas en el ámbito quirúrgicas son las que se describen en la bibliografía consignada; siendo las complicaciones de la cirugía del trauma duodenal de muy alta morbilidad. El paciente presentó, según las constancias de autos graves trastornos hemodinámicos, oliguria, deshidratación y falla renal".

En suma, sometida a estudio la pericia objeto de consideración, no encuentro en el actuar médico del Dr. Cataldo (jefe de cirugía), ni en el del grupo médico de cirugía que el dirigía de la Clínica Modelo los Cedros SA, culpa ni negligencia ni impericia médica alguna que autorice imputarle responsabilidad alguna al mismo, por cuanto no se probó ni se demostró en autos los cuatro extremos legales de la responsabilidad civil contractual, entre ellos: a) la relación de causalidad adecuada o nexa causal entre el incumplimiento contractual y el resultado dañoso; b) la culpa, la falta de diligencia e impericia en cabeza del jefe del equipo médico de cirujanos; c) la antijuricidad y el daño. Por lo tanto, propongo se confirme esta tópic del fallo objeto de tratamiento en el presente recurso, siendo procedente absolver

de toda responsabilidad civil por el hecho de otro o el hecho ajeno.

VII.- Resarcimiento pecuniario por la pérdida de la vida humana a título de compensación indemnizatoria por la frustración

de una chance económica.

Los padres del occiso se quejan del bajo monto fijado por S. S en concepto de la indemnización resarcitoria con el objeto de compensarlos económicamente por la frustración de la chance material (daño cierto) de contribuir en la asistencia material económica para el sostenimiento de los mismos y, asimismo, recurren ésta parcela del fallo por considerarla elevada su cuantificación económica tanto el Dr. Licht como la Clínica demandada.

Precisamente, la frustración de la chance producida por la muerte del hijo, consiste en el impedimento o frustración económica material de seguir contando con la colaboración, cooperación y ayuda del hijo mayor de edad fallecido -aunque esté emancipado-, y que constituye una situación o un suceso posible, razonable y lógico, encontrando -según mi opinión- su fundamento legal en las prescripciones legales de las siguientes normas jurídicas (doc. de los arts. 266, 1.079, 1.081, 1.100 y sus cc. 1.083, 1.084, 1.085 del Cód. Civ. y por su concordancia externa los arts. 29 y 84 del Cód. Penal, y art. 165 del Cód. Proc.).

Las Convenciones y Tratados Internacionales del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional protegen el derecho a la vida y todos los que se relacionan con el mismo: el derecho a la vida propiamente dicho; la prohibición del aborto; la protección de la salud; el derecho a la integridad personal, etc.

El derecho a la vida, por ser el primero en la jerarquía, está ampliamente reconocido en todas las Convenciones y Tratados Internacionales del art. 75 inc. 22, de la C.N., especialmente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, La Convención sobre la Discriminación contra la mujer, La Convención sobre los -Derechos del niño, y la Convención contra el Genocidio. En estos documentos se trata no sólo el derecho a la vida, sino otros temas relacionados: el aborto, la pena de muerte y el genocidio. Veamos algunas de estas normas fundamentales. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre coloca en primer lugar al derecho a la vida, así dice: el art. I. "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona". La declaración Universal de Derechos Humanos también ubica en primer lugar este derecho: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" (art. 3). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no sólo asegura este derecho, sino que además le reconoce toda clase de garantías: El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley: Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente (art. 6 inc. 1). La Convención Americana de Derechos Humanos protege el derecho a la vida y a la vida como el derecho más importante.

El art. 10 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone que todos los habitantes de la Provincia, son por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, consagrando el art.12 derechos civiles, al establecer que todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, del derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural.

La vida humana no tiene un valor económico por sí misma, sino en consideración a lo que podría o puede producir; por ello la indemnización por la pérdida de la vida humana no se debe título de lucro cesante, sino de reparación de daño emergente que el hecho produce a los damnificados al privárseles de la compañía, del sostén familiar y atención de las necesidades morales y materiales de la vida en común (Cámara Nac. Fed. Civil y Com. , Sala II, 13/8/90, "Valdez Peralta c/ Bco. Nacional", en LA

LEY, 1991-A, 229).

En el caso de la muerte de un hijo menor lo que debe resarcirse es el daño futuro cierto o probable que corresponde a la esperanza, con contenido económico, que constituye para sus padres la vida de un hijo que muere a consecuencia de un hecho ilícito; resarcimiento que cabe, si no a título de lucro cesante, por lo menos como la pérdida de una chance u oportunidad de que en el futuro, de vivir el hijo, se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para ellos, daño futuro que bien puede calificarse de cierto y no eventual, que posibilitan determinar la cuantía del perjuicio (Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala II, 13-8-90, LA LEY, 1991-A, 229).

"Para cuantificar la indemnización del valor económico por la pérdida de la vida humana, está facultado el juez para considerar en su pronunciamiento judicial las circunstancias particulares del caso „in-concreto", que giran en torno a la víctima o víctimas), teniendo en cuenta -entre otras- las siguientes pautas doctrinarias y pretorias, a saber: 1°) Ingresos percibidos al momento del deceso; 2°) evolución probable de sus actividades rentables; 3°) edad al momento de su muerte; 4°) años de vida que estadísticamente podía vivir o años de vida útil; 5°) estado de salud, enfermedades, evolución; 6°) gastos que efectuaba en su persona; 7°) miembros de familia que deja, sexo y edad de cada uno de ellos, situación socio-económica de los mismos y nivel y grado de estudio, actividades de esparcimiento y recreación; 8°) sexo del fallecido; 9°) educación, habilidades hedonísticas, profesión; 10°) modos de vida, condición social, etc.". (Taraborrelli José Nicolás y Bianchi Silvia Noemí, en Cuantificación de la indemnización por la pérdida a la vida humana, La Ley, diarios del 4 y 7 de enero de 2.008), pautas a las cuales agrego las siguientes: a) Condición socio-económica de los progenitores reclamantes, b) la existencia o no de otros hijos además del fallecido, c) Recursos económicos con los que cuentan los progenitores.

El presente caso, se trata de una persona fallecida a los 39 años de edad, según partida de defunción obrante a fs. 8, de sexo masculino, de estado civil soltero, de ocupación chofer de camiones, vivía en concubinato (fs. 12 de la I.P.P.) con una probabilidad de vida útil de 72 años, la situación socio-económica de los progenitores del fallecido acreditada con la sentencia dictada en autos: "P. G.y Otra c/ Clínica Modelo Los Cedros s/ B.L.S.G.", que tengo ante mi vista, siendo la edad del padre 65 años y de la madre 58 años a la fecha del deceso del hijo según se puede inferir de las fechas de nacimiento denunciadas en oportunidad de otorgar el mandato judicial glosado a fs. 11/12 vta., el padre realizaba changas en la construcción, la madre posee escolaridad primaria hasta segundo grado, ama de casa. Considerando que Mónica Graciela P. (hija de los nombrados) curso escolaridad hasta tercer grado y se encuentra en silla de ruedas contando con una pensión graciable. Que Micaela Solange Quintana (Hija de Mónica) a la fecha del fallecimiento del hijo tenía 15 años, cursó el 9no año del primario, desempeñándose como cartonera. Y que el progenitor P. tiene dos hijos más Alberto con familia y trabaja en Aguas Argentinas y Osvaldo P. , empleado Municipal. Que G. P. es enfermo Diabético poseyendo otras enfermedades y Aída Ester Palermo posee Delipidemia pulmonar; considero que resulta justo, razonable y prudente el monto fijado por S. S. para cada uno de los progenitores actores en la suma de pesos CIENTO TREINTA Y CINCO MIL (\$135.000,00) con la reducción del 50% (por la incidencia concausal del casus en conjunción con la culpa), es decir, la suma de pesos SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS (\$67.500,00) para cada uno de los progenitores en concepto de resarcimiento pecuniario a título de compensación indemnizatoria por la frustración de la chance económica que sufren los padres con motivo del fallecimiento del hijo, debiéndose consecuentemente confirmar ésta parcela del fallo.

VIII.- Daño Moral

Se quejan los actores del reducido monto liquidado por S. S. en concepto del resarcimiento de daño moral, como así también los demandados por considerarlo elevado.

Surge de los arts. 522 y 1.078 del C. Civ. con claridad suficiente que el bien perjudicado puede ser la persona humana y se requiere una traducción o estimación pecuniaria, directa o indirecta. De donde no habría daño a la persona por un mal a ella causado, si no fuera posible una cuantificación dineraria. El llamado daño moral no es, entonces, un daño extraeconómico o extradinerario; aunque puede calificarse, como extrapatrimonial porque recae sobre la persona y no sobre el patrimonio (Mosset Iturraspe, J. Responsabilidad por daños, t. V, El daño moral, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 9 y ss., Pizarro R. D., Daño moral, Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 35 y ss. Zabala de González, M. Resarcimiento de daños, Hammurabi Bs. As., 1999, p. 178 y ss.). En cuanto al monto de la indemnización, en el estado actual del Derecho Argentino, la determinación de la cuantía de la indemnización por daño moral constituye un problema de solución aleatoria y subjetiva, librado al criterio del juzgador. Ello es así, evidentemente, por la falta de correspondencia entre un perjuicio espiritual y el patrón dinerario con que se resarce. Pero, además, debido a que falta todo criterio normativo regulador, que establezca algunas pautas comunes, con lo cual el tema queda abandonado a la intuición y discrecionalidad judicial.

Sin perjuicio de ello, considero oportuno fijar pautas a efectos de contar con ciertos parámetros orientadores en la materia, a saber: edad de los padres, del muerto a la fecha del deceso, edad del fallecido, sexo de los damnificados, sus circunstancias personales, aspectos que hacen a la vida de relación, condición socio-económica, gravedad del daño, repercusión de las secuelas en la vida de relación, como también la índole del hecho generador del daño, las circunstancias vividas y protagonizadas en el momento del fallecimiento, las angustias vividas por la abrupta muerte, los demás sufrimientos y padecimientos, etc. Como se observa todas estas pautas giran en torno a la víctima y no alrededor del victimario pues la tendencia generalizada de la jurisprudencia apunta a la teoría resarcitoria que le da fundamento jurídico.

La fijación del importe del daño moral se halla sujeto a cánones objetivos, como así también a la prudente ponderación sobre lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, es decir, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una ponderada discrecionalidad del juzgador.

Atento a las pautas vertidas, las circunstancias personales de las víctimas mencionadas "ut supra", realizado un análisis de los elementos de prueba producidos en autos, estimo que corresponde confirmar el monto fijado en concepto de resarcimiento de daño moral, por el Sr. Juez Colega de la instancia de origen, en la suma de pesos SETENTA MIL (\$70.000,00) a favor de cada uno de los progenitores actores con la reducción del 50% (por la incidencia concausal del casus en conjunción con la culpa), es decir, la suma de pesos TREINTA Y CINCO MIL (\$35.000,00) para cada uno de los progenitores.

IX.- El daño psicológico con relación a Aída Ester Pelermo

Que el daño psicológico para que sea resarcible debe contener los siguientes caracteres jurídicos constitutivos del mismo, a saber: a) Debe perturbar el equilibrio de la personalidad; b) Tiene un origen patológico; c) Es irreversible o irrecuperable; d) Afecta al individuo en la actividad laborativa de poder desempeñarse, como en su capacidad en su vida de relación o capacidad para disfrutar de la vida. Puede constituir una incapacidad permanente; e) Es resarcitorio;

e) Requiere en principio que el evento desencadenante revista carácter traumático; f) Constituye un daño material.

Del informe producido por la perito psicóloga incorporado a fs. 855/858 y explicaciones vertidas a fs. 893 y 905, de cuya conclusiones no encuentro mérito para apartarme (art.472 y 474 del Cód. Procesal),

se acredita que: "...el hecho de autos generó en la actora incapacidad (...) Psíquica, (...) leve. Diagnostico pericial: Depresión neurótica o reactiva: La actora padece secuelas psicológicas por la gran intensidad cuali y cuantitativa del hecho; que viene a romper el equilibrio de su funcionamiento psíquico, por lo tanto padece de daño psíquico. Vinculación con el hecho: la inesperada muerte y pérdida de su hijo el cual era sostén económico y afectivo de la actora". A su vez, a fs. 893 la experta en psicología brinda la siguiente explicación: "... el hecho de autos generó en el actor incapacidad: 1.-Tipo: psíquica. 2- Grado: 10% - Leve. Diagnóstico pericial: Depresión Neurótica o reactiva". Asimismo, a fs. 905 agrega que: "El daño psíquico es la consecuencia de un acontecimiento que afecta la estructura vital de un individuo y que generalmente, acarrea trastornos y efectos patógenos en la organización psíquica. Es de peritación psicoforense y supone la existencia de patología psíquica. (...). Al momento de la peritación la evaluada presenta un cuadro compatible con estado de ánimo depresivo crónico leve, esta situación se haya en íntima relación con la muerte de la víctima de autos (...). Resultará de utilidad recordar la definición de daño psíquico: toda forma de deterioro o disfunción o disturbio o alteración o desarrollo psicogénico o psicoorgánico o trastorno, o perturbación que impactando sobre su esfera afectiva y/o intelectual y/o volitiva limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa constituyendo traumatismo o lesión con entidad suficiente para ello".

En suma, el daño psicológico o la incapacidad psicológica padecida por la actora Aida E.Palermo con motivo del hecho de autos (la muerte de su hijo), reúne todos estos caracteres o elementos constitutivos del mismo, según se describen "ut supra".

En su consecuencia teniendo en consideración las circunstancias personales de la víctima descripta "ut supra", su profesión, su edad al momento del hecho, su situación o estado económico actual, el daño psicológico que le ha producido en su salud, el grado de incapacidad psicológica parcial y permanente, fijado por el perito en el porcentaje del 10%, el perjuicio que le produjo en su vida de relación laboral, familiar, recreativo y/o social, etc., estimo justo, razonable y equitativo confirmar el monto cuantificado económicamente por S.S. en concepto de daño psicológico a favor de la actora Palermo en la suma de pesos VEINTICINCO MIL (\$25.000,00) (arts. 1068, 1.083 del Cód. Civ. y art. 165 del Cód. Proc.) con la reducción del 50% (por la incidencia concausal del casus en conjunción con la culpa), es decir, la suma de pesos DOCE MIL QUINIENTOS (\$12.500,00).

X.- Las costas de Primera Instancia

Se agravia la demandada en el pto. III. e del libelo de agravios de fs.

1086/1113 de la imposición de costas fijada en la Instancia de origen.

Al respecto cabe señalar que atendiendo al modo en como se resolvió la presente contienda judicial en la liminar instancia, la naturaleza de la misma y por aplicación del criterio objetivo de la derrota, dicha parcela del fallo debe ser confirmada (art. 68 del CPCC)

XI.- Las costas de segunda instancia.

Atento al modo en cómo se resuelven los recursos incoados en ésta Instancia Jurisdiccional, estimo que las costas generadas en ésta Instancia Recursiva sean impuestas en el orden causado (art.68 del C.P.C.C.).

Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

Por análogos fundamentos el Doctor Posca también VOTA POR LA AFIRMATIVA.

A LA TERCERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI dijo:

Visto el acuerdo que antecede propongo a mi distinguido colega: 1º) SE RECHACE el pedido de deserción del recurso articulado por los demandados 2º) SE CONFIRME en todas sus partes la sentencia de Primera Instancia, en cuanto ha sido materia de agravios; 3º) SE IMPONGAN las costas generadas en ésta Instancia Recursiva en el orden causado (art. 68 del C.P.C.C.); 4º) SE DIFIERA la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77).

ASI LO VOTO

Por análogas consideraciones, el Doctor Posca adhiere y VOTA EN IGUAL SENTIDO.

Con lo que terminó el acuerdo que antecede, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme la votación que instruye el Acuerdo que antecede este Tribunal RESUELVE: 1º) RECHAZAR el pedido de deserción del recurso articulado por los demandados 2º) CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia de Primera Instancia, en cuanto ha sido materia de agravios; 3º) IMPONER las costas generadas en ésta Instancia Recursiva en el orden causado (art. 68 del C.P.C.C.); 4º) DIFERIR la regulación de los honorarios de los