

Expte. nº - 10.117/97 - 53.764 - "F., S. F. c/ Fernández, Enrique Manuel s/ daños y perjuicios" - CNCIV - SALA L - 08/07/2010

MALA PRAXIS MÉDICA. ANESTESISTA. Suministro de anestesia general a un menor de edad para la realización de una audiometría. Sufrimiento de un paro cardíaco durante la aplicación. MUERTE. Cuadro que no pudo ser superado debido a la INEXISTENCIA DE APARATOLOGÍA ADECUADA (desfibrilador). Negligencia e impericia. Deficiencia que importó la pérdida de chance de evitar el fatal resultado. RESPONSABILIDAD DEL TITULAR DEL CONSULTORIO DONDE SE LLEVÓ A CABO EL ESTUDIO DE AUDIOMETRÍA, DEL ANESTESISTA Y DE LA OBRA SOCIAL. Obligación tácita de seguridad. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA FONOAUDIÓLOGA. Profesional no **médica** que solo interviene en la realización del análisis, sin asumir funciones de supervisión sobre etapas previas al estudio y de aplicación de la sedación. Indemnizaciones. "VALOR VIDA". Alcance. Procedencia aún cuando las víctimas sean menores de edad. DISIDENCIA PARCIAL: "valor vida". Rubro que resulta procedente por el solo hecho de habersele quitado la vida a una persona, independientemente de su capacidad para generar ingresos en la actualidad o en el futuro

"Existe relación de causalidad adecuada entre el equipamiento defectuoso del consultorio del Dr. Fernández y la pérdida de chance de superar el episodio que llevó al fallecimiento del menor, al que se le aplicó la anestesia general. Está acabadamente probado cuál ha sido el elemento faltante, el cual de haber existido pudo haber modificado el curso de los acontecimientos." (Del voto de los jueces de la Sala L, en unanimidad)

"Se verifica la producción de un daño derivado de la defectuosa atención **médica**, por negligencia e impericia, que consistió en la ausencia del desfibrilador ventricular el cual impidió poder detectar si el menor sufrió una fibrilación cuyo tratamiento adecuado hubiese sido la desfibrilación del corazón." (Del voto de los jueces de la Sala L, en unanimidad)

"Aunque la falta de ese aparato específico no implique necesariamente que ha consistido en la causa eficiente de la muerte del menor, sí impidió detectar si la complicación que surgió configuró una fibrilación que pudo ser superada con el desfibrilador. De tal forma esa deficiencia importó la causa adecuada de una pérdida de chance de evitar el fatal resultado." (Del voto de los jueces de la Sala L, en unanimidad)

"El Dr. Fernández, en su carácter de titular del consultorio donde se le aplicó la anestesia al menor, debe responder por las consecuencias dañosas que este desafortunado episodio que le costara la vida a L. N. L. le provocó a la reclamante, aunque con el alcance señalado de pérdida de chance. Ello, en virtud del deber de seguridad que recae sobre los entes asistenciales el cual supone una prestación del médico que si bien no garantiza salvo supuestos de excepción la recuperación del asistido (curación definitiva, alivio, mejoría), debe adoptar el apropiado y consciente tratamiento (conf. Alberto J. Bueres, "Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos", p. 127, n? 31, Bs. As. 1981)." (Del voto de los jueces de la Sala L, en unanimidad)

"En cuanto al anesthesiólogo, más allá de que la perito médico en su dictamen señaló que no ha mediado ninguna actitud reprochable al mismo, que haya contribuido al desenlace fatal porque la causa del resultado ha sido el broncoespamo y no la práctica anestésica, de todas maneras, en base a las claras conclusiones del peritaje elaborado por el CMF donde se evidencia que la aplicación de drogas para revertir ese cuadro (broncoespasmo) aumentan la frecuencia cardíaca y además pueden provocar una fibrilación ventricular, o sea un tipo de paro cardíaco

que requiere como tratamiento la desfibrilación del corazón, no me quedan dudas de que la falta de este profesional consistió en haber aplicado una anestesia general a un menor para que la fonoaudióloga pudiera llevar a cabo el estudio de audiometría sin haberse asegurado de que el consultorio contara con la aparatología adecuada." (Del voto de los jueces de la Sala L, en unanimidad)

"La responsabilidad del anestesista por las consecuencias mediatas de sus actos, halla su encuadre jurídico en la norma del art. 904 del Cód. Civil, dado que conociendo o debiendo conocer la posibilidad de que surgieran complicaciones intra anestésicas más allá de todas las precauciones posibles, la mera chance de que ocurriera un accidente no pudo dejar de ser tenida en cuenta como un hecho previsible y posible de acaecer. Es por ello que a mi juicio resulta responsable por haber omitido aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación (art. 512, Cód. Civil) y se potencia cuando mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902, Cód. Civil)." (Del voto de los jueces de la Sala L, en unanimidad)

"No ocurre lo mismo con relación a la responsabilidad de la fonoaudióloga. El sentenciante en sus fundamentos para incluirla en la condena expuso que la fonoaudióloga debió realizar el estudio de audiometría en otro ámbito debidamente acondicionado, y supervisar toda la etapa preparatoria y de aplicación de la sedación por parte del anesthesiólogo. Sin embargo, considero que esta profesional no es **médica** y su función se limitaba al estudio diagnóstico auditivo denominado BERA dada su formación de fonoaudióloga. El proceso anésteico que se requería para los pacientes menores de edad estaba reservado y debía ser llevado a cabo -tal como ocurrió- por un médico con especialidad en anesthesiología. Dicho profesional contaba con absoluta autonomía y era el encargado y el responsable dada su especialidad de la aplicación y monitoreo de la anestesia, por lo cual de ningún modo es válido achacar a la licenciada Zubizarreta la tarea de supervisar el trabajo que realizaba el anesthesiólogo." (Del voto de los jueces de la Sala L, en unanimidad)

"Comparto plenamente lo decidido por el sr. juez anterior en lo concerniente con la responsabilidad de la obra social ya que corresponde recordar que ella responde en virtud de las obligaciones tácitas de seguridad objetiva que asumen respecto de los afiliados que utilizan los servicios médicos que aquéllas brindan. La responsabilidad de la obra social no se limita a las obligaciones de proporcionar asistencia **médica**, mediante los profesionales correspondientes y de conformidad con las normas que regulan la relación entre afiliados y la obra social, sino que el servicio se preste en condiciones tales, en cuanto a la intervención del profesional y servicios auxiliares, que el paciente no sufra daños por deficiencia de la prestación prometida. De ahí que, frente a estas consideraciones, el argumento de que la reclamante tenía una amplia variedad de opciones para elegir al profesional o institución donde sería asistido su hijo carece de todo asidero." (Del voto de los jueces de la Sala L, en unanimidad)

"Se ha venido sosteniendo en forma reiterada que la indemnización por el rubro llamado "valor vida" procede aun cuando las víctimas sean menores de edad. Se trata de reparar el perjuicio que la muerte del niño o joven implica en el presente o puede implicar en el futuro para sus familiares, en función de la asistencia económica que les habría podido brindar, que se traduce en la indemnización de pérdida de una "chance"." (Del voto de la mayoría)

"En el sub-lite, la actora es de escasos recursos y no es dudoso sostener que ese menor, aún antes de llegar a la edad adulta, habría colaborado y contribuido con su trabajo al sostenimiento del hogar común, máxime teniendo en cuenta las difíciles circunstancias económicas por las que atraviesa nuestro país. Por otro lado, dentro de este contexto es claro también que la desaparición del hijo ha frustrado la legítima esperanza de obtener ayuda de su hijo en la vejez o enfermedades. Es lo que ocurre en el curso ordinario de la vida. Aquí no se trata sólo de valorar la posible ayuda económica que habrían recibido, sino también la del cuidado personal, que no sólo tiene un valor moral, o sea, extrapatrimonial, sino también un

significado económico que justifica el resarcimiento y, por tanto, que encuadra dentro de la esfera del daño material." (Del voto de la mayoría)

"Quien arbitrariamente priva de vida a otra persona debe estar obligado a indemnizar ese daño en algún valor económico, aún cuando el fallecido no tenga capacidad para generar ingresos, o éstos sean precarios, o no tengan herederos forzosos, o sus causahabientes no dependan económicamente de él (art. 1083 Cód. Civil)." (Dra. Pérez Pardo, en disidencia parcial)

"Así el reconocimiento del valor vida no puede depender de las vicisitudes coyunturales de política económica de un país de modo que sólo quepa indemnizar por la desaparición física de alguien cuando está insertado en el mercado laboral y no corresponda cuando la víctima, por alguna otra razón, no ha tenido la posibilidad de tener tal actividad." (Dra. Pérez Pardo, en disidencia parcial)

"Desde que la vida es el bien máspreciado de todo ser humano y la pérdida arbitraria de la misma es la máxima afrenta que se puede ocasionar a una persona, resulta altamente discriminatoria que la pérdida del ser querido, en ciertos casos, no tenga valor o tenga un valor mínimo sólo en función de su inserción en la actividad económica al tiempo del hecho dañoso." (Dra. Pérez Pardo, en disidencia parcial)

Expte. nº - 10.117/97 - 53.764 - "F., S. F. c/ Fernández, Enrique Manuel s/ daños y perjuicios" - CNCIV - SALA L - 08/07/2010

En Buenos Aires, a los 08 días del mes de julio del año dos mil diez, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones a fin de pronunciarse en el expediente caratulado "F., S. F. c/ Fernández, Enrique Manuel s/ daños y perjuicios" de acuerdo al orden del sorteo sobre la cuestión propuesta el Dr. Galmarini dijo:

I. S. F. F. por medio de apoderado invocó en el escrito inicial ser empleada de la Lotería Nacional SE y afiliada a la obra social denominada Obra Social del Personal Civil de la Nación, y relató que el día 7 de marzo de 1996 utilizaron los servicios de la obra social en el consultorio del Dr. Fernández en el cual se le iba a realizar a su hijo un estudio audiométrico denominado Bera por padecer hipoacusia. Refirió que dicho estudio se llevó a cabo en un lugar que no contaba con el equipamiento mínimo indispensable para proceder a maniobras de reanimación en anestesia general, y que como consecuencia de la mala praxis su hijo L. N. L. falleció. La madre promovió acción indemnizatoria contra la obra social, "Organización Médica San Jorge de Hernán Robredo y Staff Médico S.A. - Unión Transitoria de Empresas" (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD), Enrique Manuel Fernández, Alicia Zubizarreta de Fernández, G. Adolfo Ferrando y Federación Patronal C.S.L. A fs.609/614 se presentó el padre del menor, Sr. G. J. L., adhiriendo a la demanda y formulando su reclamo indemnizatorio.//-

La sentencia de fs.2396/2419 desestimó la excepción de prescripción opuesta por "Organización Médica San Jorge de Hernán Robredo y Staff Médico S.A. -Unión Transitoria de Empresas" (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD) con costas, e hizo lugar a la acción entablada. Así condenó a los demandados G. Adolfo Ferrando, Enrique Manuel Fernández, Alicia Zubizarreta de Fernández, Obra Social para el Personal Civil de la Nación, Organización Médica San Jorge de Hernán Robredo y Staff Médico S.A. -Unión Transitoria de Empresas (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD), y a la compañía de seguros Federación Patronal CLS en las condiciones de la póliza a pagar a S. F. F. la suma de \$399.800 y a G. J. L. la de \$50.000 con más intereses de conformidad con la tasa activa según plenario "[Samudio](#)"[Fallo en extenso: [elDial.com - AA518A](#)] desde la fecha del pronunciamiento, y a su vez les impuso a los demandados vencidos las costas del proceso.-

Todas las partes apelaron la sentencia. La actora S. F. F. expresó agravios a fs.2481/2488;; a fs.2496/2500 presentó el memorial el coactor L. ; a fs.2504/2514 presentó su memorial G.

Adolfo Ferrando, quien a su vez presentó una ampliación a fs.2559/2561; a fs.2516/2520 fundó su recurso de apelación Organización Médica San Jorge de Hernán Robredo y Staff Médico S.A. -Unión Transitoria de Empresas (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD); a fs.2522/2530 presentó el memorial la Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación; a fs. 2532/2555 presentaron su memorial el Dr. Enrique Manuel Fernández y la Lic. Alicia Zubizarreta de Fernández, y a fs.2566/2575 presentó el memorial la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A.-

Los traslados ordenados fueron contestados por L. a fs. 2581/2589; por la actora F. a fs.2592/2636; por Organización Médica San Jorge de Hernán Robredo y Staff Médico S.A. - Unión Transitoria de Empresas (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD) a fs.2638/2639 y a fs.2641/2642; por la aseguradora del anestesista a fs.2644/2646; por Ferrando a fs.2648/2651, y por último, a fs.2653/2666 y a fs. 2668/2675 fueron contestados los traslados por el Dr. Enrique Manuel Fernández y la Lic. Alicia Zubizarreta de Fernández.-

II. Trataré en primer lugar las críticas expresadas por Organización Médica San Jorge de Hernán Robredo y Staff Médico S.A. -Unión Transitoria de Empresas (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD) vinculadas con el rechazo de la defensa de prescripción opuesta a fs.636.-

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

Se ha considerado que la responsabilidad es calificable como contractual cuando hay un deber preexistente que es específico y determinado, tanto en relación al objeto como al sujeto obligado; en cambio se la ubica en la órbita extracontractual cuando hay un deber preexistente que es genérico (deber general de no () dañar) e indeterminado de los sujetos pasivos, que viene impuesto por la ley, y que rige por el mero hecho de la convivencia social (Atilio Aníbal Alterini - Oscar J. Ameal - Roberto M. L. Cabana, "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", p.152, nº 362, y doctrina allí citada).El origen de la responsabilidad contractual es el incumplimiento de esa obligación preexistente, específica y determinada; mientras que el de la responsabilidad extracontractual es la violación de un mero deber no obligacional (autores y op. cit., p. 153, nº 365).-

Respecto de las obras sociales se ha entendido que el vínculo generado para la atención médica es de origen contractual, ya sea que se sustente en la estipulación a favor de terceros o en la obligación de garantía en beneficio de los afiliados, consistente en que las prestaciones médico asistenciales se brinden con eficacia (CNCiv. Sala F, diciembre 5-1978,"E.D" T. 82, p.489, fallo nº 31.841; id. Sala G, junio 25-1981,"E.D" T. 95, p. 568, fallo nº 34.909). En tal sentido se ha dicho que la responsabilidad emergente de la relación médico - paciente cubre no sólo al médico que interviene en la asistencia del paciente sino, además, a sus auxiliares y también a las instituciones en las que se presta el servicio y a aquellos que contratan los servicios de un sanatorio para la atención de sus afiliados, ya sea encuadrando la responsabilidad de los organismos intermedios como una estipulación a favor de terceros o bien como obligación de garantía propia del contrato de asistencia médica (CNCiv. Sala D, febrero 16/1984, L.L. T. 1984-C, p.586, fallo 83.220). Además de la responsabilidad contractual directa del médico se ha reconocido también una responsabilidad contractual directa de la institución asistencial (Alberto Bueres, "Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos", p. 32), y aun de la obra social (autor y op. cit. p.71), respecto del paciente o afiliado. El Dr. Bueres sostiene que la figura de la estipulación a favor de un tercero (art. 504) es también útil para perfilar la relación generada entre una entidad sanatorial o un médico y las obras sociales. Destaca que esto obedece a que entre dichas personas se establece un contrato base o relación de cobertura en beneficio del paciente afiliado al ente obra social, quien se transforma, a raíz de la virtualidad jurídica del nexo, en acreedor de la clínica por la debida atención médica (op. cit. p. 71).-

Coincido en términos generales con el criterio sustentado por el Dr. G. A. Bossert acerca de que cuando los progenitores actúan en el cumplimiento de deberes que la paternidad les impone, entre los que destaca contratar con terceros servicios de atención médica, no puede sostenerse que lo hacen como representantes de sus hijos, pues a través de esos negocios, están cumpliendo con deberes que le son propios, entre los que menciona el de cuidar la salud (G. A. Bossert, "Contratos en interés del hijo menor", L.L. T. 1991-B, p. 773/5, ver especialmente p. 774). Este autor considera razonable sostener que se trata de otro supuesto de estipulación a favor de tercero o de contrato que contiene tal estipulación, conforme a la previsión del art. 504 del Código Civil. Pone de relieve que el requisito de la aceptación del beneficiario a que alude el citado artículo, está implícitamente dado en el mismo acto a través de su representante legal, es decir el padre que efectúa la estipulación (op. cit. p. 774). También reconoce al padre que contrató la facultad no sólo de reclamar a título propio el cumplimiento del contrato, o sea la prestación que beneficia al hijo, sino además la facultad resolutoria por incumplimiento del promitente, lo mismo que oponer las excepciones y articular las acciones que allí mismo menciona (op. cit., p. 775, segunda columna, cuarto párrafo). Si, según el criterio apuntado, el estipulante puede demandar a título propio el cumplimiento - cuando el beneficiario no lo haya hecho (op. cit., p. 775, segunda columna último párrafo) - y también la resolución, estimo que asimismo está habilitado para reclamar a título propio el resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento, tanto los que afecten a la salud del hijo menor en la hipótesis de que éste continuara con vida, como los daños que sufra personalmente el estipulante por la muerte de su hijo, que como padres no son estipulantes comunes, sino que además de cumplir el deber de padres en interés del hijo, como tales tienen también derecho a título personal a que su hijo sea atendido por los establecimientos y médicos por ellos contratados con los medios, la diligencia y la idoneidad profesional necesarios para el adecuado servicio de salud.-

En base a estas consideraciones, como juez integrante de la Sala "C" en un caso de mala praxis en la atención de un parto propuse al acuerdo confirmar el rechazo de la defensa de prescripción porque consideré que los padres del menor fallecido habían contratado la atención de su hijo en ejercicio de la patria potestad (CNCiv. Sala "C", "M. de L., S.M. y otro c. Instituto de Servicios Sociales para el personal Ferroviario y otros., abril 24/1997, pub. L.L. 1998-A,405). Pero en este caso, y particularmente en lo que concierne con la relación jurídica del padre del menor aquí fallecido (Sr. L.), advierto algunas diferencias con el supuesto recientemente examinado las cuales ineludiblemente me convencen de que deben admitirse la quejas de la parte apelante.-

El propio recurrente sostiene que la madre y el menor L. N. L. se encontraban afiliados a la obra social denominada Obra Social del Personal Civil de la Nación y por lo tanto reconocen expresamente que el plazo de prescripción de su reclamo es el de diez años previsto en el art.4023 del Código Civil (ver fs.2518 vta.). De este modo, no cabe duda de que tiene origen contractual ese vínculo generado por la afiliación a la obra social, del que surge el derecho de la coactora y de su hijo a utilizar los servicios médicos y asistenciales que brinda dicha obra social.-

Insisto en que lo determinante es que la actora S. F. F. ha sido parte en la relación contractual a título personal. Pero como invocara este apelante, no ocurre lo mismo respecto del Sr. G. J. L.. En la sentencia se ha detallado que el padre de L. N. adhirió a la demanda recién después de celebrada la audiencia prevista en el art.360 del Código Procesal, y que además de haberse comprobado que se encontraba separado de la madre del menor con quien tampoco se hallaba unido en matrimonio, no ha arrimado prueba que permita suponer que al menos se ocupaba de su hijo. Y lo cierto es que aun frente a esas consideraciones del juez anterior, nada ha sido refutado por el propio L. en los fundamentos de su recurso de apelación por medio del cual persigue únicamente la elevación del monto otorgado por daño moral. Entonces, como se advierte claramente que este sujeto no ha sido parte en la relación contractual, cabe encuadrar su participación en el pleito dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual. En tal sentido, considero que de ningún modo es válido que se encuentre beneficiado con el plazo de prescripción genérico contemplado en el art.4023 del Código Civil cuando ha quedado demostrado que ha sido la madre del menor quien contratara con la obra social. Por lo tanto, como adelanté, corresponde admitir las quejas del apelante ya que no hay un sólo elemento

que me permita afirmar que G. J. L. también se encontraba vinculado contractualmente con los demandados para pretender verse favorecido con un plazo de prescripción mayor.-

En definitiva, como dicho accionante adhirió a la demanda después de transcurridos más de dos años desde la fecha del deceso del menor L. N. en el consultorio del Dr. Fernández, discrepo con la solución propiciada por el Sr. juez de primera instancia en cuanto también considera que G. J. L. se encuentra inmerso bajo la órbita contractual, y consecuentemente aplicable el plazo de prescripción decenal previsto por el art. 4023 del Código Civil. Voto entonces por modificar este aspecto de la sentencia, haciendo lugar a la excepción de prescripción deducida a fs.636, y consecuentemente, rechazando el reclamo indemnizatorio promovido por G. J. L. respecto de la codemandada Organización Médica San Jorge de Hernán Robredo y Staff Médico S.A. -Unión Transitoria de Empresas (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD).-

Las costas generadas por esta excepción de acuerdo con el principio general de la derrota consagrado en el primer párrafo del art.68 del Código Procesal, deberán ser soportadas por el Sr. G. J. L. en su condición de vencido.-

III. Acerca de la responsabilidad se quejan todos los demandados condenados. Básicamente las quejas de los apelantes radican en que la parte actora no ha logrado demostrar acabadamente la relación causal existente entre la falta de equipamiento y el resultado fatal ocurrido. Tanto los agravios del anestesista G. Adolfo Ferrando (2504/2514) como los vertidos por Organización Médica San Jorge de Hernán Robredo y Staff Médico S.A. -Unión Transitoria de Empresas (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD) (fs.2516/2520), por la Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (2522/2530), y por Enrique Manuel Fernández y Alicia Zubizarreta de Fernández (2532/2555) guardan relación con esta cuestión.-

La obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (Fassi, Santiago C., "Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado", t. I, p. 278). No se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco rebatir todos y cada uno de los fundamentos por ellas invocados (CNCiv., sala C, octubre 15/2002, "Emprovial S.A. v. G. B. y Cía. S.A. s/cobro de sumas de dinero", L. 336672), por lo que me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (CNCiv., sala C, marzo 7/2000, "Solari, Azucena M. y otro v. Iriarte, Adriana N. y otro s/daños y perjuicios", L. 275710; id. sala C, diciembre 7/2000, "Peralta, Ricardo v. Errecarte, Oscar A. y otro s/daños y perjuicios", L. 294315; CNCiv., sala F, septiembre 7/2005 "F. de A., A. R. v. T. L., E.", JA 2005 IV 567).-

En primer lugar considero relevante detenerme a analizar cuál ha sido el reproche que la parte actora endilgaba a los demandados para así poder determinar el objeto de la mala praxis que motivó el inicio de este reclamo indemnizatorio. Veamos: en su presentación inicial S. F. F. adujo que la anestesia general que se le había aplicado a su hijo para llevar a cabo el estudio de audiometría denominado BERA ha sido realizada en un lugar que no contaba con el equipamiento mínimo e indispensable para efectuarla en condiciones razonables ni para proceder a las maniobras de reanimación en caso de urgencia (fs.16/17).-

El Sr. juez de la instancia anterior para fundar su decisión se apoyó en el informe pericial elaborado por el Cuerpo Médico Forense a fs.2225/2228 y en las respuestas dadas a las explicaciones e impugnaciones que recibiera (fs.2311/2312). En virtud de lo que se desprende de esos informes juzgó que el lamentable desenlace fatal ocurrió debido a que el menor presentó un broncoespasmo que produjo una severa hipoxémia progresiva que lo llevó a un paro cardíaco. Hizo puntualmente hincapié en que el consultorio donde se realizó la anestesia general no contaba con el equipamiento instrumental requerido, el cual no iba a poder sobrellevar exitosamente la posibilidad de una complicación. Así, se aferró a destacar que la ausencia de aparatología adecuada, y más precisamente del desfibrilador, no permitió detectar si L. N. L. había sufrido una fibrilación ventricular que requiriera el uso de dicho desfibrilador (fs.2413/2414).-

En términos generales los demandados condenados argumentaron que si bien la falta de aparatología en un consultorio puede constituir una infracción -aun de orden administrativo- no puede ser motivo de condena si no quedó comprobado que la carencia del desfibrilador intervino en la mecánica del hecho. Alegaron que no es posible establecer una relación de causalidad entre la muerte del paciente y la acción de los médicos intervinientes si no está establecido y certeramente acreditado qué tipo de material resultó faltante y si ello podría haber modificado el curso de los acontecimientos.-

Los médicos que confeccionaron los peritajes en sede penal han señalado que el menor sufrió un paro cardíaco de origen hipoxémico por posible broncoespasmo que presentó durante la inducción anestésica, por lo cual agregaron que la forma de paro cardíaco más probable pudo haber sido la asistolia o hiposistolia por disociación electromecánica. Explicaron los profesionales que ninguna de estas dos formas de paro circulatorio se tratan con desfibrilador o con cardioversor, y que el broncoespasmo no era previsible de acuerdo al cuadro que presentaba (fs.305/306, c.p.). Asimismo, en el informe de fs.839/845 los galenos además de señalar que no se puede establecer un nexo de causalidad entre el accionar del Dr. Ferrando y el resultado fatal de L. N., expusieron que no hay constancias que revelaran que el menor presentaba una patología cardíaca ni lesiones cardíacas preexistentes (ver fs.843 y 845, c.p.).-

Por su lado, en estos actuados, la perito médico designada por el tribunal presentó su informe pericial a fs.723/751 en el cual detalló que según las recomendaciones de la Federación Argentina de Asociaciones de Anestesiología en el consultorio en cuestión faltaba un cardioscopio, soluciones parenterales, tensiómetro y desfibrilador. Refirió que es correcta la aplicación de anestesia general sin contar con la presencia de un cardiólogo ya que era un paciente asintomático y no es imprescindible la presencia de un cardiólogo para los procedimientos anestésicos. Incluso señaló que en la actualidad se tiende a no solicitar estudios complementarios prequirúrgicos en pacientes menores y asintomáticos (ver fs.747). También expuso que de la autopsia surge que no existió ninguna lesión cardiológica (fs.749), y que al momento del hecho no existían constancias de padecimientos que hicieran suponer que el menor sufriera de alteraciones de origen cardiovascular y/o pulmonar, pues de otra manera no hubiera tenido prioridad la realización de un estudio para evaluar la profundidad de su sordera (750). En líneas generales, reiteró las conclusiones de los informes agregados en la causa penal al sostener que el desenlace fue producto de un paro cardíaco de origen hipoxémico por posible broncoespasmo que a pesar del tratamiento instituido no retrogradó, el cual se instaló de manera súbita e imprevisible, y que de las constancias de autos no surge la existencia de fibrilación ventricular (751). Si bien en base a estas consideraciones el Sr. juez llegó a la conclusión de que el lamentable desenlace fatal ocurrió debido a que el menor presentó un broncoespasmo que produjo una severa hipoxémia progresiva que lo llevó al paro cardíaco, lo cierto es que el dictamen pericial elaborado por el cuerpo médico forense agregado a fs.2225/2228 además de explicar la causa del fallecimiento (broncoespasmo), puso marcadamente el acento en que el equipamiento en el consultorio donde se le colocó al menor la anestesia general para someterlo al estudio de audiometría no era el adecuado, ya que según las normas de la Federación de Anestesiología se debía contar con todos los elementos necesarios para su realización, los cuales no se encontraban presentes en el consultorio del Dr. Fernández (ver fs.2226 y 2228).-

Este peritaje también recibió impugnaciones y pedido de explicaciones de las partes, en donde principalmente se le cuestionaba al médico forense Papagni las conclusiones a las que arribó en sede civil. Alegaron que ese mismo profesional en la causa penal había señalado que el paro cardíaco era de naturaleza hipóxica y que por ende sería inútil a los efectos reanimatorios otra aparatología que la utilizada y existente en el lugar (ver fs.2273, 2285/2286, 2290/2293, y fs. 2298).-

No advierto que hayan existido marcadas contradicciones en los dictámenes presentados por el Dr. Héctor N. Papagni en sede penal y en estos obrados porque, contrariamente a lo afirmado por las partes, ya en sede represiva había hecho hincapié en que de las constancias de la causa se desprendía que el lugar donde se realizó la anestesia general no contaba con toda la aparatología necesaria para dicha práctica (ver último párrafo de fs.843 y primer párrafo de fs.844, c.p.). Por otra parte, es dable destacar que si bien en la causa penal y en este reclamo indemnizatorio en sede civil se produjo la prueba pericial médica para poder contar

con una opinión científica en una materia que es ajena al conocimiento de los magistrados y de ese modo poder determinar cuál ha sido la conducta asumida por los sujetos que atendieron al menor, no debe olvidarse que el objeto de esta litis difiere con el que se persiguiera en sede penal. No es idéntico el fin perseguido en cada uno de los procesos, y por ende, aquí cobra relevancia el peritaje que ha sido confeccionado en base a los puntos periciales propuestos por las partes.-

De todos modos, a mi criterio, el médico forense Papagni en su contestación de fs.2311/2312 no dejó lugar a dudas respecto de las conclusiones a las que arribó, y con ello despejó las supuestas contradicciones que se le achacaban. Fue terminante en que el broncoespasmo severo que lo llevó a una hipoxemia progresiva que desembocó en el paro cardíaco obligó al anesthesiólogo actuante a administrar no sólo oxígeno sino también drogas inotrópicas. Así, continuó explicando que la aplicación de esas drogas aumentan la frecuencia cardíaca y además pueden provocar una fibrilación ventricular, o sea un tipo de paro cardíaco que requiere como tratamiento la desfibrilación del corazón. Por eso, fue contundente en que la ausencia de ese desfibrilador (aparatoología adecuada) quitó chances ante ese supuesto cuadro de fibrilación, el cual no había manera de detectarlo con el equipamiento que existía en el consultorio (fs.2311). Volvió a reiterar que los elementos debían estar, sean utilizados o no (fs.2312).-

A mi juicio, las explicaciones dadas por el galeno a las objeciones recibidas son decisivas en este caso para responder las críticas ensayadas por los demandados en el sentido de que la falta de aparatoología adecuada conllevó a la pérdida de una chance de superar la complicación que surgió durante la inducción anestésica, con lo cual es acertado afirmar que privó de la probabilidad de evitar este lamentable desenlace fatal. Contrariamente a las alegaciones formuladas y sobre todo a las apreciaciones esgrimidas en el punto E) del escrito de expresión de agravios de fs.2504/2514 (Ferrando), considero que existe relación de causalidad adecuada entre el equipamiento defectuoso del consultorio del Dr. Fernández y la pérdida de chance de superar el episodio que llevó al fallecimiento del menor, al que se le aplicó la anestesia general. Está acabadamente probado cuál ha sido el elemento faltante, el cual de haber existido pudo haber modificado el curso de los acontecimientos.-

Por otra parte, que de la autopsia del cadáver del menor se desprenda que el estómago contenía 50 cm³ de una papilla no diferenciable (ver fs. 58, c.p.) no es un elemento suficiente para afirmar que la reclamante no había respetado las horas de ayuno necesarias que exigía el estudio que se le iba a realizar a L. N. L. en el cual se le iba a aplicar anestesia. Debió haber sido probado este extremo y nada de ello ocurrió ya que ni siquiera ha sido incluida esta cuestión dentro de los puntos periciales.-

En definitiva, en base a la prueba examinada precedentemente, juzgo que en el caso se verifica la producción de un daño derivado de la defectuosa atención médica, por negligencia e impericia, que consistió en la ausencia del desfibrilador ventricular el cual impidió poder detectar si el menor sufrió una fibrilación cuya tratamiento adecuado hubiese sido la desfibrilación del corazón. El reproche que aquí se realiza consistió en habersele privado al menor de la probabilidad de superar el cuadro por el que atravesó a partir de haber quedado patentizado en autos que, por no contar con los elementos indispensables para la reanimación del paciente, no hubo atención médica apropiada. Se trata de una atribución de responsabilidad que se funda en la ausencia de equipamiento adecuado privándole así a Leonardo N. L. de la oportunidad de sortear diligentemente el cuadro que presentó en el proceso anestésico.-

En casos en los que se determinó que el reproche consistió en la pérdida de chance de curación se ha establecido que el límite de la responsabilidad está dado por la pérdida de la chance de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad porque se ha dicho que el médico no puso la enfermedad en el paciente sino que simplemente no contribuyó a tratar de detener a ésta (conf. CNCiv. Sala "F", "Rolón González, María Ernesta y otro c/ M.C.B..A y otro s/ daños y perjuicios", junio 14/2000, voto del Dr. Posse Saguier, entre otros). Aun cuando en el supuesto en examen el menor no se encontraba atravesando una enfermedad que no pudo ser revertida por los médicos, sino que se trató de un cuadro que derivó en el resultado fatal

cuando se aplicaba la anestesia general para someterlo a un estudio de audiometría, la ausencia del desfibrilador importó una omisión grave frente a la circunstancia de que la aplicación de las drogas utilizadas para revertir el broncoespasmo, aumenta -según el médico forense- el ritmo cardíaco y puede provocar una fibrilación ventricular que, como señala el experto, consiste en un paro cardíaco que requiere la desfibrilación del corazón. Aunque la falta de ese aparato específico no implique necesariamente que ha consistido en la causa eficiente de la muerte del menor, sí impidió detectar si la complicación que surgió configuró una fibrilación que pudo ser superada con el desfibrilador. De tal forma esa deficiencia importó la causa adecuada de una pérdida de chance de evitar el fatal resultado.-

No obsta a la procedencia del resarcimiento como pérdida de chance la circunstancia de que el reclamo haya sido formulado como indemnización derivado de la muerte del hijo de la reclamante, pues los distintos ítems pretendidos deben ser apreciados como comprensivos de esa pérdida de chance, la que a su vez repercute en cada una de las partidas reclamadas. Para la determinación de los respectivos montos tendré en cuenta que es menor la pérdida de chance que el daño patrimonial por la pérdida de vida y de los demás ítem que sean admitidos.-

Delimitada así esta cuestión, y teniendo en cuenta que el reproche principal consiste en la falta de elementos adecuados para llevar a cabo procedimientos anestésicos, comparto con el sentenciante de grado en que el Dr. Enrique Manuel Fernández, en su carácter de titular del consultorio donde se le aplicó la anestesia al menor, debe responder por las consecuencias dañosas que este desafortunado episodio que le costara la vida a L. N. L. le provocó a la reclamante, aunque con el alcance señalado de pérdida de chance. Ello, en virtud del deber de seguridad que recae sobre los entes asistenciales el cual supone una prestación del médico que si bien no garantiza salvo supuestos de excepción la recuperación del asistido (curación definitiva, alivio, mejoría), debe adoptar el apropiado y consciente tratamiento (conf. Alberto J. Bueres, "Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos", p. 127, n? 31, Bs. As. 1981). Acá, con los elementos de convicción aportados al proceso se ha acreditado la negligencia e impericia que genera la responsabilidad del titular del consultorio donde se iba a llevar a cabo el estudio de audiometría (BERA) como consecuencia de la obligación tácita de seguridad.-

IV. Responsabilidad del anesthesiólogo.

En el fallo el Sr juez incluyó en la condena al Dr. Ferrando en tanto le reprochó a dicho profesional haber aplicado la anestesia general sin la existencia de elementos mínimos para la realización de esa práctica. El médico anestesista por medio de apoderado cuestionó lo decidido por el magistrado alegando que ha cumplido con todos los requisitos que marca la buena praxis médica no sólo por haberse interiorizado de los antecedentes del menor, sino porque empleó los elementos idóneos para dormir y monitorear al paciente, tal cual suele ocurrir en los lugares destinados a la realización de procedimientos de diagnóstico (fs.2509/2510).-

He sostenido que el principio aun rector en materia de responsabilidad médica es el de que incumbe a quien ha sufrido un daño acreditar la relación causal entre la actuación del médico y ese daño, y que el profesional actuó con impericia, imprudencia o negligencia (CNCiv. Sala C, noviembre 11/1999, "Arnedo de Camera Marta c/ Heinsius Ricardo Juan y otros s/ daños y perjuicios" L. 271.739; Sala F, septiembre 23/2004, "Amato Eleonora c/ Guerrieri Claudio Juan s/ daños y perjuicios", L. 393.530). También reiteradamente se ha sostenido que la obligación asumida por el facultativo frente al paciente consiste en la aplicación de su saber y de su proceder en favor de la salud del enfermo, destacándose que aunque no esté comprometido a curar al enfermo sí lo está a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación. De ahí que el fracaso o ausencia de éxito en la prestación de los servicios no signifique incumplimiento (CNCiv. Sala F, marzo 13/2000, "Santa Coloma María Teresa c/ Araoz Jorge Santiago y O. s/ daños y perjuicios", L. 270.522; abril 24/2002, Ael Ramón Luis c/ Dirección de obra Social de Entel y O. s/ Resposabilidades Profesionales", L. 326.489, y doctrina allí cit.).-

El anestesista es el responsable de indicar, efectuar y controlar en todas sus fases las anestésicas generales y regionales que administra (ver pericia médica, fs.748), y no debe olvidarse que se tiene dicho que posee autonomía científica respecto del médico cirujano, adquiriendo cada vez más importancia la función de esta especialidad, quien, en muchas ocasiones tiene al asistido bajo su control más tiempo que el propio médico jefe (CNCiv. Sala C, septiembre 30/1982, "F.,N.J. y otra c. G.C.,A.S. y otros", pub. ED-102,220). De este modo, y más allá de que la perito médico Marta Elisa Cobo en su dictamen señaló que no ha mediado ninguna actitud reprochable al anesthesiologo interviniente que haya contribuido al desenlace fatal porque la causa del resultado ha sido el broncoespamo y no la práctica anestésica (783), de todas maneras, en base a las claras conclusiones del peritaje elaborado por el CMF donde se evidencia que la aplicación de drogas para revertir ese cuadro (broncoespasmo) aumentan la frecuencia cardíaca y además pueden provocar una fibrilación ventricular, o sea un tipo de paro cardíaco que requiere como tratamiento la desfibrilación del corazón, no me quedan dudas de que la falta de este profesional consistió en haber aplicado una anestesia general a un menor para que la fonoaudióloga pudiera llevar a cabo el estudio de audiometría sin haberse asegurado de que el consultorio contara con la aparatología adecuada.-

La responsabilidad del anestesista por las consecuencias mediatas de sus actos, halla su encuadre jurídico en la norma del art. 904 del Cód. Civil, dado que conociendo o debiendo conocer la posibilidad de que surgieran complicaciones intra anestésicas más allá de todas las precauciones posibles, la mera chance de que ocurriera un accidente no pudo dejar de ser tenida en cuenta como un hecho previsible y posible de acaecer. Es por ello que a mi juicio resulta responsable por haber omitido aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación (art. 512, Cód. Civil) y se potencia cuando mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902, Cód. Civil).-

Como práctica genérica dentro del deber de cuidado, el médico anestesista debió haber extremado las precauciones tendientes a eliminar las probabilidades de fracaso. La conducta prestada por el anestesista, en comparación con la conducta debida en el marco del deber de cuidado, es constitutiva de negligencia e imprudencia profesional médica, por no haber tomado los recaudos que razonablemente se imponían previos a la inducción anestésica al haberse arriesgado a llevarla a cabo sin el equipamiento adecuado (conf. L. Miró, Horacio G., "La responsabilidad civil directa del médico anestesista y de la institución sanatorial por la ocurrencia de un paro cardiorespiratorio en un menor", nota a fallo, pub. LLLitoral, 1982 172). En nada incide a esta solución que anteriormente se haya sometido al menor a procedimientos anestésicos sin complicaciones. Por ende, me parece justa la decisión del juez anterior acerca de la responsabilidad del anestesista y ello me conduce a propiciar que se confirme la sentencia apelada en este aspecto.-

No ocurre lo mismo con relación a la responsabilidad de la Licenciada Zubizarreta. Acá disiento con el juez de grado, y por lo tanto adelanto que admitiré los agravios. El sentenciante en sus fundamentos para incluirla en la condena expuso que la fonoaudióloga debió realizar el estudio de audiometría en otro ámbito debidamente acondicionado, y supervisar toda la etapa preparatoria y de aplicación de la sedación por parte del anesthesiologo.-

Sobre esta cuestión comparto plenamente las argumentaciones volcadas en el memorial de fs.2532/2555, ya que esta profesional no es médica y su función se limitaba al estudio diagnóstico auditivo denominado BERA dada su formación de fonoaudióloga. El proceso anestésico que se requería para los pacientes menores de edad estaba reservado y debía ser llevado a cabo -tal como ocurrió- por un médico con especialidad en anesthesiología. Dicho profesional contaba con absoluta autonomía y era el encargado y el responsable dada su especialidad de la aplicación y monitoreo de la anestesia, por lo cual de ningún modo es válido achacar a la licenciada Zubizarreta la tarea de supervisar el trabajo que realizaba el anesthesiologo. La sedación era necesaria para poder después iniciar el estudio de audiometría, el cual como vimos, lamentablemente no pudo llevarse a cabo.-

Por estas consideraciones, voto porque se modifique la sentencia en este punto, desestimando la demanda promovida contra la licenciada Alicia Zubizarreta de Fernández.-

V. Las quejas de la Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación no contienen una crítica reveladora de la equivocación que atribuye a la decisión de primera instancia.-

Comparto plenamente lo decidido por el sr. juez anterior en lo concerniente con la responsabilidad de la obra social ya que como se destacara en el fallo anterior corresponde recordar que ella responde en virtud de las obligaciones tácitas de seguridad objetiva que asumen (cnciv. sala d, febrero 28/1996, I.164.091, "g., f.m. c/centro médico lacroze y otros s/ daños y perjuicios", e.d. t. 172, p. 487) respecto de los afiliados que utilizan los servicios médicos que aquéllas brindan. la responsabilidad de la obra social no se limita a las obligaciones de proporcionar asistencia médica, mediante los profesionales correspondientes y de conformidad con las normas que regulan la relación entre afiliados y la obra social, sino que el servicio se preste en condiciones tales, en cuanto a la intervención del profesional y servicios auxiliares, que el paciente no sufra daños por deficiencia de la prestación prometida (cnciv. sala c, abril 24/1997, I. 202.680, "morra de luján, S. mabel y otro c/ inst.de ser. soc. para el personal ferroviario y otros s/ daños y perjuicios", j. a. del 4/2/98, p. 48). de ahí que, frente a estas consideraciones, el argumento de que la reclamante tenía una amplia variedad de opciones para elegir al profesional o institución donde sería asistido su hijo carece de todo asidero. No puede pretender limitar su responsabilidad aduciendo que el reclamo debió ser dirigido contra quien presta el servicio por ser el responsable único y directo, ya que parece que olvida que sus afiliados utilizan los servicios médicos que ella les proporciona. tampoco es serio para eximirse de responder escudarse en que había celebrado un contrato con la codemandada ute aos y staff medico la cual brindaba prestaciones médico asistenciales a la población. Esa tercerización en manera alguna basta para liberar a la obra social de la obligación de responder por los daños que sufran sus afiliados a raíz de la mala praxis de los médicos o establecimientos asistenciales por ella ofrecidos. Voto entonces por desestimar las quejas vertidas, y consecuentemente, por confirmar sobre este punto lo decidido en la instancia anterior.-

Por lo tanto, salvo en lo atinente al rechazo de la demanda que se propone en este voto con relación a la Lic. Alicia Zubizarreta de Fernández, propongo que se confirme lo demás decidido en la instancia anterior en lo concerniente con la responsabilidad en este desafortunado episodio.-

VI. Ahora corresponde abordar el tratamiento de los rubros indemnizatorios reconocidos en la sentencia y que fueron recurridos por las partes.

Valor vida.

En la sentencia el juez cuantificó esta partida en la suma de \$200.000, y los demandados se quejaron porque el magistrado indemnizó este ítem otorgándole a la vida un "valor psicoenergético en sí" (ver fs.2513 y 2552/2553). Se ha venido sosteniendo en forma reiterada que la indemnización por el rubro llamado "valor vida" procede aun cuando las víctimas sean menores de edad. Se trata de reparar el perjuicio que la muerte del niño o joven implica en el presente o puede implicar en el futuro para sus familiares, en función de la asistencia económica que les habría podido brindar, que se traduce en la indemnización de pérdida de una "chance" (conf. CNCiv. Sala "F" en causas libres n1s 163. 428 y 163.427 del 6-7-95; 158.518 del 30-5-95; 129.711 del 19-8-93; 124.705 del 29-6-93; 113.546 del 9-12-92; 107.264 y 107.265 del 23-11-92 y 109.166 y 109.079 del 16-9-92; 179.856 del 2-8-91, entre otras).-

Sin perjuicio de reconocer que la cuestión no ha sido pacífica considero que estando acreditado, como ocurre en el sub-lite, que la actora es de escasos recursos ya que según surge de los testimonios rendidos en el beneficio de litigar sin gastos vive en Boulogne (Pcia de Bs. As.), en una zona humilde del barrio Ferroviario, en una casa de propiedad de sus padres en donde vivía también con su hijo, desempeñándose como empleada de Lotería Nacional y con un nivel sencillo de vida ya que el sueldo que percibe por su trabajo (\$900 o \$1.000) lo utiliza para solventar los gastos de su casa (ver decl. de fs.36/37 y fs. 39/40, b.l.s.g.), no es dudoso sostener que ese menor, aún antes de llegar a la edad adulta, habría colaborado y contribuido con su trabajo al sostenimiento del hogar común, máxime teniendo en cuenta las difíciles circunstancias económicas por las que atraviesa nuestro país. Por otro lado, dentro de

este contexto es claro también que la desaparición del hijo ha frustrado la legítima esperanza de obtener ayuda de su hijo en la vejez o enfermedades. Es lo que ocurre en el curso ordinario de la vida. Aquí no se trata sólo de valorar la posible ayuda económica que habrían recibido, sino también la del cuidado personal, que no sólo tiene un valor moral, o sea, extrapatrimonial, sino también un significado económico que justifica el resarcimiento y, por tanto, que encuadra dentro de la esfera del daño material (conf. CNCiv. Sala "F", "Wiñazky, Karina Mabel y otro c/ Silva, María Alejandra y otros s/ daños y perjuicios" junio 18/2004).-

En este sentido es dable afirmar que la muerte de un hijo es una pérdida actual, porque es al momento del fallecimiento de ese menor que los padres ven frustradas sus legítimas esperanzas en la ayuda filial. De allí que se trate de un daño cierto y concreto y no meramente conjetural o hipotético. Desde esta perspectiva, es que entiendo procedente la indemnización del daño material por la muerte de menores, aún cuando éstos resulten ser de corta edad.-

Es cierto que el tema de la llamada pérdida de la chance genera dificultades en torno al recaudo de la certeza, desde que se trata generalmente de acontecimientos de los que no se puede extraer con absoluta certidumbre si han generado o habrán de generar consecuencias dañosas al sujeto que alega el perjuicio. Sin embargo, en el supuesto de muerte de menores, cualquiera sea su edad, la mayor o menor edad no significa que tenga visos de eventualidad o pueda ser meramente hipotético, aun cuando la certidumbre del perjuicio pueda variar en función, precisamente, de esa edad. Así, la mayor proximidad del hijo a una edad que le permitiera cooperar económicamente con sus padres, otorgaría derecho a un resarcimiento numéricamente superior en la medida que otorga máximas certezas a la pérdida de esa chance.-

Por otro lado, entiendo que por más que la normativa actual resulta más amplia que la anterior a la reforma de la ley 17.711 a los fines de la admisión del resarcimiento por daño moral -al cuál indudablemente tendrá derecho la actora por la lesión en los sentimientos que le ha provocado la pérdida del hijo- ello no impide que también se indemnizen las consecuencias dañosas de carácter material que la desaparición del hijo le ha provocado y que ya fueran explicitadas en el apartado anterior.-

En función de lo expuesto, es que habré de desestimar los agravios de los demandados y concluir que el daño material resulta procedente.-

En cuanto al monto otorgado por el juzgador, en función de las particularidades del caso que ya han sido ponderadas más arriba, y especialmente la edad que tenía el menor a la época de su fallecimiento -cinco años- y que padecía una discapacidad la cual no puede saberse a ciencia cierta cómo pudo haber ido evolucionando con el tiempo, sin dejar de atender que lo que se indemniza es la pérdida de chance de haber podido superar el cuadro que finalmente produjo la muerte del hijo de la reclamante, me lleva a considerar que la suma por este concepto debe reducirse a la cantidad de \$ 70.000.-

VII. La indemnización del daño moral fue contemplada también para el supuesto de incumplimiento contractual (art. 522 del Código Civil). Cabe recordar que tal daño se configura cuando los padecidos afectan a la persona en sus sentimientos, su honor, su espiritualidad, su equilibrio emocional, su paz (CNCiv. Sala C, setiembre 22/ 1994, L. 141.649, "Sanguinetti c/ Clínica San Pablo S.A."). Allí mismo se agrega que la pérdida de un hijo ha de significar para quien la padece una amputación a su propia vida. Un dolor tan profundo que se ha de arrastrar hasta el día de la propia muerte. Un dolor que no se mitiga con tener otros hijos ni con la venida de otro posterior. Ese hijo muerto ha de sentirse siempre.-

A fin de apreciar en el caso la entidad del daño debe tomarse en consideración que el menor era el único hijo de la accionante quien además fue la que se ocupó en todo momento de su educación y manutención, por lo cual con su muerte se frustró esa maternidad presumiblemente tan esperada. También ha de tenerse en cuenta la angustia e incertidumbre generada como consecuencia del fallecimiento. Aquí también debe advertirse que la responsabilidad de los demandados contra los que prospera la demanda se limita a la pérdida de chance.-

Por estas consideraciones, estimo que la súbita pérdida de un hijo único que, más allá del retraso madurativo que padecía, no enfrentaba una enfermedad terminal, ni portaba ninguna situación patológica que hiciera previsible su fallecimiento en tiempo más o menos inmediato, configura un verdadero daño moral. De todas maneras, como pérdida de chance que incide en el daño moral la cantidad de \$150.000 fijada en la sentencia resulta elevada, y por lo tanto, las particularidades del caso y la valoración de la Sala en situaciones similares, llevan a admitir parcialmente los agravios de los condenados y reducir el monto indemnizatorio del daño moral a la suma de \$ 100.000 a valores de la fecha del pronunciamiento apelado.-

VIII. Daño psicológico y tratamiento.

En la sentencia el Sr juez otorgó la suma de \$29.800 por este ítem. La actora pretende la elevación del importe establecido y los demandados intentan mostrar que el juez englobó esta partida dentro del daño moral para así convencer de que debe desestimarse este reclamo.-

No les asiste razón a los demandados recurrentes ya que del punto 8.a de la sentencia se advierte con claridad que el juez antes de abordar el tratamiento del daño psicológico hizo hincapié en la diferencia que existe respecto del daño moral (ver fs.2415 vta.). En tal sentido, no integró esta partida dentro del daño moral, sino que más bien se encargó de diferenciar ambos reclamos. Desde esta óptica, no corresponde confundir las afecciones que configuran el daño moral, con el daño psíquico entendido como secuela patológica derivada de un hecho, ya que aun cuando afirmen que bajo la denominación del daño moral se incluye la del daño psicológico, es ha entendido que "...no cabe duda de que el daño moral y el daño psicológico son rubros indemnizatorios que pueden ser considerados con autonomía. La confusión entre el daño psíquico y el daño moral es inadmisibles. Son conceptos diferentes. Uno constituye un menoscabo patológico de la salud psíquica, que integra el concepto de incapacidad sobreviniente, mientras que el otro repercute en los sentimientos o en la interioridad del damnificado, donde lo dañado son bienes de goce, afección y percepción emocional y física "(CNCiv. Sala F, octubre 26/2004,"Molina Silvia S. c/ Línea 37 Cuatro de Septiembre y otros s/ daños y perjuicios", L.395.299, entre otros).-

En el fallo se han detallado las secuelas psicológicas que este desafortunado episodio le dejó a la accionante y que se desprende de los peritajes agregados a fs.1906/1910 y a fs.2239/2250. Entre ellos cabe destacar que la muerte de L. ha desbordado su capacidad defensiva adaptativa, y por esa razón, se diagnosticó que presenta una personalidad con características depresivas, inestabilidad y vulnerabilidad emocional con severa tendencia al encierro. Asimismo, el médico forense Roberto Luis María Godoy explicó que acorde a los datos recogidos a través de la evaluación pericial y los antecedentes obrantes en autos, efectivamente el factor productor del cuadro diagnosticado es la muerte del hijo de la actora (fs.2249), con lo cual los planteos esgrimidos en torno a que el ámbito familiar de la Sra. Fuente no había sido muy propicio en su vida no merece el menor análisis.-

Por lo tanto, teniendo en cuenta que se estimó la incapacidad de la actora en un 30% de carácter permanente habida cuenta del pronóstico del cuadro que presentaba y lo que se indemniza es el daño por el que deben responder los demandados que resulten condenados es el correspondiente a la pérdida de chance, estimo en función del art. 165 del Código Procesal que por la partida en examen, comprensiva además de la parte pertinente de los tratamientos psicológicos y psiquiátricos recomendados por los expertos, el monto fijado por el sentenciante es adecuado, por lo que deben desestimarse los agravios sobre el punto.-

IX. Daño físico.

Pese a que el juzgador en la instancia anterior detalló las conclusiones de la pericia médica de fs.741/751 y las explicaciones de fs.780/782 que mostraban que de los estudios complementarios practicados a la actora no se observaron signos ni síntomas de padecer patología alguna ya que solamente en uno de los estudios presentaba taquicardia y bradicardia, hizo lugar a esta partida asignando la cantidad de \$20.000 sobre la base de que el Dr. Héctor Antonio Contrera -médico que consultó la reclamante- refirió que cuando revisó a la

madre del menor detectó una arritmia cardíaca desencadenada por varias causas, entre ellas el stress emocional o estados motivos por cualquier índole (ver fs.2416 vta.).-

La actora pretende que se eleve el importe fijado sobre la base de que del testimonio del cardiólogo Contrera surge que presenta una incapacidad provisoria que disminuye su posibilidad de obtener ganancias, y los demandados siguen pretendiendo el rechazo de este ítem aferrándose al resultado del dictamen pericial médico.-

Más allá de que la prueba pericial médica refleja que uno de los estudios complementarios practicados a la accionante mostraba que presentaba taquicardia y bradicardia sinusal con extrasístoles poco frecuentes y aisladas ya que el resto de los estudios fueron normales, lo cierto es que la perito fue terminante al señalar que al momento del examen S. F. F. no presentaba incapacidad física a causa del hecho que aquí se ventila (ver fs.745). En respuesta a los agravios formulados cabe destacar que se tiene dicho que en los casos en los que se evidencia una incapacidad transitoria que fuera más tarde superada, sin secuelas, correspondería atender -como daño patrimonial- al "lucro cesante" probado que tal incapacidad, o sus secuelas, hubiesen provocado durante el tiempo en que se la padeció, sin perjuicio de resarcir el daño moral que infirió al damnificado la lesión a su integridad física (CNCiv. Sala F, julio 20/2006, "Papaleo, Carolina L. v. Bourel, Gastón F. y otros" Citar Lexis N° 70025553, ver voto del Dr. Zannoni). Como se advierte, al no presentar la reclamante secuelas físicas de carácter incapacitante, es oportuno destacar que las molestias, incomodidades y problemas físicos de escasa entidad que causó este episodio a F. han sido valorados al momento de abordar el daño moral. Voto entonces por modificar lo decidido en la instancia anterior, desestimando el otorgamiento del rubro bajo análisis.-

X. Ahora cabe atender el reclamo formulado por el Sr. G. J. L.-

En primer lugar la propia actora cuestiona la procedencia de ese reclamo aduciendo que nunca se ocupó de L. N., sino que más bien se desentendió completamente de todo lo concerniente a su hijo y que tomó conocimiento de su fallecimiento por los diarios (fs.2481 vta.). Si bien hay determinados aspectos relacionados con la conducta asumida por el Sr. L. que fueron debidamente abordados y desarrollados por el Sr. juez en su fallo, de todos modos considero que carece de legitimación la reclamante para oponerse a la pretensión invocada por el progenitor del menor ya que, como reconociera en el punto III de sus agravios (ver fs.2481 vta.), no es a ella a quien le compete defender los intereses de la parte contraria. En base a estas consideraciones, y por carecer F. de legitimación para cuestionar este punto de la sentencia, voto por desestimar las quejas vertidas.-

Por otra parte, los demandados han cuestionado la admisión de la partida otorgada por daño moral a favor de este reclamante (fs.2513vta;2519vta./2520; 2549 vta), mientras que L. por su lado pretende la elevación del monto concedido habida cuenta del tiempo transcurrido desde el momento en que estimó el valor de su reclamo.-

A pesar de que el señor G. L. pudo haber promovido una demanda reparatoria separada, optó por introducirse voluntariamente en el proceso como litisconsorte activo (art. 90, inc. 2, del Código Procesal). Por consiguiente, quedó sujeto a las limitaciones del art. 93.-

L. se presentó después de trabada la litis y celebrada la audiencia preliminar. Ello no obstante, pretendió una indemnización de \$50.000 por daño moral y ofreció prueba.-

Se produjo una incidencia relativa a su participación, finalmente admitida, pero en momento alguno se corrió traslado a los demandados acerca de su pretensión.-

De allí que, sin entrar a juzgar la procedencia, la condena a pagarle algún resarcimiento adolece de vicios procesales evidentes. Los demandados no han podido ejercer su defensa. Sin embargo, siendo subsanables los defectos a través del recurso de apelación, voto por revocar la sentencia en la medida en que condena al pago de \$50.000 por daño moral de L., con las costas por su actuación en primera instancia a ser soportadas en el orden causado,

toda vez que, como se dijera, no hubo contradictorio; e imponiéndoles las de alzada como vencido.-

XI. Por último, resta atender las quejas de la compañía de seguros de fs.2566/2575, en donde en primer lugar se critica fuertemente que la sentencia no abordara el tratamiento de la defensa de falta de legitimación opuesta.-

En sus agravios esta apelante adujo que el juez en sus resultandos volcó el planteo procesal efectuado con relación a la defensa de falta de legitimación, pero después no trató esta cuestión en su decisorio. Puntualmente invocaron que esa omisión que torna arbitraria la sentencia le genera un grave perjuicio por cuanto el juez le hizo extensiva la sentencia.-

El planteo esgrimido por el apelante consiste en que de las cláusulas del seguro pactado con el demandado Fernández surge expresamente que amparaba una cobertura por riesgos de responsabilidad civil derivada de lesiones y/o muerte de terceras personas provocadas involuntariamente y directamente originadas por su ejercicio como profesional médico en su especialidad de otorrinolaringología (fs.2567), lo cual según el recurrente ha sido confirmado por el perito contador en su informe de fs.1889/1991.-

En base a ello, expuso que resulta evidente la exclusión de la cobertura asegurativa ya que el seguro pactado había sido en el marco de eventos directamente relacionados con la actividad profesional del Dr. Fernández en su actuar médico.-

Sin entrar a efectuar demasiadas consideraciones sobre este punto, considero que le asiste razón a la parte apelante en su postura defensiva ya que de la póliza acompañada por la aseguradora en su contestación de fs.121/135 surge expresamente que "el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado a título personal por cuanto deba a un paciente o derecho habiente del mismo en razón de la Responsabilidad Contractual o Extracontractual en que incurra como consecuencia del ejercicio de su profesión de médico...". Con lo cual de ello se desprende claramente que el seguro contratado por el Dr. Fernández lo amparaba para aquellos eventos en los cuales el asegurado intervenga directamente en el ejercicio de su actividad profesional, y no para aquellos que sucedan en el consultorio de su titularidad.-

El médico se ha asegurado en el ámbito de su especialidad y para los casos en los que intervenga personalmente y no ha contratado un seguro de responsabilidad civil por las eventualidades que pudieran ocurrir en su consultorio. Entonces, como ha quedado debidamente comprobado -ya que incluso la propia accionante lo reconoció en su escrito inicial- que no medió intervención personal y directa del Dr. Fernández en la atención del menor L. N. L., considero que cabe admitir las quejas del apelante haciendo lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva interpuesta, y por lo tanto, voto por excluir de la condena a la aseguradora Federación Patronal C.S.L.-

XII. Teniendo en cuenta la propuesta de este voto, el tratamiento de las demás quejas introducidas por la compañía de seguros en su memorial de fs.2566/2575 ha devenido abstracto.-

Por estas consideraciones, voto porque (1) se modifique la sentencia de fs.2396/2419 haciendo lugar a la excepción de prescripción deducida a fs.636 por Organización Médica San Jorge de Hernán Robredo y Staff Médico S.A. -Unión Transitoria de Empresas (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD), y consecuentemente porque se rechace el reclamo indemnizatorio promovido por G. J. L. con relación a esta codemandada, con costas a cargo de este accionante en su condición de vencido; (2) se revoque la sentencia en la medida en que condena al pago de \$50.000 por daño moral de G. L., con las costas de primera instancia por su orden y las de alzada a él como vencido (3) se rechace la demanda promovida contra la licenciada Alicia Zubizarreta de Fernández, debiendo los demandados condenados soportar las costas generadas por su intervención en este pleito porque la parte actora no tiene la carga de investigar la responsabilidad que le incumbía cada uno de los profesionales y entidades intervinientes en la atención del hijo fallecido; (4) se disminuya a \$70.000 y a \$100.000 respectivamente las cantidades asignadas en la sentencia en concepto de pérdida de chance

por valor vida y daño moral; (5) se rechace la partida otorgada por daño físico, y (6) porque se haga lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva interpuesta por la compañía de seguros del Dr. Fernández, y consecuentemente, porque se excluya de la condena a la aseguradora Federación Patronal C.S.L., debiendo imponerse en el orden causado las costas generadas por la incidencia relativa a la defensa de falta de legitimación teniendo en cuenta el modo en que se define esta cuestión y que la actora pudo creerse con derecho a pedir la citación de la aseguradora. No ocurre lo mismo respecto de las costas por su intervención a lo largo del proceso, las cuales deberán ser soportadas por los demandados condenados. Por último, voto porque se confirme la sentencia en todo lo demás que ha sido materia de agravios.-

Las costas de alzada estimo que deben ser soportadas en el orden causado atento a la materia objeto de agravios y al resultado a que se llega (art. 68 Cód. Proc.).-

Por razones análogas a las expuestas por el Dr. Galmarini, el Dr. Liberman vota en igual sentido.-

Disidencia parcial de la Dra. Pérez Pardo:

Adhiero a todas las conclusiones del distinguido colega preopinante a excepción de la conceptualización y estimación del llamado "valor vida" (conf. expuse en el exp. nº 63.810).-

Considerar que la vida humana no tiene un valor económico per se sino en función a lo que produce o puede producir constituye un enfoque estrictamente económico y axiológicamente disvalioso, que no se condice con el respeto de la vida y la dignidad como derechos fundamentales del hombre, tutelado por declaraciones internacionales, tratados, sentencias de tribunales transnacionales y receptados entre otros por el art. 4 del Pacto de San J. de Costa Rica, arts. I, IV y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 2, 3, 6, 16 y concordantes de la Declaración Universal de los Derechos humanos, todos ellos de raigambre constitucional en nuestro país (ver también Morello, Augusto M. en "La Vida Humana y los valores" en JA 2005-III-256). La vida humana tiene un valor constitucional a pesar de la ausencia de toda regla constitucional concerniente a la protección de la vida humana (conf. Tribunal Constitucional de Polonia del 28/5/97 de "Investigaciones", Secretaría de la Corte Suprema, Dir. Dr. Rolando E. Gialdino, 1998-1-93).-

El valor de la vida humana no es apreciable con criterios exclusivamente económicos. El daño por la muerte de la víctima no puede atenerse a criterios o concepciones materialistas que deben necesariamente ceder frente a una comprensión general de valores -materiales y espirituales - unidas inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia (conf C.S.J.N. del 26/8/75 in re "Noya, Alfonso y otro c/ Prov. de Bs. As., punto 16).-

Participo por cierto de la teoría que sostiene que aún después de la sanción de la Ley 17.711 que redimensionó la resarcibilidad de daños morales modificando el art. 1078 del C.C., la vida humana posee un valor intrínseco, desde el punto de vista material; la privación de cualquier existencia humana importa siempre un perjuicio como mera contrapartida del valor de esa vida, y la valuación económica mínima en todo supuesto de homicidio lo es sin perjuicio de que puedan considerarse otras circunstancias para aumentar la indemnización, como ser la pérdida patrimonial que puedan experimentar los sobrevivientes a raíz de ese fallecimiento. Y ello debe ser así, aún cuando pueda tratarse de personas insanas, ancianas y/o menores que no tengan capacidad de generar ingresos propios y/o que tengan económicamente herederos mayores de edad que no dependan del fallecido en lo económico. Desde mi particular visión, el mayor daño que puede ocasionarse a una persona es precisamente quitarle la vida; de allí que no pueda ser admisible dentro del régimen de daños, que mediando homicidio pueda concluirse en el rechazo de indemnización por valor vida. Podrá ser mayor o menor en función de los criterios expuestos por el sentenciante, pero nunca podría ser rechazado totalmente porque se trata de la máxima afrenta o daño a considerar dentro del sistema jurídico.-

Así, quien arbitrariamente priva de vida a otra persona debe estar obligado a indemnizar ese daño en algún valor económico, aún cuando el fallecido no tenga capacidad para generar

ingresos, o éstos sean precarios, o no tengan herederos forzosos, o sus causahabientes no dependan económicamente de él (art. 1083 Cód. Civil).-

El respeto a la vida de una persona hace al reconocimiento de su dignidad, y el derecho a la vida -así como el derecho a la salud- son derechos inherentes a las personas, que se alcanzan como fundamentales y no pueden ser renunciados (conf. art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 5 pto. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Tratados Internacionales éstos de rango constitucional a partir de la reforma constitucional de 1.994). Tal criterio debe coordinarse con el principio de reparación integral previsto por el art. 1079 del Cód. Civil, aunque sólo sea simbólico para la víctima -ya que ello no le devolverá la vida -, pero debe tener entidad y reconocerse siempre más allá de la condición de trabajador y/o de las condiciones de trabajo que desarrolle la víctima al momento del hecho dañoso. La necesidad de humanizar el Derecho, colocando como centro a la Persona, impone aquella solución. Así el reconocimiento del valor vida no puede depender de las vicisitudes coyunturales de política económica de un país de modo que sólo quepa indemnizar por la desaparición física de alguien cuando está insertado en el mercado laboral y no corresponda cuando la víctima, por alguna otra razón, no ha tenido la posibilidad de tener tal actividad.-

Desde que la vida es el bien máspreciado de todo ser humano y la pérdida arbitraria de la misma es la máxima afrenta que se puede ocasionar a una persona, resulta altamente discriminatoria que la pérdida del ser querido, en ciertos casos, no tenga valor o tenga un valor mínimo sólo en función de su inserción en la actividad económica al tiempo del hecho dañoso.-

La acción deberá ser ejercida sin más remedio por los herederos con motivo del daño que sufrió el causante y que le ocasionaron la muerte, pero nace en el derecho de la propia víctima a que se respete su integridad psicofísica, como titular originario, y transmisible a sus sucesores universales (citada en Bueres - Highton en "Derecho Civil?"Tº 3, "A", pág. 253, primer párrafo y jurisprudencia allí mencionada - nº 11-). De otro modo, el daño más grave que pueda producirse queda sin reparación integral en el ámbito jurídico, especialmente si se atienden las particularidades del menor víctima de autos.-

Por tales razones, demás circunstancias particulares reseñadas de la víctima, en aplicación del art. 165 Cód. Procesal, tiempo transcurrido desde el hecho (7-3-1996) y lo dispuesto por el art. 1069 último párrafo del Cód. Civil, estimo equitativo confirmar el monto de la indemnización por este ítem.-

Así, dejo expuesto mi particular punto de vista sobre este tema, adhiriendo en lo demás a las conclusiones del Dr. Galmarini.-

Con lo que terminó el acto firmando los Señores Jueces por ante mí que doy fe. Es copia fiel del original que obra en el Libro de Acuerdos de la Sala.-

Julio Speroni - Secretario de Cámara

Buenos Aires, julio de 2010.-

Y VISTOS: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el tribunal decide: (1) modificar la sentencia de fs.2396/2419 haciendo lugar a la excepción de prescripción deducida a fs.636 por Organización Médica San Jorge de Hernán Robredo y Staff Médico S.A. -Unión Transitoria de Empresas (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD), y consecuentemente rechazar el reclamo indemnizatorio promovido por G. J. L. con relación a esta codemandada, con costas a cargo de este accionante en su condición de vencido;(2) revocar la sentencia en la medida en que condena al pago de \$50.000 por daño moral de G. L., con las costas de primera instancia por su orden y las de alzada a él como vencido (3) rechazar la demanda promovida contra la licenciada Alicia Zubizarreta de Fernández, debiendo los demandados condenados soportar las costas generadas por su intervención en este pleito porque la parte actora no tiene la carga de investigar la responsabilidad que le incumbía a cada uno de los profesionales y entidades intervinientes en

la atención del hijo fallecido; (4) disminuir a \$70.000 y a \$100.000 respectivamente las cantidades asignadas en la sentencia en concepto de pérdida de chance por valor vida y daño moral;; (5) rechazar la partida otorgada por daño físico, y (6) hacer lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva interpuesta por la compañía de seguros del Dr. Fernández, y consecuentemente, excluir de la condena a la aseguradora Federación Patronal C.S.L., debiendo imponerse en el orden causado las costas generadas por la incidencia relativa a la defensa de falta de legitimación teniendo en cuenta el modo en que se define esta cuestión y que la actora pudo creerse con derecho a pedir la citación de la aseguradora. No ocurre lo mismo respecto de las costas por su intervención a lo largo del proceso, las cuales deberán ser soportadas por los demandados condenados. Confirmar la sentencia en todo lo demás que ha sido materia de agravios. Con costas de alzada en el orden causado (art.68 Código Procesal).-

El juzgado actuante debe arbitrar los medios necesarios a fin de que los condenados en costas integren la pertinente tasa judicial de conformidad con los arts.10, 11, 12 y 14 de la ley 23.898.-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.//-

Fdo.: Dr. Galmarini - Dr. Liberman - Dra. Pérez Pardo

Julio Speroni (Secretario de Cámara).-

Citar: **[eIDial.com - AA63CC]**

Publicado el 07/10/2010