

**Médico. Responsabilidad médica. Supuestos particulares. De los establecimientos médicos. Procedencia. Negligencia en la atención postoperatoria de la paciente que luego entró en estado de coma vegetativo**

“D. A. y otro v. Universidad de Buenos Aires - Facultad de Medicina - Hospital de Clínicas”

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala 1**

En Buenos Aires, a los 10 días del mes de mayo de 2011, se reúnen en Acuerdo los jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para dictar sentencia en los autos mencionados en el epígrafe, y de conformidad con el orden del sorteo efectuado, la doctora María Susana Najurieta dijo:

1. La señora S. A. L. fue sometida a una intervención quirúrgica en el área de neurocirugía del Hospital de Clínicas “José de San Martín” el día 13 de diciembre de 1999, con resección de un tumor de fosa posterior, con buena evolución posquirúrgica. Días más tarde, a raíz de una complicación por obstrucción en la cánula endotraqueal, sufrió un paro respiratorio y fue internada en unidad de terapia intensiva, saliendo del cuadro con secuela de coma vegetativo (fs. 644), que no fue recuperado hasta la fecha. El esposo don A. D. y las tres hijas, dos de ellas menores, promovieron demanda de resarcimiento de daños y perjuicios por mala praxis médica, contra la Universidad de Buenos Aires-Hospital de Clínicas José de San Martín (fs. 18/38). En representación de la señora L., su esposo reclamó la suma de \$ 11.300.000 –o lo que en más o menos resultara de la prueba–, comprensiva de diversos rubros que fueron fundados en el escrito inicial, y por sí y por sus hijas reclamó las sumas que fueron detalladas a fs. 30, en concepto de daño emergente, daño moral y daño psicológico, con intereses y las costas del juicio.

La sentencia de primera instancia encontró responsable al Hospital de Clínicas por la actuación negligente de sus facultativos en la atención del postoperatorio de la señora S. L., y condenó a la parte demandada a abonar a la parte actora la suma de \$ 1.400.000 por daños causados a la paciente, más la suma de \$ 16.000 a favor del esposo y de cada una de las tres hijas de la señora L., con destino al tratamiento terapéutico que cada uno de ellos necesita en el plano psicológico. El señor juez *a-quo* dispuso que el capital admitido devengara intereses a partir del día del hecho –con excepción del monto correspondiente a gastos futuros– y hasta el efectivo pago, a la tasa contemplada por las normas sobre consolidación de la deuda pública, más las costas del litigio.

2. Esta sentencia fue apelada por ambas partes y por la señora Defensora Pública de Menores e Incapaces. El recurso de la actora fue concedido a fs. 915, fue fundado mediante el escrito de fs. 925/942 y no recibió contestación de la contraria. La señora Defensora Pública se adhirió en todos sus términos a los agravios de la parte demandante (fs. 954). La Universidad de Buenos Aires interpuso recurso a fs. 914, el que fue concedido a fs. 915. El memorial corre a fs. 943/945 y recibió la contestación de la parte actora de fs. 949/952.

3. Corresponde comenzar por el tratamiento de la apelación de la parte demandada, que niega toda responsabilidad. Sostiene que la intervención quirúrgica resultó exitosa, que la complicación no se debió a negligencia médica sino a la “enfermedad de base” de la paciente y al “cuadro brusco que presentó en su momento”. Afirma que el Hospital de Clínicas instruyó una investigación para esclarecer hechos y responsabilidades, con resultado negativo, pero que ello demuestra la preocupación del centro asistencial por la buena atención de sus pacientes. De manera subsidiaria y para el hipotético caso en que

el Tribunal confirmara la atribución de responsabilidad, reclama una significativa reducción de los montos de la indemnización y la aplicación de las leyes de consolidación de la deuda pública.

4. Ninguna de las cuestiones traídas a revisión por la parte demandada tiene entidad como para rebatir la muy fundada sentencia del señor juez de primera instancia. Sabido es que en el tratamiento de enfermedades y en toda intervención quirúrgica existe un área que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes, pero esta premisa no desvirtúa el estándar con que debe apreciarse la obligación del médico y del equipo médico, pues conforme a lo establecido en los artículos 902 y 909 del Código Civil, cuando mayor sea el deber de obrar con diligencia y pleno conocimiento de las cosas, mayores serán las consecuencias de los hechos consumados (doctrina de Fallos 322: 726, considerando 6°).

En apretada síntesis, los antecedentes inmediatos del cuadro de paro cardiorrespiratorio fueron los siguientes: la paciente había sido intervenida neurológicamente el día 13/12/99 y, una vez retirada la asistencia mecánica respiratoria, se le practicó una traqueostomía para evitar la obstrucción de la vía aérea por secreciones o reflujo gástrico (fs. 663vta.). Los días 25 y 26 de diciembre la señora L. sufrió un cuadro de convulsiones y el día 27 de diciembre presentó edema, rigidez de nuca, fiebre, taquipnea, taquicardia, deterioro del sensorio e insuficiencia respiratoria (fs. 663). El experto ha afirmado que el panorama postoperatorio era un cuadro clínico grave. La paciente se hallaba en habitación común, no consta qué tipo de cánula llevaba y tampoco consta en la historia clínica con qué frecuencia se cambiaba dicha cánula y se controlaba a la paciente en estado grave. La única explicación de la parte demandada frente al reproche del magistrado de primera instancia, fue que tal como se hacía con todos los pacientes, la señora L. “fue observada todas las mañanas en el pase de sala” (fs. 943vta.). Es evidente que para una paciente grave, que tuvo convulsiones los días 25 y 26 de diciembre sin que se registrara ninguna reacción médica, pues no fue llevada a terapia intensiva sino el día 27 de diciembre – cuando evolucionó hacia el paro cardiorrespiratorio–, esa conducta no responde a los estándares de buena praxis profesional.

Está claramente demostrado que la lesión neurológica se produjo el día 27 de diciembre, como consecuencia de la obstrucción de la cánula de traqueostomía (fs. 710). La paciente estaba siendo tratada por neumopatía y un obrar prudente exigía constante atención y cuidados intensivos, particularmente cambios frecuentes de cánula y aspiración de secreciones en forma apropiada y tiempo oportuno (fs. 711vta. dictamen pericial). En el caso, la historia clínica no registra esta atención ni la indicación médica en este sentido.

No hubo respuesta médica a pesar de las convulsiones de los días antecedentes, el 25 y 26 de diciembre. Lo sucedido esos días se ignora porque en la historia clínica faltan las hojas de enfermería correspondientes. En suma: el carácter incompleto de la historia clínica, el faltante de hojas de enfermería, la ligereza con que el centro médico a través de sus equipos responsables evaluó –o no evaluó, pues se ignora– el estado crítico de la paciente los días 25 y 26 de diciembre, la demora en ingresarla en terapia intensiva a pesar del cuadro de convulsiones, todo ello configura constancias concordantes que impiden atender los endebles agravios de la Universidad de Buenos Aires. Mi conclusión, pues, es favorable a la confirmación de la sentencia en cuanto atribuyó al Hospital de Clínicas responsabilidad en el lamentable daño sufrido por S. A. L. el 27 de diciembre de 1999.

Los agravios que la parte demandada formula en forma subsidiaria, concernientes a la reducción de los montos de indemnización “a sus justos límites” y a la aplicación de las

leyes de consolidación de deuda, serán tratados en forma conjunta con los agravios de la parte demandante.

5. La parte actora presentó su memorial de agravios a fs. 925/942, al que se adhirió la señora Defensora Oficial a fs. 947. La contraria no ha respondido el recurso de apelación de la demandante.

El apoderado de la actora expresa su conformidad con la resolución de primera instancia en cuanto a la atribución de responsabilidad, y reprocha cuestiones atinentes al alcance y modalidad de pago de la indemnización. En apretada síntesis, se queja por lo reducido de los montos adjudicados en concepto de “incapacidad sobreviniente”, “gastos médicos futuros” y “daño moral” y solicita una elevación significativa de los mismos en consideración al daño irreparable que se ha provocado a la calidad de vida de la señora L.. Reprocha, asimismo, el rechazo del concepto “daño psicológico”, rubro que estima procedente pues es tan grande el daño que la paciente no está en condiciones de someterse a ninguna entrevista o evaluación psicológica.

También cuestiona el rechazo de los perjuicios que esta parte solicitó en concepto de “daño emergente”. Afirma que el *a-quo* no ha comprendido la situación en la que quedó el señor D. como consecuencia de la necesidad de atender personalmente a su esposa – postrada en estado vegetativo– y la frustración que ello comporta para todos sus proyectos de expansión económica –reabrir su negocio de venta de repuestos de automotor–, toda vez que debe ser sustento de sus hijas y debe controlar en todos los detalles la atención permanente que requiere su esposa.

En otro orden de ideas, se agravia por la interpretación dada al art. 1078 del Código Civil y al carácter restrictivo con que fue ponderado el derecho del esposo y de las hijas a percibir daño moral propio. Afirma que el lento deterioro de la esposa y madre provoca con toda evidencia la mortificación espiritual de los restantes miembros de la familia y que el rechazo del concepto vulnera derechos fundamentales. Se queja, igualmente, por el escaso monto reconocido con destino a los tratamientos terapéuticos de cada uno de los integrantes de la familia, destacando que el dictamen pericial ha informado sobre una incapacidad del orden del 30 al 40% en el esposo y en las tres hijas.

Su último agravio se refiere a la aplicación de las leyes 23.982 y 25.344 al caso en juzgamiento, afirmando que la mayoría de la doctrina considera inconstitucional la aplicación de este régimen cuando se trata de daño a la vida y a la integridad física de las personas. Cita en apoyo de su postura la jurisprudencia de este fuero, de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Solicita al respecto, que el tribunal declare la inconstitucionalidad de tal régimen en su aplicación al caso o que establezca una excepción a la modalidad de pago en largos plazos, con quitas y a bajas tasas, situación que configura, en su opinión, una verdadera iniquidad.

6. El dictamen del perito médico designado de oficio dio cuenta de que la señora L. se encuentra en estado vegetativo, con movimientos oculares y crisis de llanto. Desde el año 2000 al 2007 se mantuvo en forma estable, solamente con una infección urinaria que no requirió pase a unidad de tratamientos intensivos y con un único episodio de apneas y neumonía que fue superado. La paciente se encontraba, al tiempo del dictamen en cama con colchón antiescara, en posición decúbito obligado, sin realizar movimientos voluntarios. Obviamente, su incapacidad es del 100%, no se alimenta por sus propios medios y requiere permanente asistencia de terceros para su mantenimiento con vida. No encuentro sentido en una mayor descripción de la situación de la señora L., que ha sido apropiadamente constatada en autos y considerada por el señor juez *a-quo*, quien ha

reconocido montos que no son los habitualmente admitidos en los casos jurisprudenciales de mala praxis, pero que se encuentran debidamente justificados y fundados por el magistrado en su sentencia con sustento en las particulares circunstancias de esta causa.

Parece necesario recordar que la vida humana, el daño a la calidad de la vida humana, la lesión a la integridad física, no es mensurable económicamente *per se* pues no tiene medida económica, y sólo pueden ponderarse de manera imperfecta las potencias o atributos del hombre en cuanto poseen significación económica mediata o instrumental. Por tanto, lo que constituye el nudo del resarcimiento es la cuantificación de las consecuencias patrimoniales y espirituales que pueden ser reparadas de alguna forma, por medio de una satisfacción indirecta (Zavala de González Matilde, *Resarcimiento de daños*, vol. 2 “a”, 2da. edición ampliada, pág. 38/41). En tal sentido, estimo que los rubros llamados “incapacidad sobreviniente” y “daño moral”, han sido apropiadamente cuantificados por el *a-quo* en las sumas de \$ 700.000 y \$ 400.000 respectivamente.

Ahora bien: el rubro que se ha llamado “gastos médicos futuros” contempla un universo de prestaciones que considero no suficientemente ponderadas. Ello es así pues la persistencia en estado vegetativo obliga organizar servicios varios (de enfermería, de clínica médica, de auxiliares, de kinesiología, etc., incluso habitacionales) que no están debidamente cubiertos. Aun cuando el señor D. supervise toda la atención, parece evidente que debe atender su trabajo y el cuidado de sus hijas, especialmente de las menores, con posibilidad de que profesionales especializados se ocupen de estimular, favorecer y procurar la evolución positiva del cuadro de coma en que se halla la señora L.. En estas condiciones, propiciaré elevar la indemnización por este rubro (gastos médicos futuros) a la suma de \$ 400.000.

Coincido con el señor juez en el rechazo del rubro daño psíquico como un capítulo independiente, pues respecto de la víctima ya ha sido contemplado en la repercusión que pudiera tener tanto en su aspecto moral o en aquello en lo que pueda traducirse como daño patrimonial. En relación al agravio sobre el reducido monto adjudicado para que los familiares directos –esposo y tres hijas– realicen el tratamiento psicológico que ha aconsejado la experta en estos autos, propiciaré que se fije en un “gasto futuro” de \$ 24.000 por persona.

También coincido con el señor juez en el rechazo de la reparación por otros conceptos reclamados por el señor A. D. bajo el rubro de “daño emergente”, que la parte actora reitera a fs. 936. Ello es así pues estimo que los montos que se han admitido para resarcir a incapacidad sobreviniente de la señora L. y para proveer a todo lo que ella necesite en el futuro para mejorar sus posibilidades y su calidad de vida –y que se han subsumido en el concepto de “gastos médicos futuros”–, dan cobertura a las contingencias que pueda necesitar la paciente y por tanto aligeran la carga que pesaba sobre el esposo, señor D., y que debía cubrir con sacrificio de su propio trabajo.

En suma, respecto de la cuantificación de la indemnización, mi convicción es que debe confirmarse lo reconocido en primera instancia por los conceptos de daño moral y daño físico por incapacidad sobreviniente, y que deben elevarse los rubros “gastos médicos futuros” de la señora L. (\$ 400.000) y “gastos futuros” de tratamiento del esposo y de las tres hijas (\$ 96.000).

7. El señor juez ha descartado el resarcimiento del daño moral solicitado por los integrantes de la familia de la víctima, en aplicación de la limitación que establece el legislador en el art. 1078 del Código Civil. En el punto que interesa en esta causa, la citada norma legal dice: “La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo”.

Se trata de una limitación de la legitimación activa respecto del daño moral, fundada en la especial naturaleza de este concepto, respecto del principio general contenido en el art. 1079 del Código Civil, según el cual la acción indemnizatoria corresponde al damnificado, sea que se reclame por daño directo o indirecto. La citada restricción ha sido objeto de numerosos debates en congresos y jornadas especializadas (por ejemplo, las Jornadas sobre Temas de Responsabilidad Civil por Muerte o Lesión de Personas, de Rosario, en 1979), pero no se ha alcanzado una reforma legislativa y responde al concepto de daño moral puesto que se trata de hipótesis en las que la víctima está viva, con el valor que ello representa. Incluso en doctrina y jurisprudencia extranjera, la posibilidad del reconocimiento de la indemnización a favor de los damnificados indirectos cuando hay sobrevida de la víctima, es completamente excepcional (Rivera Julio César, *Estudios de derecho privado*, Rubinzal Culzoni, 2006, pág. 588).

Mi conclusión es que el daño moral reclamado por el esposo y las hijas de la señora L. no es resarcible (esta Cámara, Sala I, causa 8700/93 “Rodríguez Carlos Horacio y otro c/Clínica Modelo S.A. y otro s/daños y perjuicios” del 24/11/98; causa 17.750/96 “Blasco S. del Valle y otros d/Dirección de Bienestar de la Armada y otro s/responsabilidad médica” del 3/7/2003; Sala III, causa 7082/98 “González Daniel Oscar y otros c/Corporación Asistencial S.A. y otros s/responsabilidad médica” del 17/6/08; Sala II, causa 207/99 “Tiso Carlos A. y otros c/Hospital de Pediatría SAMIC Profesor Dr. Juan P. Garrahan y otros s/daños y perjuicios”, del 15/7/2010).

Por el contrario, los términos del art. 1079 autorizan a reconocer la reparación del daño patrimonial del esposo y de las hijas que sufren como damnificados indirectos, en tanto deberán costear gastos futuros de tratamiento psicólogo, rubro que ha sido admitido en la primera instancia y cuyo monto he elevado en los términos del considerando 6° precedente.

8. Resta tratar los agravios de ambas partes referidos al régimen de consolidación aplicable. Comienzo por precisar que el señor juez ha condenado al pago de la indemnización en el plazo de diez días hábiles (fs. 906, parte resolutive) y que ha ordenado la liquidación de los intereses del capital desde el día del hecho –con excepción al monto correspondiente a los gastos futuros, que se devengarán desde que la sentencia quede firme– y hasta el efectivo pago, “a las tasas establecidas por las normas sobre consolidación de deudas públicas”.

Esa decisión ha provocado los agravios de ambas partes. La parte demandada pide –en subsidio de su pretensión principal– la aplicación de las leyes de consolidación (fs. 945). La parte actora cuestiona lo dispuesto sobre el cálculo de intereses, pide que se devenguen a la tasa activa pues lo resuelto implica una errónea aplicación de las leyes de consolidación, que deben quedar al margen de lo resuelto.

La primera cuestión es que el señor juez *a-quo* no ha sometido la condena al pago mediante el régimen de consolidación de la deuda pública –pues ha ordenado el pago en el plazo de diez días– y que esta decisión es cuestionada por la Universidad de Buenos Aires de manera dogmática y sin fundamento razonado. No obstante esta deficiencia, por tratarse de una materia de orden público diré que el art. 18 de la ley 25.344 permite a los jueces excluir del régimen de la consolidación a los créditos originados en circunstancias excepcionales que impliquen situaciones de desamparo y que, en este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de excluir del régimen de emergencia el pago de indemnizaciones originadas por daño a la vida o a la integridad física de las personas (reconocidos en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) pues en estos casos extremos en que la restitución al *statu quo ante* resulta imposible, es inadmisibles un resarcimiento tardío y la

indemnización debe ser abonada en efectivo (voto del Doctor Lorenzetti *in re* M.687 XXXVIII “Mesquida Gregorio Hugo y otro c/Estado Nacional-Armada Argentina y otro s/accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad” del 28/11/2006; en igual sentido, causa “Morrow de Albanesi V.M. y otros c/Estado Nacional”, fallada por el Alto Tribunal el 17 de agosto de 2010, considerando 16° con cita de Fallos 329: 5382 y 331: 2745).

En consecuencia, propicio descartar el agravio de la parte demandada y confirmar la decisión de la primera instancia en la medida en que excluye el pago en bonos de consolidación de la deuda pública. Corresponde, pues, encuadrar la condena en el supuesto previsto por el legislador en el art. 18, segundo párrafo, de la ley 25.344, sin perjuicio del seguimiento de los pasos que requiere la previsión presupuestaria (art. 22 del citado cuerpo normativo).

9. Con relación a la tasa de interés –queja que presentan ambas partes puesto que la Universidad de Buenos Aires reclama la aplicación de las leyes de consolidación en su totalidad–, estimo que debe distinguirse el modo de pago –lo resuelto en el considerando precedente– y la tasa de liquidación de los intereses. Esta última responde a otras finalidades y, en autos, no debe necesariamente vincularse con la tasa promedio de ahorro que se incluye en los bonos de consolidación, habida cuenta que el crédito está excluido del régimen de la ley 25.344, contrariamente a lo que sostiene la parte demandada.

En el concreto caso en juzgamiento y habida cuenta de que el capital de la condena en todos sus rubros ha sido apreciado a valores actuales, entiendo que la tasa “activa” que normalmente utiliza este fuero para calcular los accesorios de un crédito no consolidado conduce a resultados desproporcionados que desvirtúan la finalidad de la reparación. Por ello, propiciaré que los intereses (con excepción de los que correspondan al capital reconocido en concepto de “gastos futuros”) sean liquidados al 6% anual desde el día del hecho y hasta que este pronunciamiento quede firme (confr. esta Sala causa 3235/02 “Zacchino”, del 5/2/04; causa 4816/05 “Stefani Juan Manuel c/Estado Nacional Ministerio del Interior-Policía Federal” del 23/8/07, entre otras). Con relación al monto admitido en concepto de “gastos futuros”, los intereses a la tasa del 6% anual correrán a partir de la notificación de este fallo.

A partir de quedar la sentencia firme, los intereses que correspondan a la totalidad del capital se devengarán a la tasa activa que aplica el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, conforme a la jurisprudencia de esta Sala (causa 2633/96 del 10/9/96; causa 4816/05 del 23/8/07).

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: a) confirmar la atribución de responsabilidad a cargo de la parte demandada Universidad de Buenos Aires-Hospital de Clínicas José de San Martín; b) confirmar el monto de la indemnización admitida en primera instancia en concepto de daño moral y daño físico por incapacidad sobreviniente, y elevar los montos reconocidos en concepto de gastos médicos futuros y gastos de tratamiento psicológico del esposo y de las hijas de la señora L.; c) condenar a la Universidad de Buenos Aires-Hospital de Clínicas José de San Martín a abonar a la actora la suma de \$ 1.596.000 (un millón quinientos noventa y seis mil pesos) en concepto de capital; d) ordenar los intereses en los términos del considerando 9° precedente; e) declarar que el crédito se encuentra excluido del régimen de consolidación de deudas, en los términos de los artículos 18 y 22 de la ley 25.344; y e) confirmar la sentencia de primera instancia en materia de costas y distribuir las costas de alzada en un 90% a cargo de la parte demandada y en el 10% restante a cargo de la parte actora, en atención a que la demandante ha sido parcialmente vencida en algunas de sus pretensiones (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Los doctores Martín Diego Farrell y Francisco de las Carreras adhieren al voto que antecede.

En mérito a lo deliberado y a los términos del Acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE:

- a) confirmar la atribución de responsabilidad a cargo de la parte demandada Universidad de Buenos Aires-Hospital de Clínicas José de San Martín;
- b) confirmar el monto de la indemnización admitida en primera instancia en concepto de daño moral y daño físico por incapacidad sobreviniente, y elevar los montos reconocidos en concepto de gastos médicos futuros y gastos de tratamiento psicológico del esposo y de las hijas de la señora L.;
- c) condenar a la Universidad de Buenos Aires-Hospital de Clínicas José de San Martín a abonar a la actora la suma de \$ 1.596.000 (un millón quinientos noventa y seis mil pesos) en concepto de capital;
- d) ordenar los intereses en los términos del considerando 9° precedente;
- e) declarar que el crédito se encuentra excluido del régimen de consolidación de deudas, en los términos de los artículos 18 y 22 de la ley 25.344; y,
- f) confirmar la sentencia de primera instancia en materia de costas y distribuir las costas de alzada en un 90% a cargo de la parte demandada y en el 10% restante a cargo de la parte actora, en atención a que la demandante ha sido parcialmente vencida en algunas de sus pretensiones (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Una vez que se proceda a la regulación de los honorarios por los trabajos en la primera instancia, se procederá como corresponde en alzada.

Regístrese, notifíquese y devuélvanse los autos.

María Susana Najurieta - Martín Diego Farrell - Francisco de las Carreras.