

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - MÉDICOS - MALA PRÁXIS - MUERTE DEL PACIENTE - CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE - PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - HISTORIA CLÍNICA - INDEMNIZACIÓN - VALOR VIDA - DAÑO PSÍQUICO - GASTOS DE SEPELIO - INTERESES

Partes: L. S. y otros c/ Estado Nacional -Fuerza Aérea Argentina y otros | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal

Sala/Juzgado: III

Fecha: 22-ago-2014

Cita: MJ-JU-M-90242-AR | MJJ90242

Producto: DP,MJ,SYD

Se hizo lugar a la demanda por mala praxis médica, por la realización de un punzamiento de riñón al paciente -que luego falleció- sin el debido control ecográfico. Cuadro de rubros indemnizatorios.

Sumario:

- 1.-Corresponde revocar la sentencia apelada, y por lo tanto hacer lugar a la demanda por mala praxis médica, condenando a los demandados a indemnizar a los familiares de un paciente que falleció a consecuencia de haberle realizado un punzamiento en el riñón sin control ecográfico.
- 2.-La historia clínica es, desde el punto de vista médico, un documento en el que se deja constancia de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente; desde el punto de vista jurídico, siendo que el médico tiene un deber de información, es la documentación de este deber, ello significa que el galeno tiene el deber de informar, asentando los datos relevantes del diagnóstico, terapia y enfermedad del paciente.
- 3.-Desde el punto de vista procesal, se trata del deber de cumplimiento de una carga informativa en el proceso, derivada de aquel deber secundario de conducta: se debe informar y como consecuencia de ello, hacer llegar al proceso la documentación en que conste el cumplimiento de dicho débito, de allí que el incumplimiento de ese deber procesal conduzca a una inversión de la carga de la prueba sobre aquellos hechos que no constan en la historia clínica.
- 4.-La confección incompleta de la historia clínica constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional, de otro modo, el damnificado por un proceder médico carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias.
- 5.-Sin alterar el régimen legalmente impuesto en el art. 377 del CPCCN., la moderna doctrina procesal

coloca en litigios como el de autos la carga procesal en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla.

6.-La conducta esperable y exigible de quien posee el título de médico es la de poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su detentación supone, prestándole la diligente asistencia profesional que el estado del paciente requiera en cada caso; no se trata de exigir una lucha victoriosa contra lo que sea humanamente imposible ni de pedir infalibilidad, sino que quien ejerce tal ministerio, se halle moralmente obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud del paciente.

7.-Los profesionales de la salud tienen una obligación de medios consistente en aplicar las técnicas médicas que indica la buena praxis, con arreglo a las circunstancias del caso.

8.-Ha quedado debidamente acreditado que la nefrostomía percutánea se realizó sin contar con el debido control ecográfico que era el método habitual para este tipo de prácticas y sin que en la historia clínica se indicaran las razones de tal conducta; más aún, no se explica qué sistema de control se utilizó.

9.-No se le informó debidamente al paciente las razones de asumir la decisión médica de realizar el punzamiento sin control ecográfico y mucho menos se requirió su consentimiento informado, ello sin perjuicio de admitir, como surge del informe pericial, que había en la historia clínica múltiples referencias a la gravedad del paciente y a la insuficiencia renal crónica reagudizada con un componente obstructivo.

10.-La demandada resulta responsable teniendo en cuenta que de haberse adoptado las previsiones usuales ante la realización de la nefrostomía, que en el caso era el control ecográfico, lo habitual hubiera sido que el paciente no sufriera daños o que, de producirse alguna complicación, se hubiera detectado en forma temprana, facilitando así su resolución.

11.-En lo que respecta a la responsabilidad del hospital codemandado, la misma deriva de la circunstancia de que entre el establecimiento asistencial y el médico que presta sus servicios se establece un verdadero contrato a favor de terceros: el eventual hospitalizado (art. 504 del CCiv.); es que, independientemente de la responsabilidad directa del médico, existe la obligación de la entidad hospitalaria o sanatorial de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad.

En Buenos Aires, a los 22 días del mes de agosto del año dos mil catorce, hallándose reunidos en acuerdo los Señores Vocales de la Sala III de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal a fin de pronunciarse en los autos "L. S. y otros c/ Estado Nacional - Fuerza Aérea Argentina y otros s/ daños y perjuicios", y de acuerdo al orden de sorteo la Dra. Medina dijo:

I. Se presentan por derecho propio, las señoras S. L. y B. S. L. y promueven demanda contra el Hospital Aeronáutico Central y contra la Fundación de la Sanidad Argentina, por la suma de \$474.640, con más su actualización monetaria, intereses y costas (ver fs. 2 y 63/81).

Expresan que el 23 de marzo de 1998 su esposo y padre, respectivamente, E. L., ingresó a la unidad coronaria del Hospital Aeronáutico Central, con edema agudo de pulmón con cáncer prostático, obstrucción urinaria aguda complicada con hematuria e infección urinaria.

Agregan que el 2 de abril de 1998 se intentó sin éxito colocarle un catéter por la parte externa del riñón,

circunstancia en la cual se produjo una descompensación, con sangrado retroperitoneal, que derivó en su traslado a la unidad de terapia intensiva. Tres días después, se les informó que el paciente estaba muy grave, producto de una falla multiorgánica, producida por un virus intra hospitalario, que finalmente le produjo su deceso el día 7 de abril de 1998.

Consideran que la primera falla se produjo al intentar la punción sin control ecográfico y que luego no se asumió una correcta conducta terapéutica, lo cual le restó chances de recuperación. Impugnan además el instrumento que da cuenta del control ecográfico de la punción por considerar que los asientos originales fueron alterados.

Con posterioridad se produce el fallecimiento de la Sra. S. L. y se presenta el Sr. N. E. L. y acredita su carácter de heredero (ver fs.231).

Corrido el traslado se presenta la Fundación Sanidad Aeronáutica (FUSAER). Opone excepción de falta de legitimación pasiva y subsidiariamente contesta la demanda y solicita su rechazo con costas. Sostiene que se trata de una entidad sin fines de lucro y que no se dan los presupuestos para ser considerada una Obra Social. Niega que el Sr. L. integrará los cuadros de la Fuerza Aérea y denuncia que ha realizado gestiones para percibir de su hija los gastos efectuados en ocasión de su internación (ver fs. 118/128).

Asimismo se presenta por apoderado el Estado Nacional - Fuerza Aérea Argentina. Opone excepción de falta de reclamo administrativo previo y de falta de legitimación pasiva. Subsidiariamente contesta la demanda y solicita su rechazo con costas. Sostiene en lo principal que el Sr. L. presentaba un cuadro de base muy grave con descompensación metabólica y hemodinámica, en razón de padecer insuficiencia renal crónica con compromiso de órganos vitales, agravado por cáncer de próstata, con compromiso urodinámico y arritmia cardíaca controlada con implante de marcapasos y antecedente de tabaquismo importante (fs. 166/185).

Agregan que el paciente recibió la atención médica adecuada y que nada tuvo que ver ello con el fallecimiento, que se produjo como consecuencia de un paro cardiorespiratorio no traumático, producido por sepsis, cáncer de próstata con infiltración vesical e insuficiencia renal crónica terminal.

Finalmente se presenta también la Federación Patronal de Seguros S. A. y opone excepciones de falta de legitimación activa y prescripción. Subsidiariamente también contesta la demanda y pide su rechazo con costas. Reconoce la cobertura, aunque aclara que está limitada a una suma única de \$250.000 y adhiere a la presentación del Estado Nacional (ver fs. 205/210).

II.En este marco y luego de producidas las pruebas, el juez a quo dispuso rechazar la demanda con costas en el orden causado, en atención a las particularidades del caso y las dificultades existentes en orden a la prueba de los extremos alegados (ver fs. 819/827).

Para así decidir, en primer lugar trató las excepciones interpuestas, con excepción de la articulada por FUSAER y las rechazó, salvo la de falta de legitimación activa respecto de la Sra. S. L., que admitió por considerar que no se había acreditado la existencia del vínculo con el causante.

En lo que respecta al fondo de la cuestión, el Dr. Soto consideró que los extremos invocados por las actoras para acreditar la negligencia médica no pudieron ser acreditados. En particular, el fallo hace referencia al tema de la punción con control ecográfico, la supuesta demora en la intervención luego del fracaso de la misma, la infección intrahospitalaria y la falta de consentimiento informado.

III. Contra esta decisión apelaron los actores a fs. 829 (concedido a fs. 830), el Estado Nacional a fs. 845 (concedido a fs. 846), y Federación Patronal Seguros S.A. a fs. 855 (concedido a fs. 856). La actora

expresó agravios a fs. 879/889 y la codemandada a fs. 571/573. Corridos los traslados, sólo la parte actora lo contestó a fs. 581/585.

Asimismo se han planteado recursos contra la regulación de honorarios (ver fs. 829, 843, 847, 849, 851, 853 y 863, concedidos a fs. 830, 844, 848, 850, 852, 854 y 864, respectivamente) que, en la medida en que corresponda, serán tratados al final del acuerdo.

La parte actora se agravia respecto de la admisión de la excepción de falta de legitimación activa respecto de la Sra. S. L. y sobre la decisión de fondo (ver fs.879/889), mientras que los restantes planteos están referidos a la imposición de costas en el orden causado (ver fs. 571/573).

IV. En atención a ello corresponde iniciar con los cuestionamientos a la decisión del juez de admitir la excepción cuando según los actores dicho vínculo estaba claramente acreditado con las constancias del expediente requerido a un juzgado civil y reservado por el a quo.

En primer lugar debo señalar que de acuerdo al resultado de la medida para mejor proveer solicitada por el tribunal, ha quedado confirmada la relación matrimonial entre el Sr. E. L. y la Sra. S. L., razón por la cual corresponde modificar el fallo de primera instancia en lo que respecta a la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por el Estado Nacional respecto de la Sra. S. L. que debe ser desestimada.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, no puedo dejar de llamar la atención respecto de la conducta asumida por el a quo que, por un lado reconoce que en su juzgado se encontraba reservada la causa en la que constaba el estado matrimonial -remitida por un juzgado civil- y como se extravió y no pudo ser hallada -en su propio juzgado- consideró que la actora no había acreditado el vínculo. En todo caso, si el juez no pudo evitar que el expediente se perdiera de su propio juzgado, al menos debió adoptar de oficio las medidas necesarias para que dicha conducta no perjudicara a la actora, ajena por completo al cuidado del expediente.

Como expuso el tribunal en oportunidad de dictar la medida para mejor proveer que permitió la incorporación a la causa de la partida correspondiente, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, constituye un deber ineludible de los jueces (conf. CSJN, Fallos 311:1971 y sus citas, entre otros) y por ello, el resguardo del derecho constitucional de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), exigía que ante la grave irregularidad evidenciada por la desaparición del expediente de medida de prueba anticipada vinculado al proceso, se hubiera dispuesto de oficio su reconstrucción (art. 129 del Código Procesal; Highton, Elena I. - Arean, Beatríz A. en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Hammurabi, Tomo II, pág. 898 y siguientes; doct. Sala II, causa 156 del 13-11-92).

V. En lo que respecta al fondo de la cuestión, la parte actora cuestiona el rechazo de la demanda por considerar que más allá de su cuadro de base, el causante falleció como consecuencia de una complicación en la nefrostomía, realizada el 2/4/98 "a ciegas" por el equipo de Nefrología del Hospital Aeronáutico Central, que actuó en forma negligente (ver fs. 881). En tal sentido, argumentan que la primera falencia fue que se intentó la punción sin control ecográfico que era el método recomendado para dicha práctica médica.

Indican que luego de la frustrada punción que provocó la hemorragia, hubo una espera injustificada de 35 horas, para efectuar la lumbotomía exploradora, plazo durante el cual no se asumió ninguna conducta terapéutica que le ofreciera al Sr. L. una chance de superar la complicación de la nefrostomía.

Luego insiste en que la planilla acompañada por la demandada en la que se consigna que la práctica se realizó bajo control ecográfico ha sido adulterada para mejorar su posicionamiento procesal y que esa planilla no estaba en la historia clínica. Al respecto destaca que el juez de grado dejó de lado sin motivo

esta cuestión, evaluando para ello que la perito informó que el control podía hacerse por otros medios. Desde la perspectiva de los apelantes, la adulteración de un documento por dependientes del Estado es un hecho grave que debió ser mensurado con severidad por el a quo. En tal sentido, insisten en que se advierte borrones y cambios de letra que a su juicio confirman la adulteración material del documento.

Agrega en este sentido que no hay constancia en la historia clínica de la realización de la ecografía, cuando en otros casos en los que se realizó dicha práctica, se consignó el estudio y se agregaron luego su resultado y las imágenes obtenidas. Sostiene que las graves deficiencias en la historia clínica, importan una presunción en contra de quien debe llevarlas que el juez de grado debió aplicar.

Seguidamente desarrolla sus cuestionamientos con relación a la falta de respuesta oportuna frente al cuadro hemorrágico sufrido por el Sr. L. y las 35 horas de espera que le restaron chances de recuperación frente a una hemorragia. Reitera en este punto su cuestionamiento a la perito que había señalado que ese tiempo era el necesario para compensar y estudiar al paciente y formula distintas apreciaciones sobre este punto.

En tercer lugar se agravia por el rechazo del planteo efectuado respecto de la falta de consentimiento informado admitida por el juez de grado que constituye una prueba más de la improvisación y negligencia con que se manejó la institución.

Formulado el resumen que antecede, considero que las cuestiones a resolver en función de los agravios son las siguientes: a) si la punción se realizó con o sin control ecográfico y, en caso negativo, qué relación pudo tener con el desenlace posterior; b) si la demora de 35 horas en la atención luego de dicha práctica le restó chances de vida; y c) las consecuencias de la falta de consentimiento informado.

Con relación a si se realizó o no el control ecográfico de la nefrostomía percutánea, el juez de grado tuvo en cuenta que la parte actora cuestionó la autenticidad de la planilla presentada por la demandada en la que se afirma que sí se hizo el control ecográfico y que de la historia clínica no surgía su realización. De todos modos, consideró irrelevante dichos elementos en función de que de acuerdo a lo informado por la perito, existían otros métodos de control aplicables a la nefrostomía percutánea (tinción de uréter con sustancias de contraste o reparo anatómico). Además, merituó las expresiones de la experta en el sentido de que las complicaciones de cualquier método invasivo son independientes del método de control utilizado para el procedimiento, y además la ecografía convencional no localiza vasos arteriales ni venosos (conf. informe pericial de fs. 450/459 y respuesta de fs. 486/488, citados en el fallo a fs. 825 vta.).

Es decir, que si bien el magistrado admitió que la planilla en la que se consignaba la realización de la práctica mediante control ecográfico había sido cuestionada y que nada decía sobre ello en la historia clínica, no le otorgó mayor trascendencia a estos elementos en virtud de los dichos de la perito.

Ahora bien, en estas condiciones, el tribunal consideró apropiado dictar una medida para mejor proveer a los efectos de que el Cuerpo Médico Forense disipara algunas dudas al respecto, y por ello se le solicitaron los informes que lucen agregados a fs. 933/946 y fs. 960/962.

Allí, en respuesta a la pregunta de si era necesario para la realización de una nefrostomía percutánea contar con apoyo ecográfico, se indicó que "la realización de una nefrostomía bajo control o mediante apoyo ecográfico, suele ser la técnica de elección" (ver fs. 935). A partir de los planteos efectuados a fs. 954/955, el Cuerpo Médico Forense amplió estos conceptos y "ratificó que la técnica de elección es la punción bajo control ecográfico", añadiendo luego que "Por supuesto que existen otras alternativas como la descrita por la perito en su responde" (ver fs. 961).

En estas condiciones, queda claro entonces que aun cuando existen otros métodos de control, la técnica

normalmente utilizada para este tipo de prácticas es el control ecográfico.

Aclarado esto, vuelve a tomar relevancia el análisis de los elementos de prueba para determinar si el control ecográfico efectivamente se hizo o no.

En lo que respecta a las constancias de la historia clínica, lo dicho en su momento por la perito ha sido ratificado por el Cuerpo Médico Forense en el sentido de que no surge que se hubiera efectuado. Así, a fs. 936 puede leerse: "en la hoja quirúrgica correspondiente a la nefrostomía derecha por punción, se describe que la pelvis renal no se puede punzar debido a que no está dilatada, no especificando si dicha aseveración fue lograda mediante el auxilio de ecografía. Dicha hoja quirúrgica carece de datos del paciente, fecha y número de registro de HC, así como de los integrantes del equipo quirúrgico. Es decir, en la historia clínica no hay constancia de que la práctica médica se hubiera realizado bajo control ecográfico y además la misma presenta una serie de irregularidades que no se corresponden con la importancia que cabe atribuirle como documento que permite reconstruir lo sucedido con la atención del paciente y que implica por parte de los profesionales el cumplimiento del deber de información.

En apoyo de esta conclusión, puede agregarse que conforme surge de la historia clínica, cuando se indicó este estudio (ver fecha 27/3/98), se dejó constancia y además se agregaron copia de las imágenes. Es decir que si en este caso se hubiera hecho, también debió dejarse constancia y agregarse copia de las imágenes.

En lo que respecta a la planilla de prácticas ecográficas presentada por la demandada, resulta llamativo que no se encontrara en oportunidad de haberse efectuado el secuestro de la documentación correspondiente y que aparezca tiempo después y con algunas modificaciones sensibles que de ser ciertas, mejoraban la situación procesal de la demandada (ver fs. 31/32 y fs. 530).

Adviértase en tal sentido que resulta también sospechoso que justamente el examen realizado al Sr. L., sea el último que aparece en la planilla y luego de dos renglones en blanco que parecen ser los que la cierran. Asimismo, también resulta extraño que al observar los valores totales, se ve con claridad que el número 19 fue borrado y reemplazado por el número 20, que incluía la última práctica agregada.

En tal sentido, debo decir que no me convencen las explicaciones dadas a fs. 530, en el sentido de que figuraba al final porque se realiza en quirófano y fuera del horario del personal administrativo, lo cual no resulta lógico, ya que eso no explica que no se consignara de antemano o que en todo caso, no se dejara abierta la planilla a la espera de que pudiera agregarse. Además, la demandada no ha acompañado ningún elemento que avale o justifique estos dichos, como hubiera correspondido atento las circunstancias del caso.

Sin perjuicio de ello, debo señalar que conforme surge de la historia clínica que tengo a la vista, pareciera ser que la intervención se llevó a cabo el día 2 de abril a partir de las 9 hs., con lo cual, no se entiende el tema del personal administrativo. De hecho, en la página siguiente se consigna que el ingreso a terapia intensiva por shock hipovulémico se produjo a las 16:30 hs., es decir un horario más que normal de trabajo del personal encargado de confeccionar la planilla.

Asimismo, contrariamente a lo que se le indicó al oficial de justicia (ver fs. 41 vta.), claramente en la historia clínica no había ninguna copia certificada de la planilla.

Por otra parte, tampoco me parece que favorezca la posición de la demandada la explicación brindada a fs. 34 en oportunidad de remitir la documentación original. Allí se reconoce que en su momento no se le pudo entregar al oficial de justicia porque "no se pudo hallar en ese momento los originales" y que "después de una exhaustiva búsqueda del mismo en días posteriores se logró localizarlos". Casualmente, cuando se secuestra la información para evitar pérdidas o adulteraciones este elemento de

prueba tan importante no está y cuando lo presentan, tiene visibles modificaciones que benefician su posición en la causa.

Cabe recordar que la historia clínica constituye un elemento valioso en los juicios en que se debate la responsabilidad del galeno o del nosocomio, cuyas imprecisiones u omisiones no deben redundar en perjuicio del paciente, conforme la situación de inferioridad en que éste se encuentra y la obligación de colaborar en la difícil actividad esclarecedora de los hechos que a aquéllos les incumbe (conf. Ghersi, Carlos A. "Responsabilidad por prestación médico asistencial", Hammurabi, Buenos Aires, 1987, 2a. edición, págs. 49/53; 55 y sigtes.).

El valor probatorio de la historia clínica se vincula con la posibilidad de calificar los actos médicos realizados, conforme a estándares y coopera para establecer la relación de causalidad entre ellos y los eventuales daños sufridos por el paciente. La historia clínica es, desde el punto de vista médico, un documento en el que se deja constancia de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente. Desde el punto de vista jurídico, siendo que el médico tiene un deber de información, es la documentación de este deber. Ello significa que el galeno tiene el deber de informar, asentando los datos relevantes del diagnóstico, terapia y enfermedad del paciente (ver mi voto en causa 12.029/96 del 5/08/10).

Así, se ha dicho que frente al derecho del paciente a ser informado y a acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento (CS, Fallos 322:726, del 10/5/1999).

En este pronunciamiento de nuestro más Alto Tribunal, se expresa también que desde el punto de vista procesal, se trata del deber de cumplimiento de una carga informativa en el proceso, derivada de aquel deber secundario de conducta. Se debe informar y como consecuencia de ello, hacer llegar al proceso la documentación en que conste el cumplimiento de dicho débito. De allí que el incumplimiento de ese deber procesal conduzca a una inversión de la carga de la prueba sobre aquellos hechos que no constan en la historia clínica (conf. Lorenzetti, op. cit., págs. 243/245). La confección incompleta de la historia clínica constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional. De otro modo, el damnificado por un proceder médico carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias.

Sin alterar el régimen legalmente impuesto en el art. 377 del Código Procesal, la moderna doctrina procesal coloca en litigios como el de autos la carga procesal en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. Si bien ambas partes deben llevar a la convicción del juzgador de la verdad de sus dichos, en mayor grado ello corresponde a quien cuenta con más elementos materiales para probar la veracidad de sus argumentos y afirmaciones. La ausencia de toda colaboración de parte de los demanda dos priva al proceso de fundamentales elementos de juicio para determinar la culpa imputada en la demanda, lo que, en definitiva, debe gravitar en su contra. Es que una conducta pasiva en materia probatoria constituye una violación a elementales principios de buena fe, que no se puede dejar de valorar al momento de fallar (Falcón, Enrique, "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Tº II, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, págs. 674/676 y 685/688; Highton - Areán, "Codigo Procesal.", Tº 7, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, págs. 293/296).

Incluso se ha llegado a resolver en un supuesto en que la historia clínica presentaba severas deficiencias, que el favor "probationis" o la recién mencionada "teoría de las cargas probatorias dinámicas", se inclina -más allá de todo elemento presuncional- por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo (conf. sala "D", voto del doctor Bueres, en LA LEY, 1991-D, 466 y nota aprobatoria de Campagnucci de Caso, "Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva", al pie de dicho precedente, en esp. p. 471 y sigtes.).

En esa misma línea, Agoglia-Boragina-Meza ("Responsabilidad por incumplimiento contractual", Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 253), sostienen que el criterio general referido a que la carga de la prueba de la negligencia debe ser soportada en principio por el actor en las obligaciones de medios, se encuentra divorciado de la moderna tendencia tuitiva del derecho de daños, cuando se trata de responsabilidades profesionales, "dada la obvia limitación de posibilidades que tiene el consumidor del servicio en lo referente a la colección de los elementos probatorios respectivos", calificándola en tales términos como prueba diabólica. Por lo cual propugnan la necesidad de arbitrar mecanismos inversores de esa carga probatoria, consagrando un criterio "favor victimae".

Por otra parte, me permito recordar también que la conducta esperable y exigible de quien posee el título de médico es la de poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su detentación supone, prestándole la diligente asistencia profesional que el estado del paciente requiera en cada caso. No se trata de exigir una lucha victoriosa contra lo que sea humanamente imposible ni de pedir infalibilidad, sino que quien ejerce tal ministerio, se halle moralmente obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud del paciente (Fallos 322:726, del 10/5/1999) (el subrayado me pertenece).

Personalmente he señalado con anterioridad que los profesionales de la salud tienen una obligación de medios consistente en aplicar las técnicas médicas que indica la buena praxis, con arreglo a las circunstancias del caso (causa 12.029/96 del 5/08/10 cit.).

Por aplicación de los principios reseñados y en atención a los elementos de prueba ya analizados, considero que ha quedado debidamente acreditado que la nefrostomía percutánea se realizó sin contar con el debido control ecográfico que era el método habitual para este tipo de prácticas y sin que en la historia clínica se indicaran las razones de tal conducta. Más aún, no se explica qué sistema de control se utilizó.

También tengo por acreditado que no se le informó debidamente al paciente las razones de asumir esta decisión médica y mucho menos se requirió su consentimiento informado. Ello sin perjuicio de admitir, como surge del informe pericial, que había en la historia clínica múltiples referencias a la gravedad del paciente y a la insuficiencia renal crónica reagudizada con un componente obstructivo.

Dicho esto, para poder establecer la relación de causalidad entre el hecho y daño es necesario determinar si la falta de control ecográfico pudo tener incidencia en la hemorragia que inició el proceso que culminó con el deceso del Sr. L.

En este sentido, considero que la respuesta dada por el Cuerpo Médico Forense resulta determinante al señalar que "si bien el control ecográfico no descarta que en algún caso pueda existir una complicación, habitualmente permite su diagnóstico temprano (ver fs. 942).

Por otra parte, ha quedado establecida la relación entre la complicación producida al intentar la colocación del catéter y el posterior deceso del Sr. L. Al respecto, la pericia médica reseñó con claridad que el día 2/4 se intentó colocar un catéter percutáneo en el riñón y que se produjo una complicación que derivó en su ingreso a la unidad de terapia intensiva, donde al día siguiente se lo interviene quirúrgicamente y desde allí permanece en coma falleciendo el día 7 del mismo mes (ver fs. 439).

En definitiva entonces, la demandada resulta responsable teniendo en cuenta que de haberse adoptado las previsiones usuales ante la realización de la nefrostomía, que en el caso era el control ecográfico, lo habitual hubiera sido que el Sr. L., no sufriera daños o que, de producirse alguna complicación, se hubiera detectado en forma temprana, facilitando así su resolución.

No empecé a esta conclusión el hecho de que según el Cuerpo Médico Forense, el temperamento de espera asumido después de la fallida práctica, haya sido médicamente correcto (ver fs. 939), ya que lo determinante es a mi juicio el error en la intervención inicial. Y en este sentido se aclara que el error no fue la decisión de llevar a cabo la nefrostomía que estaba clínicamente indicada, tal como lo ha señalado la perito (ver fs. 443), sino el de no asumir todas las precauciones posibles -en el caso el control ecográfico del acto-.

Agrego a lo expuesto que tampoco considero atendible restar trascendencia a lo sucedido sobre la base de la grave situación del paciente ya que, en todo caso, esa misma gravedad era la que obligaba a los facultativos a agotar todos los recursos para brindarle las mayores garantías posibles en salvaguarda de su derecho a la salud.

En lo que respecta a la responsabilidad del Hospital Aeronáutico Central, la misma deriva de la circunstancia de que entre el establecimiento asistencial y el médico que presta sus servicios se establece un verdadero contrato a favor de terceros: el eventual hospitalizado (art. 504 del Código Civil). Es que, independientemente de la responsabilidad directa del médico, existe la obligación de la entidad hospitalaria o sanatorial de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad. Cuando la entidad se obliga a la prestación de un servicio médico por medio de su cuerpo profesional, es responsable no solamente de que el servicio se preste, sino también de que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida (conf. Bustamante Alsina, J., Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, págs. 501 y 518).

Con relación a la situación de la codemandada Fundación de la Sanidad Argentina (FUSAER), que en su momento interpuso una excepción de falta de legitimación pasiva (ver fs. 118/128), que nunca fue resuelta por el juez de primera instancia, debo señalar que no sólo debe rechazarse dicha excepción, sino que se le debe hacer extensiva la condena.

En el caso no hay ninguna duda acerca de que el Sr. L. fue atendido en el Complejo Asistencial Hospital Aeronáutico Central, por intervención de FUSAER, tal como luce en la carátula de la historia clínica agregada en sobre cerrado y que tengo a la vista. Además en distintas constancias de la historia clínica en el cuadro correspondiente a OSFA (que pareciera referirse a la obra social) se consigna FUSAER. De hecho, la propia planilla del libro de registro de pacientes a la que se ha hecho extensa referencia y en la que se consignó el supuesto control ecográfico de la intervención, se indica también la vinculación del paciente con FUSAER (ver fs. 37).

Asimismo, las propias facturas incorporadas a la causa cuyo pago FUSAER le reclama a la parte actora, dan cuenta de la vinculación directa entre ésta y la prestación de servicios de salud en favor del Sr. L. Nótese que se le reclama a su hija entre muchos rubros, derecho asistencial, ecografías, cirugía, riesgo quirúrgico, honorarios del anestesista, etc. (ver fs. 60). De hecho, la carta documento cuya copia luce a fs. 55, hace clara referencia a que se trata de "servicios prestados oportunamente en la atención a la internación de su padre en el HCA, correspondientes a las prácticas quirúrgicas realizadas al mismo".

A lo expuesto puede agregarse que el propio Estado Nacional en oportunidad de contestar demanda ha señalado que el Sr. L. ingresó al Hospital Aeronáutico Central con cobertura de FUSAER (ver fs. 176), aspecto este que reiteran al tratar el tema de los gastos donde señalan que el causante fue atendido en el Hospital a través de FUSAER.

Según expresan a fs. 119 vta., los objetivos de esta entidad civil son los de optimizar en forma independiente y autárquica y sin fines de lucro, los servicios de salud brindados por el hospital Aeronáutico Central y otras dependencias sanitarias de la Fuerza Aérea de carácter médico en general, como organización destinada a la protección de la salud y asistencia social para tratamientos médicos

de baja, mediana y alta complejidad al Personal de los Diferentes Cuadros que la componen; sus familiares directos; así como también para otros trabajadores de distintas áreas institucionales públicas, privadas y/o mixtas, integrantes de la comunidad (art. 1°).

Más aún, en oportunidad de contestar la demanda FUSAER señaló también que los cobros pretendidos a la hija del Sr. L., era como consecuencia de gastos incurridos por la atención médico-asistencial del causante, "contando en la ocasión FUSAER con la asistencia de un profesional médico, al sólo efecto de determinar con precisión las prestaciones médicas necesarias correspondientes al real y grave estado de salud del señor L. durante su internación."

Es decir que no sólo el Sr. L. fue internado en el Hospital por cuenta de FUSAER, que además tenía copia de su historia clínica, sino que además había un médico que supervisaba la asistencia que se le brindaba al paciente.

En definitiva, considero que más allá de los términos de la vinculación contractual entre ellos, respecto de la víctima a la que se le realizaron prestaciones médico asistenciales controladas por FUSAER, subsiste una obligación tácita de seguridad (arts. 504 y 1198, párr. 1° del Código Civil; Bueres, Alberto J., ob. cit., Tomo 1, capítulo V, págs.347/491; esta Sala, causa 5.867/97 del 03.03.2009 y Sala II, causa 6.642/2002 del 12.05.2009 y sus citas). Y el incumplimiento de esa obligación accesoria y tácita de seguridad genera para la obra social -y en este caso para FUSAER- una responsabilidad de carácter objetivo (conf. causas 8256/94 del 9/11/95; 7501/92 del 2/06/98; 21.052/96 del 9/06/04; 387/98 del 16/07/04; 2481/99 del 5/10/04 y Sala II, causas 4340 del 27/05/86; 5080 del 12/06/87).

Como he señalado recientemente en un caso en el que me tocó fallar como subrogante en la Sala II del Tribunal (causa 2.726/98, del 12/07/13), a igual conclusión se arriba si se analiza la cuestión desde las normas de defensa al consumidor que considero aplicables al caso. A saber: aunque no se suele asociar la responsabilidad de las entidades dedicadas a la prestación de servicios de salud con esta ley, tengo para mí que la ley 24.240 resulta plenamente aplicable en razón de que establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional aun ocasionalmente produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios.

Sin duda FUSAER, se encuentra comprendida en la ley 24.240, que si bien excluye de su ámbito de aplicación a los profesionales o profesiones liberales, no excluye a la empresa de medicina (conf. Lorenzetti Ricardo, La Empresa Médica, pág. 356, Farina Juan, Defensa del Consumidor y del Usuario, pág. 83, Ed. Astrea 1995). Y en este sentido, estaba obligada a verificar que el servicio que se presta sea el adecuado, de acuerdo a la gravedad de la situación y los parámetros normalmente utilizados en cada caso.

VI. En virtud de lo decidido en cuanto a la responsabilidad en el hecho, corresponde ahora analizar la indemnización que se solicita en la demanda. En tal sentido, a fs.73/79, se reclama la reparación de los siguientes rubros: valor vida, daño moral, daño psíquico, gastos de tratamiento psicológico y gastos, por un total de \$474.640.

a) Valor vida: Se reclama la suma de \$88.000 en favor de su esposa S. Indica que si bien tenía 70 años y estaba jubilado, tenía un tallercito de toda la vida en el que realizaba tareas de carpintería y era conocido por ser su oficio de siempre (ver fs. 73 vta.).

Conforme lo señalara en causas anteriores (números 6.426/00 del 6-9-2005 y 15.983 del 18-10-07), con cita de distintos antecedentes de la Sala II del tribunal, sabido es que bajo esta expresión -sólo admisible por una licencia del lenguaje, porque el valor de cualquier vida humana es inconmensurable- se computa, en verdad, la pérdida económica que sufren quienes dependían de los aportes económicos

del causante para su propia subsistencia, es decir que se trata de establecer el daño que con motivo de la muerte han sufrido quienes reclaman la pertinente reparación (ver Sala II, causas 7722 del 4-5-79, 3073 del 17-10-84; 5481/91 del 24-10-95, entre otros).

A tal fin, no corresponde computar en forma matemática los ingresos que habría de obtener el extinto durante el término de vida que hipotéticamente podría restarle, sino que, por el contrario, cabe adoptar un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso, como ser las relativas a la profesión, edad, sexo, condición social y económica, instrucción, aptitud para el trabajo, etc. ello referido tanto a la propia víctima, como a los damnificados que reclaman la indemnización (Sala II, causa 21.573/96 del 18-9-98, entre otras).

En el caso, como señalan las reclamantes, se trata de una persona de 70 años, jubilada y que conforme surge con claridad del expediente, tenía un cuadro de salud muy delicado, más allá de la intervención que motivó estas actuaciones.

En tal sentido, según reseñó la perito médica, el Sr. L. ingresó al Htal. Aeronáutico con diagnóstico de edema agudo de pulmón con cáncer de próstata, obstrucción urinaria aguda, complicado con hematuria e infección urinaria (ver fs. 439).

Asimismo, el Cuerpo Médico Forense expuso que en atención al diagnóstico de base y el cuadro clínico evolutivo (insuficiencia renal crónica obstructiva reagudizada), las chances de sobrevida podrían estimarse como escasas, tratándose de un paciente oncológico terminal (ver fs. 944).

En estas condiciones, propongo al acuerdo establecer por el rubro en análisis la suma de \$ 10.000 en favor de su viuda.

b) Daño moral: Se reclama por este rubro la suma de \$150.000 para su esposa y viuda y \$130.000 para su hija B. En este aspecto hacen referencia a la condiciones personales de su esposo y padre fallecido y al impacto que significó para ellas su muerte en las condiciones en que se produjo (ver fs. 73vta./75vta.).

Sin duda la pérdida de un ser querido constituye un daño moral que debe ser indemnizado y en este sentido, comprendo el dolor de su esposa e hija que esperaban poder contar con su presencia el mayor tiempo posible.

De todas maneras, no puedo dejar de considerar que, como ha quedado explicitado, la situación de salud del Sr. L. era no sólo delicada, sino terminal, razón por la cual la posibilidad de su fallecimiento constituía un hecho cierto que debían tener en cuenta, razón por la cual no podía ser considerada como un hecho imprevisto. De hecho, tal como lo ha explicado la perito, su situación al ingreso al Hospital Aeronáutico, era ya muy delicada.

Asimismo, tampoco puedo soslayar a los efectos de la cuantificación del daño que durante el trámite del expediente se ha producido el fallecimiento de la Sra. S. L. (ver fs. 231).

En estas condiciones, propongo al acuerdo establecer por el rubro la suma de \$ 15.000 en favor de la Sra. S. L. y la de \$ 10.000 en favor de B. L.

c) Daño psíquico: Por este rubro se reclama provisoriamente la suma de \$45.000 para S. y \$33.000 para B., en virtud del impacto psicológico que tuvo para ambas la pérdida de su esposo y padre, respectivamente (ver fs. 75vta./78).

Debo señalar que el fallecimiento de la Sra. S. L. antes de que pudiera llevarse a cabo la pericia

correspondiente, impide expedirse sobre este punto que no ha podido ser acreditado en modo alguno.

En lo que respecta a la situación de B. S. L., tanto la pericia psicológica (ver fs. 549/561) como el informe efectuado por el Cuerpo Médico Forense (ver fs. 929/932), dan cuenta del impacto que ha tenido en ella la muerte de su padre, aunque como bien lo indica la perito, es complicado peritar el impacto de la muerte de un progenitor ocurrida más de diez años antes de la entrevista, cuando en el medio falleció también la progenitora (ver fs. 559).

De hecho, la pericia le reconoce una incapacidad del 10% como consecuencia de un trastorno ansioso depresivo adaptativo de grado leve, que considera parcial y transitorio (ver fs.560) y por su parte, el Cuerpo Médico Forense no determina la existencia de daño psíquico, sino más bien la conveniencia de continuar con el tratamiento psicoterapéutico, razón por la cual no advierto que se encuentren acreditados los presupuestos que justifican la reparación de este rubro.

Sin perjuicio de ello, ambos informes se refieren al impacto de la muerte de su padre, pero lo cierto es que lo que aquí debía determinarse era si la participación que le cupo a la entidad asistencial que le restó chances de recuperación en el contexto de un cuadro de salud sumamente delicado, pudo generarle algún perjuicio desde el punto de vista psíquico.

d) Gastos de tratamiento psicológico: Como consecuencia del daño sufrido reclaman por este rubro la suma de \$8.000 para cada una (ver fs. 78).

Ha quedado establecido en el punto anterior el fallecimiento de la Sra. S. L., antes incluso de realizarse la pericia psicológica, razón por la cual este reclamo se ha tornado abstracto.

Como se señaló al tratar el rubro anterior, el Cuerpo Médico Forense determinó la conveniencia de que B. S. L. continúe con el tratamiento psicoterapéutico que viene realizando, a lo cual sugiere adicionar un tratamiento psiquiátrico aunque no estima tiempo de duración de ninguno de ambos (ver fs. 932).

Ahora bien, tal como señalé en el punto anterior, de la lectura del informe no surge cuál ha sido la relación entre los hechos investigados y la alteración en su aparato psíquico que justifica la realización del tratamiento. Está claro que el fallecimiento de su padre le ha ocasionado una perturbación, pero como ha quedado expresado ese era un hecho que de un modo u otro iba a producirse en el corto plazo, independientemente de esta intervención médica puntual.

En este aspecto, destaco que de los puntos de pericia ofrecidos en su momento, ninguno tiende a determinar con claridad la incidencia puntual que tuvo el modo en que se produjo el fallecimiento, con lo cual no considero que pueda determinarse la obligación de la demandada de hacer frente a dicho gasto.

e) Por último, se reclama la suma de \$12.000 en concepto de gastos y gastos médicos que B. S. L. habría hecho, que incluyen además de los gastos de farmacia, sepelio, entierro, etc., los que fueron reclamados a la actora por FUSAER en concepto de asistencia médica y que incluye gastos de farmacia (ver fs. 78 y vta.).

Al respecto se ha señalado que el hecho de no existir respaldo documental de los gastos de farmacia que se afirman realizados, carece de efecto decisivo a la hora de conceder el resarcimiento, porque en esta materia no es dable exigir del damnificado la conservación de todos los instrumentos demostrativos de cada uno de los gastos que se vio obligado a realizar, juzgando entonces la razonabilidad de dichos gastos como prueba suficiente (Sala II, causa 8370 del 2/12/99 y sus citas). Este criterio debe aplicarse también respecto de los gastos médicos, para cuya valoración debe tenerse en cuenta el tipo de lesiones, el tiempo de internación y las secuelas que presenta, todos aspecto que

han sido descriptos precedentemente.

Por otra parte, las facturas agregadas a la causa y confeccionadas por FUSAER, dan cuenta de la multiplicidad de gastos que debieron afrontarse para la atención del Sr. L. y que en su momento fueron establecidos en la suma de \$8.775, 74 (ver fs. 61).

En consecuencia, propongo al acuerdo establecer el rubro en análisis en la suma de \$10.000.

VI. Finalmente, cabe decidir lo concerniente a intereses y costas. Las actoras al promover la demanda solicitaron la fijación de intereses y la imposición de costas a la vencida (ver fs. 63).

En lo que respecta a los intereses, este Tribunal ha señalado en numerosas oportunidades que tales accesorios deben comenzar a correr desde el momento en el que los daños aquí admitidos quedaron configurados como daños definitivos (conf. arg. causa 3.387/96 del 05.07.2005 y sus citas, causa N° 7.202/04 del 28-8-2007), que en el caso sería el momento del fallecimiento del Sr. L.

Ahora bien, como se advierte y en su momento destacó la codemandada Estado Nacional (ver fs. 184), se trata de una deuda comprendida en los términos de la ley 25.344, cuyo artículo 13 dispone: "Consolidanse en el Estado Nacional, con los alcances y en la forma prevista por la ley 23.982, las obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991 y anterior al 1° de enero de 2000."

A los efectos del cálculo de la fecha de corte aplicable, la ley 26.078 ha determinado con claridad la que corresponde aplicar al cálculo de los intereses moratorios, respecto de cada una de las disposiciones que se han dictado en la materia. Así, dispone que los intereses a liquidarse judicialmente se calcularán únicamente hasta la fecha de corte, establecida en el 1° de abril de 1991 para las obligaciones comprendidas en la ley 23.928, en el 1° de enero de 2000 para las obligaciones comprendidas en la ley 25.344, y en el 1° de enero de 2002 o el 1° de septiembre de 2002, para las obligaciones comprendidas en la prórroga dispuesta por la ley 25.565 y la ley 25.725 (art.45).

Por ello, en el presente deben calcularse los intereses moratorios hasta el 1° de enero de 2000 -fecha de corte prevista en la ley 26.078, para las obligaciones comprendidas en la ley 25.344-.

En cuanto a la tasa, corresponde aplicar la que es común en el fuero, es decir la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina, en sus operaciones de descuento a 30 días plazo vencido, desde el 07-4-1998 hasta el 1°-1-2000, y a partir de allí la que establece la reglamentación aplicable.

IX. Por los fundamentos expuestos, propongo al acuerdo revocar la sentencia de primera instancia y hacer lugar a la demanda interpuesta por las Sras. S. L. (Fallecida durante el trámite del proceso) y B. S. L. (quién actúa por sí y en su carácter de heredera de la Sra. L.) y condenar al Hospital Aeronáutico Central y a la Fundación de la Sanidad Argentina, a pagar las sumas de \$25.000 y \$20.000, respectivamente, con más los intereses correspondientes. Asimismo, la condena se hace extensiva a la citada en garantía Federación Patronal de Seguros S. A.

Las costas de ambas instancias se imponen a las demandadas vencidas (art. 68 del Código Procesal),

Así voto.

El Dr. Recondo por análogos fundamentos adhiere al voto precedente. Con lo que terminó el acto firmando los Señores Vocales por ante mí que doy fe.

Buenos Aires, de agosto de 2014.

Y VISTO: lo deliberado y las conclusiones a las que se arriba en el Acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE: revocar la sentencia de primera instancia y hacer lugar a la demanda interpuesta por las Sras. S. L. (Fallecida durante el trámite del proceso) y B. S. L. (quién actúa por sí y en su carácter de heredera de la Sra.Lupo) y condenar al Hospital Aeronáutico Central y a la Fundación de la Sanidad Argentina, a pagar las sumas de pesos VEINTICINCO MIL (\$25.000) y pesos VEINTE MIL (\$20.000), respectivamente, con más los intereses correspondientes. Asimismo, la condena se hace extensiva a la citada en garantía Federación Patronal de Seguros S. A.

Las costas de ambas instancias se imponen a las demandadas vencidas (art. 68 del Código Procesal),

Una vez que se encuentre firme la liquidación del crédito que se manda pagar y sus intereses, vuelvan las actuaciones a efectos de proceder a fijar los honorarios correspondientes a ambas instancias (art. 279 del Código Procesal).

Hágase saber a los letrados la vigencia de las acordadas CSJN N° 31/11 y 38/13 -B.O. 17/10/13-.

El Dr. Antelo no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RPJN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente publíquese y devuélvase.

Graciela Medina

Ricardo Gustavo Recondo