

Establecimiento Asistencial Asistencia Medica

JURISPRUDENCIA

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 17 días del mes de diciembre del año dos mil doce, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala ?A? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: ?S. N. A. C/ SISTEMAS DE PROTECCION MEDICA SA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, respecto de la sentencia de fs. 734/742, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: RICARDO LI ROSI -HUGO MOLteni - SEBASTIÁN PICASSO - A LA CUESTION PROPUESTA, EL DR. RICARDO LI ROSI DIJO: I.- La sentencia de fs. 734/742 hizo lugar a la demanda entablada por N. A. S., condenando a Galeno Argentina S.A (anteriormente SPM Sistema de Protección Médica S.A.), O. C. H., y a la aseguradora ?La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales? a abonar al primero la suma de Pesos ? (\$...-), en el plazo de diez días, con más los intereses y las costas del proceso.- Contra dicha resolución se alzan las quejas del codemandado O. C. H., cuyos agravios de fs. 780/800 fueron replicados por la accionante a fs. 824/826.- La citada en garantía hizo lo propio a fs. 802/803 sin que medie respuesta alguna de las restantes partes.- Por su parte, la actora expresa agravios a fs. 805/807, los que tampoco merecieron contestación alguna.- Finalmente, la codemandada Galeno Argentina S.A. expresa agravios a fs. 812/819, obrando réplica de la actora a fs. 830/832.- II.- A fin de analizar las críticas de los apelantes a la resolución recurrida, creo oportuno efectuar una breve síntesis de los hechos que motivaron el presente conflicto.- Relata la accionante que, el día 23 de septiembre de 2002, el actor fue intervenido quirúrgicamente por diagnóstico de síndrome meniscal interno en rodilla derecha, siendo realizada la operación por el Dr. O. C. H. en el Sanatorio Mitre de Capital Federal, previa autorización de la obra social ?Amsa?.- Señala que luego de dicha operación la rodilla derecha nunca fue la misma, encontrándose inflamada permanentemente, razón por la cual con fecha 10 de octubre de 2002 fue intervenido nuevamente mediante una artroscopía para limpiar una infección que se había desatado en la zona afectada. Luego de que se le realizara los estudios clínicos de rigor, se determinó que la infección fue originada por una bacteria ?Enterobacter?, que ingresó en la rodilla en la primera operación, desconociéndose si fue por una mala esterilización del material quirúrgico o de la falta de asepsia del recinto.- Agrega que, no mediando mejoría de la rodilla, se sometió a una tercera intervención con fecha 6 de enero de 2003, en donde el Dr. H. le realizó otra artroscopía a fin de limpiar y traccionar la rodilla, ya que la misma estaba totalmente rígida.- A su turno, SPM Sistema de Protección Médica S.A. (actualmente Galeno Argentina S.A.) señala que el Dr. C. H. atendió al accionante, programando la realización de una artroscopía, habiéndose previamente explicado al paciente los pros y contras que la misma traía aparejados, dejándose constancia de ello y suscribiéndose el pertinente consentimiento informado.- Sostiene que la operación se llevó a cabo en el Sanatorio Mitre sin inconvenientes, efectuándose la extirpación meniscal interna más una condroplastía (pulido de cartílago articular), y ante la ausencia de inconvenientes se le otorgó egreso sanatorial con indicación de controles.- Posteriormente, debió efectuarse al paciente una punción articular, arrojando como resultado el cultivo un ?Enterobacter Cloacae?. Por tal motivo, se procedió a una reintervención, consistente en una toilette quirúrgica por vía artroscópica, procedimiento que se llevó a cabo el 10/10/02 en el Sanatorio Mitre.- Luego, el 6/1/03, debió realizarse una tercera artroscopía para lograr una mayor extensión de la rodilla. Con su resultado, se diagnosticó una sinovitis y artrofibrosis de rodilla derecha, secuela de artritis séptica, efectuándose un debridamiento artroscópico.- Considera que en la demanda no se indica claramente el actuar reprochable que se endilga al médico demandado y a su parte, limitándose el actor a plantear que el proceso infeccioso se habría producido al momento de la intervención quirúrgica.- Afirma que las infecciones postquirúrgicas son una complicación potencial en todos los procedimientos, agregando que la bacteria encontrada en este caso pertenece a la flora habitual del tracto gastrointestinal del ser humano.- Por su parte, el codemandado O. C. H. indica que el demandante es un paciente de contextura pícnica, obeso, que consultó por presentar síndrome meniscal interno de rodilla derecha, lo que le impedía realizar actividades físicas y desempeñarse en su vida diaria debido al dolor y a un cuadro de hidrartrosis.- Explica que la lesión meniscal fue confirmada por resonancia magnética y que se le aconsejó artroscopía diagnóstica y terapéutica, informándosele asimismo sobre los riesgos que presentaba la operación que debía practicársele: infección 0,4 al 0,8%, dolor residual 1%.- Señala que el demandante fue intervenido el día 23/9/02 en el Sanatorio Mitre, realizándosele meniscectomía interna por artroscopía. En dicha ocasión se detectó lesión osteocondral de 2° a 3° en ambos cóndilos femorales.- La cirugía fue ambulatoria y se indicó profilaxis con cefalexina y analgésico, presentando el accionante en el postoperatorio dolor pero ausencia de fiebre.- El día 7/10/02 se le realizó artrocentesis de rodilla con toma de muestra para estudio y se lavó la articulación con solución fisiológica, solicitándose interconsulta con infectología.- Con fecha 10/10/02 se

realizó sinovectomía, desbridamiento y lavado artroscópico. Se indicaron ejercicios de flexo extensión de rodilla el día 13/10 por la actitud flexa de rodilla. El 17/10 se otorgó el alta sanatorial.- Indica que el 6/1/03 se realizó desbridamiento por artroscopía, persistiendo lesión osteocondral. Dice que la rodilla evolucionó en forma favorable.- Finalmente, considera que el actor no presenta secuelas atribuibles a las cirugías que se le efectuaron con el propósito de lograr una mejoría de su patología.- III.- Bajo este contexto, y para el tratamiento de la cuestión sometida a la consideración de esta Alzada, habré de formular algunas precisiones indispensables para decidir si se configura o no en autos el tipo de responsabilidad que pesa sobre los profesionales de la medicina.-Al respecto, se ha sostenido que en este tipo de obligaciones de medio y no de resultados, sólo se promete la diligencia y no la aptitud para cumplir con las medidas que normalmente procuran la curación del paciente, su atención y los medios apropiados a esa finalidad (conf. CNCiv. Sala "A", voto de la Dra. Ana María Luaces, L. 83.491, del 25/11/91, entre muchos otros).- De allí que, si no queda demostrado el nexo de causalidad entre una denunciada actitud culposa de los médicos y el daño experimentado, no cabe acceder a la pretensión formulada.- En efecto, en la prestación médica enderezada a asistir al paciente no se garantiza la recuperación del asistido, sino el adecuado tratamiento. El profesional se obliga a utilizar los medios propios de su ciencia y de su arte, más no puede ofrecer el resultado óptimo de la curación sin secuelas. Se adquiere el compromiso de atender al paciente con prudencia y diligencia (conf. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad Civil de los Médicos", pág. 130; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 451; Mazeaud, Henri y Leon y Tunc, André, "Tratado Teórico práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", Tomo 1, Vol. I, pág. 236, N°159-2).- En este orden de ideas, la carga de la prueba pesa sobre el acreedor, quien debe acreditar la culpa del deudor, que no puso de su parte los medios razonablemente exigibles para el normal cumplimiento de la obligación principal (conf. Martínez Ruiz, Roberto "Obligaciones de Medio y de Resultado" LL 90-756/760). Es decir, debe el acreedor demostrar la culpa, puesto que el objeto de la obligación se reducía, precisamente, a poner diligencia y el acreedor pretende que no se ha cumplido cabalmente (conf. Alsina Atienza, Dalmiro A. "La Carga de la Prueba en la Responsabilidad del Médico. Obligaciones de Medio y Obligaciones de Resultado" JA, 1958-III, 587/599).- En síntesis, en el estado actual de nuestra legislación positiva y de la práctica médica, incumbe al actor la carga de la prueba, sin perjuicio de que ambas partes aporten toda prueba que tengan para mejor esclarecer sus posiciones (conf. CNCiv. Sala "F", 13/3/00, voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, publicado en Revista Jurídica La Ley del 24 de Noviembre de 2.000, Año LXIV, N° 227; íd. íd. L. 189.800 del 3/9/96 y L. 143.069 del 21/10/96; íd. íd. L. 175.004 "Moreno de Rada, Elsa Isabel c/ Torres, Juan y otros s/ ds. y ps." del 29/12/95; íd. íd. L. 195.267 del 15/4/97; íd. íd. L. 232.166 del 15/8/97; fallos en ED, 8-268; CNCiv. Sala "E", 25/11/80 "Sachi de Reggie, T. c/ Altman Canestri, Edgardo" LL 1981 D, 136; íd. íd. Sala C, 6/4/76, LL 1976 C, 67).- En lo que se refiere a la responsabilidad de los sanatorios existe una teoría que explica la situación mediante la figura de la estipulación a favor de tercero (art. 504 del Código Civil). En consecuencia, entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario). De este doble juego de relaciones surge entonces que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual (conf. Bueres, Alberto J. "Responsabilidad Civil de los Médicos" T° 1, págs. 372/376).- Se trata, asimismo, de una responsabilidad objetiva del ente asistencial ya que, probada la culpa del médico, la responsabilidad de aquél deviene inexcusable. De ahí que el paciente debe probar tan solo la culpa del médico, no para hacer funcionar una responsabilidad refleja sino para acreditar la violación de la obligación de seguridad por parte del sanatorio (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Responsabilidad civil de los sanatorios y culpa médica", LL, T° 1990-E, pág. 418).- IV.- Antes de abocarme al análisis de los planteos formulados por los recurrentes, y dada la entidad de los agravios en análisis, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala F en causa libre N° 172.752 del 25/4/96; CS, en RED 18-780, sum. 29; CNCiv., sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., sala I, ED, 115-677 -LA LEY, 1985-B, 263-; CNCom., sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, entre otras).- V.- Por una cuestión de orden metodológico, y cuestionada como fuera la responsabilidad que se atribuyera en la anterior instancia, procederé en primer lugar a tratar los agravios a este punto referidos.- Como bien lo indica la sentenciante de primera instancia, en las presentes actuaciones no se encuentra cuestionada la pertinencia de la intervención a la cual fue sometido el actor el día 23 de septiembre de 2002, como así tampoco se encuentra en tela de juicio el resultado de la mencionada operación.- La cuestión a dilucidar gira en torno a la responsabilidad que se le endilga a los demandados como consecuencia de las complicaciones que sufriera el demandante en el postoperatorio, generadas a partir de la presencia de una bacteria.- En la pericia médica realizada por el Dr. O. M. Bases, agregada a fs. 428/450, surge un pormenorizado análisis de la historia clínica del accionante. Allí se observa que el diagnóstico fue el de "síndrome meniscal interno" y que se le realizó una "artroscopía de rodilla derecha. Menisectomía parcial interna más condroplastía". Luego, el 7 de octubre de 2002, se asienta lo siguiente: "...Infectología. Paciente de 41 años con antecedentes de artroscopía derecha el 23/09/02,

que luego de la cirugía evoluciona con edemas y dolor a nivel de esa rodilla. Refiere haber tomado antibióticos hasta hace 1 semana, pero no recuerda cuál es. No presentó fiebre ni bacteriemia. Actualmente afebril, hemodinámicamente estable. En rodilla derecha presenta edema, leve eritema, dolor que no le permite la extensión del muslo. No necrosis. Leve aumento de la temperatura local. Fluctuación, no crepitación. Se tomó punción de rodilla que tiene pendiente el examen... Se inicia tratamiento con Cefalotina/Ciprofloxacina?.- El experto considera que ?...en la primera intervención realizada al actor contrajo una infección por el *Enterobacter cloacae* que le provocó una artritis séptica de la rodilla derecha?.- Señala el especialista que ?la artritis séptica postquirúrgica es la infección de una articulación luego de una cirugía. El tratamiento consiste en una antibióticoterapia acorde al agente infeccioso que la provoque, el cual se obtiene mediante el cultivo del material obtenido luego del drenaje y limpieza de la cavidad articular. Esto se puede realizar mediante punciones espirativas con aguja en forma diaria y repetida, hasta que no se obtenga más material purulento, o mediante la artroscopía de la misma. Cuando ninguno de ambos métodos fuese suficiente, se deberá recurrir a la cirugía abierta de la articulación para lograr un completo drenaje de la misma?.- Sin embargo, no existe prueba que certifique que la bacteria contraída por el actor se haya originado por un obrar negligente en la operación practicada.- Al respecto, el perito destaca que ?no es posible afirmar con certeza científica la fuente del *Enterobacter cloacae* que produjo la artritis séptica en la rodilla derecha del actor, dado que el género *Enterobacter* spp. puede ser aislado entre el 40% al 80% de personas sanas no hospitalizadas?.- También transcribe una cita bibliográfica médica que indica que ?la mayoría de las infecciones de las heridas son adquiridas en el momento de la cirugía. Por lo tanto, el reservorio más importante de la bacteria que causa la infección debe estar localizada en el teatro de la operación... Los reservorios se pueden dividir en 2 grupos: el medio ambiente (personal, fomites y aire) y la flora endógena del paciente?.- Al responder las impugnaciones formuladas por la actora, el idóneo señala que ?dadas las características del germen aislado, *Enterobacter Cloacae*, no se puede afirmar con certeza científica que el mismo hubiera sido transmitido al paciente por intermedio del equipo médico-quirúrgico que realizó la artroscopía como tampoco por contaminación de dicho instrumental, ya que esta bacteria NO es típicamente de origen intrahospitalario, como lo sería por ejemplo una *Pseudomona aeruginosa* multiresistente? (cfr. fs. 524).- De las conclusiones expuestas se advierte que no se ha podido corroborar que el origen de la bacteria se relacione con la falta de asepsia del quirófano o del instrumental utilizado en la operación.- Establecido ello, cabe destacar que se consideran infecciones hospitalarias a aquellas que son contraídas por los pacientes mientras se encuentran internados en una institución hospitalaria, se trate de una entidad pública o privada. Pueden ser: a) exógenas, nosocomiales o de fuente ambiental (cuando los gérmenes proceden de una fuente exterior al enfermo) y b) endógenas (cuando es el propio paciente el portador del germen infeccioso antes de su ingreso al ente hospitalario, o bien, cuando habiendo ingresado ya al nosocomio, la infección ha sido generada por el propio organismo del paciente, sin intervención de causa externa alguna).- He tenido oportunidad de pronunciarme respecto al encuadre jurídico que cabe adoptar para las situaciones de infecciones exógenas, es decir aquellas que han sido contraídas por el enfermo durante el período en que permaneció en el nosocomio, siempre y cuando el germen haya provenido de una fuente ajena al organismo del paciente (conf. mi voto en L. 558.613 del 7/2/11 y mi disidencia parcial en L. 573.039 del 5/9/11). Sin embargo, en el presente caso no pudo determinarse que nos encontremos en presencia de este tipo de infección, sino que -por el contrario- el perito ha señalado que la *Enterobacter Cloacae* no es una bacteria típicamente de origen intrahospitalario.- A partir de lo señalado, resulta intrascendente conocer si el Sanatorio Mitre -nosocomio en el cual se realizó la intervención- contaba con los controles necesarios para evitar infecciones en los pacientes.- Es que no debe perderse de vista que no se ha responsabilizado a los demandados por la contracción de la bacteria, sino que el motivo por el cual se hizo lugar a la demanda radica en la falta del debido control de los accionados para prevenir o evitar la infección padecida luego de la operación.- Esta afirmación no viola el principio de congruencia, tal como lo exponen los accionados en sus respectivas expresiones de agravios.- En efecto, el principio de congruencia, es aquel que exige la concordancia que debe existir entre la demanda, la contestación y la sentencia en lo que hace a las personas, al objeto y a la causa, de modo que, las partes al fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica requerida delimitan la actividad jurisdiccional a las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y la oposición del demandado (conf. voto de la Dra. Luaces en Libre n° 227.657 del 15/12/97; voto del Dr. Escuti Pizarro en E.D. 86-423 y sus citas de Palacio, ?Derecho Procesal Civil? Tomo I, pág. 258/259; Fassi -Yáñez ?Código Procesal? Tomo I°, pág. 779;). En ese sentido, si el interesado es quien debe aportar el material sobre el cual debe versar la decisión del juez, es claro que ello involucra expresar el fundamento o título (arg. incs. 4° y 5° del artículo 330 del Código Procesal) de tal suerte que resulta ineludible que la demanda contenga una exposición circunstanciada de los hechos configurativos de la relación jurídica en que se funda la pretensión. Sólo así el fallo podrá adecuarse a la situación de hecho invocada por las partes como causa de su pretensión u oposición, so pena de incurrir en incongruencia (conf. Palacio, op. cit. tomo IV, pág. 294 y tomo V págs.431/435).- A partir de estos conceptos, considero que el pronunciamiento apelado no resulta violatorio del principio de congruencia.- Así, la cuestión a dilucidar -tal como lo plantea el actor en su libelo inicial- gira en torno a la existencia o no de

responsabilidad de los accionados como consecuencia de la infección padecida por el demandante luego de la intervención practicada por el codemandado H.- El actor no se ha limitado a denunciar la mala esterilización del material quirúrgico o la falta de asepsia en el quirófano, tal como lo afirman los accionados, aún cuando ambas circunstancias hayan sido mencionadas en el libelo inaugural.- En este orden de ideas, el actor, al ofrecer la prueba pericial médica, en el punto número 4 del cuestionario pregunta: ¿si en lo que respecta a la intervención quirúrgica motivo de autos, cabe la posibilidad que el actor sea infectado en la sala quirúrgica, como ocurrió, y si ello ocurre por falta de asepsia del recinto, del instrumental quirúrgico o por otro motivo que el perito tenga información?. La última parte de este punto de pericia -cuyo subrayado me pertenece- es revelador de que el actor no ha fundado la responsabilidad de los accionados sólo en la falta de esterilización del instrumental o en la limpieza del quirófano, sino que pretende que el experto en la materia indague alguna de estas dos posibilidades y a su vez informe si existía alguna otra razón por la cual pudo generarse la artritis séptica.- Dicho de otro modo, el accionante desconocía la razón por la cual se produjo la infección en la zona operada, pero lo que es a todas luces claro es que pretende ser indemnizado como consecuencia del daño que -según dice- esta sepsis le ha ocasionado.- En virtud de lo expuesto, no observo que la sentencia apelada haya excedido el marco de la controversia planteada, motivo por el cual las quejas que apuntan a que se ha violado el principio de congruencia no habrán de ser atendidas.- Establecido lo anterior, debo afirmar que los agravios vertidos por los demandados y la aseguradora no logran conmover las expresiones de la anterior sentenciante respecto a que no se probó el obrar diligente del médico en el postoperatorio cursado por el paciente.- Si bien no es habitual la presencia de infección en este tipo de intervenciones, lo cierto es que sí es una de las pocas complicaciones que pueden presentarse (ver pericia médica, específicamente: fs. 436 vta. pto. 1; fs. 444, último párrafo; y fs. 445, décimo párrafo).- En la historia clínica y en el parte quirúrgico nada se dice respecto a los medicamentos indicados al paciente a fin de atravesar el postoperatorio sin complicaciones.- En su contestación de demanda, el Dr. H. afirma haber indicado profilaxis con cefalexina y analgésico. Sin embargo, esta circunstancia no surge de la historia clínica.- La única mención que se hace respecto a este tópico fue formulada por el propio accionante al reingresar al Sanatorio Mitre. De la transcripción efectuada por el perito, surge que el actor ¿refiere haber tomado antibióticos hasta hace 1 semana, pero no recuerda cuál es? (cfr. fs. 432 vta., primer párrafo).- Por lo demás, la falta de asentamiento en la historia clínica no permite conocer qué tipo de antibiótico se le habría recetado al actor, como tampoco la dosis indicada, o durante cuánto tiempo debía ingerir la medicación.- Es cierto que el perito médico nada ha dicho respecto al seguimiento postoperatorio, pero esto puede deberse a que la ausencia de elementos objetivos que emanen de la historia clínica le impedían profundizar esta cuestión.- A partir de lo expuesto, debe recordarse que la historia clínica es de fundamental importancia para la práctica médica y es una trascendente fuente de información con la que cuenta el profesional. Podemos definirla como un conjunto de elementos que ordenados cronológicamente permite arribar a un diagnóstico y ofrecer un determinado tratamiento. Dentro de los elementos que debe tener la historia clínica, se encuentra el tratamiento. Terminada la fase diagnóstica se establece el tratamiento más adecuado para la patología que se desea combatir. A tal fin la decisión puede estar encaminada a un tratamiento quirúrgico, ablativo (radioterapia), quimioterápico (medicamentos para el cáncer), rehabilitatorio o farmacológico (conf. Muniagurria, Julio L. ¿La historia clínica? en ¿La prueba científica y los procesos judiciales?, pág.55 y ss.).- Es sabido que este instrumento debe ser el fiel reflejo de los pasos cronológicos seguidos por los facultativos y sus auxiliares y que el deber de información que pesa sobre ellos alcanza este importante aspecto por constituir uno de los pocos elementos con lo que cuenta el paciente para conocer la suerte de su salud en el contexto de la razonable diligencia exigible en esa disciplina que impone el mayor celo profesional en la atención del enfermo (conf. CNCiv. Sala ¿F?, L. n° 67.841 del 13/11/90; esta Sala L. n° 206.349 del 15/4/97, entre otros). Sin embargo, en casos en que no se hubieren volcado la totalidad de las circunstancias que permitieran reconstruir con exactitud el cuadro clínico, tales falencias sólo podrían constituirse en una presunción en contra del profesional médico cuando concurrieran otros elementos probatorios que determinen la convicción de la negligencia profesional, vale decir, que no se practicaron las diligencias exigibles en ese arte (conf. CNCiv. Sala ¿E? E.D. 126-448).- En definitiva, en la medida en que la posibilidad de infección era una complicación potencial que podía padecer el paciente, resultaba relevante que el médico tratante consignara en la historia clínica el detalle del tratamiento antibiótico indicado, como así también el seguimiento postoperatorio.- Al respecto, no es suficiente la entrega que se haga al paciente de las indicaciones y prescripciones a seguir luego de la intervención quirúrgica, tal como lo sostiene el galeno demandado al expresar agravios. Es que, atento la trascendencia que reviste la historia clínica, esta información resulta de suma trascendencia y debió volcarse en ese instrumento.- Esta falencia al confeccionar la historia clínica resulta imputable al médico tratante e impide conocer con exactitud el detalle del tratamiento a seguir por el paciente mientras cursaba el postoperatorio.- Asimismo, coincido con la juez de grado en que no se ha denunciado que el paciente haya incumplido o abandonado el tratamiento indicado, con lo cual debe presumirse que siguió la indicación médica y que -a pesar de ello- contrajo la infección en la zona afectada.- Como ya lo he dicho, según la opinión del perito médico, la posibilidad de infección en este tipo de intervenciones resulta baja. Sin embargo, en este caso se configuró esta situación sin que

pueda comprobarse que la indicación antibiótica era la debida para prevenir esta potencial complicación.- Insisto, la falta de información en los documentos médicos sólo puede perjudicar la posición de los demandados, al no poder corroborarse el obrar diligente en el seguimiento y tratamiento postoperatorio del paciente.- En definitiva, ante la deficiencia en la confección de la historia clínica, no se ha podido acreditar que el comportamiento médico fue el adecuado para prevenir la infección.- En virtud de las razones expuestas, si mi voto fuera compartido, debería confirmarse este aspecto medular del pronunciamiento apelado.- VI.- Establecido lo anterior, debo abocarme al estudio de los agravios relativos a los rubros que componen el reclamo indemnizatorio formulado en la causa.- En primer lugar, se procederá a tratar las quejas formuladas respecto a las sumas correspondientes al rubro incapacidad sobreviniente.- Cabe destacar que la indemnización por este rubro está dirigida a establecer la pérdida de potencialidades futuras, causadas por las secuelas permanentes y el resarcimiento necesario para la debida recuperación, teniendo fundamentalmente en cuenta las condiciones personales del damnificado, sin que resulte decisivo a ese fin el porcentaje que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe evaluarse la disminución de beneficios, a través de la comparación de las posibilidades anteriores y ulteriores. A tal efecto, no pueden computarse las meras molestias, estorbos, temores, recelos, fobias, que casi siempre son secuelas propias de este tipo de situaciones (conf. esta Sala, mi voto en libre n° 465.124, n° 465.126 del 12-3-07 y n° 513.261 del 15/12/08, entre muchos otros).- En cambio, debe repararse en el aspecto laboral, la edad, su rol familiar y social; es decir, la totalidad de los aspectos que afectan la personalidad (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", T° IV-A, pág. 129, núm. 2373; Trigo Represas en Cazeaux-Trigo Represas "Derecho de las Obligaciones", T° III, pág. 122; Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", T° I, pág. 150, núm. 149; Mosset Iturraspe, Jorge "Responsabilidad por daños", T° II-B, pág. 191, núm. 232; Kemelmajer de Carlucci, Aída en Belluscio-Zannoni "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", T° V, pág. 219, núm. 13; Alterini-Ameal-López Cabana "Curso de Obligaciones", T° I, pág. 292, núm. 652).- Es cierto que la edad de la víctima y sus expectativas de vida, así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero no es menos cierto sostener que el resarcimiento que pudiera establecerse, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. CNCiv. Sala "F", L-208.659, del 4/3/-97, voto del Dr. Posse Saguier).- Asimismo, esta Sala ha sostenido en forma reiterada que la incapacidad física y la psíquica deben ser valoradas en forma conjunta, porque los porcentajes incapacitantes padecidos por el damnificado repercuten unitariamente, lo cual aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos porque, en rigor, si bien conformarían dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes y para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales (conf., entre muchos otros, Libres n° 282.488 del 29-3-00, n° 352.640 del 8-10-02, n° 359.379 del 6-3-03, n° 367.687 del 24-6-03, n° 389.243 del 22-6-04, n° 400.335 del 11-8-04, n° 540.810 del 13-08-10).- Cabe también destacar que es criterio de esta Sala que el reclamo formulado por tratamiento psicológico sea analizado en forma autónoma, por tratarse de una erogación futura derivada del hecho generador de estas actuaciones. Empero, al no existir agravio respecto al tratamiento efectuado por la magistrada de primera instancia, habré de seguir el análisis desarrollado en el pronunciamiento apelado.- Adelanto que, de acuerdo a las constancias de autos, entiendo que no ha quedado debidamente probada la existencia de incapacidad física que pueda ser atribuida a la artritis séptica padecida por el actor.- El perito pudo comprobar la existencia de una secuela incapacitante en la rodilla derecha del actor. Sin embargo, no pudo corroborar que exista relación de causalidad entre esa incapacidad y la complicación padecida por el paciente. Al respecto dice: "el actor presenta una disminución en 10° en la capacidad de extensión de la rodilla derecha. Al ser la Responsabilidad Médica de tipo Contractual y de Medios, no se puede atribuir una relación de causalidad entre la disminución en la capacidad funcional de la rodilla y la intervención quirúrgica realizada ya que técnicamente la misma fue correcta, como lo fue también el tratamiento de la artritis séptica que presentara posteriormente" (cfr. fs. 436, pto. 1).- Luego, agrega que "...en la primera intervención quirúrgica realizada al actor contrajo una infección por el *Enterobacter colacae* que le provocó una artritis séptica de la rodilla derecha. No es posible afirmar con certeza científica que como consecuencia de la misma se haya originado la disminución en la capacidad de la extensión de la misma que padece en la actualidad" (cfr. fs. 436 vta./437. pto. 3).- Al finalizar la pericia, el experto concluye que "el actor presentó una artritis séptica post-quirúrgica de la rodilla derecha luego de una artroscopia la cual fue realizada según técnica y procedimientos adecuados. El tratamiento médico-quirúrgico de la misma fueron correctos, pese a lo cual presenta una ligera disminución en la capacidad de extensión de la rodilla derecha... Por las razones explicadas y fundamentadas, desde el punto de vista médico legal... no se ha dictaminado monto alguno de Incapacidad Física, que dé origen a un resarcimiento económico" (cfr. fs. 449 vta.).- En oportunidad de contestar las impugnaciones formuladas por el accionante, el especialista manifiesta que "ya que la intervención realizada fue efectuada según las reglas que la ciencia médica dicta, considero que, si bien la incapacidad en la

movilidad de la rodilla puede tener relación con tal infección (lo cual tampoco se puede afirmar con total certeza), aunque así fuera, cabe clasificar la presencia de la artritis séptica del actor como un "caso fortuito" (cfr. fs. 524, pto. 1).- Si bien asigna un porcentaje de incapacidad, lo cierto es que lo hace aclarando que "...considero que no corresponde adjudicarla como causa indemnizatoria en la presente litis" (cfr. fs. 524, pto.2).- Es cierto que no es esperable ni deseable que el perito aborde cuestiones jurídicas como pueden ser el encuadre jurídico que corresponde otorgar a los supuestos de responsabilidad médica, o el tipo de obligación que asumen los profesionales de la medicina, o la existencia de caso fortuito. Ahora bien, en lo que aquí importa, y sobre lo que el experto sí está capacitado para dictaminar, no se ha logrado comprobar con certeza que la incapacidad física verificada esté vinculada con la complicación postoperatoria padecida por el paciente.- Por otro lado, no puedo perder de vista que las razones que llevaron al actor a realizarse la artroscopia en su rodilla radican en la existencia de una patología previa (síndrome meniscal de la rodilla derecha).- En tal sentido, el idóneo pudo afirmar que no podía considerarse como sana la rodilla derecha del actor, en virtud del cuadro que presentaba con carácter previo a la intervención quirúrgica (cfr. fs. 449, pto. 5).- En base a todo lo expuesto, y en la medida que era carga del actor probar la relación de causalidad entre el hecho médico y el daño padecido, entiendo que no corresponde reflejar en este rubro la incapacidad física reclamada.- Distinta es la situación en el marco de la esfera psíquica, donde sí se ha detectado una vinculación efectiva con la artritis séptica sufrida.- Señala el idóneo que "luego de haber evaluado al actor en la entrevista médico legal y considerando el resultado del psicodiagnóstico realizado, y según el Baremo para Daño Neurológico y Psíquico de Castex & Silva, punto 2.6.7 (PTSD o Desarrollo Psíquico Postraumático insinuado o leve), el cual le otorga un monto de incapacidad entre el 1% al 10%, dictaminó una Incapacidad Parcial y Permanente (Consolidación Jurídica) en el área psicológica del 5% (cinco %). Si bien el actor presenta una personalidad de base tipo Neurótica, según el psicodiagnóstico realizado, se ha considerado que en el área psicológica existe una relación de causalidad ya que "luego del acontecimiento, uno o varios síntomas preexistentes puede exacerbarse y, sumados a nuevos elementos patológicos, dar origen a una enfermedad psiquiátrica nueva que constituye un daño psíquico resarcible" (cfr. fs. 441, in fine).- En lo referente al tratamiento psicológico, el perito médico designado en la causa señala que el mismo "...se estima necesario durante aproximadamente un año, a razón de 2 (dos) sesiones semanales, estimándose el costo, en el ámbito privado, de cada una de ellas en \$? (? pesos)" (cfr. fs. 524 vta., pto. 3).-

Bajo este contexto, debería coincidir que para apartarse del análisis efectuado por el perito en una materia propia de su arte, se debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. Sin embargo, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones periciales de aquél (conf. Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. IV, pág. 720 y jurisprudencia allí citada; Morello-Sosa-Berizonce, "Código Procesal Civil y Comercial, comentado y anotado", pág. 455 y sus citas; Falcón, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado", pág. 416 y sus citas; esta Sala, voto del Dr. Hugo Molteni publicado en L.L. 1991-A, pág. 358, L. n° 375.513 del 19/9/03, L. n° 588.143 del 06/02/12).- En consecuencia, corresponde establecer por el presente rubro, que representa la incapacidad psíquica padecida por el actor y el tratamiento psicológico, la suma de Pesos ? (\$...-) calculada según valores actuales.-

VII.- Las partes alzan sus quejas en relación a la suma conferida en concepto de daño moral.- Este perjuicio puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Llambías, Jorge Joaquín ob. cit. t° I, pág. 271, núm. 243; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit. t° I, pág. 215; Mayo en Belluscio-Zannoni ob. cit. t° II, pág. 230; Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil", pág. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 179, núm. 556/7; Orgaz, Alfredo "El daño resarcible", pág. 223, núm. 55).- Si bien pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma dineraria y no resulta sencillo determinar su quantum; para ello debe tenerse en consideración las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores mencionados. Corresponde, pues, concluir que el daño no puede medirse en razón de las secuelas que denuncia la víctima, pues debe tenerse en cuenta en qué medida los padecimientos ocasionados pudieron haber significado un grado de afectación y quebrantamiento espiritual (conf. esta Sala, mi voto en Libres n° 466.988 del 19-3-07, n° 464.517 del 03/11/08, entre otros).- De tal modo, lo que califica el daño moral es la actividad dañosa, en cuanto tal, el solo ataque a intereses no patrimoniales de la víctima, sin que para definir su

existencia deba requerirse que ella lo comprenda o perciba (conf. Zannoni, Eduardo A., "¿Acerca de la Actividad Dañosa y el Daño Moral?", LL 1985-D, 863).- Pueden destacarse dos cualidades en el daño moral: primera, que él supone, no sólo el dolor de afeción, sino también el que resulta de cualquier atentado a la integridad de la persona humana: dolor físico, perjuicio estético. Segunda, que el daño moral debe ser el resultado de un ataque a los derechos de la personalidad, a su patrimonio moral, sea directa o indirectamente, sin que obste a ello la circunstancia de que a la par de él se produzca un perjuicio material para la víctima (conf. Acuña Anzorena, Arturo, "La reparación del agravio moral en el Código civil", La Ley, t. 16, n° 532).- La anterior sentenciante ha considerado que la dificultad para deambular que presenta el actor importa un daño estético que debe ser ponderado dentro del daño moral. Sin embargo, en la medida que no existe prueba que confirme la relación de causalidad entre el hecho imputado a los demandados y las secuelas físicas generadoras del daño estético, considero que este concepto no debe ser resarcido.- Sin perjuicio de lo expuesto, como consecuencia de la infección padecida, el accionante debió ser reintervenido en dos oportunidades. Así, deben meritarse los incordios, molestias, período de rehabilitación posterior derivado, y demás situaciones que debió soportar el reclamante. - De acuerdo a lo expuesto, demás constancias de autos, condiciones personales de la víctima, y haciendo uso de las facultades que me otorga el art. 165 del Código de rito, estimo adecuado elevar el monto fijado en la anterior instancia a la suma de Pesos ? (\$...-) en concepto de daño moral, calculado a valores actuales.- VIII.- En lo relativo a los agravios referidos a los intereses, resulta desacertado afirmar que el demandante no ha reclamado estos accesorios en el libelo de inicio. Una atenta lectura del escrito de inicio permite advertir que en el apartado XI.6 se incluyen dentro del presente reclamo los intereses y la actualización monetaria.- Respecto a la tasa de interés a aplicar, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" del 21/10/09, sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.- Empero, toda vez que en la especie se fijaron los valores indemnizatorios al momento del dictado de este pronunciamiento, la indicada tasa debe regir recién a partir de esta sentencia, ya que de imponerse esos intereses desde el origen de la mora, se consagraría una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido, tal como puntualmente prevé la parte final de la referida doctrina plenaria, al contemplar una excepción a la vigencia de la tasa moratoria legal. Ello así, en la medida que uno de los factores que consagran la entidad de la referida tasa, lo constituye la paulatina pérdida de valor de la moneda, extremo que en la especie ya fuera ponderado al definir el capital. Por ello, corresponde que desde el momento de la mora y hasta este pronunciamiento, se calculen los intereses a la tasa de interés del 8% anual, que representan los réditos puros y, desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.- Es criterio de esta Sala que lo otorgado en concepto de tratamiento psicológico, se trata de capital dirigido a enjugar gastos futuros. Como consecuencia de ello los intereses deben computarse desde la fecha de la sentencia que acoge el respectivo rubro y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Sin embargo, en la medida en que no ha mediado agravio respecto al lapso de devengamiento de los intereses que corresponden a esta específica partida, deberá estarse al régimen de intereses establecido en el párrafo que antecede.- No paso por alto que la anterior sentenciante fijó la indemnización al momento del hecho; empero, lo cierto es que en este decisorio se modificó el tratamiento de los rubros indemnizatorios y se fijaron los montos a valores actuales. Esta circunstancia justifica lo expuesto precedentemente en materia de intereses.- Por otro lado, si bien fue motivo de agravio el punto de partida del curso de los intereses, coincido con la juez de grado que los réditos deben computarse desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago.- En consecuencia, si mi voto fuera compartido, debería modificarse parcialmente el pronunciamiento apelado respecto a los réditos allí establecidos.- IX.- Resta pronunciarse respecto de los agravios que se formulan contra la imposición de costas decidida en la sentencia apelada.- Liminarmente cabe recordar, que el ordenamiento procesal vigente adhiere al principio generalmente aceptado en la legislación nacional y extranjera cuyo fundamento reside básicamente en el hecho objetivo de la derrota, como base de la imposición de la condena en costas.- En la especie, a partir de lo expuesto precedentemente, no caben dudas que la demanda promovida por el actor ha tenido favorable acogida, mientras que la postura defensiva de los demandados no ha sido receptada.- Así las cosas, ése es el hecho objetivo que debe motivar la imposición, sin que se aprecien razones que objetivamente permitan apartarse del principio rector.- Por lo tanto, si mi voto fuera compartido, debería confirmarse el pronunciamiento apelado en tanto impone los gastos causídicos a la parte demandada vencida.- X.- Voto, en consecuencia, para que se modifique parcialmente la sentencia apelada, estableciendo la partida correspondiente a la incapacidad psíquica sobreviniente y tratamiento psicológico en la suma de Pesos ? (\$...-) y elevando la partida correspondiente al daño moral a la suma de Pesos ? (\$...-). Asimismo, voto para que se readecue la tasa de interés a aplicar conforme lo determinado en el punto VIII del presente voto, confirmándosela en lo demás que decide y fue objeto de agravios.- Sin costas de Alzada derivadas de los recursos interpuestos por el actor y la citada en garantía en virtud de la falta de réplica del memorial.- Por otro lado, las costas de Alzada derivadas de

los recursos interpuestos por los codemandados O. C. H. y Galeno Argentina S.A. deberían ser soportadas en un 90% a cargo de los recurrentes y en el 10% restante a cargo del demandante, en atención al éxito obtenido y la importancia económica de las pretensiones (arts. 68 y 71 del Código Procesal).- El Dr. Hugo Molteni votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Dr. Ricardo Li Rosi.- EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO: I.- Coincido con el Dr. Li Rosi en que se encuentra acreditada en la causa la culpa del Dr. O. C. H., quien atendió al actor, y al respecto me remito al puntilloso estudio de los hechos del caso efectuado en el voto de mi colega. Sin embargo, discrepo en lo atinente al marco jurídico aplicable a la cuestión en examen, aunque adelanto que ello no incide en la solución que corresponde adoptar sobre el punto, razón por la cual formulo las consideraciones que siguen al solo efecto de dejar a salvo mi opinión personal sobre el tema.- En efecto, como lo he señalado en otras oportunidades (ver mis trabajos "Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada", RCyS, año VIII n° VIII, agosto de 2006, p. 42, y La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo-Perrot, 2011, p. 201 y ss.), no coincido con la teoría que -siguiendo la opinión del profesor Alberto J. Bueres- estima que cuando un nosocomio emplea a un médico para cumplir con sus obligaciones respecto de un paciente se anuda una estipulación a favor de terceros, donde la clínica es la estipulante, el médico el promitente, y el paciente el beneficiario. Siempre según esta tesis -reflejada en el voto de mi colega- la clínica asumiría una obligación de seguridad consistente en garantizar que el médico se desempeñará diligentemente en el cumplimiento de su labor, de donde la culpa de este último patentizaría el incumplimiento de aquel deber calificado. El fundamento último de esta postura residiría en que el médico -poseedor de un conocimiento técnico cuya aplicación requiere, además, autonomía científica- no puede considerarse un "dependiente" del ente asistencial, y que ello obstaría a considerarlo un simple "tercero ejecutor" de las obligaciones contraídas por aquel (Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 314/316).- Por mi parte -y sin perjuicio de la alta consideración que me merecen sus sostenedores-, encuentro este modo de ver algo artificioso, y considero que parte de una indebida trasposición al campo contractual de criterios y principios propios de la responsabilidad aquiliana. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en esta última, que admite diferentes regímenes según las características del hecho generador, lo que permite hablar de una responsabilidad "por hecho propio" (arts. 1109 y 1072, Código Civil), "por hecho ajeno" (arts. 1113, primer párrafo, y 1114 a 1116, código citado) o "por el hecho de las cosas" (art. 1113, segundo párrafo, siempre del mismo código), la responsabilidad contractual es siempre una responsabilidad personal y directa del deudor, cualquiera sea la forma en la que de hecho se incumpla, e independientemente de si se emplean o no cosas para cumplir. De allí que, a diferencia de lo que ocurre en materia extracontractual, las normas del Código Civil que regulan la materia (esto es, los artículos que integran el Título I de la Sección Primera del Libro Segundo del Código Civil) se refieren siempre a la responsabilidad del deudor, y no distinguen entre los diversos hechos generadores que ya he mencionado.- Así las cosas, el hecho de que el solvens introduzca un tercero para ejecutar el contrato en su lugar en nada altera la naturaleza o el fundamento de su responsabilidad, que sigue siendo personal y directa. Dicho de otro modo, el deudor "es responsable ante todo en tanto que deudor contractual, poco importa que sea por su hecho propio o por hecho ajeno. Él es contratante, y su responsabilidad es contractual; no hay siquiera necesidad de hablar de responsabilidad contractual por hecho ajeno" (Bénac-Schmidt, Françoise y Larroumet, Christian, "Responsabilité du fait d'autrui", en Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil, Paris, 2002, t. IX, p. 4; la traducción es mía, en esta y las demás citas que se efectúan en este voto. En el mismo sentido: Durry, Georges, informe conclusivo en La responsabilité du fait d'autrui, Responsabilité Civile et Assurances, noviembre de 2000, p. 63 ; Rémy, "La 'responsabilité contractuelle' : histoire d'un faux concept ?", Revue trimestrielle de droit civil, 1997-323 ; Starck, Boris - Roland, Henri - Boyer, Laurent, Droit civil. Les obligations, Litec, París, 1996, t.2, p. 709; Flour, Jacques - Aubert, Jean L. - Savaux, Éric, Les obligations, Armand Colin, Paris, 2002, t. 3, p. 132/133 ; Christian, "Pour la responsabilité contractuelle", en Le droit privé français à la fin du XXe siècle, obra en homenaje a Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, p. 15; Carbonnier, Jean, Droit civil. Les obligations, Presses Universitaires de France, París, 1991, p. p. 299; Ramella, Anteo, ponencia presentada en las I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1967; Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén, "El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente-obra social?", LL, 1985-B-156; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Daños causados por los dependientes, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 41; Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, p. 157; Banchio, Enrique C., Responsabilidad obligacional indirecta, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 66; Compagnucci de Caso, Rubén H., "Responsabilidad contractual indirecta?", LL, 1992-B-312; Casiello, Juan J., "Responsabilidad de las clínicas y de las obras sociales por mala praxis médica?", LL, 23/10/95).- Cabe añadir que el médico que actúa en el ámbito de un nosocomio se encontrará normalmente ligado a la clínica (o al Estado) por un contrato de trabajo, que lo somete al cumplimiento de diversas pautas establecidas por su empleador (horarios, regulaciones administrativas, elección de los pacientes), aún cuando preserve su autonomía científica. Como agudamente lo señala Jourdain: "proporcionando sus cuidados a un cliente de la clínica, un médico asalariado de aquélla no ejecuta una obligación que habría contratado libremente frente al paciente, sino la prestación de trabajo a la

que se comprometió frente al establecimiento? (Jourdain, Patrice, 'Vers une responsabilité contractuelle des établissements hospitaliers privés du fait des médecins qu'ils emploient?', Revue trimestrielle de droit civil, 1992-123).- Por otra parte, la utilización de la figura de la estipulación a favor de terceros -que supone, obviamente, un expreso consentimiento por parte del paciente para incluir al médico dentro del esquema contractual mediante la aceptación de la 'ventaja' pactada a su favor entre el facultativo y la clínica, en los términos del art. 504 del Código Civil- aparece artificial en un buen número de casos. En ese sentido, señala Jean Savatier que el paciente no se vincula con el médico por su libre elección, sino por la confianza que acuerda al establecimiento de salud. En todos los casos -añade- los cuidados impartidos por el galeno tienen lugar en el marco de una organización compleja, y muchas veces el enfermo ignora, al momento de ser hospitalizado, en qué servicio será atendido, y quiénes son los médicos que se desempeñan en él (Savatier, Jean, comentario en Juris Classeur Périodique, 1991-II-21730). Parece difícil, en esas circunstancias, hablar de un consentimiento de su parte. Con criterio se preguntaba en ese sentido Leonardo Colombo qué convención puede haber entre el individuo atropellado por un automóvil y el cirujano que lo auxilia en el nosocomio al cual es conducido (Colombo, Leonardo A., Culpa aquiliana, La Ley, Buenos Aires, 1944, p. 233/234).- Es que -insisto- la afirmación según la cual sólo puede haber responsabilidad contractual por hecho ajeno cuando el tercero ejecutor es un 'dependiente' del deudor deriva de una impropia transposición al campo contractual de los requisitos que el art. 1113, primer párrafo, del Código Civil, exige para que se configure la responsabilidad extracontractual del principal por el hecho de su dependiente. Tales recaudos, sin duda indispensables para imputar responsabilidad al principal -a quien se hace extensiva la obligación de responder que pesa sobre el dependiente-, carecen de toda relevancia en la esfera contractual, donde el único fundamento para responsabilizar al deudor es el simple hecho de que él es el obligado a cumplir la prestación, y responde, por ende, en forma directa frente a su incumplimiento, más allá de cuál haya sido el hecho que ha causado materialmente esa inejecución, y de quién la causó. Como con toda claridad lo explica Chabas, a diferencia de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente -que requiere en todos los casos de la constatación previa de un acto ilícito del subordinado-, 'en la responsabilidad contractual por hecho ajeno el camino es diferente. El responsable contractual es el verdadero y único deudor. A él va dirigido el reclamo en primer lugar; en todo caso directamente?' (Chabas, François, comentario en Juris Classeur Périodique, 1993-II-22013). En otras palabras, para extender al principal una responsabilidad que en principio sólo cabría al dependiente (causante material del daño) se requiere, en el plano extracontractual, de alguna razón de justicia que así lo habilite, y que el legislador ha encontrado en la dependencia (art. 1113, primer párrafo, Código Civil). Nada de ello ocurre en materia obligacional, donde el deudor es ya el responsable directo por su simple condición de obligado, situación que en nada se altera por el hecho de que emplee a un tercero para ejecutar materialmente el plan de conducta comprometido. La dependencia, entonces, no juega ningún rol apreciable en el campo contractual.- En este sentido, dice Bellissent: 'propiamente hablando, el deudor no responde ciertamente por el hecho que ha provocado el incumplimiento, sino, más propiamente, debe responder de la falta de cumplimiento, lo que no es exactamente lo mismo. A diferencia del sistema delictual donde el demandado encargado de la guarda de otro debe responder sobre la base de la responsabilidad personal del guardado, el deudor contractual debe simplemente responder por el incumplimiento, salvo causa extraña?' (Bellissent, Jean, Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 2001p. 472). Y Marianne Faure Abbad concluye, a su turno, que la llamada responsabilidad contractual por hecho ajeno es un 'hecho generador de responsabilidad inexacto?', en el sentido de que carece de autonomía respecto de la responsabilidad contractual ordinaria. Todos los supuestos que suelen englobarse bajo esa denominación, afirma la autora, 'se reconducen a la idea de que el deudor está ligado, no como responsable del hecho de otro, sino como deudor de una obligación incumplida -el hecho ajeno no es, en el fondo, un hecho generador autónomo de responsabilidad contractual, distinto del hecho generador general que sería el incumplimiento del contrato?. Y añade que de ningún modo esta responsabilidad es comparable a la del principal por el hecho del dependiente, pues no está aquí en juego 'un mecanismo de transferencia de la obligación de indemnizar a la víctima del daño -en todos los casos, la responsabilidad contractual es una responsabilidad directa del deudor y directamente fundada en el contrato del que procede la obligación incumplida?' (Faure Abbad, Marianne, Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Poitiers, 2003).- Por ello, coincido con Ricardo Lorenzetti en que la relación entre la clínica, el paciente y el médico no puede analizarse como una estipulación a favor de terceros, porque los dos centros de interés principales son los del paciente que paga y los de la entidad médica que presta el servicio. El problema a resolver se vincula entonces con esta relación jurídica y no con la que se entabla entre el médico y la clínica con efectos subsidiarios hacia terceros. El paciente no es tercero, sino parte. Por lo demás, en la estipulación a favor de terceros el tercero adquiere un beneficio cuya extensión está vinculada al contrato base, mientras que en el contrato médico hay una contraprestación y no un mero beneficio, y la extensión del vínculo se termina en función de aquella reciprocidad. Si fuera un mero beneficiario, el paciente solo podría adherir y no discutir nada, y se desvirtuaría la noción de consentimiento informado. Por ello, en virtud de la

estructura del vínculo obligatorio, debe entenderse que la clínica responde contractualmente y de modo directo por el incumplimiento, sin importar que la prestación haya sido materialmente cumplida por un médico dependiente de aquella (Lorenzetti, Ricardo L., *La empresa médica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 334 y ss.).- Esta es la posición de la jurisprudencia francesa, que descarta la aplicación de la estipulación a favor de terceros y considera que la clínica es la única deudora de las prestaciones médicas, y en tal carácter responde en forma directa por su incumplimiento (Corte de Casación, primera Sala civil, 4/6/1991, *Gazette du palais*, 1992-II-503, con nota de François Chabas; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992-123, con nota de Patrice Jourdain; *JCP*, 1991-II-21730, con nota de Jean Savatier; *Idem.*, 26/5/1999, *JCP*, 1999-II-10112; *Droit et Patrimoine*, n° 73, julio-agosto de 1999, p. 84, con nota de François Chabas; *Défrenois*, 1999-1334, con nota de Jean-Luc Aubert; *Dalloz*, 1999, *somm.*, n° 386, con nota de Jean Penneau; *Idem.*, 9/4/2002, *JCP*, 2002-I-186, con nota de Geneviève Viney; *Responsabilité civile et assurances*, 2002, *chron.* n° 13, con nota de Christophe Radé; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002-516, con nota de Patrice Jourdain; *Droit et Patrimoine*, n° 106, p. 96, con nota de François Chabas; *Idem.*, 13/11/2002, *Gazette du palais*, 7-8/3/2003, *jurisp.*, 42, con nota de François Chabas; *Dalloz*, 2003, *somm.*, n°460, con nota de Patrice Jourdain; *Tribunal des Conflits*, 14/2/2000, *JCP*, 2001-II-10584. Vid. al respecto mi trabajo *¿La responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans la jurisprudence récente, en particulier dans le domaine du droit médical?*, *Gazette du Palais*, n° 126/127, 5/6 de mayo de 2004, y Welsch, Sylvie, *Responsabilité du médecin*, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.).- En el mismo sentido, esta sala ha declarado que para fundar la responsabilidad de las clínicas y las obras sociales por el obrar de los médicos que atienden a sus afiliados ¿no es preciso recurrir -un tanto ficticiamente- a la teoría de la obligación de seguridad, ni de la estipulación a favor de terceros, sino que basta con constatar que la obra social sigue siendo deudora de las prestaciones médicas -aunque haga ejecutar materialmente por otro las prestaciones comprometidas-, y en esa medida (es decir, en su carácter de deudora) responde naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inejecución? (esta sala, L. n° 581.002, *¿Leguizamón, Hilda del Valle c/ De La Fare, Mauricio y otros?*, del 8/3/2012; *idem.*, L. n° 571.184, *¿Peralta, Ricardo, c/ Obra Social Ferroviaria?*, del 23/2/2012).- II.- Más allá de ello, señalo que, en la medida en que se está demandando al sanatorio donde fue atendido el actor, así como a la empresa de medicina prepaga a la que ella estaba afiliada, resulta de aplicación la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (esta Sala, L. 593.116, *¿A., N. A. c/ B. A. y otro s/ daños y perjuicios?*, del 25/9/12; L. 595.100. *¿G., P. c/ R., E. A.R. y otros s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux-?*, del 29/10/12 y L. 582.467, *¿T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y aux.?*, del 11/5/12).- Ello es así, ante todo, en tanto, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación -y lo ha ratificado el legislador mediante la reciente sanción de la ley 26.682 (arts. 4, 27 y concs.)-, ¿es aplicable el régimen de defensa del consumidor al contrato de cobertura médica celebrado con una empresa de medicina prepaga, habida cuenta que se trata de un contrato de adhesión y consumo? (CSJN, 3/13/2001, *¿E., R. E. c/ Omint S.A. de Servicios, LL*, 2001-B-687; por remisión, en el caso, al dictamen del Sr. Produrador General de la Nación). En el mismo sentido se ha expedido esta cámara: *¿Los contratos de afiliación a empresas de medicina prepaga, regulados por la ley 24.240, son contratos de adhesión y consumo, siéndoles aplicables, por ende, las disposiciones de aquella normativa y las pautas jurisprudenciales generadas sobre ella?* (esta Sala, *¿D. de R., S.E. c/ Medicus S.A.*, del 4/7/2005, ED, 215-23).- Por otra parte, como es sabido, si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240 (art. 2, ley citada), no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas, que -en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos- deben regirse por esa normativa (Lorenzetti, *La empresa médica*, cit., p. 355; *Idem.*, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 102 y 114). En ese sentido, ha dicho la jurisprudencia que la ley 24.240 ¿es de aplicación a los servicios médicos porque ésta establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional aún ocasionalmente, produzcan, importen distribuyan o comercialicen cosas o prestan servicios a consumidores o usuarios? (Cám. Nac. Civ. Com. Fed., Sala III, 26/9/2006, RCyS, 2006-685; vid. asimismo SCJ Mendoza, Sala 1, 11/10/1995, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, JA, 24/5/06; esta cámara, Sala L, *¿C. de A., O. R. c/ Obra Social del Personal Rural y estibadores de la República Argentina y otros?*, L. n° 568.586, del 2/2/2012).- Concluyo, entonces, que resulta aplicable al sub lite la ley 24.240 y las normas que con ella se integran. Y aunque resulte sobreabundante, señalo que esta afirmación es independiente de que las partes hayan o no invocado dicho microsistema legal pues, como es sabido, corresponde al juez determinar el derecho aplicable a los hechos planteados por los litigantes, más allá de la calificación que éstos les hayan asignado (iura novit curia). Adicionalmente, surge del art. 63 de la norma citada que se trata de una ley de orden público y, como tal, debe ser aplicada de oficio por el juez.- III.- Descartada la aplicación al caso de la teoría de la estipulación a favor de terceros, y sentado que -a salvo los casos en los que el enfermo elige y contrata personalmente al médico que lo habrá de atender, aunque integre la cartilla de una obra social o empresa de medicina prepaga- la relación contractual se anuda exclusivamente entre el paciente y la clínica y/o la empresa de medicina prepaga, corresponde preguntarse qué normativa se aplicará a la responsabilidad del

médico demandado.- Como agudamente lo señala Jourdain: ¿proporcionando sus cuidados a un cliente de la clínica, un médico asalariado de aquélla no ejecuta una obligación que habría contratado libremente frente al paciente, sino la prestación de trabajo a la que se comprometió frente al establecimiento? (Jourdain, Patrice, ¿Vers une responsabilité contractuelle des établissements hospitaliers privés du fait des médecins qu'ils emploient?, Revue trimestrielle de droit civil, 1992-123; la traducción es mía). En el mismo sentido, señala Jean Savatier que el paciente no se vincula con el médico por su libre elección, sino por la confianza que acuerda al establecimiento de salud. En todos los casos -añade- los cuidados impartidos por el galeno tienen lugar en el marco de una organización compleja, y muchas veces el enfermo ignora, al momento de ser hospitalizado, en qué servicio será atendido, y quiénes son los médicos que se desempeñan en él (Savatier, Jean, comentario en Juris Classeur Périodique, 1991-II-21730). Parece difícil, en esas circunstancias, hablar de un consentimiento de su parte. Con criterio se preguntaba en ese sentido Leonardo Colombo qué convención puede haber entre el individuo atropellado por un automóvil y el cirujano que lo auxilia en el nosocomio al cual es conducido (Colombo, Leonardo A., Culpa aquiliana, La Ley, Buenos Aires, 1944, p. 233/234).- Por ello, como lo he señalado con anterioridad (vid. mi obra La singularidad de la responsabilidad contractual, cit., p. 207 y ss.), entiendo que corresponde considerar que el médico que atiende a un paciente en el marco de una institución hospitalaria no celebra con él ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe enmarcarse en la órbita aquiliana (Lorenzetti, La empresa médica, op. y loc. cit.; Tobías, José W., "En tomo a la responsabilidad civil de los médicos", E. D., 84-832; ídem, ¿El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas?, op. y loc. cit.; Savatier, René, Traité de la responsabilité médicale en droit français, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1951, t. II, p. 403; Mémeteau, Gérard, ¿Contrat hospitalier et obligation de soins?, Revue de droit sanitaire et social, 1988-517 ; Auby, Jean-Marie, Le droit de la santé, Themis, Paris, 1981, p. 357). Esta es la postura adoptada por la Corte de Casación francesa a partir de los precedentes que ya he citado (vid. Welsch, Sylvie, Responsabilité du médecin, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.).- En el caso, teniendo en cuenta que el Dr. H. atendió al actor en su carácter de dependiente de la demandada -esto es, que no existió un contrato particular entre él y el actor-, corresponde enmarcar su responsabilidad en los arts. 1109 y concs. del Código Civil.- IV.- En resumidas cuentas, estimo que SPM Sistema de Protección Médica S.A. se encontraba ligada al actor por una relación de consumo, y que en ese marco responde contractualmente, y de modo directo, por el incumplimiento de las obligaciones que asumió, que incluían la diligente atención médica del Sr. S.. De modo que la culpa del profesional que atendió al mencionado paciente, que surge prístina del análisis efectuado en el voto del Dr. Li Rosi, compromete, en esos términos, la responsabilidad de la empresa de medicina prepaga. Asimismo, el Dr. H. responde extracontractualmente, con fundamento en los arts. 1109 y 902 del Código Civil.- V.- Me he expedido reiteradamente en el sentido de que, para valorar la incapacidad sobreviniente, resulta aconsejable el empleo de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (o de la valuación de las tareas no remuneradas que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado.- Sin embargo, también he sostenido que estas pautas de cálculo no tienen por qué atar al juzgador, por lo que no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación de la fórmula mencionada, sino que ella servirá simplemente como pauta orientadora para, a partir de allí, arribar a un justo resarcimiento según las circunstancias de la causa.- Así las cosas, y dado que los importes que propone el Dr. Li Rosi para enjugar este rubro, lucen equitativos a la luz de las pautas descriptas, votaré con él también en este aspecto.- VI.- En lo que atañe a los intereses, y como lo he expuesto en el precedente de esta sala ¿Piñeiro, Gabriel Alberto c/ Ausilli, José Luis y otros s/ Daños y Perjuicios?, del 10/11/2011 (libre n° 574.847), soy de la opinión de que, por aplicación de la doctrina sentada por esta cámara en el fallo plenario dictado en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S. A. s/ daños y perjuicios", del 20/4/2009, debe fijarse la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el momento del hecho, y estimo -por los argumentos que expuse en mi voto en la causa ya citada, a la que me remito- que la sola circunstancia de haberse fijado las partidas indemnizatorias a valores actuales no configura la excepción contemplada en el último párrafo de la parte dispositiva de la mentada sentencia plenaria.- Aclarado ello, adhiero al fundado voto del Dr. Li Rosi, con la salvedad que acabo de efectuar en materia de intereses.- Con lo que terminó el acto.- Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala ¿A? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.- FDO. FERNANDO P. CHRISTELLO (SEC.) Buenos Aires, diciembre 17 de 2012 Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se modifica parcialmente la sentencia apelada, estableciendo la partida correspondiente a la incapacidad psíquica sobreviniente y tratamiento psicológico en la suma de Pesos ? (\$...) y elevando la partida correspondiente al daño moral a la suma

de Pesos ? (\$...-). Asimismo, se readecua la tasa de interés a aplicar conforme lo determinado en el punto VIII del presente, confirmándosela en lo demás que decide y fue objeto de agravios.- Sin costas de Alzada derivadas de los recursos interpuestos por el actor y la citada en garantía.- Las costas de Alzada derivadas de los recursos interpuestos por los codemandados O. C. H. y Galeno Argentina S.A. se imponen en un 90% a cargo de los recurrentes y en el 10% restante a cargo del demandante.- Difiérase la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.- Notifíquese y devuélvase.- RICARDO LI ROSI
HUGO MOLTENI SEBASTIÁN PICASSO (EN DISIDENCIA PARCIAL) Cita

digital: