

LA RESPONSABILIDAD DE CLÍNICAS Y SANATORIOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL¹

Por Marcelo López Mesa ²

a) Premio

Clínicas y sanatorios son establecimientos que participan en una importante medida en el total de daños graves causados actualmente en nuestro país. Más aún, es indudable que clínicas y sanatorios se ubican hoy en el ojo de la tormenta, luego de la divulgación de los detalles y de múltiples datos conexos, del llamado “caso Pérez Volpin” y, en especial, ahora que está pasando la primera ola de la pandemia, que va a dejar al descubierto multitud de situaciones irregulares de atención médica deficiente o negligente³.

Se multiplican los reclamos de pacientes y familiares contra centros sanatoriales; no se acepta la muerte como una alternativa médica admisible, se presume la malicia, se reivindican los derechos de los pacientes, hay una exigencia informativa mucho mayor, una disminución del alea aceptable y la extensión de la obligación de seguridad⁴, etcétera.

Constituye un tema que debe analizarse con detenimiento, dadas sus repercusiones, especialmente, las que se producirán luego de que la llamada “pandemia” termine. Además, bien se ha dicho que “El aumento del número de reclamaciones formuladas en el ámbito médico-sanitario puede llevar a una verdadera situación de colapso de la asistencia sanitaria frente el temor de los profesionales médico-sanitarios de que sus actuaciones sean continuamente cuestionadas frente los Tribunales”⁵.

Frente a entes nosocomiales la jurisprudencia a veces olvida la certera advertencia del maestro GALÁN CORTÉS, sobre que la medicina es una ciencia axiológica relativa, esto es, una ciencia inexacta en la que el resultado nunca puede ser garantizado porque en ella

¹ Artículo publicado en la revista “Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio”, dirigida por Silvia Y. Tanzi y Lily Flah, Editorial Errejus, edición del mes de Abril de 2021, pp. 231 a 247.

² Académico de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires y de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba - Profesor Titular de Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales en la Universidad de Belgrano (UB) - Profesor Visitante, entre otras, de las siguientes Universidades: Washington University (Saint Louis, EEUU), de París (Université Sorbonne-París Cité), de Savoie (Los Alpes, Francia), de Coimbra (Portugal), de Perugia (Italia) y de La Coruña (Galicia), Rey Juan Carlos (Madrid, España), Católica de Oriente y Pontificia Javeriana (Colombia), Católica de Cuenca (Ecuador), etc. - Autor de treinta y cinco libros en temas de Derecho Civil y Procesal Civil - Ex Juez de Cámara en lo Civil y Comercial - Ex Asesor General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires - Conferencista y publicista.

³ A mayor abundamiento, ver López Mesa, Marcelo, La apreciación de la conducta de los profesionales de la salud frente al COVID-19, en el libro colectivo titulado “La reconstrucción del derecho argentino pos crisis”. IJ, El Derecho, B. de F., Ediciones Hammurabi, Catedra jurídica, Nova Tesis, Buenos Aires, 2020, M. López Mesa (director), págs. 43 y ss.

⁴ Ver López Mesa, Marcelo. “La medicalización de la vida y los dos campos de la medicina. La medicina terapéutica o hipocrática y la medicina embellecedora o perfectiva: obligaciones del médico en cada una y responsabilidades consecuentes”, publicado en la “Revista Jurídica Internacional”, Editorial IJ, Número 2, Cita: IJ-MVIII-14 y en:

<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=fbd757817446b468d2c4211fe90d4715>.

⁵ JEREZ DELGADO, Carmen - PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, La responsabilidad civil médico-sanitaria en el ordenamiento jurídico español, en <https://www.redalyc.org/pdf/1736/173620162008.pdf>

inciden muy diversos factores, tanto de naturaleza endógena como exógena⁶; por ello, no es conveniente ni procede admitir reclamaciones en cualquier supuesto de no curación del paciente, sino solo en aquellos en que se comprueba la concurrencia de los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil, existiendo un serio fundamento de la condena.

Iremos despacio. Clínicas y sanatorios responden concurrentemente con los médicos, cuando se produce un supuesto de responsabilidad refleja; pero estos nosocomios privados responden en mucho mayor medida que los profesionales de la salud, pues además de los casos de responsabilidad refleja, existen otros en que el médico no responde, pero el sanatorio sí, como sucede en los supuestos de los llamados “errores de oficina” (ver el final de este estudio) o los casos de defectos de coordinación de servicios.

Como bien se resolvió en un fallo bastante cercano en el tiempo, en todos los casos en que hay responsabilidad médica, existe responsabilidad de los entes hospitalarios, sanatoriales y/o a empresas que se dedican a la prestación médica, originada en la indebida atención médica por los profesionales que laboran para tales establecimientos o empresas especializadas⁷.

Dicho en palabras llanas, siempre que existe responsabilidad de un médico, profesional de la salud o colaborador, que atendió al paciente en un nosocomio, existe responsabilidad del ente de salud, pero la inversa no es admisible, porque se dan muchas situaciones en que el ente de salud es responsable y el médico no, como ocurre en los supuestos de déficit organizativos⁸ o de coordinación de servicios o de falta de asepsia, etc.

Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con los profesionales, a cuyo respecto los factores de atribución aplicables, son básicamente de esencia subjetiva, especialmente la culpa, respecto de la responsabilidad de los organismos privados de salud y empresas que prestan servicios médicos y hospitalarios, los factores de atribución de responsabilidad aplicables son objetivos (arts. 1723 y cctes. CCC).

La regulación de una temática tan importante como esta, en el seno del Código Civil y Comercial, luce simplemente descabellada. Inconexa, asistemática, con importantes vacíos de normatividad, con normas contradictorias entre sí, y con un artículo que cabe calificar de descabellado (art. 1756 in fine CCC).

⁶ Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César, Responsabilidad civil médica, Aranzadi, Madrid, 2005, pp. 18 y 63.

⁷ CACC Morón, sala II, 02/04/2020, Vertullo, Mónica Leonilda y otros c. Swiss Medical S.A. y otros s/ Daños y perj. Resp. Profesional (Excluido estado), La Ley online, AR/JUR/6672/2020

⁸ Así, se resolvió en un caso en que se condenó a una clínica por el contagio de HIV, que el médico cirujano no debe responder por los daños derivados de una transfusión de sangre contaminada con VIH a una mujer tras una cesárea, pues, en el peor de los casos, es responsable de haber ordenado una transfusión sanguínea innecesaria, pero de ninguna manera de la contaminación de la sangre con el virus, que fue lo que en definitiva produjo el resultado lesivo a la actora y a su hija... La clínica codemandada debe responder por el contagio de VIH de la actora como consecuencia de una transfusión de sangre contaminada con el virus y posteriormente a su hija por la lactancia materna, producido en sus instalaciones y como consecuencia del accionar negligente de sus médicos dependientes, a tenor de lo dispuesto por el art. 1113 del CC por tratarse de un supuesto de responsabilidad objetiva, por no haber asegurado una prestación médica diligente ni técnicamente irreprochable por parte de sus profesionales, por su obligación de seguridad incumplida y en virtud de lo dispuesto por el art. 40 Ley 24.240 (Juzg. Civ y Com 30ª Nom. Córdoba, 30/12/2019, R., A. R., y otros c. Clinica Sucre Centro de Cuidado Coronario S.R.L. y otros s/ Ordinario - Daños y perj. - Mala praxis, La Ley Online, AR/JUR/51548/2019).

Es más, debe verse como una anomalía y ser corregido a través de una hermenéutica armonizante y compleja el art. 1756 del CCCN, que debe ser interpretado como un supuesto de responsabilidad indirecta del ente sanatorial respecto de terceros. Pero en lo que a los pacientes toca, la responsabilidad debe ser objetiva, a mérito de incumplimiento de un deber de cuidado o de una obligación de garantía⁹.

b) Una omisión inexplicable

El Código Civil y Comercial ha omitido en este caso –*otro más*– tratar específica y detalladamente el contrato de asistencia médica sanatorial. El nuevo ordenamiento ha excluido todo lo relacionado con la responsabilidad del Estado de su seno (art. 1764 CCCN), con lo cual lo relativo a la responsabilidad de hospitales públicos ha quedado fuera del ámbito regulatorio del derecho privado y derivado al derecho administrativo. Al menos hasta tanto la magistratura declare inconstitucional esa norma, por impedir a los afectados por una mala praxis en un hospital público contar con un régimen legal indudable, que les permita reclamar con posibilidades de éxito y de previsibilidad de resultado contra los estados provinciales y municipales¹⁰.

Nos ocuparemos aquí entonces de la responsabilidad de clínicas y sanatorios privados, dejando fuera de lo analizado a los hospitales públicos.

La responsabilidad sanatorial es de tipo contractual, como principio. Clínicas y sanatorios responden ante el paciente por incumplimiento del contrato de asistencia médica, que es como una sombra que flota sobre el Código Civil y Comercial, que no lo regula en especial y lo hace mal en particular, a través de dos normas, los arts. 1756 *in fine* y 1375 CCC.

Lo extraño del caso es que se trata de normas de una lógica completamente contraria entre sí. El art. 1375 CCCN subsume el caso de los hospitales, sanatorios y casas de salud en el régimen de la responsabilidad del hotelero (arts. 1369 a 1375 CCCN).

En primer lugar, la mención de los hospitales en ese régimen es absolutamente contradictoria e incompatible con lo dispuesto por el art. 1764 CCCN y debe juzgarse como una omisión.

Más allá de ello, la objetividad del régimen de responsabilidad del hotelero y que compromete a los sanatorios y casas de salud por las prestaciones suyas de hotelería y alojamiento de enfermos y familiares de estos, es enteramente contradictoria con la responsabilidad subjetiva del sanatorio, que emana del art. 1756, *in fine*, CCCN. Es así que, en esta como en muchas otras materias, el régimen del contrato de asistencia médica y sus

⁹ Vid nuestro comentario al art. 1756 CCC, en LÓPEZ MESA, Marcelo - BARREIRA DELFINO, E. (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019, Tomo 10-B.

¹⁰ Vid nuestro comentario al art. 1764 CCC, en LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019, Tomo 10-B.

consecuencias resarcitorias deberá ser conformado por el juez, a partir de normas sueltas del nuevo Código, para peor, contradictorias entre sí.

Ahora bien, si el daño se produce a una persona que no era paciente de la clínica, o que no dio su consentimiento para la práctica, lo dio en forma deficiente, etc., la responsabilidad es aquiliana, y quedará encuadrada dentro del sistema de responsabilidad, esto es, en alguno de los arts. 1708 a 1780 CCCN, conforme sea el caso. También podría darse el caso de que fuera extracontractual la responsabilidad porque los que reclaman por el daño son los deudos y sucesores del paciente, que no estaban ligados por contrato alguno con el ente sanatorial.

Dado que el nuevo Código no cuenta con una norma como el art. 1107 del CC, ya no existe la posibilidad de optar por la responsabilidad extracontractual, cuando el caso configurara además un delito penal.

Cuando la responsabilidad es contractual, que es la regla general en esta temática, ella queda comprometida por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de un contrato de asistencia médica, que enmarca o da forma a la relación médico-paciente y que desde hace años está muy intervenido por normas de orden público, por tanto, inderogables por las partes, incluidas en las leyes 26.529 y 26.742.

El contrato de asistencia médica es un contrato multiforme, atípico, innominado, que tiene componentes de otros contratos típicos, como el de obra o el de servicios, según el caso, y que de acuerdo a las particularidades del caso concreto deberá aplicársele las reglas de los contratos más afines o parecidos. El nuevo Código sólo contempla este contrato en el art. 1756 *in fine*, pero captando solamente la responsabilidad del establecimiento que tiene a su cargo personas internadas, al que se hace responder por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestos bajo su vigilancia y control.

El *in fine* del art. 1756 CCCN consagra la única responsabilidad indirecta de naturaleza subjetiva de la Sección 6^a. Llama poderosamente la atención que en un marco de firme objetivación del deber de responder de los responsables indirectos, una excepción subjetivista tan grande, en la que el demandante deberá probar la culpa de la accionada, es el supuesto de los establecimientos que tienen a su cargo personas internadas, que tanto pueden ser una clínica o sanatorio, un establecimiento de salud mental, un geriátrico, etc¹¹.

En el comentario a esta norma de la obra dirigida por el doctor Lorenzetti, se dice que en el último párrafo del art. 1756 CCCN “el Código establece la responsabilidad de los establecimientos de internación por el hecho de las personas que se encuentren bajo su cuidado o supervisión, sea transitoria o permanentemente. Aun cuando también en este supuesto el Código establece que dichas instituciones responderán subjetivamente por el hecho de los internados, a diferencia de lo que ocurre con los tutores, curadores y delegados,

¹¹ Vid nuestro comentario al art. 1756 CCC, en LÓPEZ MESA, M. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa...”, cit, Tomo 10-B.

no consagra una presunción de culpa a favor de la víctima, de forma tal que será esta última quien deberá probar la existencia de negligencia por parte del órgano asistencial”¹².

Esta aseveración pretende luego amenguarse con una conjetura, que no surge del texto vigente sino de una particular opinión de los comentaristas, que parecen reservarse para ellos la condición de intérpretes auténticos de ese texto: “Más allá de ello, es dable destacar que este supuesto de responsabilidad será aplicable únicamente respecto de los daños que los internados ocasionen a terceros, pero no a los perjuicios que sufran estos últimos durante la internación. Ello así pues este último supuesto se regirá por las disposiciones relativas a la relación de consumo (arts. 1092, 1093 y 1094 del Código, y 1 y 2 de la ley 24.240). Por ende, cuando el perjuicio sea sufrido por el internado, la institución responderá objetivamente por el incumplimiento de la obligación de seguridad prevista en el art. 5 de la ley 24.240”¹³.

La verdad es que echar mano a las relaciones de consumo para encuadrar la responsabilidad del establecimiento hacia los pacientes o sujetos internados carece de justificación, y bien hubiera podido evitarse esta necesidad de construir una hermenéutica, tan compleja como azarosa, a través de una redacción más feliz y una concepción más atinada del *in fine* del art. 1756 CCCN. Además, en supuestos equiparables, como el del art. 1767 CCCN, no se deja este tipo de vacíos, sino que se prevé una regulación integral. Casi pareciera un laberinto normativo el que se ha construido, más que un régimen legal acorde a un supuesto tan importante de dañosidad, como es el de los daños causados a pacientes en sanatorios y clínicas.

Si se piensa que los padres y tutores responden objetivamente y que el principal también lo hace, en suma que casi todos los casos de responsabilidad indirecta en el Código Civil y Comercial responden objetivamente y que el único caso contenido en este segmento de subjetividad reparatoria es el de los establecimiento que tienen a su cargo personas internadas, fuerza es concluir que ello –jurídicamente– carece de toda lógica.

Si los demás responden objetivamente, con más razón deberían hacerlo en igual medida tales establecimientos. Una diferencia de trato así es incomprensible desde un punto de vista lógico y jurídico.

El *in fine* del art. 1756 CCCN es una ínsula de subjetividad en un mar de objetivismo. Y no se trata de cualquier isla, sino de una que encierra supuestos que arquetípicamente debieran ser de responsabilidad objetiva.

En la primera reforma que se haga del nuevo ordenamiento, debiera ponerse remedio a esta marcada asimetría regulatoria.

¹² Cfr. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ricardo Luis Lorenzetti (Director), Edit. Rubinzal, 2014, T. VIII, p. 574.

¹³ Cfr. op y loc cit antes.

c) La responsabilidad de sanatorios y clínicas

En esta temática, no cabe entrar a analizar la culpa de la clínica o sanatorio, por un lado, porque al ser un ente ideal, carece de voluntad propia y solo se mueve por la que le insuflan sus directores o gerentes; por otra parte, ello no hace falta, porque los sanatorios y hospitales responden por déficits prestacionales o de servicio, sin importar si ellos derivan de culpa o dolo de sus empleados, ni de cuál de ellos ha provenido la negligencia.

Es más, si no es posible individualizar qué médico incurrió en culpa o qué enfermera puso mal una inyección, que causó daño al paciente, cuando el origen del daño permanece en el anonimato, pero se sabe el momento en que se produjo el error y que el paciente se hallaba internado o en pleno tratamiento en el sanatorio, la responsabilidad del ente asistencial queda comprometida por mala organización, y además puede aplicárseles a los responsables anónimos –por ejemplo, los enfermeros del turno noche que estuvieron de guardia el día X o los médicos del servicio de ginecología del turno tal– normas como los nuevos arts. 1761 o 1762 CCCN, que establecen reglas para la responsabilidad colectiva y anónima.

Basta con acreditar que un dependiente del sanatorio ha actuado con culpa, sin necesidad de identificar al mismo específicamente. Con probar que una enfermera ha colocado mal una inyección¹⁴ o un miembro del equipo médico ha causado el daño, no se requiere de imputación concreta de culpa a persona individual alguna.

En palabras de Lorenzetti, “en el supuesto de imposibilidad de individualización del dependiente en casos de daños, siendo todos los que participan en el hecho dañoso dependientes, la responsabilidad debe ser asumida por el principal porque hay una autoría anónima individual y una autoría grupal conocida. De tal modo, el principal ya no sólo responde por el hecho ajeno individual, sino grupal, de un número de dependientes de los cuales es garante”¹⁵.

Respecto del sanatorio, lo único que debe analizarse es si el daño sufrido por el paciente estaba justificado o no, siendo en este último caso la responsabilidad de esencia objetiva y derivada del incumplimiento del deber de seguridad que lleva aparejado el contrato de prestación médica o sanitaria. “Toda organización asistencial, sea de la naturaleza que sea, constituye un cúmulo de medios materiales: edificios, centros, equipos humanos, instrumental, tecnología, sistemas de sustituciones, que pueden, en su caso, determinar que un acto produzca unos efectos positivos o no y que puedan derivar su responsabilidad...”¹⁶.

Es así que la responsabilidad del ente hospitalario por la actuación de sus médicos será

¹⁴ Como se resolvió en un fallo, la empresa de medicina prepaga debe responder por las lesiones provocadas a un menor por el defectuoso control que personal de enfermería que envió diariamente a su domicilio efectuó sobre una vía intravenosa, pues media una responsabilidad refleja o indirecta que resulta del hecho de sus dependientes, cuya actuación tiene relación directa con el daño. (CNCiv., sala A, 11/05/2012, S., D. J. y otro c. Sanatorio Mitre y otros, LA LEY 2012-E, 374).

¹⁵ LORENZETTI, Ricardo L., *La empresa médica*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 349.

¹⁶ RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, *Medicina satisfactiva*, en “La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas”, dirigido por Antonio Orti Vallejo, Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, Cap. 6, punto IV.

uno de los supuestos de responsabilidad del mismo, pero no el único ni muchas veces el principal, no pudiendo por tanto acudirse a un fundamento subjetivo de la responsabilidad del centro asistencial.

El sanatorio celebra con el paciente un complejo y atípico contrato, que puede comprender la prestación de distintas especies de servicios, según la modalidad que se haya convenido, incluyendo siempre servicios no médicos –ajenos por completo a la medicina, como el hospedaje y la alimentación del paciente internado–, o su tratamiento ambulatorio; además de ellos se prestan servicios paramédicos o asistenciales (como la administración de inyecciones por parte de enfermeras, la vigilancia de la seguridad del paciente durante la terapéutica, a través de sistemas de monitoreo, normalmente seguidos por el personal de enfermería que convoca al médico en casos de urgencia. Asimismo, se prestan servicios de limpieza, como baños y toillettes de pacientes inmovilizados, curación de heridas y cortes quirúrgicos, quite de férulas y yesos, medicina por imágenes, diagnóstico y tratamiento, etc. También servicios que involucran una importante logística, como el traslado del paciente en camilla hasta una sala de rayos X o hasta el quirófano o la ambulancia que lo derive a un centro de mayor complejidad o a su casa.

El caso más complejo es cuando el paciente concluye con la clínica un contrato de hospitalización, el que se compone de –al menos– tres contratos: un contrato de hotelería (art. 1375 CCCN), un contrato de seguridad o cuidado y uno de atención médica; pudiendo según los casos tener también otros componentes y obligaciones.

El contrato de hotelería está reglado por el art. 1375 CCCN, así que lo dicho a su respecto en el Capítulo XIII es aplicable aquí, aunque se trate de un supuesto que debió contar con una regulación específica. El legislador no se la ha asignado y en esa norma ha establecido tal régimen, así que a él debe estarse, más allá de no poder obviar las diferencias fácticas existentes entre un hotel y una clínica.

Amén de todo ello, y principalmente, el contrato de hospitalización incluye servicios propiamente médicos, prestados por profesionales de la Medicina y otras ciencias de la salud, tales como cirugías, toillettes quirúrgicas, tratamientos de fracturas y problemas óseos, curación y diagnóstico de enfermedades comunes y de nuevas patologías, realización de estudios de diagnóstico complejos, contención de estados de shock y estabilizaciones de pacientes entrados en estados de descompensación, terapéuticas tradicionales y tratamiento del dolor, diversos supuestos de medicina embellecedora, como cirugías plásticas de diferente índole, corrección de deformidades como labio leporino, tratamiento de alergias y enfermedades crónicas, etc.

Todos estos servicios y otros muchos pueden ser contratados por el paciente con la propia clínica, aunque lo más corriente es que a la clínica lleguen ellos indirectamente, derivados por una obra social que les da cobertura y les permite elegir entre un listado de sanatorios con los que tiene contrato o derivados por médicos de renombre o confianza del paciente,

que les indican que ellos practican su especialidad en ese nosocomio y que allí los atenderán.

El incumplimiento de alguna obligación incluida en este contrato atípico puede comprometer la responsabilidad de la empresa sanatorial, sin necesidad de que se constate alguna culpa en sentido lato en su accionar.

Se ha postulado que “se debe dejar atrás el fundamento de la responsabilidad de los establecimientos médicos, empresas de medicina prepaga u obras sociales en la estipulación a favor de terceros, para encuadrarla definitivamente en el régimen de defensa del consumidor. La forma por la cual el paciente accede, en la gran mayoría de los casos, a la prestación de servicios médicos amerita este cambio de apreciación y su inclusión en un régimen cada vez más creciente”¹⁷.

Si bien no somos devotos de aplicar el derecho del consumo a toda materia, con la precariedad regulatoria de que adolece el contrato de hospitalización y la responsabilidad de los entes sanatoriales en el Código Civil y Comercial, a los efectos de tutelar los derechos de los pacientes, en este caso podría no ser mala idea.

Como fuere, no es dudoso para nosotros que la responsabilidad de los sanatorios y hospitales es de esencia objetiva. Ahora bien, *dentro de las varias especies o fuentes de responsabilidad objetiva, ¿a cuál responde mejor la responsabilidad hospitalaria?* Creemos que el factor de atribución que mejor cuadra con la índole de la obligación de los sanatorios y clínicas es la obligación legal de garantía.

El organizador del servicio médico se transforma así en garante de la inocuidad de las cosas empleadas en el acto médico, por lo que responde por riesgo o vicio de las cosas, ya que a él no se aplica la exclusión del *in fine* del art. 1768 CCCN, que sólo se aplica a los profesionales liberales y no a los empresarios de la salud; en caso contrario, si las cosas que se emplean en la atención del paciente son viciosas, por ejemplo, el ente sanatorial es responsable de los daños que ellas causen, mientras que no se trate de una causa ajena, que corte el nexo causal respecto del sanatorio u hospital.

La obligación legal de garantía ha sido mentada como factor de atribución de responsabilidad a hospitales y sanatorios en diversos fallos¹⁸. La responsabilidad de las clínicas y sanatorios por los daños sufridos por los pacientes, en otros casos, se ha fundado en la violación de una obligación de seguridad.

Claro que, para evitar los excesos propios del entusiasmo desbordado, siempre es bueno aclarar que decir “responsabilidad objetiva” en el ámbito de la prestación asistencial sanitaria no es imponer una responsabilidad por el simple resultado dañoso, pero sí debe

¹⁷ CALVO COSTAS, Carlos A., “Responsabilidad de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. Un cambio de paradigma”, LA LEY 2016-C, 974.

¹⁸ CNCiv., Sala K, 8/9/06, “Martínez, Eduardo J. c. Obra Social Telefónicos”, RCyS 2006-XII, 94 y LL diario 3/1/07, p. 2.

servir para imponer una inversión de la carga de la prueba de la negligencia¹⁹, lo que ahora puede perfectamente enmarcarse en lo dispuesto por el art. 1735 CCCN y la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Claro que, aun en supuestos de responsabilidad objetiva, la prueba de la falta de nexo causal entre la actuación del demandado o su responsabilidad indirecta y el daño libera a este de imputación. Una afirmación en sentido contrario ya no pertenecería al ámbito de la responsabilidad civil sino de la beneficencia con dinero ajeno.

Lo correcto es asumir sin lamentaciones lo que afirma enfáticamente Guerrero Zaplana: “el carácter objetivo de la responsabilidad no impide que, no obstante, existan supuestos en los que se concluye en la falta de acreditación de la suficiente relación de causalidad, con el efecto de la consiguiente inexigencia de responsabilidad patrimonial”²⁰.

A modo de síntesis, cabe recordar que brillantemente postuló Carrasco Perera que “la obligación médica es de medios, pero la obligación del centro clínico contractualmente obligado con el paciente es de resultado”²¹.

La subjetividad de la responsabilidad del médico y la objetividad de la responsabilidad del centro de salud ha inclinado el escenario de la responsabilidad en contra de la clínica o sanatorio, que es finalmente a quien los damnificados procuran cobrar su indemnización.

d) Factores de atribución aplicables a sanatorios y clínicas

Como dijera en un voto de mi autoría, cuando de responsabilidad sanatorial se trata, el factor de atribución de responsabilidad no se limita, obviamente, a la culpa de los profesionales que el sanatorio había puesto en ese lugar para cumplir tareas que él le encomendaba; por el contrario, existen otros factores de atribución que comprometen la responsabilidad de los nosocomios, los que son responsabilizados objetivamente por otras causales, tales como el daño causado con cosas viciosas; la falta de higiene o de asepsia; la demora en la realización de actos médicos que afecten la salud o la vida del paciente; el conjunto de deficiencias asistenciales en sí mismas pequeñas, pero dañosas para el paciente cuando están reunidas; la falta de adecuada prevención de contingencias previsibles o falta de coordinación entre sus diversos servicios, cuando ello causa un daño al paciente²², etc.

Cuando el paciente o sus familiares demandan concurrentemente a la clínica y al médico, si ambos son condenados a resarcir, la ejecución de la sentencia se intentará primero normalmente contra el organismo o empresa de salud, de modo que analizar la

¹⁹ CARRASCO PERERA, Angel, Responsabilidad médico sanitaria: un modelo de fundamentación a la luz de la jurisprudencia española, LL 2005-F, 819 y ss.

²⁰ GUERRERO ZAPLANA, José, La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público, en “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, Domingo Bello Janeiro (director), edición de la Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1999, p. 174.

²¹ CARRASCO PERERA, Ángel, Responsabilidad médico sanitaria: un modelo de fundamentación a la luz de la jurisprudencia española, LL 2005-F, 819.

²² CACC Trelew, Sala A, 29/07/2016, "FONTENA HERMOSILLA, Pedro Nolasco y Otra c/ ENTRAIGAS, Mirta Clara y Otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 685 - Año 2015 CAT), Eureka.

responsabilidad de éste, ostenta una importancia capital.

Sentado ello, cabe consignar que los principales fundamentos o factores de atribución de responsabilidad a clínicas y hospitales han sido:

i) La culpa de alguno de los médicos, anestesistas, enfermeros, dependientes del sanatorio:

Los establecimientos hospitalarios o sanatoriales se valen de la actividad de un cuerpo de profesionales y de personal auxiliar para ejecutar la prestación del servicio de salud que han tomado a su cargo debiendo procurar que el sistema funcione en plenitud; si así no ocurren ellos son responsables por los perjuicios sufridos por los pacientes como consecuencia de una deficiente atención médica. Dichos profesionales deben actuar de forma perita, prudente, previsor, aplicando la *lex artis* del caso²³.

El hospital o sanatorio responde por los hechos y actos de sus dependientes y de las personas que por algún motivo o causa presten servicio para ella, no pudiendo alegar que no se trata de dependientes suyos, si ha permitido que realicen actos o prestaciones en su nombre, sea bajo el ropaje contractual que sea.

El Tribunal Supremo de España ha resuelto que cuando las deficiencias de los servicios que se compromete a prestar la entidad, se produzcan dentro del círculo de los médicos, personal sanitario, centros y medios concertados o contratados por aquélla a efectos de la realización de dichos servicios, existe presumida por la Ley la relación de dependencia a que aquel precepto se refiere, aunque la relación no se formule como dependencia laboral, puesto que basta con la dependencia económica y funcional que subyace bajo los contratos individuales celebrados con aquéllos, para que se produzcan los supuestos normativos de responsabilidad directa y objetiva del hospital²⁴.

Los deberes de los establecimientos de salud respecto de su personal son múltiples; los principales son:

a)

1) primeramente, seleccionar correctamente el personal que toman a su servicio, evitando que indeseables, violadores, abusadores de menores, pero también negligentes e imperitos, presten servicio para la clínica y, sobre todo, estén en contacto con pacientes; en palabras de Mémeteau, “en el marco del contrato de hospitalización y cuidados, la clínica debe colocar a la cabecera de los pacientes a profesionales competentes²⁵, ... pudiendo aceptarse la idea de una culpa *in eligendo* con motivo de la aceptación de la entrada de un experto de insuficientes calidades al servicio de la clínica”²⁶;

²³ Se resolvió en un caso que el jefe de terapia intensiva que lideró el equipo médico que atendió a un paciente por una herida de arma de fuego debe responder por las consecuencias dañosas derivadas del fallecimiento de aquél, pues quedó acreditada una deficiente prestación médica consistente en no haber efectuado un adecuado control de las variables y medidas terapéuticas que aconsejan las reglas del arte médico, evaluadas y aceptadas por la comunidad científica, con el objeto de evitar o minimizar el mal cuadro general que presentaba la persona asistida (CACC La Matanza, sala I, 02/12/2014, Pacheco Gregorio y otros c. Clínica Los Cedros SA y otros s/ daños y perj., RCyS 2015-V, 166).

²⁴ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 19/6/01, sent. núm. 642/2001, ponente: Sr. D. José Almagro Nosete, RJ 2001\4974.

²⁵ En este sentido, fallo de la Corte de Casación francesa, 1ª Sala Civ., 15/12/99, en R. Dalloz, t. 2001, p.

b)

2) en segundo lugar, una vez designada una persona para prestar servicios en una clínica u hospital, vigilar su desempeño, debiendo velar por el cumplimiento de dos extremos de signo diverso:

2.1) que el empleado, médico o enfermero cumpla sus deberes de modo correcto, eficiente y no dañoso; y

2.2) que el dependiente no realice actos que tenga prohibido realizar, impidiéndose que al efectivizarlos se cause daño a los pacientes o terceros.

Si, entre varios otros casos, el hospital o sanatorio permite que enfermeros realicen actos que sólo médicos pueden realizar; si permite que sujetos de moralidad inexistente manoseen a pacientes o a menores al examinarlos; si permite que imperitos realicen prácticas complejas con una confianza desbordada en sí mismos, etc., claramente el ente sanatorial ha incumplido las obligaciones enumeradas en los numerales 1) y 2) y debe responder por los daños que esta falta suya cause a los pacientes o terceros.

Como resolviera el Tribunal Supremo de España, “entre las obligaciones del personal de un centro hospitalario se encuentra la de prestar –cada uno dentro del ámbito de sus respectivas competencias profesionales– la adecuada vigilancia, cuidado y asistencia a los enfermos internados en el mismo, según requiere el estado de cada uno, sin poder, en principio, hacer recaer el cumplimiento de alguna de dichas obligaciones en los familiares del enfermo”²⁷.

Si esta vigilancia no existiera o fuera insuficiente y el paciente sufriera lesiones o daños relacionados causalmente en forma adecuada con ella, quedaría comprometida la responsabilidad del hospital o sanatorio.

En un fallo se indicó que el hospital era responsable por el fallecimiento de un paciente por una apendicitis que se transformó en peritonitis aguda y luego en sepsis generalizada; ello ya que la conducta del profesional que lo atendió tuvo relación causal con el deceso, siendo que omitió realizar las prácticas que según la ciencia y la técnica le imponían por su profesión, tales la toma de una radiografía de pie, evaluación correcta de los antecedentes enviados por el médico derivador, hemograma y cirugía de urgencia, siendo éste último el único camino posible para salvar la vida²⁸.

ii) Daño causado con cosas viciosas: El hospital o sanatorio, a mérito de la obligación de seguridad que se halla a su cargo, es responsable también de los daños que pudieran provocarse al paciente por el empleo de cosas viciosas (vgr. instrumental mal desinfectado,

3085, con observaciones de Jean Penneau.

²⁶ MÉMETEAU, Gérard, «Cession de clinique privée et transfert du contrat d'exercice médical», Recueil Dalloz, t. 2002, sec. Jurisprudence, p. 23.

²⁷ Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 30/7/91, ponente: Sr. Morales Morales, La Ley (Esp.), t. 1991-4, p. 413.

²⁸ Cám. 3ª Civ. Com., Minas, Paz y Trib. de Mendoza, 18/10/2013, “Corvalán, Osvaldo Alejo y ots. c. Hospital Regional Antonio J. Scaravelli y ots. s/ d. y p. (con excepción contrato de alquiler)”, La Ley Online, clave AR/JUR/71922/2013.

contaminado con gérmenes peligrosos; utilización de sangre contaminada con VIH o hepatitis B; empleo de hilos de sutura contaminados; el suministro de un elemento tóxico en vez de oxígeno a un paciente, al estar mal armada la máquina de anestesia de un sanatorio²⁹).

Cabe citar asimismo un supuesto interesante, en que a una persona que estaba siendo sometida a una operación en el servicio de otorrinolaringología de un hospital, le entró una sustancia ácida en los ojos, que le quemó en importante medida sus dos córneas, provocándole importantes problemas posteriores de visión. En ese caso se condenó al hospital no por uso de cosa viciosa, sino por falta de control en el uso de una cosa dañosa³⁰.

Y, finalmente, el caso del contagio de hepatitis C a consecuencia de una transfusión. En un caso tal, se decidió que el Estado Nacional debe responder respecto del daño sufrido por un paciente que sufrió contagio de hepatitis C con motivo de una transfusión de sangre en un hospital que de él depende, en tanto debió verificar los productos sanguíneos que administraba de conformidad con los controles que imponía en esos momentos la comunidad científica y así asegurarse de que la sangre que transfundía estaba libre de virus³¹.

Son todos daños encuadrables en este factor de atribución, reglado por el art. 1757 CCC.

En estos casos no se trata de un déficit que pueda ser enrostrado a los profesionales, sino de un error de mantenimiento o de determinación de la cosa a emplear.

iii) Falta de higiene o de asepsia: Los daños provocados a los pacientes por falta de higiene o asepsia del establecimiento, en cualquiera de sus formas, también configuran supuestos de daños resarcibles. Cuesta pensar un ámbito donde la exigencia de asepsia e higiene sea mayor que en un sanatorio u hospital; ello, por dos razones diferentes:

En primer lugar, la existencia de multitud de pacientes internados y ambulatorios que portan diversos virus, bacterias, patologías, etc., convierte al hospital en un foco infeccioso mucho más grave que cualquier otro espacio o local donde concurren multitud de personas diariamente, que ya de por sí es un lugar propicio para la difusión de enfermedades. La mayor potencialidad infecciosa que tienen los hospitales respecto de pacientes internados o tratados ambulatoriamente en ellos hace que, por un lado, la exigencia de limpieza y asepsia se incremente a su respecto, y, por el otro, que los déficits de limpieza o asepsia no sean tolerados como simples descuidos, si han contribuido causalmente en forma adecuada a producir daños a pacientes o terceros.

²⁹ CNFCC, Sala III, 26/9/97, “F., H. D. y otros c. Policlínico Bancario y otros”, LL 1999-B, 847, J. Agrup., caso 13.656 - DJ, 1998-1-561.

³⁰ Cfr. BON, Pierre – TERNEYRE, Philippe, «Faute du service hospitalier résultant de l'infiltration accidentelle d'un produit toxique dans les yeux d'un patient au cours d'une opération chirurgicale justifiant l'indemnisation de ce dernier des conséquences de la cécité ainsi provoquée», Recueil Dalloz, t. 1991, sec. sommaires commentés, p. 292.

³¹ CNFCC., sala I, 25/03/2010, “Bies de Montegrando, Nelida Mirta c. Complejo Médico de la Policía Federal Churruca Visca y otros”, JA 2010-IV, 60.

Y, en segundo lugar, porque los pacientes que concurren a hospitales y sanatorios van generalmente con la salud menoscabada y, en muchos casos, severamente quebrantada; por tal motivo, su sistema inmunológico no es idóneo para soportar ataques bacteriológicos o virales o agresiones químicas, que tal vez un cuerpo sano podría tolerar mejor, o con menor daño.

En tal situación, todo establecimiento hospitalario debe cuidar celosamente los aspectos preventivos de la asepsia destinados a preservar a los pacientes de la acción infecciosa de elementos contaminantes o de la presencia de otros peligros como insectos, arácnidos, etc.

En un caso ciertamente particular se juzgó que “el hospital demandado por el resarcimiento del daño provocado por el deceso de un paciente que fue picado por un arácnido no puede pretender excusar su responsabilidad, alegando que la limpieza habitual realizada en las instalaciones del nosocomio resultó suficiente para prevenir a los pacientes de infecciones causadas por los gérmenes e insectos que normalmente se desarrollan o encuentran en dicho ámbito, pues esa tarea de rutina devino en el caso insuficiente para repeler y extinguir insectos contagiosos”³².

Si contrariando el deber de asepsia e inocuidad de los entornos hospitalarios el sanatorio permite que su personal de limpieza o esterilización no cumpla su deber, si la clínica no inspecciona la forma en que se cumple el servicio de limpieza y esterilización –ambos vitales en la prestación de servicios de salud– y de ello resultan daños relacionados causalmente en forma adecuada a tal déficit, tales daños deben ser cargados a la responsabilidad del nosocomio, siempre y cuando hubieran sido evitables.

En un fallo cercano en el tiempo se ha resuelto que el centro privado de salud es responsable por el daño sufrido por un paciente que contrajo una infección durante una cirugía que derivó en una amputación, pues esto no era un riesgo contemplado por el reclamante al momento de firmar el consentimiento³³.

Y en un fallo rosarino se resolvió que el sanatorio demandado es responsable ante el daño sufrido por un paciente con motivo de la infección que contrajo, pues debe concluirse que de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas la infección se produjo durante su estancia en el nosocomio o como consecuencia directa de la intervención a la que fue sometido, especialmente porque no se acreditó que existieran antecedentes de preexistencia o de otros factores de riesgo y porque esta se desarrolla en grado preeminente a partir de hospitalizaciones recientes -y en mayor medida si el hospitalizado fue intervenido quirúrgicamente- y sólo se presenta en un 0,2% de los casos en que no hubo contacto hospitalario previo³⁴.

³² CACC 2ª La Plata, Sala I, 24/8/98, “D., H. A. c. Hospital San Martín y otro”, RCyS, 1999-636.

³³ CNCiv., sala F, 02/09/2019, Gonceski, Ariel Alberto c. Celso S.R.L. y Otros s/ daños y perjuicios, LA LEY 2019-F, 139.

³⁴ CACC Rosario, Sala II, 14/02/2017, J. R. R. c/ Sanatorio Parque s/ daños y perjuicios, en Microjuris, MJJ103159.

iv) Demora en la realización de actos médicos que afecten la salud o la vida del paciente: Muchas veces el tiempo influye decisivamente en la salud de las personas. La curación de una patología o el mejoramiento de salud de un paciente no se componen sólo de diagnósticos acertados y tratamientos correctos sino que, además, el tiempo de implementación de los mismos es esencial para lograr el fin salutífero.

Es que la presteza en poner en práctica la terapéutica seleccionada, una vez identificada correctamente la patología del paciente, suele ser la más eficaz de las contribuciones del médico, por lo que no es un dato menor ni puede él descartarse o juzgarse irrelevante la existencia de una demora injustificada o torpe en la toma de decisiones galénicas que comprometieron la salud de una persona.

Una demora que normalmente no traería mayores problemas, en un caso determinado, dado el estado de salud del paciente, puede minar su salud y hasta matarlo. El factor tiempo es decisivo en la curación del paciente o para no hacerle perder opciones terapéuticas.

Si en algún acto médico de cierta importancia –intervención quirúrgica, internación, estabilización de un paciente que ingresa al sanatorio con sus valores vitales totalmente desfasados, etc.– se constata una demora injustificada o culpable de un médico o servicio del hospital o sanatorio, claramente, dicha demora compromete la responsabilidad del nosocomio³⁵.

Una brillante sentencia del Tribunal Supremo de España resolvió que “el problema de las listas de espera es un mal que acarrea nuestra sanidad y pone de manifiesto que su funcionamiento no es el que demanda la necesidad de procurar la salud de los enfermos, a los que se les hace difícil comprender que estando diagnosticados de un padecimiento grave y perfectamente establecido, y necesitado de operación, ésta no se lleve a cabo de inmediato, o en el menos tiempo posible, y máxime cuando la enfermedad no se comprobó que hubiere presentado síntoma alguno de haber remitido, lo que hace necesario intensificar los esfuerzos hospitalarios para adoptar cuanto antes la solución de intervención y con carga suficiente de poder resultar positiva y eficaz. Relegar un enfermo de estas características a un práctico olvido por haberse pospuesto la operación que necesitaba e incluirle en el trámite burocrático de lista de espera, equivale prácticamente a un abandono muy grave y con carga de riesgo relevante de que el desenlace fatal pueda producirse en cualquier momento, como por desgracia sucedió. Esta responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud encuentra apoyo legal en el art. 1902 CC, al tratarse de mal cumplimiento de la prestación

³⁵ En un caso así se dijo que la conducta desplegada por el galeno no se ajustó a los principios científicos que le imponían el ejercicio de la actividad médica, por cuanto quedó demostrado a través del dictamen pericial y de las declaraciones de los testigos que existió un error de diagnóstico inexcusable en función de los síntomas que presentó la paciente en la consulta al sanatorio, en tanto ya mostraba en dicha oportunidad dolor precordial, que imponía una conducta precoz y diligente, evidenciada en la realización de un electrocardiograma y un análisis enzimático, como una acabada confección de la HC, siendo el riesgo de muerte altísimo, quedando finalmente, luego de la intervención llevada a cabo en la entidad, con un daño coronario leve. (CNCiv., sala K, 22/06/2017, L., M. E. c. B. A. D. J. y otros s/ daños y perjuicios, RCyS 2018-I, 79).

médico-sanitaria que requería el enfermo de referencia y esta responsabilidad directa ha sido reconocida reiteradamente para casos similares al presente por jurisprudencia constante y reiterada (sentencias de 22-4-1997, 27-6-1997, 21-7-1997, 13-12-1997, 16-12-1998 y 23-4-2001)”³⁶.

Entendemos que este tipo de elaboraciones pueden ser aplicadas en nuestro país, en aquellos casos en que se constate un manejo torpe, negligente o arbitrario de las listas de espera y los tiempos que deba aguardar el paciente no sean razonables.

Así parece surgir de un precedente nacional donde se resolvió que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino también realizar prestaciones positivas para evitar que su ejercicio se torne ilusorio, importando la inobservancia de este deber la atribución de responsabilidad al Estado –arts. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25, Declaración Universal de los Derechos Humanos y 12, inc. d), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—³⁷.

Y por último, en otro fallo se resolvió que el establecimiento médico demandado es responsable por los daños sufridos por un recién nacido, toda vez que de la prueba producida se desprende que tales daños se debieron a la demora en la atención dispensada porque la clínica actuó con descuido y negligencia ante la emergencia, violentándose el deber de seguridad y sin que la entidad pudiera probar algún factor eximente de su responsabilidad³⁸.

Se está en presencia de una actuación antijurídica del organismo de salud, del sanatorio, clínica, prepaga, etc., cuando esta vulnera o transgrede una obligación jurídica de obrar, absteniéndose de una acción o demorando su realización causando daños a la salud de una persona por ello.

Cuando se prestan servicios de salud, estando en juego la vida o la salud de una persona, si el prestador se abstiene y no adopta todas las precauciones que serían necesarias para que esa actividad no cause daño a los demás, queda incurso en responsabilidad³⁹.

v) Falta de adecuada prevención de contingencias previsibles o falta de coordinación entre sus diversos servicios, cuando ello causa un daño al paciente: La CSJN expuso al respecto que “el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico

³⁶ Tribunal Supremo de España, sentencia del 27/5/03, ponente: Sr. Villagómez Rodil, transcripta por GALÁN CORTÉS, Julio César, Responsabilidad civil médica, Aranzadi, Madrid, 2005, p. 125.

³⁷ Juzg. Contadm. y Trib. N° 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 3/7/02, “Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Ciudad de Buenos Aires”, LL 2004-A, 626. Cabe aclarar que en ese caso se hizo lugar a la acción de amparo tendiente a compeler a la Administración Pública a nombrar personal histotécnico para un hospital en el que se verifica una excesiva demora en el análisis de biopsias.

³⁸ Cám. 5ª CC Córdoba, 21/3/05, “Seguel, Gustavo c. Clínica Privada del Sol S.R.L.”, LLC 2005 (julio), p. 658.

³⁹ CANTEROS, Mónica A. - GLIBOTA LANDRIEL, Verónica M. L., La responsabilidad del Estado por el incumplimiento en la prestación del servicio de salud, LL Litoral 2006 (agosto), pp. 861 y ss.

no se cumple sólo con la yuxtaposición de agentes y medios, o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, pues es imprescindible además que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente; ello, en tanto cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto en cualquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí como a la faz sanitaria, sea en el control de una y otra, en la medida en que pueda incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, necesariamente compromete la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección y control del sistema”⁴⁰.

Queda claro, entonces, que no se satisface adecuadamente la obligación asumida por la clínica, cuando frente a situaciones comunes del establecimiento en estados posoperatorios o bien a otros factores de riesgo no adopta las medidas extremas y necesarias preventivas a fin de avertir toda complicación posible o cuando no tiene un sistema previsto para afrontar contingencias de su actividad.

La garantía de indemnidad consistente en la obligación de prestar la asistencia médica comprometida implica la adopción de las prevenciones y cuidados destinados a evitar todo posible accidente o riesgo al destinatario del servicio durante su prestación⁴¹.

Por caso, la falta de un anestesista de guardia o de un cirujano en condiciones de intervenir rápidamente ante una emergencia, pueden comprometer la responsabilidad del sanatorio.

Es que resulta injustificable que una clínica u hospital no tenga previsto un sistema de guardias activas y pasivas que permita en minutos hacer frente a una contingencia propia de su empresa, como un parto de urgencia o la atención a un herido en un accidente.

Debe tratarse, obviamente, de contingencias previsibles y en alguna medida probables, puesto que el sanatorio tampoco está obligado a tener de guardia una cantidad excesiva de personal en espera de sucesos que no son corrientes y que bien pueden nunca arribar, como un accidente entre dos micrómnibus de pasajeros en una ruta perdida del interior del país la noche del 25 de diciembre.

Por caso un supuesto que ha generado varios reclamos es la caída de una persona de una camilla sin protecciones; tanto en el derecho español como argentino hay precedentes de este tipo. En un fallo argentino se ha dicho que las codemandadas son responsables de la muerte del causante a raíz de una mala praxis, dado que de la historia clínica se puede concluir que el paciente efectivamente se cayó durante su internación desde la camilla donde se encontraba, ya que esta no tenía puesta la contención lateral —barandas— y que ello tuvo una relación causal, o concausal cuanto menos, con el empeoramiento del estado

⁴⁰ CSJN, 6/7/99, “Schauman de Scaiola, Martha S. c/ Provincia de Santa Cruz y otro”, RCyS 2000-477; ídem, 11/7/06, “B., R. R. c. Provincia de La Pampa y otro”, DJ rev. 22/11/06, p. 853 y LL diario 23/1/07, p. 3.

⁴¹ CNCiv., Sala H, 21/6/95, “Gutiérrez, María E. c/ Intermedios Inc. y otros”, JA 1998-I, sínt.

de salud⁴².

vi) Falta de información suficiente al paciente o falta de consentimiento informado a determinada práctica: Este tema ha sido analizado por nosotros en anteriores estudios, a los que remitimos⁴³.

En lo que a este tema concierne, tales déficits vinculados con el consentimiento pueden comprometer la responsabilidad del nosocomio, como responsable indirecto de la actuación del médico, que es el inicial obligado a informar al paciente suficientemente y en las condiciones prescriptas por el art. 2 de la Ley 26529 y a requerir luego su consentimiento y obtenerlo en legal forma ⁴⁴.

Igualmente, es de interés recordar un fallo cordobés, en el que se resolvió que tanto el Código Civil y Comercial como la Ley 26529 sobre "Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado", brindan un estándar mínimo de información que el médico debe otorgar a su paciente, a saber: información sobre su estado de salud (clara, precisa y adecuada respecto de la dolencia del paciente, en un lenguaje que el paciente pueda entender); el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos (que debe ser de los aceptados por la *lex artis* para el tratamiento de la dolencia del paciente); los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la descripción de las alternativas existentes y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; y las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados. Solo con esta información se considera que el paciente puede tomar adecuada y libremente la decisión sobre su salud y las practicas a realizarse. A partir de ellas podrá evaluar los riesgos que asume y tomar una decisión consiente en la práctica a la que será sometido⁴⁵.

VII) Errores de oficina: Los llamados “errores de oficina”, que consisten en que la documentación producida por la clínica o sanatorio yerra en el dato consignado, generando un daño con ello al paciente, como ha ocurrido en varios supuestos de intervenciones quirúrgicas de órganos simétricos, como un riñón –extracción del riñón sano, en lugar del enfermo⁴⁶-, operación de la rodilla equivocada, puede comprometer la responsabilidad del médico, cuando éste debió darse cuenta de que la información del protocolo de cirugía estaba mal confeccionada. Pero no puede obligarse a un galeno a certificar por sí cada dato

⁴² Cám. Fed. Posadas, 03/10/2018, D., E. P. c. INSSJP s/ daños y perjuicios, RCyS 2018-XII, 112.

⁴³ Ver López Mesa, Marcelo, “Los médicos y el consentimiento informado (Necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC)”, en ED Diario del 11/02/2016, pp. 1 y ss y “Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 2016-A, 1021 y LLO AR/DOC/377/2016.

⁴⁴ Ver Tanzi, Silvia Y. - Papillú, Juan M., Los derechos del paciente y el consentimiento informado, JA 2014-III.

⁴⁵ CACC 5ª Córdoba, 30/08/2017, Heredia Esther Noemí c/ Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano y Otro s/ Ordinario – Daños y Perjuicios - Mala Praxis, Saij, registro 17160042.

⁴⁶ Entre muchos otros casos, ver https://www.elconfidencial.com/sociedad/2015-01-12/extirpan-por-error-un-riñon-a-un-paciente_620427/

consignado por la administración del sanatorio, porque ello sería imposible.

Otro supuesto en que este factor de atribución entra en juego es el del cambio de bebés en la nursery del sanatorio. En un caso así, se resolvió que la demanda de daños debido al intercambio de bebés realizado por error en un sanatorio es procedente si se encuentra acreditada la existencia de una sala donde los recién nacidos pasaban la primera noche y no existe culpa en los padres por no notar al día siguiente al nacimiento que el niño que llevaban no era el propio, pese a haberlos visto unas horas después de que nacieran⁴⁷.

Hemos visto sólo un muestrario de casos, que no agotan el catálogo de supuestos, pero son suficientes para advertir la diversidad de causales que pueden comprometer la responsabilidad de un sanatorio.

⁴⁷ CACC Azul, sala I, 28/04/2016, G., G. E. y otros c. Sanatorio Azul S.A. s/ daños y perjuicios, RCyS 2016-VIII, 59.