

Publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros-La Ley
Año XVII-Número 9-Septiembre 2015, pág. 5 a 25

1. Contexto

En la Argentina de las últimas décadas, sin duda los médicos son los profesionales que han recibido el mayor número de reclamos vinculados con el ejercicio de su actividad. Las causas de tal fenómeno obedecen a una multiplicidad de factores. Entre ellos, el hecho de asociarse su labor con la vida y la salud de las personas, genera gran sensibilidad cuando los resultados obtenidos no son los esperados, aunque no siempre ello dependa — al menos en forma absoluta— de la pericia, prudencia y diligencia profesional.

Es que vivimos tiempos donde la ciencia y la tecnología constituyen ejes centrales del desarrollo de la vida humana. La medicina ha alcanzado un alto grado de especialización y la mayor eficiencia en la lucha contra las enfermedades ha generado la consecuente mayor expectativa sobre los resultados esperables de la atención. En algún punto, la fantasía sobre la inmortalidad flota en el imaginario popular, viviéndose la muerte como un fracaso de la medicina y considerándose a los médicos como responsables de tal fracaso.

Además, hoy en día se asigna la máxima jerarquía al derecho a la salud, hallándose directamente comprometido el interés público en su protección (conf arts. 42 y 43 CN, y tratados conf. art. 75 inc. 22 CN).

Asimismo, al admitirse pacíficamente que la responsabilidad del médico compromete generalmente la del nosocomio y la del organizador de los servicios de salud (*público, obra social, medicina prepaga u otro*), las demandas en este ámbito cuentan con una alta probabilidad de encontrar un legitimado pasivo solvente para atender una condena eventual.

Otros factores como el déficit en la calidad de la educación profesional, la masificación en la asistencia, la proletarización de las condiciones del ejercicio —*en cuanto afectan el desarrollo de las prestaciones en condiciones y tiempo adecuados*— y la mayor conciencia sobre el derecho de los pacientes a ser indemnizados por los daños sufridos, inciden también en el fenómeno descripto.

Si bien en materia de responsabilidad civil, como género que incluye la responsabilidad de los profesionales de la salud, el flamante Código Civil y Comercial de la Nación recoge los criterios que han venido trazándose a nivel doctrinario y jurisprudencial, el nuevo cuerpo legal presenta ciertas novedades significativas. Nuestro propósito en este trabajo es reconocer tales cambios y reflexionar sintéticamente a su respecto.

2.- Competencia y capacidad necesaria para decidir la realización de actos médicos

Queda claro en el nuevo sistema legal que aquello que se exige para la toma de decisiones en materia de salud es *competencia* decisoria, como regla y no *capacidad* jurídica, categoría aplicable sólo a supuestos de excepción (ej.: para el otorgamiento de directivas anticipadas, conf. art.60).

Y en el Código unificado, la aptitud o competencia para recibir información y tomar decisiones sobre el propio cuerpo, responde al concepto de autonomía progresiva, arraigado ya en las Convenciones de Derechos Humanos, que desde el año 1994 forman parte del bloque constitucional (conf.

art. 75 inc. 22 CN)¹. Así se reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos, atribuyéndoseles mayor poder de decisión según su edad y grado de madurez. En este sentido, el art. 26 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dispone que los menores entre trece (13) y dieciséis años DIECISÉIS (16) años, tienen aptitud para decidir sobre tratamientos médicos no invasivos, ni especialmente riesgosos; con la asistencia de sus progenitores cuando los tratamientos presentaren tales condiciones. A partir de los dieciséis años de edad, se consideran adultos para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Se trata de presunciones *iuris tantum*, que cuentan con antecedentes en la legislación especial local (ej.: de salud reproductiva), especialmente valiosas en situaciones en las que los jóvenes concurren a la consulta solos, porque no hay adultos a cargo o por cuanto existen conflictos insalvables con ellos. Pero pensamos que deben aplicarse con cautela, en función de la variabilidad y complejidad de las cuestiones de salud que pueden hallarse involucradas y las grandes diferencias en el grado de madurez física y psíquica que suelen presentar los adolescentes de una misma edad. Además, en cuanto la autonomía progresiva tiene en consideración el interés superior de los niños y adolescentes, esta figura no debería devenir una vía para imponerles responsabilidades para las que no estén preparados, en una sociedad que hoy sufre los efectos del debilitamiento de las responsabilidades parentales y del carácter horizontal que han tomado las relaciones entre padres e hijos².

¹ El tratamiento del tema por la doctrina nacional ha sido extenso y muy rico, pudiendo consultarse al respecto, entre otros trabajos: Beloff, Mary, “La traducción latinoamericana de la Convención sobre Derechos del Niño”, en Lily Flah (dir.), *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI*, Errepar, 2011, p. 17 y ss.; Caramelo, Gustavo, “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, en *Revista Derecho Privado*, año I, n° 1, Ediciones Infojus, p. 73, ver texto en: http://www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PRIVADO_AI_N1.pdf; Fernández, Silvia E. “Los derechos de niños y adolescentes en el ámbito de la salud y del cuidado del propio cuerpo. Una aproximación a la cuestión frente a la ley 26529 de Derechos del Paciente”, 7/7/2010, *SJA* 7/7/2010; AP 0003/015030; Gorvein, Nilda y Polakiewicz, Marta, “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, en *ED*, 165-1288; Grosman, Cecilia P., “El interés superior del niño”, en Cecilia P. Grosman (dir.), *Los Derechos del Niño en la Familia: discurso y realidad*, Bs. As., Universidad, 1998, vol. 1, pp. 23/75; Herrera, Marisa, “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, disponible al 5/8/15 en http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/herrera-ensayo_para_pensar_en_justicia_y_derechos.pdf; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en Guillermo A. Borda (dir.), *La Persona Humana*, Bs. As., LL 2001, vol. 1, pp.249/286 y “Dignidad y autonomía progresiva de los niños” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, año 3, 10, “Derechos del Paciente”, p. 123-144; Méndez Costa, María J. y Murga, María, “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre internacional latinoamericano y provincial argentino”, en *LL2006-A*, p. 1045; Minyersky, Nelly “Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Bs. As., Abeledo Perrot, vol. 43, pp. 131/169; Minyersky, Nelly y Herrera, Marisa, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en Emilio García Méndez (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes: Análisis de la ley 26.061*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006, pp. 43/70; Mizrahi, Mauricio, “Los derechos del niño y la ley 26.061”, *La Ley*, 2006-A, p. 858; Nicolau, Noemí L., “La aptitud de los niños y adolescentes para la defensa de su privacidad y su imagen”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2007-B, p. 1151.

² Nos hemos referido a este tema más extensamente en “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Derecho Privado*, año I no.2, Ediciones Infojus, Octubre 2012, DACF120179, disponible al 5-8-15 en <http://www.infojus.gov.ar/sandra-wierzba-adolescentes-decisiones-sobre-su-salud-anteproyecto-reforma-codigo-civil-comercial-nacion-dacf120179/123456789-0abc-defg9710-21fcanirtcod>.

También exigirá cautela la distinción entre el concepto de tratamientos médicos invasivos o riesgosos, y tratamientos que no lo son. Al respecto, más allá del valor teórico de estas expresiones y de su ya tradicional relevancia en materia de consentimiento informado, advertimos claras dificultades prácticas en materializar tal distingo. Además, si de la definición de tal concepto depende la aptitud de un joven de trece a dieciséis años para decidir un tratamiento médico en forma autónoma, se impone una mirada aun más cuidadosa.

De otro lado, el nuevo Código sigue los principios contenidos en la Convención internacional de personas con discapacidad (13/12/06, acogida en la L26.378/08), para el caso de personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. La ley presume su capacidad, admitiendo la aplicación de limitaciones de carácter excepcional que hagan al beneficio del afectado, previo examen interdisciplinario, y sujetas a revisión periódica. La sentencia que se dicte en su caso será “a medida”, especificando qué funciones y cuáles actos serán objeto de restricción (art. 38), pues la idea es garantizar el mayor grado autonomía posible. Se prevé además la designación de los apoyos correspondientes, que consistirán en «...*Cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general...*» (art. 43CCyCN). Es así que las personas que padecen limitaciones como las citadas, se presumen competentes para recibir información y tomar decisiones sobre su salud, pudiendo asistirlos, o en casos extremos representarlas el cónyuge, el conviviente, el pariente, el allegado que lo acompañe o en su caso el representante legal o apoyo, si no estuvieren en condiciones de expresar su voluntad (art. 59 CC y CN).

Y si bien en la normativa especial sobre salud ya se encuentran consagrados los principios de autonomía progresiva y presunción de competencia decisoria para las personas mayores de edad, con su recepción explícita en este trascendente cuerpo de leyes, tales principios confirman su vigencia nacional y carácter general, lo cual sin duda impactará tanto en las relaciones entre los usuarios y los prestadores de servicios de salud, como en las responsabilidades que tales sujetos asuman en el contexto de dichos vínculos.

3.- La salud humana en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

El Código de Vélez Sársfield no se refirió a la salud humana en forma directa. Es que en tiempos donde la medicina como disciplina científica y la salud pública como concepto apenas comenzaban a desarrollarse, no había espacio para una reflexión sobre el tema en un texto legal de esa naturaleza, entonces centrado esencialmente en las relaciones privadas entre los hombres.

Los avances científicos y tecnológicos producidos en el siglo XX y lo que va del siglo XXI, revolucionaron la atención de la salud, expresándose en prácticas como la genética aplicada a la terapéutica, los trasplantes de órganos y la concepción de personas mediante métodos de fertilización asistida. Con ese marco, el derecho a la salud fue explícitamente reconocido en la Constitución de 1994 y ahora aparece variadamente regulado en el Código unificado, según veremos seguidamente.

a.- Reglas sobre el inicio y el fin de la existencia de la persona humana: Además de definirse el comienzo de la existencia de la persona humana (art.

19 CCyCN)³, se regulan aspectos puntuales de las prácticas de reproducción humana asistida, como la exigencia de renovación del consentimiento informado toda vez que se proceda a la utilización de gametos o e embriones (art. 560CCyCN), disposiciones que deben interpretarse a la luz del derecho “convencionalizado”⁴. Se conforma así un cuerpo de normas que responden a criterios bien diversos y que prenuncian la continuación de las controversias que vienen dándose sobre la materia.

En cambio, no se define el concepto de muerte, aunque se dispone sobre las circunstancias de su comprobación, que quedan sujetas “...a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver” (art. 94 CCyCN), en forma coherente con los arts. 61, 93 y 94 CCyCN y con las normas de la Ley de Trasplantes de Organos 24193/93 y complementarias. La regla atiende al consenso hoy existente entre los expertos médicos en el sentido que el fenómeno de la muerte es único y que aquello que varía son los criterios para su diagnóstico: antaño solo se reconocía el criterio cardiovascular y respiratorio; hoy día también se admite el neurológico y en el futuro, tal vez otros⁵. Y la disposición bajo análisis intenta aclarar esta cuestión, cuyo conocimiento adecuado por los peritos legistas y los jueces que deban intervenir en futuros procedimientos de trasplante de órganos cadavéricos, podrá evitar la innecesaria muerte de personas que precisan de un órgano para seguir viviendo.

Se trata de disposiciones que más allá de su interés para los derechos personalísimos y para el derecho de familia –entre otras ramas jurídicas–, se internan y orientan el ejercicio de ciertas especialidades médicas.

b.- Derechos personalísimos: El nuevo Código también regula explícitamente los derechos personalísimos a la “dignidad”, verdadero “paraguas” bajo el cual se cobijan los demás derechos fundamentales⁶ (art. 51 CCyCN), a la integridad y a la vida (art. 54), todos derechos de gran presencia toda vez que se trata de la toma de decisiones que suponen la aceptación o rechazo de tratamientos médicos que importan riesgos importantes para un paciente.

El derecho personalísimo a la autonomía de la voluntad, asociado a figuras como el consentimiento informado (art. 59), las directivas anticipadas (art. 60), las prácticas de genética médica (art. 57) y la investigación en seres humanos (art. 58), constituye sin duda el núcleo de las disposiciones sobre salud contenidas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que trataremos separadamente.

³ El art. 70 del Código de Vélez Sársfield disponía que «Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas». El Anteproyecto de Reforma 2012, establecía que: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado” (art. 19). Y según el texto que entró finalmente en vigencia: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción” (art. 19).

⁴ En este sentido, luce insoslayable la consideración del precedente de la CIDH “Artavia Murillo c/Costa Rica”, del 2012. Puede verse comentario al respecto por Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012”, 6-feb-2013, MJ-MJN-68565-AR.

⁵ Ravioli, Julio “La muerte: problema médico legal. Diagnóstico de muerte”, en “Derecho Penal”, año 1, número 2, Infojus, 2012, DACF120131, p. 215/252. Texto completo disponible al 31/7/15 en http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf120131-ravioli-muerte_problema_medico_legal.htm

⁶ Bergel, Salvador Darío, Conferencia referida a la Genética y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dictada en Fundesi, 29/4/15.

c.- Consentimiento informado: Hemos definido al consentimiento informado como la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual éste decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica, que se le propone como médicamente aconsejable, luego de haber recibido información suficiente al respecto⁷. El nuevo Código, en su art. 59 se refiere a esta figura, recogiendo la esencia de la definición citada y exigiendo su implementación como paso previo a todo tratamiento clínico o procedimiento quirúrgico –salvo disposición legal en contrario-. Además, se detiene en algunos de sus aspectos críticos, como qué y cuanto debe informarse, a cuyo respecto sigue la letra de la ley de Derechos del Paciente (26529/09, actualizada conf. Ley de Muerte Digna, 26742/12).

Pero es más flexible en materia de representación, ya que ante la falta de aptitud de una persona para otorgar el consentimiento informado, el Código unificado admite que lo haga en su lugar el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que lo acompañe, superando el régimen rígido previsto por el art. 6 de la citada legislación especial. Y si bien tal representación se prevé para casos de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o salud del interesado, cabe interpretar que se aplicará a las distintas situaciones en las que el enfermo se vea impedido de expresar su voluntad, ya que la emergencia constituye justamente una excepción a la exigencia del consentimiento informado.

d.-Directivas anticipadas: Se regulan también las llamadas “Directivas anticipadas” (art. 60 CCyCN), que fueran definidas como ciertas manifestaciones valorativas de los pacientes, que son expresión de cómo desearían ser tratados en ocasión de enfrentar situaciones de grave riesgo de muerte o discapacidad, para el caso en que no estuvieren en aquel momento (futuro, hipotético), en condiciones de manifestarse adecuadamente⁸.

De acuerdo a la experiencia habida en la Argentina, mediante tales disposiciones la persona no intenta provocar su muerte, sino sólo la humanización del proceso de morir o bien su cuidado en base a tratamientos médicos aceptables en función de sus convicciones más íntimas (ej.: negativa a transfusiones sanguíneas por razones religiosas⁹). Es así que, al menos en una de sus expresiones más características, las directivas bajo estudio se vinculan al llamado “ensañamiento terapéutico”.

El art. 60 del nuevo Código expresa que *“La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas”*. Se establece así una excepción al principio de autonomía progresiva, exigiéndose plena capacidad para el otorgamiento de este tipo especial de consentimiento informado. Se admite además la designación de un mandatario que podrá en su caso decidir qué es mejor para el afectado, no sólo en base a la opinión previamente expresada por éste, sino a sus propias convicciones¹⁰.

⁷ Highton, Elena I., Wierzba, Sandra M. “La Relación Médico-Paciente: El consentimiento Informado”, Ed Ad Hoc, Bs. As., 2003, 2ª. Ed. actualizada y ampliada, pág. 1.

⁸ Manzini, Jorge L., y Tinant, Eduardo L., “Las directivas anticipadas”, en “Bioética en medicina”, Coordinador Oscar E. Garay, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 299/331.

⁹ Puede verse el tratamiento dado al tema, en el precedente CSJN “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias”, A. 523. XLVIII. REX; 01-06-2012; fallos 335: 799.

¹⁰ Se amplían así las facultades decisorias de los representantes así designados, que por ejemplo, quedaran bien restringidas en el caso D., M. A. s/declaración de incapacidad”, CSJN, 7/7/15.

Además, a diferencia de la Ley de Derechos del Paciente, el nuevo Código no exige formalidades para este caso, solución que interpretamos como una flexibilización necesaria, en un contexto donde en variadas instituciones médicas, las directivas anticipadas se implementan mediante procesos cuidados y participativos, sobre los cuales ya existe una probada experiencia. Así, *pueden* implementarse estos procedimientos mediante la intervención de operadores del derecho (ej.: escribanos), si así lo desea el emisor de la directiva, mas no *deben* intervenir como requisito de validez de estos actos.

En cuanto a las cláusulas que importen prácticas eutanásicas, a tenor de los procedimientos admitidos (conf. art. 59 g. y h. CCyCN), evidentemente el legislador se ha referido a la invalidez de toda disposición por la que se requiera una acción positiva y directa encaminada a terminar con la vida de una persona.

e. Investigación en seres humanos: El nuevo Código contiene una única pero trascendente disposición sobre esta materia (art. 58), que recoge los requisitos más relevantes que debe respetar toda experimentación con seres humanos, consagrados en gran parte de la legislación específica internacional y local, nacionalizando así una serie de criterios mínimos.

En este sentido, la norma exige la descripción clara en el protocolo, del proyecto de investigación y del método a aplicar, que contemple una cuidadosa comparación de riesgos y beneficios previsibles para el sujeto; su aprobación por un Comité de ética y por el organismo público de contralor; la exigencia de formación y calificación de los investigadores; el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico del sujeto participante -revocable- y el resguardo de la intimidad y confidencialidad de sus datos personales, además de la garantía de participación no onerosa y atención médica apropiada para los participantes. A su vez, al asegurarse la disponibilidad y accesibilidad a los participantes de los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos -a cargo del patrocinante, según se viene interpretando- nuestro sistema legal supera las críticas efectuadas a la versión 2008 de la Declaración de Helsinki, que suprimió este tipo de protección.

La experimentación en niños, niñas y adolescentes y asimismo en personas con discapacidad, no queda vedada, siempre y cuando se obtenga su consentimiento informado, prestado con los apoyos necesarios (art. 59 CCyCN). Es que estas investigaciones pueden resultar valiosas cuando generen conocimientos significativos para beneficiar a los citados grupos humanos, siempre que sean éticamente adecuadas y bien conducidas.

En particular, el Código prohíbe toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia (art. 57).

f. El cuerpo humano y sus partes como “bienes”

Al regularse la categoría de derechos y bienes, aparece una verdadera novedad: la referencia al cuerpo humano y a sus partes. Concretamente, se establece allí que los derechos sobre aquellos “...no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales” (art. 17CCyCN).

Cabe interpretar que el cuerpo de las personas y sus partes serán desde ahora bienes extrapatrimoniales, asiento de los derechos personalísimos y susceptibles de disposición para satisfacer los valores señalados por la ley, aunque puedan tener repercusiones patrimoniales (ej.: indemnizaciones de daños). Tales valores resultan ostensibles en casos de donaciones de órganos

entre vivos, basadas en un vínculo familiar (conf. art. 15 L24193/93), primando el valor afectivo; en las donaciones presuntas de órganos cadavéricos y de sangre (conf. art. 62 L24193/93 y L22990/83), donde se destaca el valor terapéutico y social y en los exámenes del cuerpo luego del fallecimiento, denominados “necropsias”, donde prevalece el interés científico.

Pero el citado art. 17 debiera funcionar como límite, de tal modo que las partes separadas del cuerpo no puedan ser fácilmente apropiadas, patentadas y comercializadas ante los avances científicos y tecnológicos que resignifican su “utilidad”. Así las cosas, frente a las posturas hoy día en conflicto en el Derecho comparado, que de un lado admiten la abierta valorización económica de estos bienes¹¹ y de otro promueven la inviolabilidad del cuerpo humano y la nulidad de los contratos que tengan como finalidad conferir un valor patrimonial a éste o a sus partes¹², nuestro Código se estaría pronunciando en este segundo sentido.

4.- La responsabilidad civil médica en el contexto del Código Unificado¹³

a.-Funciones de la responsabilidad civil

El nuevo texto legal es francamente novedoso al consagrar la función función preventiva de la responsabilidad civil, que se suma a la idea clásica del resarcimiento (art. 1708CCyCN). Es así que se impone un deber de prevención a todas las personas en cuanto de ellas dependa, de evitar daños injustificados y de no agravarlos, si éstos ya tuvieron lugar (art. 1710 CCyCN). A su vez, regula cierto tipo de acciones preventivas (definitivas y provisorias), que permiten a los jueces disponer obligaciones de dar, hacer o no hacer (arts. 1711/1713CCyCN) y podrán materializarse mediante mandatos de innovar y

¹¹ Esa postura puede colegirse de la decisión tomada por la Corte Suprema de los EEUU en el caso “Association for Molecular Pathology, et al. v. Myriad Genetics, inc., et al”, Junio 13, 2013, disponible al 16/7/15 en http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-398_1b7d.pdf

¹² Cód. Civil francés, conf. arts. 16.1, 16.5 Cód. Civ. incorporados por Ley 94-653 del 29/07/1994, entre otros. Sobre este tema puede consultarse a Bergel, Salvador Darío, “Enfoque ético-jurídico de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre patentabilidad de genes humanos”, Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina, Brasil, 2014; 22 (1): 18-27, disponible al 5/8/15 en <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n1/a03v22n1.pdf>. y Highton, Elena I. “Título preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del derecho argentino”, texto distribuido el 7/4/15, en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de la presentación del nuevo Código unificado, ap. 25.3 sobre “El cuerpo humano”, en el que se indica “Para la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores”.

¹³ Como doctrina clásicas sobre la materia, anterior a la reforma, pero que inspira algunas de las reflexiones generales de este apartado, cabe citar a ALBANESE, Susana, Casos médicos, La Rocca, Buenos Aires, 1994; BUERES, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, Buenos Aires, 1992-1994; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión”, Teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003; HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M., La relación médico paciente: el consentimiento informado, 2ª ed. ampl. y actual., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003; LORENZETTI, Ricardo L., Responsabilidad civil de los médicos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad civil del médico, Astrea, Buenos Aires, 1979; RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., Responsabilidad del médico, Astrea, Buenos Aires, 1999.; ROITMAN, Adriel J. - AIZENBERG, Marisa, “Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional”, LL del 29/12/2009; TRIGO REPRESAS, Félix A., Reparación de daños por mala praxis médica, Hammurabi, Buenos Aires, 1995; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina, Hammurabi, Buenos Aires, 1992. Hemos tratado este tema en general en “Manual de obligaciones en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Abeledo Perrot, 2015.

de no innovar¹⁴, complementando las vías ya previstas por los ordenamientos procesales.

Cabe así interpretar que los reclamos mediante los cuales se requiere la prestación o cobertura de servicios de salud, tan habituales en nuestro medio, podrán también tramitar mediante estas acciones de fondo. Ello refuerza la necesidad de procurar desde la Justicia un empleo cuidadoso de este tipo de medidas, que pueden resultar justas en variadas causas individualmente consideradas, pero que requieren una reflexión detenida sobre su impacto colectivo.

b.- Función resarcitoria. Unificación y presupuestos

La reforma legal implica algunos grandes cambios en lo atinente a la función indemnizatoria de la responsabilidad civil. En primera lugar, implica la unificación de las órbitas contractual y extracontractual, presente en variados antecedentes en el Derecho comparado¹⁵, que fue ampliamente reclamada por la doctrina en Congresos y Jornadas de la máxima jerarquía¹⁶ y en varios de los Proyectos de reforma previos. Por lo pronto, tal modificación deja sin efecto algunas grandes diferencias antes existentes en materia de prescripción de las acciones y de extensión de la reparación, según si los daños impactaban en uno u otro ámbito.

Sin embargo, la unificación no significa que no habrá daños nacidos de los ilícitos, de un lado y de las obligaciones contractuales de otro, sino que desaparece el tratamiento legal diferenciado de algunos de sus aspectos esenciales, propiciándose así la eliminación de situaciones que generaban dificultades ostensibles (por ej.: el muy diverso plazo de prescripción de la acción derivada de un mismo acto médico, según si el paciente-damnificado era quien reclamaba –diez años-, o lo hacían sus derechohabientes ante su fallecimiento –dos años). Sin embargo, ello no importa homogeneidad, ya que persistirán ciertas diferencias entre las obligaciones nacidas de los ilícitos de fuente extracontractual y las nacidas de incumplimientos contractuales¹⁷.

Sobre los presupuestos de la responsabilidad civil, en esencia el nuevo Código consagra los criterios doctrinarios y jurisprudenciales mayoritarios hoy vigentes; pero resulta de interés destacar de qué modo lo hace y cuál es su impacto particular en la materia bajo estudio, según veremos a continuación.

c.- El daño

Este presupuesto central de la responsabilidad civil, eje de variados y detenidos análisis de nuestra doctrina¹⁸, se define en el nuevo Código en los

¹⁴ Lorenzetti, Ricardo, "La tutela civil inhibitoria", LL 1995-C-1217 y "Las normas fundamentales de derecho privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995.

¹⁵ Código alemán, Código suizo de las obligaciones, Código Civil de Québec, entre otros.

¹⁶ Por ej.: III Congreso Nacional de Derecho Civil –Córdoba, 1961-; V Jornadas de Derecho Civil -Rosario, 1971-; II Congreso Internacional de Derecho de Daños -Buenos Aires, 1991.

¹⁷ Picasso, Sebastián "La reforma del derecho de daños", SJA 2012/12/26-3; JA 2012-IV, Abeledo Perrot AP/DOC/4884/2012.

¹⁸ Boragina, Juan Carlos, "El daño", en Ameal, Oscar J. (dir.) y Gesualdi, Dora M. (coord.), "Derecho privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 1143; Bueres, Alberto J., "El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta", "Derecho de daños. Libro homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989, ps. 166 y ss. y "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", RDPyC, "Daños a la persona", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, p. 237; Calvo Costa, Carlos Alberto, "Daño resarcible", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 51 y 52; "Las nuevas fronteras del daño resarcible", LL 2005-D-1416; "El daño resarcible en el Proyecto de Código Civil y Comercial de

siguientes términos: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva” (art. 1737).

Se consagra a su vez la reparación integral del daño como principio general (art. 1740), que incluye no sólo el capital resarcitorio, sino otros conceptos como el lucro cesante, los gastos (médicos, farmacéuticos, etc.), los intereses correspondientes –calculados desde que se produce cada perjuicio (art. 1748) y las costas del proceso que el acreedor se haya visto obligado a iniciar para el reconocimiento de la indemnización debida. Por excepción, se admite la atenuación del resarcimiento por razones de equidad (art. 1742).

Ahora bien, los usuarios de servicios de salud son habitualmente personas enfermas, cuyos procesos patológicos son justamente los que los llevan a la consulta médica. Por ello, el “daño” característico en este tipo de casos es la pérdida de una chance –conf. art. 1739 CCyCN- *de curar o bien de no enfermar más*¹⁹. Es así que la exigida “integralidad” de la reparación no puede soslayar tal circunstancia, debiendo siempre distinguirse el perjuicio causado por la actuación profesional, de aquel derivado del proceso morboso en sí.

Por su parte, el daño extrapatrimonial –antes denominado “moral”-, se vincula con la lesión a intereses espirituales de un sujeto, que produce en la persona consecuencias disvaliosas, que se traducen en ese modo de estar diferente al que se encontraba con anterioridad al hecho lesivo, afectándole las capacidades enunciadas, lo cual significa una amplia concepción no limitada al *pretium doloris*²⁰.

d.-El incumplimiento o antijuridicidad²¹

la Nación”, 28/12/12, Abeledo Perrot AP/DOC/4769/2012; De Lorenzo, Miguel F., “El daño injusto en la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 13; Iribarne, Héctor P., “De los daños a la persona”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993; Pizarro, Ramón D., “Daño moral. Prevención. Reparación. Punición”, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 37 y ss.; Zannoni, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, 2a ed. actual. y ampl., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 28; Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños: daños a las personas (integridad psicofísica)”, t. IIa, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, § 6, ps. 26 y ss., entre otros.

¹⁹Piaggio, Aníbal N. “Azar y certeza en el derecho de daños”, ED 152-79. Asimismo ver Highton, Elena I. - Gregorio, Carlos G. ,Alvarez, Gladys S., Cuantificación de daños personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas, Revista de derecho privado y comunitario, No 21, Derecho y economía, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 127/19.

²⁰ Calvo Costa, Carlos A. “Daño resarcible”, Ed. Hammurabi, 1ª Ed., Bs. As. 2005, p. 97.

²¹ ALTERINI, Atilio A., “La ilicitud civil. Ilicitud objetiva”, en ALTERINI Atilio, A., Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil, vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992; Boragina, Juan Carlos y Meza, Jorge Alfredo “Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual (con especial referencia al Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial)”, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, 2012; BREBBIA, Roberto H., “Responsabilidad civil e ilicitud”, ED 1980-88, ps. 903-906; Bustamante Alsina, Jorge “Concepción unitaria de la responsabilidad civil”, ZEUS, t. 35, may.- ago.” 84. Rosario., p.D-21/D-25 y Teoría general de la Responsabilidad civil, 2003, AP N°: 1123/001296; Calvo Costa, Carlos A. “El daño resarcible en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” SJA 2012/12/26-42 ; JA 2012-IV, Abeledo Perrot N°: AP/DOC/4769/2012; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, “Dos elementos de la responsabilidad civil: antijuridicidad y culpa”, Revista Notarial, nro. 845; DE LA COLINA, Pedro R., “La antijuridicidad en la responsabilidad civil”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata XLII-63, del 6/2/2004, La Plata, ps. 41-77; Llambías, Jorge Joaquín “Responsabilidad objetiva: daños mediatos y daño moral”, L.L., t. 1980-D. Buenos Aires, p.76-82; LÓPEZ MESA, Marcelo - PASARIN, Carolina A. (colab.), “El territorio de la antijuridicidad en la provincia de la responsabilidad civil (profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto [inexcusable] de la responsabilidad civil), eIDial, DCF79; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora “Los presupuestos de la responsabilidad civil: situación actual”, en: Bueres, Alberto J.; dir., Responsabilidad por daños:

En el nuevo régimen jurídico, *cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica, si no está justificada* (conf. art. 1717 CCyCN). Es ese el concepto de antijuridicidad contemplado al regularse la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Ello no obsta que en el ámbito contractual persista un tipo de antijuridicidad típica, en la cual el daño es consecuencia de la infracción a una obligación específica, sea que ésta derive de un contrato propiamente dicho, o bien de la infracción a un deber también específico que recae sobre el deudor, aun no existiendo un contrato en sentido estricto (ej.: cuando el médico atiende a un paciente en la vía pública, hallándose éste en estado de inconsciencia y no habiendo contratado sus servicios).

En particular, el profesional de la salud actúa en forma antijurídica cuando transgrede lo pactado, pero también lo hace si infringe lo dispuesto en una norma que establece un deber profesional específico, sea que ésta provenga del ámbito legislativo (por. ej.: *Ley 26.529/09; de Derechos del paciente*) o médico (por ej.: *Normas técnicas y administrativas para los bancos de sangre y servicios de transfusiones*), una disposición de alcance general, o ante la violación del deber genérico de no dañar, que se evidencia con la producción de un daño injusto a un paciente.

Sin embargo, existe una serie de supuestos en los cuales, si bien se observa un incumplimiento u obrar antijurídico por parte del deudor, éste le resulta inimputable, pudiendo no deber el agente una reparación o bien adeudarla en forma limitada. El estado de necesidad y el consentimiento del damnificado son causas de justificación previstas en el nuevo cuerpo legal, que interesan especialmente a los profesionales de la salud.

En este sentido, el nuevo Código introduce una regulación expresa para el estado de necesidad (art. 1718), justificando el hecho que causa un daño: *“...c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero...”*. Así por ejemplo –pensamos–, las selecciones que deben efectuar los equipos médicos en circunstancias de catástrofe, bajo el método de *triage*, encuadran típicamente dentro de esta figura.

También se hace referencia al consentimiento del damnificado, como una causa de justificación de la ilicitud del acto. El “consentimiento informado” es un instituto ya clásico en la práctica médica, presente en la mayor parte de la legislación sanitaria de las últimas décadas y que ha sido explícitamente regulado para ese ámbito en el art. 58 del Código Unificado –según mencionáramos. Pero cabe reflexionar sobre sus alcances en su función de causa de justificación de la ilicitud del acto, en el ámbito de la salud: en este sentido, ¿qué efectos tendrá la prestación del consentimiento informado ante una propuesta profesional si, luego de su práctica, el interesado sufre un daño? Se ha dicho que el médico no se eximirá de responsabilidad por haber consentido el paciente un acto culposo de su parte. Resulta aplicable a esta situación, el nuevo art. 1743 CCyCN, cuando dispone que *“Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan*

Homenaje a Jorge Bustamante Alsina., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990/1995, Volumen: 1, p. 51 a 75; Orgaz, Alfredo, “La ilicitud”, Lerner, Córdoba, 1974; Picasso, Sebastián “La reforma del derecho de daños”, SJA 2012/12/26-3 ; JA 2012-IV, Abeledo Perrot N°: AP/DOC/4884/2012; Seguí, Adela M. “La prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino Autor”, SJA 2012/12/26-9 ; JA 2012-IV, Abeledo Perrot AP/DOC/4885/2012).

derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas..”.

En cambio, la prestación adecuada y oportuna de información al enfermo y su consentimiento previo al evento dañoso, podrán impedir que se responsabilice al profesional por la materialización de riesgos conocidos y asumidos por el interesado directo. Así, podrá liberarse el médico de la obligación de reparar los perjuicios derivados de una complicación previsible de una intervención quirúrgica necesaria, cuando fue debidamente advertida, habiéndose tomado todos los recaudos para evitar dicha complicación.

Lo expuesto cuenta ahora con respaldo legal, pues según el art. 1720 del nuevo Código Civil *“Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”.*

e.- La relación causal²²

En el ámbito del Derecho Civil, cualquiera sea el fundamento de la responsabilidad —*subjetivo u objetivo*—, para que se pueda adjudicar a una persona un determinado resultado y deba entonces ella reparar el daño causado, es imprescindible la existencia de un nexo causal entre su accionar y la consecuencia; o bien entre la acción riesgosa propiaa, la acción del otro, o de la cosa de la cual es dueño o guardián y dicha consecuencia. Y como veremos, tal relación debe ser “adecuada”.

Se observa también que en el ámbito del Derecho privado, la relación de causalidad se asocia a dos funciones: de un lado y respondiendo al concepto mismo de causalidad jurídica, a establecer si la acción del sujeto demandado, de las personas por quien él debe responder o de las cosas de las que se sirve, han motivado el resultado dañoso. De otro, la relación causal delimita la extensión de la reparación, de conformidad con las consecuencias que le son atribuibles.

En el nuevo Código se consideran reparables las consecuencias dañosas inmediatas y mediatas previsibles, que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño (conf. art. 1726); es decir, aquéllas que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas y aquéllas que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, respectivamente (conf. Art. 1727). Ello es así, salvo disposición legal en contrario, que podría establecer que para casos específicos algunas de esas consecuencias no sean reparadas, o bien que se indemnicen

²² COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Relación de causalidad en la responsabilidad civil”, RDD 2003-2, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, ps. 21-37 y “Responsabilidad civil y relación de causalidad”, Seguros y Responsabilidad Civil, nro. 5, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 17; GHERSI, Carlos A., “La causalidad adecuada, formulaciones varias. Aplicaciones en el derecho positivo argentino”, RDD 2003-2, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., ps. 39 a 57; LÓPEZ MESA, Marcelo J., “El mito de la causalidad adecuada”, LL 2008-B-861 a 874; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La relación causal”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge (dir.), Responsabilidad civil. Teoría general. Presupuestos. Responsabilidades específicas, vol. 1, Hammurabi, Bs. As., 1992, reimpr. 1993, ps. 105/119; PIAGGIO, Anibal N., “Azar y certeza en el derecho de daños”, ED 1993-152-797 a 824; PIZARRO, Ramón D., “Causalidad adecuada y factores extraños”, en TRIGO REPESAS, Félix A.(dir.), Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, vol. 1, La Rocca, Buenos Aires, 1989-2002, ps. 255 a 302; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil (hacia un alivio de la carga probatoria)”, LL 1996-D-988 a 995.

también las consecuencias casuales, definidas como aquellas que son mediatas e imprevisibles y cuya reparación en general no se prevé.

Y pensamos que si bien podría argumentarse que el nuevo régimen legal supone un recorte en materia de indemnizaciones, en la medida que ya no resultan indemnizables las consecuencias casuales en el supuesto de ilícitos dolosos, fácticamente, la distinción entre las consecuencias mediatas y casuales resultó siempre difusa, de tal modo que no se observa un cambio esencial a partir de la letra del nuevo texto vigente.

A su vez, para el caso particular de los contratos –que no sean de consumo-, se prevé la indemnización de las consecuencias previstas o previsibles por las partes al momento de la celebración del acuerdo, agravándose la reparación ante el dolo del deudor, supuesto en el cual también quedan comprendidas las consecuencias consideradas al momento del incumplimiento (art. 1728CCyCN).

El juicio de previsibilidad en abstracto que supone el estudio de la causalidad, presenta particularidades muy propias al estudiarse la responsabilidad profesional médica. En este sentido, no es suficiente con la demostración del obrar negligente del médico para considerarlo responsable por el perjuicio sufrido por el paciente, sino que debe acreditarse que de acuerdo con tal juicio de previsibilidad, el daño deriva lógicamente de su conducta. Lo expuesto no es más que una derivación de las reglas generales, pero hacemos esta aclaración, pues comúnmente se asume que el mal resultado de un tratamiento sumado a un obrar negligente, supone necesariamente la responsabilidad profesional, cuando sabemos que faltará aún la prueba de la causalidad adecuada. En este sentido, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que, tratándose de responsabilidad médica, para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse la relación de causalidad entre el obrar culposo del profesional y el daño causado (Fallos 315:2397, 325:2183).

Ahora bien, puede suceder que sobre la base de un juicio abstracto de previsibilidad, se estime que el autor del daño fue un sujeto determinado y sin embargo, al analizar pormenorizadamente las circunstancias del evento, se advierta que un factor ajeno a tal agente fue la verdadera causa del perjuicio. En tal caso, ese factor ajeno obrará interrumpiendo o bien interfiriendo en la cadena causal y afectando la previsibilidad. En base a construcciones ya clásicas, el nuevo Código reconoce los siguientes factores interruptivos:

a) *El hecho del damnificado la víctima (art. 1729 CCyCN)*: por ejemplo, si el daño al paciente es producto de su propio incumplimiento de las indicaciones prescriptas por el facultativo o del abandono liso y llano del tratamiento.

b) *El hecho de un tercero por quien no se debe responder* –que reúna los requisitos del caso fortuito- (*art. 1731CCyCN*): por ejemplo, si se reclama a un nosocomio por considerarse que allí contrajo el paciente una infección, acreditándose sin embargo, que su contagio tuvo lugar en una institución diferente.

c) *El caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1730 CCyCN)*: se discute en doctrina si las limitaciones de la ciencia constituyen supuestos de fuerza mayor. El tema resulta trascendente, por ejemplo, en casos de contagio de enfermedades por medio de transfusiones sanguíneas, cuando un virus resulta indetectable por limitaciones de los métodos científicos disponibles, a pesar de realizarse todos los procedimientos apropiados (*es decir, si la contaminación se produce a pesar de haberse realizado los correspondientes interrogatorios a los donantes*

y los tests serológicos sobre su sangre), no habiendo sido pacíficas las soluciones al respecto²³.

f.-El factor de atribución de responsabilidad.

Finalmente, es sabido que para que exista responsabilidad civil debe concurrir algún factor subjetivo u objetivo que la ley repunte apto para señalar quién habrá de ser responsable. Recordamos aquí, que de acuerdo al art. 1768 CCyCN, la responsabilidad de los profesionales será por lo general subjetiva, por su obrar culposo o doloso (art. 1724 CCyCN). Se trata, en ambos casos, de una atribución de responsabilidad basada en un reproche sobre la conducta del agente dañador.

E interesa a la materia bajo estudio especialmente la idea de culpa, que el Código unificado define así (art. 1724): “...La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión...”.

Este concepto se caracteriza por dos notas igualmente negativas: falta la intención de perjudicar y asimismo faltan las diligencias adecuadas para evitar la producción del daño. La culpa puede asumir distintas formas:

- a) *La imprudencia*: tiene lugar cuando se obra precipitadamente, sin prever cabalmente las consecuencias que pueden derivar de ese obrar irreflexivo.
- b) *La negligencia*: consiste en la omisión de cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso. Es decir, no se hace o se hace menos de lo debido.
- c) *La impericia*: comprende las infracciones profesionales típicas, ya que supone el desconocimiento de las reglas y los métodos propios de la profesión de que se trate, pues todos los profesionales deben poseer los conocimientos teóricos y prácticos pertinentes y obrar con previsión y ajuste a éstos.

Y si bien no se aplica una gradación de culpas, sí se brindan algunas pautas que hacen a la valoración de la conducta de las personas, de tal modo de poder considerar la medida de su responsabilidad. En este sentido, de acuerdo al art. 1725 del Código aprobado:

- a. *Deber de prudencia y conocimiento*: cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la diligencia y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (o en realidad, la previsibilidad de las consecuencias exigible). En igual sentido, se expresaba el art. 902 del CC de Vélez Sársfield; y

²³ Se ha considerado que las limitaciones de tales métodos no constituyen un supuesto de caso fortuito, conf. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I - 11/10/2005 - Riera, Oscar y otros c. Hospital Central y otros - LLGran Cuyo 2006-64; también CNCCF, sala III - 26/09/2005 - Desulovich, Analía c. Obra Social de los Aeronavegantes y otros - RCyS 2006-II, 25 y originariamente en .Así por ejemplo, en autos R., G. R. V. Instituto de las Clínicas Cardiovasculares S.A., CNCiv., sala E, 30/11/99, JA 2000-II-587 (con nota de Graciela Lovece), entre otros casos. En cambio, oportunamente sostuvimos que los exámenes para la detección del virus, que da lugar al llamado período de ventana inmunológica, constituye un supuesto de fuerza mayor, por la imposibilidad de contar con un método de descubrimiento de virus que garantice que un 100% de la sangre destinada a transfusión será segura (aunque más de un 99% lo sea). Wierzba, S “Sida y Responsabilidad Civil”, ed Ad Hoc, Bs. As. 1996, p.107; en igual sentido CNCCF, sala III - 07/09/2004 - Manuale, C. y/o. c. Hospital de Clínicas José de San Martín - RCyS 2004-XI, 39 - JA 2004-IV, 704 - ED 211, 102. Ver comentario por Calvo Costa, Carlos “Responsabilidad Civil ante contagio de HIV por transfusión sanguínea. Las cuestionadas antijuridicidad y relacion causal”, en: RCyS2009-VIII, 79 - LA LEY 25/08/2009.

- b. *Casos de confianza especial*: Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Aclara la norma que no debe considerarse la condición especial o facultad intelectual de una persona determinada para valorar la conducta de los sujetos. Es decir, la referencia bien podrá ser la del buen padre de familia o la de un individuo medio para la categoría de que se trate (ej.: médico clínico promedio); a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, supuesto en el cual la condición especial del agente determinará su grado de responsabilidad.

Ahora bien, algunas cuestiones resultan recurrentes toda vez que se imputa responsabilidad a los profesionales de la salud y han llevado a pronunciamientos judiciales que permiten fijar ciertas pautas para valorar la culpa. Entre ellas, cabe citar:

- a) *El fracaso del tratamiento médico no importa necesariamente un obrar culposo por parte del profesional*. Dado que el ejercicio de toda profesión concerniente a la salud supone riesgos, limitaciones científicas y otras circunstancias imposibles de controlar, el médico no puede comprometerse a salvar la vida del paciente o curar su enfermedad sino a poner al servicio del paciente toda su ciencia y diligencia en la atención brindada.
- b) *La culpa médica comienza cuando terminan las discusiones científicas*. Ello, ya que resulta habitual y propio del ejercicio de las ciencias vinculadas a la salud, la coexistencia de diversos criterios científicos y alternativas de tratamiento, postuladas por distintas escuelas profesionales.
- c) *La conducta profesional debe ser valorada sobre la base de las circunstancias existentes al momento de la práctica cuestionada*. No resulta adecuado juzgar tal conducta *ex post facto* y a la luz de los resultados adversos, que son justamente los que motivan el reclamo. Por el contrario, debe colocarse el juez en la situación del paciente y del médico en el momento en que los hechos ocurrían y valorar si el profesional actuó a través de uno de los caminos posibles y científicamente válidos, de acuerdo con los elementos y las circunstancias del caso.
- d) *El correcto tratamiento médico no supone un proceso lineal y puede significar avances y retrocesos*. Por ello, los cambios de diagnóstico y/o terapia durante el curso del tratamiento no necesariamente suponen un obrar negligente por parte del profesional.

Sin embargo, se impone a los médicos un factor de atribución objetivo, si comprometen un resultado concreto (art. 1768 CCyCN), compromiso que además, seguramente significará una transgresión a deberes profesionales específicos. En este sentido, por ejemplo, la L17132/67, de Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración, prohíbe a los profesionales que ejerzan la medicina: “1º) anunciar o prometer la curación fijando plazos; 2º) anunciar o prometer la conservación de la salud” (art. 20).

En cuanto a la responsabilidad civil por daños causados con cosas, (ej.: bisturíes, equipamiento diagnóstico, etc.), ésta sólo será objetiva si dichas cosas fueren viciosas, aclarándose además que “*la actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757*” (conf. art.1768 CCyVN).

g.- Carácter de la obligación en el supuesto de deudores plurales. Reflexiones sobre la responsabilidad de los establecimientos y los organizadores de servicios de salud

El fundamento de la responsabilidad de los establecimientos médicos y las organizaciones proveedoras de servicios de salud (*obras sociales, prepagas, etc.*), es diferente al de los profesionales. Tradicionalmente se entendió que estas entidades tenían un deber de seguridad hacia sus pacientes o afiliados. Ello fue así en base a una construcción doctrinaria basada en lo dispuesto por el art. 1198 CCVS -texto según L17711/68-, según la cual, se les requería que brindaran servicios médicos asistenciales adecuados a los estándares de medios subjetivos (*médicos, enfermeros, etc.*) y materiales (*instalaciones, instrumental, medicamentos, etc.*) en oportunidad, calidad y cantidad adecuadas, con la finalidad de procurar la mejoría del paciente. Y se discutía si tal deber de seguridad era generador de responsabilidad subjetiva u objetiva para los entes bajo estudio. Así por ejemplo, en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2005), hubo despachos encontrados con relación a si tal deber era de resultado o de medios; y —consecuentemente—, acerca de cuál era el factor de atribución aplicable.

En líneas generales, puede afirmarse que si el establecimiento médico o la organización prestadora de servicios de salud debe una obligación de medios, responderá sobre la base de un factor subjetivo y podrá liberarse de responsabilidad si acredita que actuó con la diligencia que le era exigible. Si, en cambio, se le impone una obligación de resultado, la falta de obtención del fin propuesto resultará sugerente de la existencia de responsabilidad —*objetiva*—, y el ente sólo podrá eximirse si demuestra un caso fortuito, el hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, siendo la prueba de tal eximente a su cargo²⁴.

El nuevo Código define explícitamente el concepto de factor objetivo de atribución de responsabilidad, en su art. 1722, expresando que tiene lugar “...cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”. Se observa que en estos supuestos el deudor sólo puede eximirse de responsabilidad demostrando la fractura del nexo causal, siendo a su cargo dicha prueba (art. 1736 CCyCN).

En cualquier caso, salvo supuestos especiales (ej.: defectos de organización, infecciones intrahospitalarias), suele interpretarse que la responsabilidad de los organizadores y prestadores de servicios de salud requiere de la previa prueba de la culpa médica. En efecto, la prueba de la culpa del profesional es indispensable, no porque ésta comprometa indirectamente al prestador institucional, sino porque dicha culpa será demostrativa de la violación del deber de seguridad que, como obligación tácita, se halla comprendida en el contrato asistencial. Y la omisión de tal

²⁴ Sobre los factores objetivos de atribución de responsabilidad, entre variados trabajos, pueden consultarse: ANDORNO, Luis O., “El factor subjetivo de imputación”, en VALLESPINOS, Carlos G. (dir.), *Responsabilidad civil, Presupuestos, Advocatus*, Córdoba, 1997, ps. 149 a 178; BESALÚ PARKINSON, Aurora, “Factor de atribución objetivo en la responsabilidad civil. Con especial referencia al riesgo y al caso de los accidentes entre extraños”, LL 2005-F-1291 a 1301; PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Universidad, Buenos Aires, 1983; SAUX, Edgardo I., “Criterios actuales en materia de factores objetivos de atribución de responsabilidad”, *Colección Jurisprudencial del 11/5/2004*, vol. 66, Zeus, Rosario, ps. 95 a 98.

obligación, genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de la que concierne directa y personalmente al profesional.

Más específicamente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado reiteradamente que las relaciones contractuales características en la prestación de servicios de salud encuadran dentro de la figura conocida como “estipulación a favor de terceros” (art. 504 CCVS, y ahora 1027 CCyCN), y suponen relaciones entre:

- a) el beneficiario o tomador de los servicios (*por lo general, una persona física que contrata u obtiene cobertura para sí y para su grupo familiar*);
- b) el estipulante o ente organizador de los servicios de salud (*obra social, empresa de medicina prepaga*) y
- c) el promitente (*médico, clínica, etcétera*).

Asimismo, por lo general se ha entendido que los sujetos mencionados eran responsables por obligaciones indistintas, concurrentes o *in solidum*, ahora específicamente consagradas en los arts. 850/852 CCyCN, pues éstas suponen un único acreedor (el paciente damnificado), pluralidad de deudores (médico, clínica, obra social, etc.), identidad de objeto (la indemnización) y diversidad de causas fuentes (responsabilidad civil por culpa, por incumplimiento de la obligación de prestar servicios sanitarios adecuados, etc.). De ello se colige que el damnificado podrá accionar por el todo contra uno solo, cualquiera o globalmente contra el conjunto de los presuntos responsables, o primero contra uno y por el saldo insoluto contra otro; en una situación que, al menos en lo que hace a las relaciones de “obligación” entre el acreedor y la pluralidad de los deudores, resulta ser muy similar a las obligaciones solidarias.

Ahora bien, una vez satisfecho el crédito de la víctima, podrá el *solvens* solicitar de los demás coobligados su propia contribución, con base en las relaciones causales que originan la concurrencia (art. 851, inc. h CCyCN). Y volvemos a propiciar que tal regreso pueda efectivizarse en la etapa de ejecución de sentencia del juicio de daños, si los interesados así lo requieren y han tenido la oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa²⁵.

En la realidad, son muchas y variadas las situaciones que se presentan en los juicios de responsabilidad médica; sin embargo, a los efectos del examen de las acciones de regreso, nos referiremos a los supuestos en los que la responsabilidad se imputa a los agentes por un daño producto de “un puro acto médico”, por oposición a aquellos casos en los que, además del acto médico, los defectos en la organización institucional y/o ciertas circunstancias

²⁵ Conf. Highton de Nolasco, Elena, desde la cátedra sostuvo, sobre la base del Plenario “Balebona, Manuel v. Storzi, Daniel”, C. Nac. Civ. en pleno, 4/3/92 (JA 1992-II-144): “existe una segunda etapa u otro aspecto no explorado en la cuestión, pues puede considerarse que la propia citación de tercero por parte de la demandada constituye ya la acción de regreso o de reembolso, para el supuesto de que la demandada deba resarcir a la actora y el tercero haya sido encontrado parcialmente responsable. Así, el tercero deberá contribuir o reembolsar a la demandada lo que corresponda de lo que ésta deba pagar a la actora, pues la citación constituye o por lo menos puede constituir, si ha habido amplia posibilidad de debate y prueba, la acción de regreso o reembolso. A ello no se opondría el plenario citado, que se limitó a considerar el efecto de la sentencia con relación a la actora, mas no con relación a la demandada que lo citó”; cit. por Rúa, Silvestre y Wierzba, en “Obligaciones concurrentes o indistintas (con especial referencia a las acciones de regreso)”, coautoras Isabel Rúa y Norma Silvestre, JA, No. 6096, 1o./7/98, p. 2/12. Asimismo, “Battani de Alvarez, Teresa M. c/ José Vicente Alvarez y otro - Daños y Perjuicios” – Cám. 8ª en lo Civ. Y Com. de Córdoba, 22/03/2002, elDial - AAF67. Ver también Wierzba, Sandra M. “Obligaciones solidarias y concurrentes. Desvanecimiento de sus diferencias”, LL 2013-E, 893.

propias del prestador, contribuyen a la producción del perjuicio o bien lo determinan. Así por ejemplo, el daño producido por el olvido de una gasa en el cuerpo del paciente o por ablación de un órgano o miembro equivocado, puede en principio derivar de un “puro acto médico”. Por el contrario, la atención deficiente prestada por quien no es especialista en razón de hallarse el especialista en guardia pasiva, o la prestación inadecuada por carencia o mal funcionamiento de equipos, bien puede dar lugar a daños en los que el profesional demandado podrá no resultar responsable, o no será –al menos- el único responsable, pues las instituciones involucradas habrán propiciado o contribuido a la producción del resultado dañoso.

Así las cosas, si las instituciones contribuyeron de algún modo a la producción del daño —circunstancia que casi siempre se evidenciará en la sentencia—, sólo podrán repetir parcialmente lo abonado a la víctima, pues —aunque más no sea de manera mediata— habrán puesto su propia cuota de causalidad (art. 851 inc. h), sin la cual el perjuicio no habría tenido lugar. Y hasta podrían carecer de derecho de repetición, cuando su propia intervención hubiere sido determinante en la producción del daño. En cambio —*pensamos*—, en los supuestos en los que la víctima accione contra instituciones médicas y contra profesionales y el daño sea consecuencia de lo que denomináramos un “acto médico puro”, la institución que pagare a la víctima bien podrá repetir el cien por ciento de lo abonado

A su vez, si fuere el profesional quien efectivamente debiera soportar el peso de la indemnización, bien podrá repetir de la institución las sumas que correspondan a la causalidad puesta por ésta.

h.- Carga probatoria

En cuanto a la carga de la prueba, se establece que ésta recae sobre quien alega la relación de causalidad, excepto que la ley la impute o presuma. Pero para ciertos supuestos en los que la prueba de la relación causal adecuada resulta especialmente dificultosa (p. ej.: *responsabilidad por contagio de enfermedades de larga latencia*), la jurisprudencia y la doctrina han admitido la aplicación de “presunciones de causalidad”, flexibilizándose las exigencias probatorias. Así, por ejemplo, las negligencias en el funcionamiento de un servicio, cuando importan faltas a la diligencia en sentido abstracto, pueden dar lugar a la responsabilidad del nosocomio aún de no ser acreditada en forma estricta la relación de causa-efecto entre la conducta antijurídica y el daño. Ello es así, al presumirse la causalidad por la creación de un riesgo injustificado (p. ej.: *responsabilidad por el daño precedido de la manipulación de instrumental médico sin el seguimiento de normas básicas de bioseguridad, aunque no pueda probarse precisamente que el virus se introdujo en el cuerpo de la víctima mediante tal instrumental*)²⁶.

En cambio, la prueba de la causa ajena o de la imposibilidad de incumplimiento, corresponde a quien la invoca (art. 1736 CCyCN).

A su vez, si bien el principio general establecido en el Código aprobado es que la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes, corresponde a quien los alega (art. 1734CCyCN), se prevén específicamente

²⁶ Así por ejemplo, en autos *T. c MCBA, T., S. M. C/MCBA y Otros s/Ordinario, CNCiv., sala L, 27/11/95, JA 1996-IV, p. 399 y ss. (con nota de Celia Weingarten y Carlos Gherzi), aparece una descripción de las conductas que fueron valoradas ex post facto como negligencias en sentido abstracto. En sentido similar, puede verse *R. C. H. c/ Clínica M. S.A. y otro s/Daños y Perjuicios, causa 8700/93, CNCiv. y Com. Fed. , sala I, 24/11/98, Lexis Nexis 7/912 y R. A. A.c/ Sanatorio S.C. S.A. y otro s/Sumario, CNCom, sala B, 28/6/02, Lexis Nexis 11/36137.**

facultades judiciales para su distribución “...ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa” (conf. art. 1735CCyCN). Este criterio responde sin duda a una postura actual más flexible en materia de cargas probatorias, que mediante la norma citada se consagra explícitamente en la ley de fondo²⁷.

En la materia que nos ocupa, por regla el paciente deberá probar la culpa médica, así como también la relación de causalidad entre el daño y la conducta negligente del profesional. Probada la culpa, podrá presumirse la responsabilidad de los entes asistenciales, quienes deberán acreditar la causa ajena para eximirse. Al efecto, el juez podrá aplicar el criterio de las cargas probatorias dinámicas, teniendo en cuenta las particularidades del caso y sin sujeción a posiciones apriorísticas y generalizadas –pensamos-. Es que no siempre el experto estará en mejores condiciones de probar, como viene expresándose desde ciertos sectores de opinión. Así por ejemplo, un médico demandado al límite de la prescripción, con base en un alegado error diagnóstico cuya develación depende de estudios complementarios en poder del paciente y de documentación médica complementaria en poder de terceras instituciones, que tendrá el término de la contestación de la demanda para desplegar su posición defensiva, podrá no estar en mejores condiciones de probar que su contradictor.

Por otra parte, la consagración de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los términos del art. 1735 CCyCN, sin duda requerirá de una experiencia en el ámbito judicial, que pueda despejar algunos cuestionamientos, sobre todo, aquellos que ven en la disposición una posible afectación del derecho de defensa, por la oportunidad en que el juez deberá pronunciarse –posterior a la traba de la Litis-, y aquellos que advierten en la posibilidad de “ofrecer” nuevos elementos, la anticipación de una dúplica.

5.-Ejercicio de las acciones indemnizatorias

a. Legitimación activa:

Si se trata de un daño patrimonial o material (daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance, etc.), en principio, se hallará legitimado para reclamar todo aquel que demuestre haberlo sufrido, siempre que se cumplan los requisitos del daño resarcible. Podrá así requerir un reintegro por gastos realizados en beneficio del damnificado, un familiar, un ente previsional o un asegurador, entre otros.

Ello es así, al no haber una limitación expresa en materia de personas legitimadas para reclamar el daño patrimonial, y siguiendo un criterio instalado pacíficamente en la doctrina y la jurisprudencia, con base en el art. 1079 CC VS. Cabe mencionar los siguientes ejemplos:

a) *El cónyuge supérstite, los hijos menores de edad y otros convivientes:* Queda claro que estas personas podrán sufrir un daño material derivado de la muerte de quien fuera su esposo o esposa, conviviente o progenitor y sostén económico del hogar. Bien podrá presumirse este perjuicio, aunque su cuantía deberá demostrarse.

b) *Los padres del causante menor de edad.* Cuando quien fallece es menor de edad, podrá presumirse el daño patrimonial sufrido por los padres

²⁷ Peyrano, Jorge W. “Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo”, 1993, AP 0003/011936.

convivientes, que de acuerdo a la experiencia, consistirá en la pérdida de la chance de apoyo económico futuro, por parte del hijo fallecido.

c) *Los hijos mayores de edad independientes y otros familiares o allegados no convivientes*: En estos casos, los interesados deberán probar la existencia misma del daño, además de su cuantía.

Con relación a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, la legitimación es más acotada, aunque se observa en el nuevo Código una ampliación del catálogo de legitimados activos. En este sentido, el art. 1741 CCyCN dispone: “...si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible...”.

Quedan así habilitadas para reclamar las personas cercanas en el afecto del damnificado, cuando fuere o hubiere sido manifiesta su convivencia, en casos de grave incapacidad o fallecimiento de aquel, como producto del daño. Y de este modo, se recogen los resultados de una extensa experiencia jurisprudencial y las propuestas de un sector vasto de la doctrina, que reclamaba un giro en la política legislativa sobre la materia.

b. Legitimación pasiva

Al referirse a los sujetos responsables de un perjuicio expresa, el Código unificado expresa: “*Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión*” (art. 1749 CCyCN). Una lectura literal de la disposición, sugiere su referencia a la actuación personal del agente. Parece así indiscutible que el profesional a quien se ha encomendado una prestación sobre su especialidad e incumple con su obligación, se hallará obligado directamente por su actuación contraria a derecho, en la medida del daño causado.

Pero la doctrina ha discutido si sólo son responsables directos los sujetos que personalmente participan de la acción dañosa, o si también lo son los obligados contractuales de la prestación y de la protección, que se valen de aquellos para la ejecución material de la obligación a su cargo. Esta última posición responde a una realidad habitual en materia de prestación de servicios de salud, donde el contratante principal (ej.: empresa de medicina prepaga), responde por los servicios de los profesionales e instituciones de cuyas prestaciones se sirve. El principio de equiparación, ahora consagrado por el art. 732 CCyCN, parece avalar esta última interpretación doctrinaria.

En cualquier caso, el nuevo art. 1773 CCyCN habilita el ejercicio de acciones contra los responsables directos e indirectos del daño. Así, podrán existir opiniones divergentes con relación a qué personas integran una u otra categoría, pero en la medida en que integren alguna de ellas, no habrá obstáculo para comprometer su responsabilidad, cuyos alcances serán determinados por la magnitud del daño sufrido por la víctima.

Por lo demás, la acción podrá iniciarse separadamente contra alguno, o conjuntamente contra todos los deudores (art. 1773 CCyCN). Sin embargo, por una cuestión de economía procesal y siguiendo prácticas ya habituales, generalmente se interpondrá un reclamo conjunto, imputándose responsabilidad solidaria o concurrente a los obligados.

6.-Relaciones entre la acción civil y la criminal²⁸

En tanto con cierta frecuencia los reclamos por responsabilidad médica transcurren tanto en el ámbito penal como en el civil, interesa mencionar qué cambios supone el nuevo texto legal con relación al vínculo entre estos dos tipos de acciones. Sobre el particular, el nuevo Código Civil y Comercial mantiene la regla de acuerdo a la cual “...*En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales*” (art. 1774CCyCN). Por su parte, el Código Penal permite que los jueces fijen en sus sentencias la indemnización del daño material o moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero (conf. art. 29 del Código Penal). La opción entre uno u otro tipo de proceso, a los efectos del resarcimiento, es siempre de la víctima del daño.

Ahora bien, más allá de las diferencias entre unas y otras normas aplicables, y entre uno y otro tipo de proceso, de iniciarse acciones independientes por un mismo hecho causante de un perjuicio, los procesos respectivos siempre tendrán algún tipo de relación entre sí. En ese contexto, el proceso penal tendrá una decisiva preponderancia sobre el proceso civil, en la medida de la influencia que ejerce la cosa juzgada de aquél sobre la decisión que haya de dictarse en este último. Y el legislador ha previsto una regulación específica al respecto, con el fin de evitar el escándalo jurídico que podría significar el dictado de sentencias contradictorias con referencia a un mismo evento. En este sentido, dispone el art. 1775 del Código unificado que “*Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos: a) si median causas de extinción de la acción penal; b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad*”.

A su vez, permanece vigente la norma de acuerdo a la cual la sentencia penal condenatoria hace cosa juzgada en el proceso civil sobre la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado (art. 1776 CCyCN). Aunque en sede civil sí podrá valorarse la extensión de la reparación, en base a la prueba a producirse sobre la entidad del daño por el que se reclama; la eventual participación de la propia víctima en la producción o alcances del perjuicio –causalidad concurrente– y la responsabilidad objetiva de terceros (ej.: titular del establecimiento asistencial, obra social, empresa de medicina prepaga, etc.), que generalmente participarán de la reparación en forma solidaria o concurrente.

Se aclara además en este texto legal que si la sentencia penal decide que el hecho no existió (ej.: no tuvo lugar el acto médico cuestionado) o que el sindicado como responsable no participó (ej.: el acto médico sí tuvo lugar, pero sin la participación del profesional imputado), estas circunstancias no pueden

²⁸ Creus, Carlos, “Reparación del daño producido por el delito”, 1995, Ed. Lux, p. 151; López Herrera, Edgardo S. “Teoría general de las obligaciones”, 2006, Abeledo Perrot 7004/005028; Robles, Estela “La prejudicialidad de la acción penal y sus efectos procesales en la acción civil. Nuevas modalidades de conclusión del proceso penal”, JA 2000-IV-1123, Abeledo Perrot 0003/007872; Saux, Edgardo Ignacio, “La suspensión a prueba del proceso penal y su prejudicialidad respecto de la acción resarcitoria civil” en JA 1995-II-707.

ser discutidas en el proceso civil. En cambio, sí resulta susceptible de un nuevo análisis aquello que se refiere a una interpretación jurídica: así las cosas, *si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil*” (conf. Art. 1777CCyCN). Ello resulta de toda lógica pues el derecho penal y el civil cuentan con diversos objetivos y funciones, siendo que cada tribunal aplicará el derecho que es pertinente a su competencia.

Finalmente, el nuevo Código unificado no contiene normas que se refieran al sobreseimiento penal y su impacto en la sentencia civil, teniendo el juez civil tendrá absoluta libertad para acoger o rechazar la demanda por daños y perjuicios. Sin perjuicio de ello, sigue siendo aplicable la regla penal que establece que *“El sobreseimiento firme cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado en cuyo favor se dicta e inhibe su nueva persecución penal por el mismo hecho”* (art. 240, CPPN, L27063/14).

7. Prescripción: la modificación de su término y sus efectos (en particular, en la conservación de las historias clínicas). Disposiciones transitorias²⁹.

El Código aprobado significa algunos cambios sustanciales en lo atinente a los plazos de prescripción. En general, los términos se abrevian, siguiendo una tendencia que excede nuestras fronteras y que puede vincularse a razones como el mayor conocimiento que tienen los legos sobre cuestiones de derecho, la velocidad de las comunicaciones y de las acciones humanas en general y hasta a la cultura de lo efímero, todas circunstancias que promueven un pronto reclamo de parte de los acreedores. Pero a su vez, la necesidad de dar mayor certeza a las relaciones jurídicas y la facilitación del aseguramiento, con una consecuente mejor garantía a los damnificados por daños, son causas adicionales de la abreviación de los plazos de prescripción.

En lo atinente a la responsabilidad civil, al eliminarse la distinción entre las órbitas contractual y extracontractual, desaparece la artificial distinción entre extensos plazos de prescripción en un caso y breves términos para el otro. Dicha diferencia generaba situaciones no del todo claras cuando ante un mismo evento causante de daños (ej.: infección intrahospitalaria), el damnificado directo tenía diez años para demandar, pero sus herederos forzosos –en caso de fallecimiento- contaban con sólo dos años. En cambio, desde ahora el plazo aplicable a la responsabilidad civil en general y a todas aquellas responsabilidades especiales para las que no se halle previsto un término diferente –entre ellas, la responsabilidad médica-, es de tres años (art. 2561CC y CN).

Además del impacto positivo que el nuevo término podrá tener para la prestación de servicios de salud, sin duda éste tiene consecuencias concretas en materia de seguros profesionales –según veremos- y en la conservación de la documentación médica. Es que a pesar de la adopción extendida de las historias clínicas informatizadas, lo cierto es que no todos los establecimientos de nuestro país cuentan con ese recurso y que en cualquier caso, cierto tipo de constancias siguen guardándose en soporte papel, significando altos costos para sus responsables, y en ocasiones, dificultades concretas de conservación. Y en tanto los interesados directos tienen hoy acceso a la información sobre su salud, contando con amparo legal para la obtención de la documentación que hace a ella (por ej.; conf. art. 19 L26529/09), la finalidad esencial de su

²⁹ Nos hemos referido más extensamente al tema que es objeto de éste y el próximo apartado en “La prescripción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, el dial 13/7/15, DC1F65.

guarda extendida en el tiempo por parte de los prestadores de servicios, es de carácter médico legal. Por ello, es de esperar que la limitación en el plazo de prescripción propicie la minimización de los problemas de conservación planteados.

Pero cabe aclarar que deberá considerarse el *dies a quo*, es decir, el momento del inicio del cómputo de los tres años correspondientes a la prescripción de la acción por responsabilidad civil. En este punto, no hay cambios en cuanto al criterio hasta ahora aplicado, y el nuevo texto legal es explícito al afirmar que *“El transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible”* (art. 2554CC y CN). Y si bien en muchos de los casos de responsabilidad médica, la obligación se volverá exigible en un momento puntual, identificado con un acto médico específico, también habrá supuestos donde ello no resulte tan claro. Así por ejemplo, en el caso de contagio hospitalario de enfermedades de larga latencia, el término en cuestión podría iniciarse al devenir ostensible la enfermedad, siendo prudente conservar la documentación clínica por un término algo mayor a los tres años.

Finalmente, vale la pena reflexionar sobre los efectos de la modificación del término de la prescripción sobre situaciones y relaciones jurídicas preexistentes. El nuevo art. 2537 CCyCN establece que *“Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior”* (art. 2537 CC y CN).

Es así que en una descripción simple de los efectos de esta regla, podemos afirmar que el nuevo sistema no agrega plazo a las prescripciones en curso y que en los casos para los cuales se prevén términos más cortos, se garantiza al acreedor al menos el nuevo término, procurándose un verdadero balance entre los derechos de los obligados por el viejo y el nuevo régimen legal. De este modo, por ejemplo:

1) Si al entrar en vigencia el nuevo Código (1/8/15), se hallaba en curso el plazo de prescripción para el ejercicio de una acción por responsabilidad civil extracontractual –vgr. por accionar los herederos forzosos de un paciente fallecido- (dos años, conf. art. 4037 CCiv. VS), siendo que el plazo genérico ahora previsto para ese supuesto es mayor (tres años, conf art. 2561 CC y CN), se aplicará el término anterior.

2) En cambio, si se hallaba en curso el plazo de prescripción para el ejercicio de una acción por responsabilidad civil contractual –vgr. reclama una persona enferma, que se considera damnificada por un acto médico- (diez años, conf. art. 4023 CCiv. VS), siendo que el plazo genérico ahora previsto para ese supuesto es menor (tres años, conf art. 2561 CC y CN), corresponderá computar el término de tres años para la prescripción de la acción, desde la entrada en vigencia del nuevo Código, es decir, desde el 1/8/15. Rige así el menor término propio de la nueva ley, pero aplicable desde su entrada en vigencia.

3) Sin embargo, si al 1/8/15, ya hubieren transcurrido –por ejemplo- nueve años desde el inicio del cómputo respectivo, la prescripción operará cumplidos los diez años contados desde aquel inicio, por finalizar el plazo de la ley anterior, con anterioridad al de la ley nueva.

Entendemos que esta regla transitoria también resulta aplicable a los casos de suspensión de la prescripción por interpelación fehaciente, que en el Código de Vélez Sársfield tenía efecto durante un año o el menor término que

podría corresponder a la prescripción de la acción (conf. art. 3986 párr. 2º), reduciéndose ahora tal plazo a seis meses (conf. art. 2541 CC y CN).

8.- Los seguros de responsabilidad civil médica ante la reforma. Su impacto en las cláusulas “claims made”

Al menos desde la década del '90, en nuestro medio han tenido gran relevancia ciertos seguros de responsabilidad civil que incluían cláusulas conocidas como “claims made”. En un sentido puro, esas cláusulas se caracterizan por amparar *reclamos realizados* durante el período de vigencia de una cobertura asegurativa. Surgieron esencialmente para enfrentar los efectos de los denominados “siniestros tardíos”, en los que el daño se produce o manifiesta muy posteriormente a la acción u omisión del responsable, pudiendo incluso transcurrir largos períodos de tiempo entre la manifestación del daño y el reclamo del tercero perjudicado. En nuestro país, estas coberturas se aplicaron especialmente a la responsabilidad médica.

Pero en los modelos de pólizas generalmente utilizados en la Argentina, se exigió no sólo que el reclamo del tercero fuera realizado durante la vigencia del seguro, sino que el evento cuestionado (ej.: error profesional), hubiera ocurrido durante el plazo de vigencia de la póliza. Y poco tiempo después de su implementación, tales modelos admitieron además que la reclamación del tercero fuera presentada durante un período prorrogado de denuncia de reclamos, posterior al fin de vigencia de las pólizas.

La aplicación en nuestro país de cláusulas “claims made” dio lugar a acalorados debates tanto a nivel doctrinario³⁰, como jurisprudencial³¹. Pero si se analiza el tenor de las discusiones, se observa que el tipo de disposiciones consideradas a la hora de la controversia, suponía el condicionamiento a que el damnificado concretara el reclamo por responsabilidad profesional durante la vigencia del contrato de seguro, o dentro de un período posterior a su finalización, *siempre menor al plazo de prescripción* de la acción correspondiente. Ello llevó a que se sostuviera que la cláusula bajo estudio era abusiva, al privar al asegurado de derechos básicos, manteniéndolo “cautivo” de un mismo asegurador, con quien debía renovar su contrato si pretendía obtener cobertura temporal plena. Fue así que la citada controversia tuvo

³⁰ *En contra de su validez*, Stiglitz, Rubén S. “Seguro contra la Responsabilidad Civil y Limitación Temporal de la Garantía Asegurativa”, LL 1994-IV, p. 911/917; Sobrino, Augusto “Derecho de Seguros. La Cláusula ‘Claims Made’: Una peligrosa inclusión en las Pólizas de Responsabilidad Civil”, en *Derecho Privado Económico, Contratos y Reparación de Daños*, Director Carlos Ghersi, Capítulo VI. En sentido similar se dictaron las conclusiones del Primer Congreso Multidisciplinario sobre “La Responsabilidad Civil y sus Posibilidades Asegurativas”, Universidad Notarial, Buenos Aires, Argentina, 3/10/94, comisión No.III. A favor de la cláusula, se han manifestado López Saavedra, Domingo M. “Seguros de Responsabilidad Civil bajo condiciones ‘Claims Made’ en Revista de Derecho Privado y Comunitario, No. 19, Seguros-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Enero de 1999, p. 97/115, en p. 111 y Saavedra, Domingo M., “Algo más sobre los seguros de responsabilidad Civil bajo condiciones Claims Made”, LL T. 1999-B, pág. 991/998; Marcó, José Luis “¿Son válidas las cláusulas Claims Made en el Derecho Asegurador Argentino?”, en Revista El Derecho, Suplemento de Derecho de Seguros del 7/11/01. También Wierzba, Sandra y Czernizer, Diego “La cláusula ‘claims made’ en los seguros contra responsabilidad médica: la experiencia argentina”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL año IV, No. VI, Noviembre-Diciembre, p. 46/62 y “Tratamiento de la Cláusula Claims Made por la Justicia Argentina”, en RRC y S, Año VI, No. II, Marzo de 2004, p. 27-39.

³¹ Ver por ej. CNCIV, Sala: L, “Rodríguez, María Alejandra c/ Obra Social del Personal de la Sanidad y otros s/ Ordinario”, 29/8/03, elDial AE1D5D; “Barral de Keller Sarmiento, Graciela c/Guevara, Juan Antonio y otros s/ daños y perjuicios”, CNCiv., sala M 16/9/02, AA412B y CNCIV, SALA C, 02/05/2006, elDial.com - AA421C. Expte. N° 1329-0 – “C.A.S. c/ Hospital Bernardino Rivadavia s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)”, CCAyT CABA, SALA II, 10/08/2011, elDial.com - AA6F62.

lugar en torno a un tipo de seguro que no es representativo de los modelos que desde hace ya muchos años, se aplican en nuestro país. De hecho, como expresáramos, en las coberturas *claims made* aplicables en la Argentina, existe la posibilidad de contar con un “período de extensión de denuncias” o “período prorrogado de denuncia de reclamos” que permite cubrir reclamos hasta la prescripción de las acciones, en caso de rescisión o no renovación del seguro, sea que deba abonarse una extraprima al efecto –*cuyo monto es conocido al inicio de la cobertura*- o sin cargo extra. Por ello, desde el punto de vista temporal, estos productos no significaron una real desventaja frente a los tradicionales seguros base ocurrencia³².

Desde ahora, al establecerse en el nuevo Código un único plazo de prescripción de tres años aplicable a la responsabilidad civil, pierde gran parte de su sentido la aplicación generalizada de seguros con cláusula *claims made*. Es así que resulta esperable el regreso a las coberturas con base *ocurrencia*, donde lo relevante es que el hecho disparador del seguro acaezca durante la vigencia de la póliza, con independencia del momento del reclamo. Se diluyen entonces las controversias antes descriptas.

Ello es así aunque las coberturas *claims made*, en ocasiones hayan sido injustamente denostadas, siendo deseable que sigan disponibles al menos para una aplicación específica. Es que a diferencia de las tradicionales coberturas con base *ocurrencia*, aquéllas permiten el amparo de “*colas retroactivas*” y en la Argentina han posibilitado la atención de reclamos por hechos de *malap Praxis* acontecidos con anterioridad a la contratación de aseguramiento y también por hechos amparados por compañías de seguros que cayeran en estado de falencia. Además, estas cláusulas habilitan el aumento año a año de los límites indemnizatorios y así permiten cubrir los siniestros con mayor suficiencia económica, pues en ellas lo relevante es el límite aplicable al momento del reclamo y no al tiempo del evento.

9.- Corolario

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación supone novedades relevantes para la profesión médica, al regular una serie de institutos que comprometen su actividad. En este sentido, dispone sobre inicio de la existencia de la persona, la comprobación de su muerte, los derechos personalísimos y la autonomía progresiva para las decisiones sobre el propio cuerpo. Supone además la incorporación de algunas reglas significativas para la realización de prácticas médicas de gran importancia actual, como la experimentación en seres humanos, la genética y las técnicas de reproducción humana asistida.

En cuanto a la responsabilidad civil de los profesionales de la salud, si bien los cambios no sorprenden, en la medida en que son propios de corrientes de opinión ya presentes en la doctrina y en la jurisprudencia anteriores a la reforma, evidentemente se propicia la actualización de ciertas prácticas instaladas en nuestro medio. Así por ejemplo, cabe esperar modificaciones en los sistemas de disposición y conservación de la documentación médica (ej.: guarda de historias clínicas ante el nuevo término de prescripción), nuevos diseños en la transferencia de riesgos (ej.: ajuste de los límites temporales de los seguros), y la actualización de las estrategias defensivas en juicios de

³² Conf. Lorenzetti, Ricardo "Contrato de Seguro: La cláusula "claims made", L.L.1998-C-Sección doctrina, pág.1174/L178.

malapaxis (ante el acceso de nuevos legitimados a la reparación del daño extrapatrimonial).

Pero los alcances de las modificaciones señaladas, deberán atravesar un recorrido interpretativo que tendrá lugar dentro del marco de una oportunidad histórica para repensar el derecho en forma colectiva e interdisciplinaria, y en cuyo transcurso no debiera soslayarse el contexto en el cual hoy se desarrolla la actividad profesional médica.