Expediente: **1960/11**
Carátula: **GONZALEZ JUAN DAMIAN C/ CLINICA MAYO (DE U.M.C.B. S.R.L) Y CONTRUIR SALUD (OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE LA CONSTRUCCION) S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**

Unidad Judicial: **JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL COMÚN II**
Tipo Actuación: **FONDO CON FD**
Fecha Depósito: **13/03/2024 - 00:00**
Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:
20181878356 - GONZALEZ, JUAN DAMIAN-ACTOR/A
27126822125 - CONSTRUIR SALUD, -DEMANDADO/A
90000000000 - OSPECON, -CODEMANDADO
20201781036 - CLINICA MAYO DE URGENCIAS MEDICAS CRUZ BLANCA S.R.L., -DEMANDADO/A
30716271648311 - DEF.DE NIÑEZ ADOL Y CAP REST. I Nom. C.J. CAPITAL
20341857857 - TPC COMPAÑIA DE SEGUROS, -CITADO EN GARANTÍA

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Juzgado en lo Civil y Comercial Común II

ACTUACIONES N°: 1960/11

H102024137084

JUICIO: "GONZALEZ JUAN DAMIAN c/ CLINICA MAYO (DE U.M.C.B. S.R.L) Y CONTRUIR SALUD (OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE LA CONSTRUCCION) s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. n° 1960/11

San Miguel de Tucumán,12 de marzo de 2024.

Y VISTO: Para resolver dictar sentencia de fondo en la presente causa judicial.

ANTECEDENTES:

El 07/07/2011 (fs. 03/05) se presenta el letrado Juan Alberto Campero en carácter de apoderado de Juan Damián González, DNI n° 30.498.495, y promueve demanda de daños y perjuicios en contra de la Clínica Mayo (de U.M.C.B. SRL) y Construir Salud (Obra Social del Personal de la Construcción).

Alega que la demanda tiene por objeto obtener de los demandados el resarcimiento económico-moral en virtud del fallecimiento de Verónica Elizabeth Ponce -esposa del actor-, DNI n° 32.200.195, ocurrido el 11/07/2009 en la Clínica Mayo, prestadora de la Obra Social accionada, al no recibir la atención adecuada a su patología de acuerdo al protocolo epidemiológico establecido por el Ministerio de Salud de la Nación para las personas incluidas en los grupos de riesgo, durante la epidemia de Gripe A en Argentina.

Relata que la esposa de su representado se encontraba en período de gestación y, según el parte estadístico, falleció por paro cardiorrespiratorio como consecuencia de falla orgánica múltiple debido a insuficiencia respiratoria. Expone que unos días antes, el 01/07/2009 dio a luz a su hija Zoe Agustina González, quien sobrevivió a la patología.

Indica que su mandante es afiliado a la Obra Social Construir Salud, y que según una noticia publicada en el diario La Gaceta la esposa de éste habría fallecido víctima de Gripe A. Describe que,

durante el embarazo, unos días antes del día del padre, Ponce empezó con problemas respiratorios, por lo que fue derivada de urgencia a la Clínica Mayo por la Dra. Nadia, médica de Familia que era prestadora de la obra social y atendía en esa fecha a la embarazada.

Dice que aproximadamente el 21/06/2009 acusaba una falta de oxígeno, recibe atención en dicha clínica, es nebulizada, posteriormente medicada y se la envía a su casa. Advierte que a esa fecha ya se encontraban vigentes las recomendaciones de los organismos de salud, que incluían a las embarazadas como grupo de riesgo, máxime si como la Sra. Ponce presentaban patologías respiratorias.

Describe que a partir de entonces los síntomas comenzaron a acentuarse (dolor de cuerpo, fiebre); que concurrían a la Clínica y el tratamiento era igual (nebulizar, aplicar Dexametasona y de vuelta a casa). No obstante ello, el padecimiento se mantenía. Refiere que, en su caso, el estado de la Sra. Ponce se mantenía, embarazada, con dolores y dormía apenas 4 o 5 horas, estaba inapetente y tomaba constantemente agua.

Describe que el miércoles siguiente, cuando consultaron a la Dra. Nadia, ésta manifestó que se trataba de una gripe y que no podía medicarla porque estaba embarazada, por lo que recomendó reposo. Añade que dos días después, cerca del fin de semana, el estado de salud de Ponce no mejoraba y a su padecimiento se sumó la tos. El 27/06/2009 el actor se comunica con la Dra. Nadia por vía telefónica y ésta le manifiesta que ella ya había dado el diagnóstico y que fuera a Clínica Mayo.

Continúa relatando que el 28/06/2009 ingresa a dicho nosocomio con el cuadro mencionado, por lo que debió ingresar en silla de ruedas; fue atendida y le manifestaron que no se trataba de Gripe "A", fue medicada y la enviaron de vuelta a su casa. Alega que el día lunes volvió a ingresar a Clínica Mayo porque cada vez estaba peor, y que el médico clínico recomendó ver a un neumonólogo. Refiere que siendo las 9.30 hs del 29/06/09 no había un médico de dicha especialidad en la guardia y que ni de la clínica ni de la obra social pidieron la presencia de uno, solo le daban turno para que la atendieran a fines de julio.

Enseña que después de insistir, ese mismo 29/06/2009, fue atendida y, cuando el neumonólogo la revisó, ordenó su urgente internación y preguntó por qué no la habían internado antes si era una paciente de riesgo. Manifiesta que el 01/07/2009 por la tarde, se comunicaron por el Sr. González por teléfono para informarle que iban a realizarle una cesárea a su esposa. Afortunadamente nació su hija Zoe, pero le comunicaron que el estado de salud de su esposa era grave.

Expone que el 05/07/2009 la mujer tiene el primer paro cardiorrespiratorio, del cual salió, pero manifestaron al actor que no tenía muchas chances de vida. Por los comentarios que escuchaba Gonzále, los pulmones se encontraban casi totalmente obstruidos por cuanto su enfermedad no fue tratada correctamente a tiempo. Indica que la Sra. Ponce ingresó en Unidad de Terapia Intensiva con respirador artificial y dormida, los pulmones tomados, con problemas cardíacos, presión alta y diálisis; fallece el 11/07/2009.

Atribuye responsabilidad a la Clínica como a la Obra Social alegando que acude allí por indicación de la obra social (cuyas prestaciones son de naturaleza cerrada); no recibió la atención adecuada a su estado y patología dentro del marco epidemiológico obligatorio establecido por los organismos de salud; tal negligencia en la aplicación de las normas de salud fue la que produjo el agravamiento de su estado de salud y posterior fallecimiento y que los demandados tenían los medios para evitar esta situación.

Funda la acción en derecho y ofrece prueba documental.

El 26/09/2013 (fs. 65/72) el letrado Juan Alberto Campero amplía demanda explicando que promueve demanda como apoderado de Juan Damián González, por su propio derecho y en representación de su hija menor de edad Zoe Agustina González.

Argumenta la responsabilidad de la obra social señalando que su mandante se encontraba obligatoriamente afiliado a Construir Salud y que, mediante las prestaciones ofrecidas por su cartilla, brindó la cobertura inadecuada a la situación de salud de la causante. Resalta que el sistema de prestaciones de la demandada es cerrado, por lo que el afiliado debe acudir a aquellos predeterminados que fueron previamente informados por la obra social. Consecuentemente, postula que la obra social direcciona la atención profesional y, por ello, asume responsabilidad cuando es deficitaria.

Reitera el relato de los hechos contenidos en la presentación del 07/07/2011 pero resalta- en relación a la atención de la Sra. Ponce por la Dra. Nadia que, encontrándose en avanzado estado de gravidez, la paciente no fue atenida por una especialista, sino por una médica de familia (médico clínico), lo que implicó la primera falla de la Obra Social.

Postula que una vez que la paciente es derivada como urgencia a la clínica prestadora del sistema de la obra social por la propia médica de Construir Salud, ingresa dentro del ámbito de responsabilidad de la codemandada.

Asimismo, destaca que el 29/6/2009 no había un especialista en neumonología en la guardia y que no se pidió la presencia de uno desde la clínica ni desde la obra social. Agrega que, pese a las recomendaciones, al estado de la paciente y situación patológica, inicialmente Ponce no fue internada a manera de prevenir el agravamiento y postula que ello originó un notable desmejoramiento que no pudo ser revertido.

Con cita de abundante doctrina y jurisprudencia, plantea que existió una actuación antijurídica del organismo de salud en tanto vulnera o trasgrede una obligación jurídica de abstenerse de una acción o demorar su realización, causando así daños a la salud de una persona. Indica que cuando se prestan servicios de salud, estando en juego la vida y la salud de una persona, si el prestador se abstiene y no adopta todas las precauciones que serían necesarias para que esa actividad no cause daño a los demás, queda incurso en responsabilidad.

Alega que la clínica no cumplió adecuadamente la obligación asumida toda vez que, frente a situaciones comunes o un factor de riesgo, no adopta las medidas extremas y necesarias preventivas a fin de evitar toda complicación posible o no tiene un sistema previsto para afrontar contingencias de su mettier. En este sentido, refiere que resulta injustificable que una clínica no tenga prevista un sistema de guardias activas y pasivas que permita en minutos hacer frente a una contingencia propia de la empresa.

Añade que el médico tenía el deber de actuar prudentemente en todo momento, pero sobre todo al diagnosticar; el error se convirtió rápidamente en un error de tratamiento y en pérdida de tiempos terapéuticos valiosos, con consecuencias letales y severamente dañosas. Dice que la omisión o tardanza en realizar y/o profundizar los estudios médicos necesarios para permitir conocer el verdadero estado clínico y evolución de la enfermedad de la víctima la privó de la probabilidad cierta y concreta de sobrevivir, constituyendo esta chance el daño resarcible.

Hace hincapié en el diagnóstico tardío debido a la falta de presencia del especialista, destacando que cuando el mismo interviene, la esposa del actor ya había ingresado con el mismo cuadro varias veces. Plantea que sea por desidia, temor a errar, exceso de confianza, subestimación de la dolencia del paciente, u otra razón se demoró injustificadamente la correcta determinación del

padecer de la enferma, perdiendo así posibilidades de curación, lo que a la postre le acarreó la muerte. Resalta que hubo, además, la administración de una terapéutica incorrecta, en sustitución de la que la dolencia padecida tornaba aconsejable.

Concluye que, en el caso, existieron una serie de factores combinados, que vulneraron la obligación legal de garantía de su mandante y costaron la vida de su esposa. Entre ellos, resalta: una obra social cerrada sin la cantidad de ginecólogos suficientes; una médica que toma a la ligera el caso, provocando un diagnóstico tardío; la falta de un especialista en enfermedades respiratorias y la falta de diligencia en convocar a uno ante el cuadro de agravamiento; la elusión de los protocolos epidemiológicos y recomendaciones de la autoridad sanitaria, ignorando que la paciente se encontraba en un grupo de riesgo.

Como medida de aseguramiento de prueba, solicita se requiera a la Clínica Mayo y a Construir Salud que presente en esta causa la historia clínica original de la paciente Verónica Elizabeth Ponce, DNI 32.200.195, y la de los médicos tratantes, cuyas autorizaciones hayan sido efectuadas, facturadas o asistidas por la obra social.

Finalmente, reclama indemnización por $550.000 por los siguientes rubros:

-Valor vida: pide por este concepto $250.000 a favor de Juan Damián González y Zoe González.

- Daño moral: solicita $100.000 para Zoe y $200.000 para Juan Damián.

Por proveído del 06/11/2013 (fs. 78) el entonces Juez Titular de este juzgado ordenó intimar a las demandadas a fin de que en el plazo de 72 horas remitieran la historia clínica original, así como también la de los médicos tratantes, cuyas autorizaciones hayan sido efectuadas, facturadas o asistidas por la obra social. Construir Salud fue notificado de dicho proveído el 18/11/2013 mediante cédula *55FUOPAM* (fs. 79), mientras que Clínica Mayo el 30/04/2014 por cédula *55XCLVZV* (fs. 138).

El 21/11/2013 (fs. 117) se presenta la letrada Estela del Valle Palacio en carácter de apoderada de Obra Social del Personal de la Construcción y acompaña copia fiel de historia clínica e informe de los médicos tratantes (fs. 84/113).

Por su parte, Clínica Mayo no aportó la documentación solicitada.

Corrido traslado de la demanda mediante cédula *55TTEXJW* el 11/08/2014 (fs. 142), el 21/08/2014 (fs. 153/154) se presentan los letrados Miguel Ángel Blanch y José Santiago Sarmiento en carácter de apoderados de Clínica Mayo de Urgencias Médicas Cruz Blanca SRL y solicitan se cite en garantía a TPC Compañía de Seguros SA con sustento en el seguro de responsabilidad civil profesional, póliza N°25535, lo que así dispuso el entonces Juez a cargo de este juzgado por proveído del 25/08/2014 (fs. 158).

Corrido traslado de la demanda mediante cédula *55NCRXVM* el 11/08/2014 (fs. 143), el 04/09/14 (fs. 284/289) la Obra Social del Personal de la Construcción (OSPECON) niega en general y en particular los hechos expuestos por el actor en su escrito de inicio y contesta la demanda, solicitando su rechazo.

Da su versión de los hechos manifestando que la paciente Verónica Elizabeth Ponce comienza su embarazo a los 22 años, con una fecha de última menstruación el 22/10/2008 y fecha probable de parto el 02/08/2009. Inicia sus controles de rigor con el ginecólogo Dr. Julio César Flores en el Cemap en Noviembre de 2008. Describe que tal como consta en las Notas de Evolución del Flores y la Dra. Nadia Soledad Ávila, Médica de Familia, la paciente realizaba todos los controles médicos

normales necesarios, requeridos por su embarazo, en el Cemap.

Refiere que la mujer presentaba como factor de riesgo sobrepeso (78 Kg). Detalla que es atendida por primera vez por el Dr. Julio César Flores el 24/11/2008, y que continuó los controles rutinarios con el Ginecólogo los días 03/12/2008, 15/12/2008, 17/12/2008, 07/01/2009, 27/01/2009, 17/02/2009, 16/03/2009: Los días 15/04/2009, 04/05/2009, 18/05/2009, 02/06/2009 es atendida por la Dra. Nadia Soledad Ávila.

Añade que el día 09/06/2009 comienza con presión arterial elevada en el control que le efectúa la Dra. Ávila y es derivada ese mismo día para ser revisada con el Dr. Flores, quien la médica con alfametildopa con buena respuesta y es controlada. El 10/06/2009 es revisada por el médico cardiólogo, Dr. Rodolfo Canelo, al igual que el 17/06/2009; los días 11/06/2009 y 18/06/2009 es atendida nuevamente por el ginecólogo Flores; el 22/06/2009 se reitera la presión arterial elevada en la paciente, por lo que es derivada el 24/06/2009 al Cardiólogo Dr. Canelo. Indica que todos los médicos y tratamientos son brindados con éxito en el CEMAP.

Continúa relatando que el día 25/06/2009 concurre la paciente a ver a la Dra. Nadia Ávila por decaimiento y fiebre (no constatada) más congestión nasal. La profesional asume el cuadro como Catarro de vía aérea superior e indica paracetamol y nebulizaciones citando a control a la paciente en 48 horas. El 27/06/2009 el marido de la paciente se comunica telefónicamente con la Dra. Ávila para informarle que la Sra. Ponce continuaba con decaimiento y supuesta fiebre, por lo que la deriva a Clínica Mayo. Argumenta que hasta ese momento su representada actuó con la debida responsabilidad del caso: se siguieron los protocolos del SIPROSA vigentes del año 2009 para los casos de gripe A en Tucumán, se evaluó a la paciente, se determinaron los riesgos, se la envió a su casa con tratamiento sintomático y ante la desmejoría se la derivó a segundo nivel para su evaluación en la Clínica Mayo.

Alega que desde el 27/06/2009 -última comunicación telefónica del esposo de la paciente con la Dra. Ávila- hasta el 01/07/2009 donde se solicita autorización para una cesárea programada, su mandante pierde contacto con la paciente.

Opone excepción de falta de legitimación pasiva argumentando que la parte actora no especifica en forma concreta cuál fue su participación en los hechos relatados toda vez que hubo prestaciones exclusivas de la Clínica Mayo SRL y la misma no es de propiedad de OSPECON y, pese a ello, accionó contra la obra social de manera principal cuando no tuvo actuación en los hechos invocados. Postula que OSPECON dio a la paciente la atención debida con el especialista ginecólogo y cumplió con el protocolo debido a la mujer embarazada, derivándola a la Clínica Mayo en tiempo oportuno.

Asimismo, plantea excepción de falta de acción aduciendo que la obra social no ha cometido infracción a la ley promulgada por el estado para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que los hechos invocados en la demanda habrían sido cometidos por entidades o facultativos que no pertenecen a OSPECON.

Reitera que la accionante no especifica en forma concreta y expresa en qué funda la solidaridad y postula que existen graves defectos en la demanda toda vez que no se mencionan en forma específica y clara los médicos que supuestamente cometieron la mala praxis y que tienen una relación directa con el fallecimiento de la Sra. Ponce. Agrega que la demanda no menciona tampoco de manera específica la existencia de una responsabilidad directa de la obra social, y que sólo menciona a la culpa "in eligendo et in vigilando", pero no a la culpa contractual o extracontractual, lo que tiene importancia en razón de que en la contractual se presume la culpa del deudor, mientras que en la extracontractual, debe ser probada por la actora.

Postula que OSPECON es una obra social de sistema abierto y que en 2009 contaba con dos clínicas de renombre a nivel provincial como prestadoras de servicios médicos: Clínica Mayo SRL y Sanatorio 9 de Julio SRL, por lo que la paciente tenía la facultad de elegir cualquiera de dichas instituciones, además de los consultorios propios con atención dentro del CEMAP.

Alega, además, que si bien la actora refirió a que la afiliación era obligatoria, omite referir que el beneficiario puede ejercer la opción de cambio a cualquier obra social (Decreto 9/93 y modif.) y que inclusive puede direccionar sus aportes a una prepaga a través de una obra social sindical.

Consecuentemente, niega que hubiere mediado un cercenamiento a la voluntad de elección.

Subsidiariamente, contesta la demanda manifestando que de la historia clínica acompañada surgen las actuaciones cumplidas por OSPECON y todas las atenciones que Verónica Ponce recibió de los especialistas médicos, lo que demuestra que se cumplió el protocolo para una paciente embarazada y tuvo una atención eficiente y diligente mientras estuvo a cargo del CEMAP. Puntualiza que la mujer si fue tratada por especialistas y recibió una atención adecuada que se ajustó al protocolo ya que la paciente fue derivada a la Clínica Mayo SRL el 27/06/2009 en razón de que correspondía una internación.

Alega que no existe nexo causal entre la conducta antijurídica que los actores endilgan a los médicos de la clínica por mala praxis y que no existió de su parte negligencia alguna que hubiera producido un agravamiento del estado de salud de la paciente con incidencia en su fallecimiento.

Señala que a su mandante no le constaba que se trataba de un paciente con Gripe A, no obstante, cumplió con el protocolo. Añade que nunca se acreditó que la mujer hubiere fallecido por ese flagelo.

En cuanto al reclamo indemnizatorio, plantea que contiene un déficit de fundamentación, resultando imposible de determinar cómo arriba a la suma demandada de $550.000.

Corrido traslado de las excepciones y de la planilla indemnizatoria, los actores la repelen en presentación del 24/10/2014 (fs. 294/296). En relación a las excepciones, argumentan que la relación sustancial se encuentra entablada entre el afiliado, la obra social y su prestadora en razón de que al afiliarse, el titular deposita en la obra social su confianza en la eficiente custodia de su salud, y si la obra social dispone que las prestaciones sean asistidas por determinada institución médica previamente contratada, confía en que ello ocurrirá y que cumplirá siempre con el debido control y las instrucciones protocolares de medicina que las normas, las disposiciones académicas y la "lex artis" indican para el cuidado de su estado. Alega que si eso no es así, esa confianza se quiebra y genera responsabilidad tanto de la entidad prestadora como de la propia obra social y que, ante la mala praxis de los profesionales que intervienen y la deficiencia en la atención del afiliado, queda comprometida la responsabilidad de la obra social, que responde por la mala praxis de los profesionales que ella contrata en razón del deber tácito de seguridad por la prestación adecuada del servicio.

Añade que por el hecho de que las obras sociales ofrezcan a sus afiliados la facultad de elegir la clínica dentro de una lista cerrada, hace que nazca la responsabilidad por los actos dolosos o culposos de los médicos individualmente y tácita de seguridad por la eficacia del servicio de salud.

En cuanto a la impugnación a los rubros de la planilla indemnizatoria, refiere que tratándose de una apreciación subjetiva, sujeta a prueba, es en la etapa probatoria que se demostrará el daño, quedando a criterio de esta Magistrada la determinación del monto en cuestión.

Por su parte, corrido traslado mediante Cédula Ley 220172 H102021477168 el 28/05/2015 (fs. 302), TPC Compañía de Seguros SA se apersona el 30/06/15 (fs. 334/342) por intermedio de su apoderado Dr. Juan Emilio Torres y contesta la citación en garantía peticionada por Clínica Mayo de Urgencias Médicas Cruz Blanca SRL. Reconoce la vigencia del seguro, Póliza 35.406, al tiempo de los hechos; da cuenta de la suma asegurada por evento, del límite global anual, denuncia la existencia de franquicia y pide aplicación de la ley 24.432.

Contesta demanda negando en general y particular los hechos y el derecho invocado por los actores y describe la secuencia de las prestaciones médicas brindadas a Verónica Elizabeth Ponce conforme la historia clínica. Señala que la paciente se internó en la Clínica Mayo el 30/06/2009 luego de ser evaluada por consultorios externos, con antecedentes de síndrome febril de 6 días de evolución; que la paciente, que cursaba un embarazo de 36 semanas, había consultado por su obra social, en donde había sido medicada sólo con antitérmicos. Al momento de su ingreso presentaba disnea y dolor, taquipnea, fiebre de 38.7°C e hipertensión. Fue evaluada a su ingreso por el Dr. Omar Alfredo Díaz, quien constató que la mujer presentaba roncus, crepitantes y soplo tubario, con una saturación del 89%. Solicitó laboratorio completo, nebulizaciones, aldomet e interconsulta con obstetricia, cardiología e infectología. Se realizó un diagnóstico de neumonía bilateral.

Añade que al día siguiente fue evaluada por el servicio de obstetricia, por el servicio de cardiología e infectología. La cardióloga señaló que la paciente presentaba una toxemia gravídica por lo que estaba medicada con Aldomet 500 mg cada 6 horas, internada por IRB e indicó control estricto de la presión arterial. Por su parte, el Dr. Fernández de infectología ordenó rotar el tratamiento antibiótico a Imipenen; derivar a la paciente al servicio de terapia intensiva; serología para HIV e hisopado para virus influenza H1N1. Se decidió, además, la realización de una cesárea de urgencia debido al estado de la paciente. Luego de la cirugía la mujer fue trasladada nuevamente al servicio de UTI en ARM (asistencia respiratoria mecánica) para su estricto control. El 02/07/2009 Ponce continuaba en ARM, en grave estado, pero hemodinámicamente estable. Presentaba hipoventilación bibasal a predominio izquierdo. Se realizó una radiografía de control que evidenció la presencia de infiltrados intersticial bilateral de tipo alveolar. Fue evaluada por infectología, que indicó comenzar en forma empírica con Tamiflú 75 mg cada 12 horas. Se consignó que la paciente se encontraba grave, con pronóstico reservado y así se le explicó a la familia.

El 03/07/2009 Ponce continuaba inestable, grave y con pronóstico reservado, sin respuesta a los tratamientos instaurados; el 04/07/2009 infectología indicó tratamiento con Imipenen, Vancimicina y Osetalmivir; el 05/07/2009 la paciente continuaba con mala evolución y mal estado general, se indicó forzar la diuresis y ventilación con presión positiva, presentó a las 21.30 hs un cuadro de hipotensión seguida de paro cardiorrespiratorio que respondió a maniobras de resucitación. La paciente continuó con mala evolución, sin responder a ninguno de los tratamientos instituidos. Finalmente, el 10/07/2009 a las 6.30 horass presentó un nuevo episodio de paro cardiorrespiratorio, no respondió a las maniobras de reanimación y falleció. El resultado del hisopado llegó el 31/07/09 informando la presencia de genoma del virus influenza H1N1.

En relación al relato efectuado por los actores, puntualiza que no existe constancia alguna de que Ponce hubiese sido atendida en la guardia de la Clínica Mayo el 21/06/2009, resaltando que en la historia clínica de ingreso se hizo constar que la paciente había consultado a través de su obra social y en ningún momento se hace mención a atenciones recibidas en la guardia de la clínica hasta el día en que se decidió su internación. El único control realizado por la paciente en la Clínica Mayo habría sido el 23/06/2009 por el servicio de ginecología al presentar hipertensión gestacional. Así las cosas, alega desconocer las atenciones previas al 30/06/2009.

Respecto de la causa de fallecimiento, recuerda que en el invierno de 2009 en Argentina se constató una epidemia de Gripe A (H1N1) con una alta tasa de mortalidad, sin que en ese momento existiese una vacuna preventiva. Por tal motivo, refiere que desde las 24 horas de su ingreso la paciente recibió tratamiento con Osetalmivir, antiviral específico contra la gripe A y siguiendo los protocolos establecidos en ese momento para el tratamiento del cuadro.

Reseña la evolución del virus en nuestro país y resalta que al 24/07/2009 se habían confirmado 206 muertes atribuidas al virus y que se quintuplicó la demanda hospitalaria habitual, registrando la epidemia el pico máximo en la semana del 28/06/2009 al 04/07/2009. Sostiene que a pesar de que se trató por todos los medios de contener la pandemia e implantar los tratamientos correspondientes, muchos pacientes fallecieron.

En el caso particular de Verónica Ponce, sostiene que su cuadro había comenzado con una infección neumónica de tipo bacteriana y, además, se encontraba cursando una gesta de 36 semanas con hipertensión gestacional, lo cual la convertía en población de riesgo y aumentaba las posibilidades de padecer un desenlace fatal de la enfermedad.

Postula, en conclusión, que la atención dispensada a la paciente no merece reproches.

En presentación del 03/07/15 (fs.344/352) contesta la demanda Clínica Mayo de Urgencias Médicas Cruz Blanca SRL en idénticos términos que la aseguradora citada en garantía, a los que me remito.

El 25/08/2015 (fs. 357) la Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de la 1° Nominación toma intervención de ley en el carácter de representante complementaria de la niña Zoe Agustina González.

Abierta la causa a prueba por proveído de 01/09/2015 (fs. 358), las mismas fueron ofrecidas y producidas por las partes, conforme da cuenta el informe de la Actuaria del 13/12/2017 (fs. 840). Agregados los alegatos presentados por los actores el 04/04/2018 (fs. 848/851), OSPECON el 07/05/2018 (fs. 853/858) y TPC Compañía de Seguros SA el 23/05/2018 (fs. 860/862); practicada planilla fiscal el 29/06/2018 (fs.865), siendo oblada la misma por la obra social accionada (fs. 870/871) y los actores (fs. 873/874) y habiendo la DGR tomado conocimiento del incumplimiento por parte de Clínica Mayo y TPC Compañía de Seguros SA(conforme presentación del 06/06/2010-fs.886), el 28/06/2019 el entonces Juez a cargo de este Juzgado ordena la presente causa pase a despacho para dictar sentencia.

Habiendo asumido el 17/08/2022 como Jueza Titular a cargo de este juzgado, por decreto del 09/09/2022 hago conocer dicha circunstancia a las partes en mérito a lo dispuesto en el 5° párrafo del art. 14 CPCCT. No mediando planteo alguno, me encuentro habilitada para dictar sentencia en esta causa.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

1. Las pretensiones. Los hechos. Juan Damián González, por derecho propio y en representación de su hija menor de edad Zoe Agustina González promueve demanda reclamando la reparación de los daños y perjuicios que sufrieron a consecuencia del fallecimiento de Verónica Elizabeth Ponce-esposa y progenitora de los actores respectivamente- ocurrido en fecha 11/07/2009 en la Clínica Mayo, prestadora de la Obra Social del Personal de la Construcción. Responsabiliza de su deceso a los demandados argumentando que no brindaron a la paciente la atención adecuada a su patología de acuerdo al protocolo epidemiológico establecido por el Ministerio de Salud de la Nación para las personas incluidas en los grupos de riesgo durante la epidemia de Gripe A en Argentina. Plantea que ello provocó el agravamiento del estado de salud de la Sra. Ponce, que no pudo luego ser

revertido y la llevó a su deceso.

Postula que el fallecimiento tuvo lugar por una serie de factores combinados que implicaron la vulneración de la obligación legal de garantía que incumbía a los demandados. Entre ellos resalta: una obra social cerrada sin la cantidad de ginecólogos suficientes; una médica de familia que ante el cuadro respiratorio de la paciente la deriva la a urgencias de la Clínica Mayo; la guardia de dicho establecimiento que toma a la ligera el caso, nebuliza, medica y envía a su casa a la paciente, pese a que las recomendaciones del Ministerio de Salud indicaban que las embarazadas eran grupo de riesgo; el diagnóstico tardío a raíz de la errada terapéutica administrada y la falta de oportuna intervención de un especialista; la falta de un especialista en enfermedades respiratorias en la guardia del nosocomio y la falta de diligencia en convocar a uno ante el agravamiento del cuadro.

Por su parte, la Obra Social accionada opuso defensas de falta de legitimación pasiva y falta de acción argumentando que los actores no especifican en forma concreta cuál fue la participación de la obra social en los hechos, en tanto hubo prestaciones exclusivas de la Clínica Mayo SRL que no es de propiedad de OSPECON. Indica que si bien los actores le atribuyen culpa "in eligendo et in vigilando", OSPECON es una obra social de sistema abierto que en 2009 contaba con dos clínicas de renombre a nivel provincial como prestadoras de servicios médicos: Clínica Mayo SRL y Sanatorio 9 de Julio SRL, por lo que la paciente tenía la facultad de elegir cualquiera de dichas instituciones, además de los consultorios propios con atención dentro del CEMAP.

Subsidiariamente, repelió la demanda negando la responsabilidad que los actores pretenden atribuirle y aseverando que OSPECON actuó con la debida responsabilidad del caso, afirmando que siguieron los protocolos del SIPROSA vigentes del año 2009 para los casos de gripe A en Tucumán; se evaluó a la paciente; se determinaron los riesgos; se la envió a su casa con tratamiento sintomático y, ante la desmejoría, se la derivó a segundo nivel para su evaluación en la Clínica Mayo.

Agrega que no existe nexo causal entre la conducta antijurídica que los actores endilgan a los médicos de la clínica por mala praxis y que no existió de su parte negligencia alguna que hubiera producido un agravamiento del estado de salud de la paciente con incidencia en su fallecimiento. Añade que nunca se acreditó que la mujer hubiere fallecido por Gripe A.

A su turno, TPC Compañía de Seguros SA y Clínica Mayo SRL niegan su responsabilidad en el hecho y repelen la demanda alegando que la paciente se internó en la Clínica Mayo el 30/06/2009 luego de ser evaluada por consultorios externos, con antecedentes de síndrome febril de 6 días de evolución. Resaltan que no existe constancia alguna de que Ponce hubiese sido atendida en la guardia de la Clínica Mayo hasta el día en que se decidió su internación, constando en la historia clínica de ingreso que la paciente manifestó que había consultado a través de su obra social, por lo que desconocen las atenciones previas a esa fecha.

Postulan que la atención dispensada a Verónica Ponce no merece reproche; que su cuadro había comenzado con una infección neumónica de tipo bacteriana y, además, se encontraba cursando una gesta de 36 semanas con hipertensión gestacional, lo cual la convertía en población de riesgo y aumentaba las posibilidades de padecer un desenlace fatal de la enfermedad.

Respecto de la causa de fallecimiento, recuerdan que en el invierno de 2009 en Argentina se constató una epidemia de Gripe A (H1N1) con una alta tasa de mortalidad; que no existía en ese momento vacuna preventiva, por lo que desde las 24 horas de su ingreso la mujer recibió tratamiento con el antiviral específico contra la gripe A y se siguieron los protocolos establecidos en ese momento para el tratamiento del cuadro. Alegan que, pese a que se trató por todos los medios de contener la pandemia e implantar los tratamientos correspondientes, muchos pacientes

fallecieron.

De lo expuesto y conforme los términos en que ha quedado trabada la litis, tengo que no se encuentra controvertido que Verónica Elizabeth Ponce haya sido atendida en CEMAP, por la Dra. Nadia Ávila, y derivada a la Cínica Mayo SRL con motivo de las afecciones respiratorias que la aquejaron cuando se encontraba atravesando la semana 36 embarazo. Tampoco que discute que se encontraba afiliada a la obra social demandada, que fue atendida por los galenos Nadia Ávila y por los médicos de Clínica Mayo SRL, ni que la paciente falleció el 11/07/2009, encontrándose internada en dicho nosocomio.

Por el contrario, la controversia se centra en la idoneidad de la atención médica recibida por parte de la médica de la Obra Social; el momento en que comenzó a intervenir la Clínica Mayo SRL y el tratamiento médico inicialmente dispensado en dicho nosocomio, en tanto los actores alegaron que la paciente concurrió en diversas oportunidades a la guardia de la clínica donde se limitaron a nebulizarla, medicarla y enviarla a casa, mientras que la clínica y su aseguradora desconocen tales circunstancias y alegan que la primera intervención fue con la internación el 30/06/2009; la causa del deceso, la incidencia de la asistencia médica recibida en tal desenlace; y con ello la responsabilidad que pudo caber a las demandadas en la atención médica brindada y, en su caso, la existencia de los daños invocados y su cuantía. Hechos controvertidos sobre los que deberá versar la prueba, a lo que me referiré en lo que sigue, para finalmente determinar si surgen acreditados los presupuestos fácticos y jurídicos necesarios para la procedencia de la acción intentada.

2. Ley aplicable. Trabada la litis del modo expuesto, antes de abordar la cuestión de fondo, dejo sentado que si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), los hechos ventilados en el sub lite y por ende la constitución de la obligación de reparar, han acaecido durante la vigencia del Código Civil derogado. Por consiguiente -y con excepción de ciertas normas puntuales de la nueva legislación que resultan inmediatamente aplicables -según se expondrá en cada caso- la cuestión debe juzgarse a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultra actividad en este supuesto (cf. art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación; vid. Roubier, Paul, Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps, Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158). Así lo declaro, no sin antes dejar sentado que la conclusión a la que arribo no empece a que la nueva legislación sea considerada como un trascendente aporte a la interpretación y resolución del caso como fuente no formal, pues refleja de un modo más actual los principios y valores jurídicos de nuestra sociedad que no pueden soslayarse.

3. Encuadre jurídico. Viene al caso resaltar que para la procedencia de la presente acción, basada en la responsabilidad civil, es necesario que se encuentren cumplido cuatro presupuestos: 1.- el incumplimiento objetivo o material, que consiste en la infracción a un deber jurídico, sea mediante el incumplimiento de la palabra empeñada en un contrato, sea a través de la violación del deber general de no dañar; 2.- un factor de atribución de responsabilidad, esto es, una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor. Tal factor de atribución puede ser subjetivo u objetivo; 3.- el daño, que consiste en la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento jurídicamente atribuible y 4.- una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, es decir que pueda predicarse del hecho que es causa (fuente) de tal daño (cfr. Alterini A. A., Derecho de Obligaciones, Abeledo Perrot, 1995, pág. 158).

A su vez, conforme ha quedado trabada la litis y en virtud de los hechos invocados, tengo para mí que en el caso nos hallamos frente a una acción de daños y perjuicios promovida por el cónyuge y la hija de la mujer de edad de una mujer fallecida, a título de damnificados indirectos (arts.1.078 y

1.079 CC y 1.738/ 1.741 CCCN), siendo de aplicación los principios de la responsabilidad extracontractual, más propiamente responsabilidad civil por actos o hechos ilícitos (cf. arts. 1078. CC y 1.741 CCCN y cc.).

En efecto, esa responsabilidad del establecimiento asistencial y la obra social por el perjuicio causado a los damnificados indirectos a raíz de la muerte de la paciente no derivan del incumplimiento de un contrato, sino del hecho ilícito consistente en haber provocado dicho deceso, de modo que la pretensión debe considerarse ejercida *iure propio* y no *iure hereditatis*. Ello así, en tanto los herederos son ajenos al vínculo contractual que se concertó entre su antecesor y la clínica o la obra social. El contrato que se hubiere celebrado es *res inter alios* para los herederos, por lo que éstos sólo pueden demandar el pago de los daños y perjuicios que por la muerte del causante ellos han sufrido como damnificados indirectos por la mala praxis (conf. Casiello, Juan J., "Responsabilidad de las clínicas y de las obras sociales por mala praxis médica", LL 1995-E-50).

Entonces, como señalé precedentemente, cuando -como en el caso- quien reclama indemnización es el viudo, por si y en representación de su hija, respecto de la esposa y madre, la responsabilidad de que se trata posee naturaleza extracontractual. La clínica es deudora de un crédito a la seguridad, cuestión indiscutible en el ámbito contractual, pero que no parece tan clara en el terreno extracontractual. Empero, puede sostenerse que existe una prolongación de la obligación de seguridad al ámbito extracontractual o bien que el contrato pasado en vida por el causante con la clínica, donde ésta asume -como propio- un deber médico eficiente, ha sido un medio extracontractual de perjudicar a terceras personas en los términos de los arts. 1109 , 1113 y ss. (conf. Bueres, Alberto, "Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos", p. 37).

En este marco, considero que para determinar la responsabilidad del establecimiento médico y de la obra social resulta ineludible indagar si medió un incumplimiento de la obligación de garantizar un deber médico eficiente. Ello así en tanto tal incumplimiento integra, en el ámbito extracontractual, la acción antijuridica.

Entonces, para analizar la responsabilidad que pudo caber a las accionadas, necesariamente habré de indagar si el fallecimiento de la paciente obedeció a la deficiencia de la prestación que a ésta le era debida por las accionadas. Ello me exige, a su vez, evaluar la actuación de los distintos facultativos médicos que intervinieron y la diligencia dispensada en orden a determinar si, como debían, pusieron a disposición de Verónica Elizabeth Ponce todo cuidado, sapiencia y conocimiento para el logro de la curación esperada (Cfr. Pérez de Leal, Responsabilidad Civil del Médico. Tendencias Clásicas y Modernas, Ed. Universidad, 1995, pág. 68 y ss).

A su vez y como se ha señalado, el análisis de los daños atribuidos a un establecimiento asistencial, cuando son demandados por los herederos del paciente fallecido, debe realizarse a partir de una presunción de culpabilidad del médico u hospital, pero éstos se liberarán si demuestran haber actuado con diligencia - arts. 512 y 902, Cód. Civil -, sin que ello importe una derogación del régimen legal de la carga de la prueba en el que el actor es quien debe poner los datos fácticos para que los magistrados, basados en el criterio de probabilidad, extraigan por deducción empírica una culpa de manera indirecta (CNCiv., Sala D, 16/04/01, “F. A. c/ Centro Ortopedia Traumatología”, RCyS, 2002-II-74) (Trigo Represas - Lopez Mesa, Tratado de la Responsabilidad Civil, 2ª edicion actualizada y ampliada, págs. 1276/1277).

Sentado el marco normativo bajo el cual analizaré el caso, en lo que sigue corresponde, en primer lugar, abordar las defensas de falta de acción y falta de legitimación pasiva interpuestas por la obra social y, en segundo término, ingresando ya a la cuestión de fondo, constatar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil (daño, relación causal, antijuridicidad y factor de atribución)

invocados en la presente causa, lo que me remite necesariamente al análisis del cuadro fáctico y de las pruebas arrimadas a este proceso.

4. Defensa de falta de acción. Establecido el encuadre jurídico, corresponde analizar la legitimación del demandado en este proceso antes de ingresar a la cuestión de fondo; ello, en razón de que la falta de acción -*sine actione agit*- hace a la calidad de obrar (*legitimatio ad causam*), a la titularidad del derecho sustancial y es un requisito para la admisibilidad de la acción, previo al análisis de fundabilidad o procedencia de la pretensión.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de nuestra Provincia ha señalado que, “la falta de acción constituye un defecto sustancial de la pretensión que debe ser siempre verificada por el juzgador. El examen de los requisitos de admisibilidad constituye una cuestión necesariamente previa al correspondiente a la fundabilidad ya que sólo si la pretensión resulta admisible, recién queda expedito el acceso a la averiguación de su contenido y, por ende, habilitado competentemente el órgano judicial para el análisis y consecuente pronunciamiento sobre su fundabilidad” (CSJT, sentencia N° 271 del 23/04/2002 “Arias Pedro Miguel y otro c/ Arias Víctor Sebastián s/ Acción de despojo”).

La legitimación procesal es el requisito en virtud del cual debe mediar coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y aquéllas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva), respecto de la materia sobre la cual el proceso verse.

Y, la ausencia de legitimación tanto activa como pasiva torna admisible la llamada defensa de falta de acción, lo que debe ser examinado en oportunidad de dictar sentencia definitiva, previamente al estudio sobre la fundabilidad de la pretensión (cfr. Palacio, Lino E., 'Derecho Procesal Civil', T. I°, Abeledo Perrot, pág. 406 y siguientes). Defensa que se configura cuando alguna de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se basa la pretensión.

En el caso, Construir Salud señala que no ha cometido infracción a la ley promulgada por el estado para proteger la seguridad de los ciudadanos y que los hechos invocados en la demanda habrían sido cometidos por entidades o facultativos que no pertenecen a OSPECON.

La defensa interpuesta por la codemandada no habrá de prosperar en tanto el vínculo que unía a la codemandada con Verónica Elizabeth Ponce fue reconocido en razón del contrato de obra social que los unía y que, con motivo de la enfermedad que aquejaba la afiliada, recibió ciertas prestaciones médicas al amparo de dicha cobertura de salud, por lo que ello funda la legitimación de la Obra Social para estar en el presente juicio en el que los actores reclaman el cobro de una indemnización por los daños que habrían sufrido como consecuencia del fallecimiento de Verónica Elizabeth Ponce -cónyuge y progenitora, respectivamente-, atribuyendo su desenlace fatal a la deficiente asistencia médica recibida por parte Construir Salud y Clínica Mayo. Ello, claro está, con independencia del análisis de fundabilidad de la pretensión que corresponde realizar al juzgar la responsabilidad.

5. Carga probatoria. Antes de abordar la responsabilidad, estimo pertinente dejar sentado que en materia de responsabilidad médica la doctrina y jurisprudencia han sostenido que en principio es el damnificado quien debe acreditar la culpa que imputa al médico o a la clínica en el desarrollo de su tratamiento o en la realización de la intervención quirúrgica, demostrando la existencia de negligencia o de errores de diagnóstico o de tratamiento. (Conf. SALVAT-ACUÑA ANZORENA, Hechos ilícitos, p. 315, núm.2988; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría General de la responsabilidad Civil, núm. 1380 y Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión, LA LEY 1976-C-63; HALPERIN, Isaac, La responsabilidad civil de los médicos por faltas

cometidas en el desempeño de su profesión, LA LEY, T. 1, p. 217; ALSINA ATIENZA, D. La carga de la prueba en la responsabilidad del médico, J.A.l 1958-III-p. 587; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, 1, segunda edición, p. 84).

Empero, dicha carga se encuentra relativizada en esta materia en virtud de que el médico, el establecimiento médico y la obra social se encuentran en mejores condiciones que el damnificado indirecto de aportar la prueba sobre la realidad de lo ocurrido en el aspecto médico. Por ello, la falta de colaboración en tal sentido constituirá una presunción a tener en cuenta.

Es decir que los demandados no están liberados de la carga de aportar elementos acreditatorios tendientes a demostrar que han actuado con la pericia que el caso requería y de acuerdo a las reglas de su arte, toda vez que se hallan en mejor situación o condición de aportar pruebas en el sentido señalado, siendo la conducta omisiva un factor significativo de valoración.

Igualmente es aceptada la posibilidad de recurrir a la prueba de indicios y presunciones hominis o judiciales (Conf. BUERES Alberto, “Responsabilidad de los médicos”, Ed. Hammurabi; CALVO COSTA, Carlos Alberto, “La carga de la prueba en la responsabilidad médica y las presunciones judiciales”, Rev. De Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley, Año IV, N° 4, julio-agosto 2002).

Ahora bien, en atención a que en el caso los accionantes son los herederos de la paciente fallecida la situación es diversa. En este sentido, se ha señalado que el análisis de los daños atribuidos a un establecimiento asistencial, cuando son demandados por los herederos del paciente fallecido, debe realizarse a partir de una presunción de culpabilidad del médico u hospital, pero éstos se liberarán si demuestran haber actuado con diligencia - arts. 512 y 902, Cód. Civil -, sin que ello importe una derogación del régimen legal de la carga de la prueba en el que el actor es quien debe poner los datos fácticos para que los magistrados, basados en el criterio de probabilidad, extraigan por deducción empírica una culpa de manera indirecta (CNCiv., Sala D, 16/04/01, “F. A. c/ Centro Ortopedia Traumatología”, RCyS, 2002-II-74) (Trigo Represas - Lopez Mesa, Tratado de la Responsabilidad Civil, 2ª edición actualizada y ampliada, págs. 1276/1277).

6. Las pruebas. En el contexto fáctico reseñado y atento la imputación efectuada por los actores respecto al desempeño de los demandados al que atribuyen incidencia decisiva en el desenlace del fallecimiento de Verónica Elizabeth Ponce, estimo adquieren particular relevancia la historia clínica, las recomendaciones efectuadas por el Ministerio de Salud de la Nación y de la provincia de Tucumán para abordar la pandemia provocada por la Gripe A y la prueba pericial médica llevada a cabo en este juicio en tanto estos elementos resultan dirimentes en orden a dilucidar si la actuación de las accionadas se ajustaron a la que era dable exigir en las concretas circunstancias del caso y, en su caso, para determinar su incidencia en el fallecimiento de Verónica E. Ponce.

Así, estimo importante tener en cuenta lo informado por el **Director de Epidemiología del SIPROSA** (ver fs. 449/450 del expediente papel), en tanto refirió que ante la situación de circulación del virus gripal el órgano directriz a nivel Nacional fue el Ministerio de Salud de la Nación, y que la provincia de Tucumán adhirió a sus lineamientos. En Tucumán las recomendaciones surgieron de la mesa de trabajo del grupo "Estrategia de Gestión Integrada de Enfermedad Tipo Influenza" integrado por diversos organismos del SIPROSA constituido en comité de emergencia que, además, trabajó en la adecuación de las recomendaciones nacionales a las características propias de esta provincia.

El funcionario aclaró, asimismo, que por carecer de estudios epidemiológicos previos, al tratarse de un nuevo virus gripal en el mundo, las primeras recomendaciones estuvieron orientadas a la implementación de medidas generales de protección de enfermedades respiratorias; no hubo un "Protocolo Epidemiológico" como tal sino recomendaciones sucesivas a medida que iba cambiando la situación epidemiológica y fuera generándose y actualizándose el conocimiento sobre el

comportamiento de la epidemia en el país y el mundo. En consecuencia, fueron actualizándose recomendaciones destinadas a diversos actores (comunidad, servicios de salud, laboratorio, vigilancia epidemiológica, etc.) orientadas a la prevención y tratamiento de la enfermedad.

En lo relativo al tratamiento, el funcionario indicó que la atención de los casos con "Enfermedad Tipo Influenza" (ETI) fue y es básicamente ambulatorio y el tratamiento fue y es sintomático. Dijo que las ETI, incluyendo H1N1, no tienen tratamiento específico; no obstante, se empleó el antiviral "Oseltamivir" debido a los beneficios mostrados cuando el mismo se emplea en los primeros días de la enfermedad. Añadió que todas las manifestaciones clínicas y complicaciones de la enfermedad respiratoria (casos con criterio de internación), se recomendaron tratar según la gravedad del paciente, conforme a los protocolos internos de cada establecimiento de salud y según criterio del profesional a cargo, al tratarse de tratamiento sintomático.

En cuanto a los estudios de laboratorio para virus respiratorio, incluida gripe, alega que se realizó y se realiza solamente para vigilancia epidemiológica y no para diagnóstico específico de cada paciente con sospecha. Añadió que durante 2009 se realizó toma de muestra para laboratorio a un 8,5% de los pacientes afectados por ETI, conforme a las recomendaciones vigentes para toma de muestra; y que **la toma de muestra** cuando cumple criterio -primeros 3 días de inicio de síntomas, de ser posible- solamente **fue indicado para grupos de riesgo**, y en el resto de los casos de ETI, mediante un muestreo (el resaltado me pertenece).

En relación a los grupos de riesgo, el funcionario señaló que su determinación se hizo en base a lineamientos nacionales, y que los grupos fueron: inmuno comprometidos o que padezcan enfermedades oncológicas o enfermedades que le provoquen inmuno supresión o patologías cardíacas crónicas, diabetes o afecciones respiratorias crónicas, y que también se incluyó como **grupo de riesgo a embarazadas** y al personal de salud (el resaltado me pertenece).

Asimismo, consta la **Alerta Epidemiológica** emitida el **17/06/2009** por la Dirección de Epidemiología del Ministerio de Salud de la Nación (ver fs. 465/472 del expediente papel). Por su pertinencia al caso destaco que en la misma se informó que un aspecto **preocupante** era la pauta observada de una mayor concentración de los **casos graves y las defunciones entre** la **población joven**, incluidas personas previamente sanas y personas con afecciones preexistentes o **embarazadas** (el resaltado me pertenece). Dicha alerta distinguía dos categorías de transmisión: áreas con transmisión extensa y áreas sin transmisión extensa y, por tanto, la definición de caso sospechoso, las recomendaciones de tratamiento, diagnóstico, etc. variaban de acuerdo a dicha circunstancia. Tucumán se encontraba dentro de las áreas sin transmisión extensa y, por tanto, en la provincia constituía un **caso sospechoso** el de toda persona que presentara enfermedad respiratoria aguda febril (mayor a 38°C) en un espectro que va de enfermedad tipo influenza a neumonía y que presentara síntomas dentro de los 7 días posteriores a la fecha de su salida de zonas afectadas con transmisión humano-humano sostenida, o bien, presentara síntomas dentro de los 7 días a haber tenido contacto estrecho con un caso confirmado o sospechoso de influenza A H1N1.

En cuanto a los estudios virológicos, sólo se debía realizar a los casos sospechosos y a contactos sintomáticos de casos sospechosos. El tratamiento con oseltamivir quedaba restringido a todo caso sospechoso, dentro de las 48 horas de iniciados los síntomas, y en todos los casos, se debía indicar aislamiento domiciliario por 7 días a partir del inicio de los síntomas, o más, si estos persistían.

En el anexo 2 USO DE OSELTAMIVIR Y ZANAMIVIER EN MENORES DE 1 AÑO Y EN EMBARAZADAS REVISION ANMAT se indicó que se debía iniciar el tratamiento con dichos medicamentos **tan pronto como fuera posible después de la aparición de los síntomas**, **obteniéndose los mayores beneficios si se comenzaba el tratamiento dentro de las 48 horas** (el resaltado me pertenece).

La posología recomendada para el tratamiento y profilaxis en mujeres embarazadas era la misma que para los adultos: **oseltamivir 75 mg dos veces al día o zanamivir 10 mg dos veces al día** (el resaltado me pertenece)**.**

No consideraré las recomendaciones contenidas en el Plan de Contingencia para ETI del **03/07/2009** del SIPROSA, Ministerio de Salud Pública de Tucumán acompañado a fs. 481/503 en tanto el misma data del 03/07/2009. Es decir, resulta posterior a la aparición de los síntomas e inclusive a la internación de la Sra. Ponce.

En lo que sigue, analizaré el tratamiento médico dispensado a Verónica E. Ponce en orden a dilucidar si el mismo resultó adecuado, teniendo especialmente en cuenta las recomendaciones precedentemente referidas. Para ello, considero de vital importancia la evidencia resultante de las historias clínicas y antecedentes médicos.

Al respecto, advierto especialmente que como medida de aseguramiento de prueba los actores solicitaron se requiriera a las accionadas la remisión de la historia clínica original, así como también la de los médicos tratantes. Conforme lo ya señalado Construir Salud fue notificado de dicha providencia el 18/11/2013 y presentó copia fiel de historia clínica e informe de los médicos tratantes a fs. 84/113 del expediente papel.

Por su parte, Clínica Mayo el 30/04/2014 fue notificada por cédula. No obstante, no aportó la documentación solicitada. Tampoco la acompañó como prueba documental en oportunidad de contestar la demanda, sino que se limitó a ofrecer "la Historia Clínica de Internación de la Sra. Ponce Verónica en la Clínica Mayo de fecha 03/07/09" señalando que "la misma se encuentra agregada por la actora en el expediente del epígrafe". Ahora bien, compulsada dichas copias con las obrantes en el legajo presentado por la obra social, resulta claro que las mismas se encuentran incompletas. En tal sentido, señalo que el incumplimiento incurrido por la demandada de acompañar dicha documentación no pasa inadvertido y será ponderado más adelante.

Así las cosas, las únicas constancias documentales existentes que refieren a la actuación médica dispensada por Clínica Mayo son las que obran a fs. 48/54 y en el legajo presentado por la Obra Social y su aseguradora.

En lo pertinente a los hechos controvertidos en esta causa, tengo para mí que de las copias de las notas de evolución aportadas por Construir Salud a fs. 90 emana que el **25/06/2009** la paciente fue examinada por la Dra. Ávila a quien que la mujer le refirió decaimiento, fiebre (no constatada) y congestión, haciendo constar la experta que la paciente le dijo que "amaneció así hoy". La médica constató que la mujer se encontraba afebril, presentaba congestión de fosas nasales, tenía buena entrada de aire bilateral, rates gruesos aislados y le indicó paracetamol de 1gr cada 8 horas y nebulizaciones con solución fisiológica, con control en 48 hs.

La siguiente anotación en las notas de evolución lleva fecha del **01/07/2009** y refiere a una autorización conferida por la obra social.

No obstante, entre la documental aportada por la Obra Social consta una nota extendida en un formulario médico- no firmado- que reza "El marido de la paciente se comunicó telefónicamente conmigo el día **27/07/09** comunicándome q' la pte continuaba c/ fiebre y decaimiento x lo cual indico concurrir a Clínica Mayo" (fs. 91).

A continuación, en el legajo médico presentado por Construir Salud consta la historia clínica de admisión en la Clínica Mayo el **30/06/2009** (fs. 92/94 del expediente papel) y hoja de evolución (fs. 95/96 del expediente papel), ambas extendidas por el Dr. Omar Alfredo Díaz, Médico Neumonólogo.

En las mismas el facultativo consignó que la paciente fue evaluada en esa fecha en consultorio con antecedente de síntoma febril con 6 días de evolución con consulta en obra social, recibiendo sólo tratamiento con antitérmico y que al momento presentaba 38,7°C.

En este punto estimo pertinente resaltar que, a pesar de encontrarse controvertido en el caso que la esposa del actor hubiese concurrido a la guardia de la Clínica Mayo con anterioridad al 30/06/09, y pese a serle requerido como medida de aseguramiento de prueba, el nosocomio demandado no aportó a la presente causa en esa oportunidad la historia clínica que hubiera permitido dilucidar este extremo. A su vez y conforme lo arriba demandado al contestar la demanda ofreció como prueba documental la historia clínica presentada por la actora que, conforme lo advertí precedentemente, se encuentra incompleta.

Finalmente, tengo presente que si bien el 22/03/2016 el letrado Blanch contestó oficio *55DLTMCT* acompañando copias de la historia clínica, no puedo soslayar que se le requirió únicamente la historia clínica **de internación** ofrecida como prueba por la aseguradora citada en garantía (fs. 801).

En este punto, resalto la gravedad incurrida por la Clínica en su omisión de aportar la Historia Clínica completa de la paciente en razón de que, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, este documento tiene crucial importancia en litigios donde se ventilan casos de responsabilidad médica, pues contiene los antecedentes del paciente y las distintas secuencias de la atención brindada, documentando cada una de las prácticas a las que se le somete. Por ende, presenta singular valor probatorio sobre el curso de los acontecimientos que rodearon a la prestación médica. Los registros y anotaciones que allí se consignan no son tareas administrativas sino profesionales, y deben ser rigurosas y precisas, pues los errores u omisiones en principio deberán ser serán soportados por sus responsables (“V. M. O. vs. S. s/daños y perjuicios”, sentencia N° 8 del 16-02-11).

En tal contexto, la falta de colaboración de quien resulta un mero guardián de tan importante documento, constituye un indicio grave en contra de la posición fáctica sustentada por la clínica codemandada que, valorado conjuntamente con el relato de los hechos efectuado por la Obra Social codemandada, la constancia documental de fs. 91, y la inexistencia de cualquier otra evidencia en contrario, me persuaden de que la Sra. Ponce efectivamente concurrió a la Guardia de la clínica coaccionada.

Sentado ello, tengo en cuenta que según emana de la copia del certificado de defunción acompañado (ver fs. 55 del expediente papel), suscripto por el Dr. Sergio Guillermo Martínez, la causa del fallecimiento fue paro cardiorrespiratorio debido a falla orgánica múltiple ocasionada por insuficiencia respiratoria.

En este punto, advierto que el dictamen pericial del Dr. Juan Carlos Perseguino, presentado el 21/03/2017 (fs. 706/710) resulta concluyente en cuanto, valorando desde la perspectiva médica la actuación de las instituciones- según fue plasmada en los antecedentes precedentemente referidos- indica que el cuadro infeccioso de la paciente evolucionó de manera grave; que el tratamiento antitérmico indicado por la Dra. Ávila con Paracetamol fue adecuado teniendo en cuenta su estado de embarazo, pero que imperando un estado de epidemia de Gripe A en ese momento, debería haberse indicado tratamiento con Oseltamivir. Alega que según estudios del Departamento de Epidemiología y Bioestadística de University of Georgia que ha analizado la eficacia de la droga, el Tamiflu disminuye los síntomas de la gripe más o menos en un día; funciona impidiendo que las células infectadas estallen y liberen así el virus de la gripe que puede infectar las células cercanas. Refiere que ese proceso debe ser detenido temprano, indicándolo la mayoría de las guías dentro de las 48 horas de la aparición de los síntomas, para lograr una diferencia. Añade que un importante

análisis realizado a embarazadas que padecieron la gripe pandemia en 2009 indicó que quienes recibieron tratamiento antiviral más de cuatro días después de caer enfermas fueron seis veces más propensas a terminar en cuidados intensivos que las que tomaron el medicamento dentro de los primeros días. Agrega que el análisis de 90 estudios realizados a pacientes internados con gripe pandémica en 2009 halló que la ingesta de un antiviral (mayormente Tamiflu) dentro de los dos primeros días, se relacionaba con una reducción del 65% en la posibilidad de que el paciente falleciera y un riesgo substancialmente menor de que contrajera neumonía. Al respecto, resalta el perito que Verónica Elizabeth Ponce recién recibió tratamiento con oseltamivir el 02/07/09 durante su internación en la UTI, es decir, después de una semana de comienzo de los síntomas.

El experto señala, además, que la internación de la Sra. Ponce el 30/06/09 fue debido a un agravamiento del cuadro que presentaba inicialmente, y que en ese momento, su estado era crítico.

En este punto estimo pertinente abordar la impugnación de pericia deducida por la Obra Social el 17/04/2017 (fs. 720) centrada en la conclusión del experto en cuanto a que debería haberse indicado tratamiento con Oseltamivir en razón del estado de pandemia. Argumenta que según directivas del Ministerio de Salud de la Nación el cambio de la fase de alerta ocurrió el 17/06/2009 y que fue recién entonces que comienza la indicación de administrar dicho antiviral a pacientes embarazadas, no encontrándose indicado con anterioridad. Explica que al salir el boletín del Ministerio de Salud de la Nación el 17/06/2009 no se les comunicó a las obras sociales sindicales de Argentina y que recién cuando les fue comunicado arbitraron los medios para seguir las directivas y atender a la paciente conforme a las mismas. Manifiesta que al momento inicial de la pandemia no sólo no había directivas a nivel nacional o provincial, sino que no había gran disponibilidad de la droga en la Provincia de Tucumán. En este sentido, citando al Dr Bonvehi, Jefe de infectología del Cemic, refirió que la falta de políticas uniformes para tratar a los pacientes con síntomas de gripe A fue destacada por los especialistas como uno de los principales problemas para el tratamiento de la pandemia en el país: inicialmente no se medicaban los casos, después sólo se trató a los pacientes con algún factor de riesgo y, por último, se trató a todos los casos.

Corrido traslado al perito médico, el experto contestó la impugnación el 10/05/2017 (fs. 726) señalando que, efectivamente como lo manifestó la impugnante, el 17/06/09 el Ministerio de Salud de la Nación elevó el nivel de alerta de pandemia de Influenza A de 5 a 6, caracterizada por la propagación del virus de persona a persona en forma sostenida. Se trataba de un nuevo virus muy contagioso de persona a persona y de fácil propagación. Destaca que ciertas condiciones eran consideradas factores de riesgo y predisponían a una mayor vulnerabilidad a las personas, indicando entre ellas las mujeres embarazadas. Reitera lo señalado en su dictamen en punto a que las embarazadas con accesos febriles, acompañados de enfermedad respiratoria aguda, debían ser consideradas como casos sospechosos, tomarse muestra de hisopado faríngeo y recibir tratamiento con Tamiflu, en lo posible dentro de las primeras 48 hs de la sintomatología, con lo que se conseguía una mayor efectividad con menores complicaciones. Refiere que, específicamente en este caso, no se realizó.

El experto reitera que la paciente se encontraba embarazada con cuadro respiratorio y febril que consultó con médico de consultorio de la Obra Social y de la guardia de la Clínica Mayo, hasta que en un estado de suma gravedad, 8 a 9 días después de la primera consulta, se interna en UTI por cuadro de Neumonía. Al segundo día de internación recibe tratamiento con Tamiflú. A partir de ello el perito concluye que la droga estaba disponible, pero no se la utilizó a tiempo.

Anticipo que la impugnación de pericia no será receptada toda vez que la codemandada no logró demostrar el yerro que en su planteo le atribuye a las conclusiones del experto. En este sentido, tengo especialmente en cuenta que, no obstante haber esgrimido como hecho central de su planteo

que las obras sociales sindicales no fueron notificadas inmediatamente de la alerta del Ministerio de Salud de la Nación, y que el Tamiflú era un medicamento de difícil obtención, no aportó ningún elemento de prueba que abone sus dichos. A mayor abundamiento, no puedo soslayar que aun cuando- por hipótesis- la notificación no hubiere sido inmediata, no resulta verosímil que la obra social y los médicos no hubiesen estado al tanto de que se había elevado el nivel de alerta en razón del tiempo transcurrido entre el 17/06/2009 en que se emitió la alerta y el 24/06/2009 en que, según consta en las Notas de evolución aportadas por Construir Salud, la Dra. Nadia Ávila atendió a la Sra. Ponce y le prescribió paracetamol a pesar de que la paciente se encontraba embarazada y le refirió decaimiento, fiebre y congestión.

Por lo demás, en el caso la codemandada no ofreció prueba pericial médica, ni acompañó a su impugnación dictamen técnico. Tampoco produjeron otro elemento de convicción de la misma categoría técnica o científica objetiva que la pericial médica producida a instancia de los actores que habilite a apartarme de lo dictaminado por el galeno referido. En ese contexto y desde el punto de vista científico y técnico, estimo que en este proceso judicial, contando con la opinión final de un experto, debo atenerme a sus conclusiones en razón de mi formación eminentemente jurídica.

En línea con lo señalado, tengo para mí que se ha resuelto reiteradamente que: "La pericia médica se encuentra fundada en principios científicos y para poder apartarse de sus conclusiones, debe tenerse razones fundadas, ya que si bien las normas legales no le acuerdan el carácter de prueba legal y le permiten al magistrado su propia convicción al respecto, es evidente que esto, en cuanto comporta la necesidad de una apreciación crítica de su campo del saber, naturalmente ajena al hombre de derecho, le obliga a apoyarse en otros elementos de juicio que permitan concluir en el error o en el inadecuado uso que el perito ha hecho de los conocimientos científicos de los que su profesión y título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado" (Conf. L.L., 1.990-C-141; L.A. N° 43, F° 500/506, N° 188; ídem L.A. N° 43, F° 654/657, N° 249, entre otros).

Por su parte, si bien Clínica Mayo SRL y su aseguradora solicitaron al perito aclaraciones y ampliaciones el 17/04/2017 (fs. 716 y 718 respectivamente), no impugnaron las conclusiones del experto. Al respecto considero, siguiendo a autorizada doctrina, que tales explicaciones y ampliaciones solicitadas no significan técnicamente una impugnación al dictamen, ya que su finalidad es la de reforzar los argumentos dados al contestar cada uno de los puntos de pericia (criterio citado por Marcelo Bourguignon-Juan Carlos Peral en “Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán” comentado edición 2012 pg. 1421).

A las contundentes consideraciones efectuadas por el perito en su dictamen pericial añado que no consta en las Notas de evolución aportada por la Dra. Ávila que al atenderla el 25/10/2022 hubiere preguntado a la paciente si en los 7 días anteriores pudo haber mantenido contacto estrecho con un caso confirmado o sospechoso de Influenza A H1N1, pese a que los síntomas que le refirió a la mujer y las recomendaciones del MSN del 17/06/2009 le imponían indagar al respecto. En este punto no puedo soslayar que si bien, en dichas recomendaciones no se determinaron "grupos de riesgo" (como si se hizo posteriormente), la alerta si se advirtió que "un aspecto preocupante como es la pauta observada de una mayor concentración de los casos graves y las defunciones entre ... personas con afecciones preexistentes o **embarazadas**". En este contexto, resultando explícita la advertencia contenida en la alerta, resulta patente que la médica debió que extremar las diligencias en el diagnóstico y la terapéutica administrada ante el cuadro que presentaba Verónica E. Ponce, emergiendo claramente de dicha alerta, en relación al uso de los antivirales Oseltamivir y Zanamivir, que "La posología recomendada para el tratamiento y profilaxis en mujeres embarazadas es la misma que para los adultos".

De lo expuesto tengo por acreditadas las fallas que los actores atribuyen a la atención médica que tanto la Dra. Ávila como la Clínica Mayo dispensaron a Verónica E. Ponce y su vinculación causal con el fallecimiento de la paciente. Ello así en tanto de las constancias probatorias precedentemente analizadas resulta que el accionar médico fue negligente y contrario a una buena práctica médica, manifestaciones técnicas que, por lo demás, no han sido contrarrestadas o, por lo menos, puestas en duda por otras pruebas de igual jerarquía e idoneidad quedando establecido, entonces, que los profesionales que intervinieron en el hecho, siendo expertices/especialistas en el área del cuidado de la salud, no tomaron los recaudos necesarios para evitar una consecuencia más grave, pese a que Verónica E. Ponce era un paciente de riesgo.

Por lo considerado, en mérito a los informes y al dictamen pericial referenciados, que -reitero- no ha sido eficazmente impugnado ni rebatido por prueba científica idónea en contrario, es que tengo por acreditado el obrar negligente por parte de los galenos de la obra social y de la guardia de la clínica accionada, así como su relación causal con el posterior fallecimiento de la paciente toda vez que por su profesión y obrando con el debido cuidado en el ámbito de sus funciones no podían ignorar la situación delicada que presentaba Verónica E. Ponce, circunstancia que les imponía extremar los cuidados necesarios en orden a contrarrestar el cuadro presentado, lo cual fue omitido (art 1074 CC).

No puedo soslayar que de haber brindado los cuidados adecuados y oportunos que tanto como médica clínica que asistía regularmente a la paciente en el caso de la Dra. Ávila, cuanto como médicos de guardia -en el caso de los profesionales de la Guardia de la Clínica Mayo- le eran impuestos en razón de su profesión y por las particulares circunstancias del caso, muy probablemente podrían haber contribuido a evitar el desenlace fatal acontecido.

Acreditado lo anterior, determino la responsabilidad de la clínica demandada y de la obra social por los daños derivados del fallecimiento de Verónica E. Ponce, siendo oportuno recordar que el deber de prestación brindado por las obras sociales debe ser *integral y óptimo*, no siendo suficiente con disponer los medios técnicos y recursos humanos, sino en prestarlos en un sentido dinámico y coordinado para que actúen bien (cf. C.S.J.N., Fallo, 306:178, in re "González Oronó de Leguizamón, Norma M. c. Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines", sent. del 29 III 1984, "La Ley", t. 1984, "Jurisprudencia Argentina", t. 1984 II 373); por lo que, no habiendo demostrado el debido cumplimiento de su deber de contralor del servicio prestado, tengo para mí que la responsabilidad del evento derivada de la culpa médica y del deber de la clínica demandada, en el caso, también le resulta alcanzada sin que se trate en las circunstancias señaladas de un riesgo ajeno a su actividad la que, por lo demás, se trata de una de tipo lucrativa (riesgo empresario).

Finalmente, respecto a la facultad de elección de los prestadores que ofrece la obra social, ello no empece a que una vez ingresados en la cartera profesional, su actividad en el marco de la atención de la salud (con una incuestionable finalidad pública) esté sometida al control de vigilancia que debe cumplimentarse sobre ella, circunstancia que, conforme al contrato que vincula a las partes, torna inequívoca la responsabilidad de la obra social (cf. sentencia del 30/30/2010 de la SCBA, causa C. 101.912, "S. , M. M. contra Clínica Privada del Diagnóstico Las Flores S.A. y otros s/daños y perjuicios").

Así las cosas, la defensa ensayada por Construir Salud no resulta idónea ya que aun cuando su actividad se haya limitada a organizar la red de prestadores independientes que integran las cartillas, que los profesionales médicos no sean sus dependientes, o incluso que los daños no se derivan de cosas de su propiedad, lo cierto es que su responsabilidad -reitero- se sostiene o apoya en el riesgo creado/provecho, sin que la imposibilidad de control alegada y en la que intenta fundar su defensa sea razonablemente atendible.

7. Responsabilidad. En consecuencia, acreditada la relación de causalidad adecuada entre el deceso de Verónica E. Ponce y el ejercicio culposo y/o negligente de su praxis por los galenos de Construir Salud y de la Guardia de la Clínica Mayo, prestadora de dicha obra social, ambas codemandadas resultan civilmente responsables por los daños y perjuicios que tal accionar pudo ocasionar a los actores (cf. arts. 512, 902, 1.074, 1.109, 1.113 primer párr. y cc. CC, y arts. 1.721, 1.724, 1.725, 1.749, 1.753 y cc. CCCN), cuya procedencia y quantum abordaré en lo que sigue; debiendo hacerse extensiva la condena a la citada en garantía TPC Compañía de Seguros SA, en los términos y con los alcances del contrato de seguro (cf. art. 118 LS).

8. Rubros y montos pretendidos. Determinada la responsabilidad que en el caso cabe imputar a los codemandados, abordaré en lo que sigue lo relacionado con la valoración y cuantificación de los rubros resarcitorios reclamados.

a) Valor vida. Pérdida de chance de ayuda futura: piden por este concepto $250.000 a favor de Juan Damián González y Zoe González, teniendo en cuenta la edad de Verónica Elizabeth Ponce, su situación de embarazo y la privación de toda esa vitalidad para su familia.

No obstante, y pese a la imprecisión del rubro reclamado, considero que me encuentro habilitada a analizarlo reclamo como una pérdida de chance de ayuda futura. Por ende, es con este alcance que habré de ponderado en lo que sigue.

Es que en materia de reparación de los daños por la muerte de una persona, ya la doctrina clásica se ocupó de señalar que la vida humana, en sí misma, no tiene ni puede tener valor económico alguno, ni valor de uso o de cambio. Es indudable que la vida de una persona es potencialmente una fuente de ingresos económicos para dicha persona y quienes lo rodean (padres, cónyuges, hijos, hermanos, etc.), pero esa vida no está en el comercio para ser vendida, permutada o alquilada, dando lugar a un perjuicio económico para quien la pierde. Probablemente la gran fuente de equívocos deriva de esa alocución que puede llevar a pensar erróneamente que la vida en sí misma (con las dificultades que hasta para la Filosofía puede haber de definir esa noción) tiene un valor cuantificable económicamente.

De allí que dicha expresión semántica aluda en realidad a la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todo o parte de los bienes económicos que el difunto producía desde el momento en que esa fuente se extingue, por eso la vida humana sólo tiene valor económico para cualquiera que no sea la propia víctima; son siempre casos de damnificados indirectos ya que el perjuicio lo experimentan en sus propios patrimonios como consecuencia de la muerte de otro; por eso, quien quiera reclamar un resarcimiento por la muerte de otro habrá de legitimar su acción invocando y probando su interés legítimo afectado, ya sea a título de lucro cesante -por la pérdida de beneficios económicos que recibía del extinto- o bien como pérdida de chance -por la frustración de la posibilidad de recibirlos en el futuro (Bustamante Alsina Jorge “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 8° ed., 1993, pág. 231 y ss.; Zavala de González Matilde, “Perjuicios económicos por muerte”, t. 2, ed. Astrea, Bs. As., 2008, pág. 1 y ss.).

En tal sentido, pienso que en todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, y ello fue impedido por el hecho dañoso de un tercero. Pese a que no puede superarse la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, lo cierto es que se ha cercenado una expectativa, una probabilidad de una ventaja patrimonial. La pérdida de chance se presenta como una probabilidad suficiente que supera la condición de un daño eventual o hipotético para convertirse en un perjuicio cierto y, por ello, resarcible.

Por otro lado, en casos como el presente es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los actores, expectativa legítima de acuerdo con lo dispuesto por el 367 del Código Civil, y verosímil según el curso ordinario de las cosas, particularmente en medios familiares de condición humilde (cfr. Fallos: 303:820; 308:1160 considerando 4). La misma expectativa nace de los términos vertidos en el artículo 537 del CCCN, habiendo sido expresamente incorporado ese rubro indemnizable en el art.1745, inc. c, de dicho cuerpo legal.

En ese marco, se reconoce que con la muerte de la víctima se ha cercenado su aptitud productiva, lo que podría causar un perjuicio patrimonial a los actores, consistente en la pérdida de ayuda futura que su esposa y madre podría haberles brindado.

Para la cuantificación de este rubro existen dos métodos: a) con base en un cálculo matemático, disminuyendo el resultado según la mayor o menor importancia de la chance; y b) estimación prudencial, con prescindencia de todo cálculo matemático. Me inclino por el primero de los métodos porque da un mínimo de objetividad a la determinación de la indemnización. Sin embargo, partiendo de los componentes aleatorios de toda chance, advierto que no caben razonamientos estrictamente matemáticos, ya que se trata de resarcir una probabilidad futura, truncada por el curso de los acontecimientos, lo cual impide saber si se habría concretado en la realidad. Consecuentemente, corresponde efectuar el cálculo a título aproximativo como si se tratara de un efectivo lucro cesante, para después aplicar porcentuales o recurrir a otros medios de reducción con el objeto de determinar el resarcimiento de la chance, cuya cuantía variará en cada caso según el mayor o menor grado de probabilidad.

Al efecto de la cuantificación de este perjuicio haré uso de una fórmula matemática, con la aspiración de pretender cuantificar la existencia de una probabilidad, considero que la apoyatura en datos objetivos preserva el derecho de defensa en juicio de las partes. Por ello, y sin hacer una aplicación literal de la norma, se toman al sólo efecto referencial ciertas pautas que brinda el precepto del art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación. Por lo tanto, entendiendo que la existencia del hecho dañoso implica una posibilidad cierta de frustración de los ingresos para sus damnificados que opera a partir del fallecimiento (art. 267 CPCC), me atendré a los fines de la revisión del rubro al denominado sistema de la renta capitalizada para fijar una base objetiva para la determinación del daño, sin perjuicio de que pueda ser corregido en más o en menos por razones de equidad y según las circunstancias del caso.

La fórmula matemática a aplicar en consecuencia será: $C = a \times (1 - Vn) \times 1 / i$, donde $Vn = 1 / (1 + i)^n$. Corresponde precisar que: “C” es el monto indemnizatorio a averiguar; “a” representa la disminución económica provocada por la muerte en un período (13 meses, incluido aguinaldo); “n” es el número de períodos a resarcir, al cabo de los cuales debe producirse el agotamiento del capital; “i” representa la tasa anual de interés al que se coloca el capital; y “Vn” es el valor actual.

Ahora bien, aclarado el procedimiento para la determinación de la base matemática, debo reemplazar los términos de la fórmula por los valores concretos resultantes del caso. Consecuentemente, corresponde considerar: que la difunta era de sexo femenino; que al momento del hecho tenía 23 años de edad; que su expectativa de vida era de 76 años según promedios estadísticos de uso tribunalicio frecuente, con sustento en las estadísticas de la Caja Nacional de Ahorro y Seguro (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Tratado de daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte, t. 2, p. 282, Astrea, Buenos Aires, 2008); que la parte actora percibirá en concepto de indemnización un pago anticipado y no espaciado a lo largo de un extenso período de tiempo; que no se encuentra acreditado que Verónica E. Ponce hubiera ejercido actividad remunerada al tiempo de su fallecimiento, por lo que siguiendo el criterio fijado por la CSJT para tales hipótesis (SALAZAR VICTOR HUGO Y SALAZAR MARCOS ALBERTO Vs. LOPEZ PABLO

RODRIGO - EL CONDOR S.R.L. - MUTUAL RIVADAVIA DE SEGUROS DEL T. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS, sent. 16/04/19; VARGAS RAMON AGUSTIN Vs. ROBLEDO WALTER SEBASTIAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS, 16/10/2018, entre otros) para la determinación del monto indemnizatorio tomare como referencia el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la fecha de este pronunciamiento ($202.800 según Resolución N° 04/2024 CNEPYSMVM) ponderando que éste constituye el umbral inferior de retribución de la ocupación más humilde en el mercado laboral; y por último, que no corresponde atenerse a pautas estrictamente cualitativas ni cuantitativas, sino a ambas en su conjunto.

Ahora bien, entiendo que corresponde discriminar, a los fines indemnizatorios, por un lado, la situación del actor Juan Damián González (cónyuge de la víctima) a quien estimo que la cónyuge hubiera aportado un **10%** de sus ingresos.

Teniendo en consideración dichos parámetros, lo que hubiese aportado la víctima, de acuerdo a valores tomados a la fecha de la presente sentencia, habría sido la suma de **$3.239.722**, monto por el que procederá este rubro.

Por su parte, en relación a su hija Zoe Agustina González, cuya fecha de nacimiento es el día 01/07/2009 (ver acta de nacimiento obrante a fs. 56), tomaré en consideración a los fines del cálculo de éste rubro que tenía escasos días de vida al momento del fallecimiento de su madre y consideraré que subsiste la obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo hasta que éste alcance la edad de **veinticinco años**, procurando así la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, lo que le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente (art. 663 Código Civil y Comercial).

En este sentido, teniendo en consideración la fórmula matemática aplicada y, estimando razonable que la madre hubiese aportado a Zoe un **40%** de sus ingresos (Cf. Sala 2, CCC, "Farias Lucio Alberto y otros c/ Giuliano Juan y otro s/ daños y perjuicios" Sent. N°682, 23/11/2017), de acuerdo a los valores tomados a la fecha de la presente sentencia, la suma es de **$11.257.192** monto este por el que procederá este rubro para ella.

b) Daño moral. Los actores pretenden la suma de $100.000 para Zoe y $200.000 para Juan Damián virtud de todo el padecimiento moral sufrido como consecuencia de este luctuoso hecho.

En lo tocante a la procedencia del rubro, tengo que los actores se encuentran legitimados para su reclamo en su condición de hija y cónyuge conforme art. 1078 del Cód. Civ. y al respecto se encuentran dispensados de acreditarlo toda vez que se lo tiene por configurado "in re ipsa", esto es, por la sola comisión del hecho dañoso. El dolor intenso y perdurable determina que el daño moral de la hija y el cónyuge surja in re ipsa, sin otro aditamento, a partir del solo hecho de la desaparición trágica de la madre y esposa hijo (Cfr. Pizarro, Ramón D., Daño Moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 563).

En tanto que el fallecimiento de la víctima a raíz del accionar negligente de las demandadas se encuentra debidamente acreditado conforme fuera ya considerado, y con ello el hecho dañoso que da sustento al resarcimiento del daño extrapatrimonial invocado por los actores.

No considero que sea necesario extenderme en mayores argumentaciones ni prueba para admitir el daño moral por la pérdida de una esposa y madre. En el primer caso, ninguna duda me cabe que además del dolor y la angustia por la pérdida de su compañera de vida, se suma la lesión a bienes de carácter extrapatrimonial vinculados con el sentimiento de seguridad, certeza sobre el futuro, y de responsabilidad respecto del grupo familiar, que deben tenerse en cuenta al momento de establecer la indemnización (conf.: CNCiv. Sala "F" en LA LEY, 1991-A, 223).

Y, respecto de la hija, que al ocurrir el fallecimiento de su madre contaba con tan corta edad, es especialmente apreciable el dolor que ha de haber sufrido durante estos años y que habrá de sufrir debido a su ausencia. Más aún si se tiene en cuenta la indudable y dolorosa incidencia que provoca en el mundo afectivo de los hijos la muerte de una madre -cualquiera sea la edad de aquellos-, la trascendencia en el plano espiritual.

Por su parte, la CSJN en la causa “Baeza Silvia” receptó la posición doctrinal y jurisprudencial que califica al daño moral como el “precio del consuelo” y que considera que para su cuantificación puede acudirse al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido. Se trata -sostuvo- de compensar, en la medida posible, un daño consumado, en un tránsito del 'precio del dolor' hacia el 'precio del consuelo'. Añadiendo que, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida”.

Con estas bases conceptuales -que fueron recogidas por el art. 1741 CCCN-, entiendo que el resarcimiento en dinero, si bien no podrá borrar el hondo sufrimiento que es dable inferir se siguió a partir del fallecimiento de la madre y esposa de los actores, eventualmente les permitirá acceder a bienes y/o servicios de consumo o de esparcimiento con los cuales al menos podrán mitigar -en algún grado- el padecimiento extrapatrimonial sufrido (cfr. art. 267 CPCC y arts. 1068, 1078, 1083 y concs. Cód.Civ.; art 1.737, 1.738, 1.741 y cc CCCN).

Para la fijación de su monto, materia indócil por su naturaleza en tanto implica el menoscabo de afecciones íntimas que se configuran en el ámbito espiritual de los damnificados, y ajena a cualquier relación con la cuantía del daño patrimonial, estimo necesario computar para una prudente valoración la forma y circunstancias en que se produjo el hecho lesivo, la angustia padecida por el esposo de la paciente- Juan Damián González- durante el tiempo de internación, para Zoe la privación de los cuidados de madre a tan corta edad, el estrecho lazo de parentesco que los unía, las circunstancias personales de los actores. Por tales motivos, no albergando dudas del impacto emocional y la magnitud del dolor provocado por la pérdida de Verónica E. Ponce en su calidad de esposa y madre, concluyo que los actores sufrieron un daño moral apreciable, cuyo monto resarcitorio considero prudente y razonable fijar en la suma de **$4.000.000** para Zoe y **$2.000.000** para Juan Damián González en valores actuales.

9. Intereses. En cuanto a la tasa de interés a aplicar, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por la Cámara Nacional Civil de Apelaciones en los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios” del 20/04/1909, que es seguida también en el foro local desde “Garay, Gladys Luisa c/ Banco Patagonia S.A. s/ Sumarísimo” (CCCTuc., Sala II, sentencia del 22/06/12, entre otras) sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, correspondiendo diferenciar la fecha de inicio de su cálculo respecto de cada rubro.

En la hipótesis de la indemnización determinada en concepto de daño moral, siendo que su cuantía no ha sido probada sino que la he fijado mediante estimaciones prudenciales en cumplimiento del deber que impone la última parte del art. 216 del CPCCT a la fecha del hecho, parece razonable que los intereses corran desde el hecho dañoso (11/07/2009) y hasta la de esta sentencia a un interés puro anual del 8%, y desde esta última fecha hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

En el caso de la pérdida de chance de ayuda futura, los intereses correrán desde la fecha de este pronunciamiento y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

10. Corolario. Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la acción de daños y perjuicios promovida por los actores en contra de Clínica Mayo de Urgencias Médicas Cruz Blanca SRL y de la Obra Social del Personal de la Construcción (OSPECON), debiendo hacerse extensiva la condena a la aseguradora ,TPC Compañía de Seguros SA en los términos y con los alcances del contrato de seguro (cf. art. 118 LS); y en consecuencia, condenar a éstos últimos a abonar a Juan Damián González la suma de **$5.239.722**; y a favor de Zoe Agustina González la suma de **$15.257.192** en concepto de pérdida de chance y daño moral en el término de diez días de notificada la presente, con más los intereses a calcularse en la forma considerada.

11. Costas. Ponderando que la demanda ha progresado íntegramente, por aplicación del criterio objetivo de la derrota, las costas se imponen a los codemandados y a la aseguradora en los límites de su cobertura (art. 105 CPCC ley 6176- aplicable al caso en virtud de lo normado por el art. 822 CPCCT- Ley 9531).

12. Difiero regulación de honorarios para su oportunidad.

Por ello,

RESUELVO:

1) NO HACER LUGAR a la defensa de falta de acción deducida por la Obra Social del Personal de la Construcción (OSPECON), según lo considerado.

2) HACER LUGAR a la acción de daños y perjuicios promovida por los actores en contra de Clínica Mayo de Urgencias Médicas Cruz Blanca SRL y de la Obra Social del Personal de la Construcción (OSPECON), debiendo hacerse extensiva la condena a la aseguradora TPC Compañía de Seguros SA, en los términos y con los alcances del contrato de seguro (cf. art. 118 LS). En consecuencia, CONDENO a éstos últimos a abonar a Juan Damián González la suma de **$5.239.722**; y a favor de Zoe Agustina González la suma de **$15.257.192** en concepto de pérdida de chance y daño moral en el término de diez días de notificada la presente, con más los intereses a calcularse en la forma considerada.

3) COSTAS a los codemandados Clínica Mayo de Urgencias Médicas Cruz Blanca SRL y de la Obra Social del Personal de la Construcción (OSPECON), y a la aseguradora TPC Compañía de Seguros SA vencidos (art. 105 CPCCT).

4) RESERVO PRONUNCIAMIENTO DE HONORARIOS para su oportunidad.

HÁGASE SABER MTC

Actuación firmada en fecha 12/03/2024

Certificado digital:
CN=ABATE Andrea Viviana, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27311786836

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán https://www.justucuman.gov.ar.