



**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN:**

**“INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS”**

**ALBERTO CHABRILLÓN**

**- Año 2018-**

**ABOGACÍA**

## INDICE GENERAL

<b>Introducción:</b>	<b>4</b>
<b>Justificación y relevancia de la temática elegida.</b>	<b>5</b>
<b>El problema de investigación.</b>	<b>6</b>
<b>Recopilación y organización de información.</b>	<b>8</b>
<b>Objetivos: general y específicos.</b>	<b>8</b>
<b>Preguntas de investigación e hipótesis de trabajo.</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>1.1. Desarrollo del término hospitalario.</b>	<b>11</b>
<b>1.2. Concepto de infecciones hospitalarias.</b>	<b>13</b>
<b>1.3. Organismos de control epidemiológicos nacionales.</b>	<b>14</b>
<b>1.4. Organismos de control epidemiológicos extranjeros.</b>	<b>17</b>
<b>1.5. Fuentes de contagios y enfermedades causadas.</b>	<b>19</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>1.6. Código Civil y Comercial de la Nación: responsabilidad civil por daño.</b>	<b>20</b>
<b>1.7. El principio “alterum non laedere”. Jurisprudencia.</b>	<b>21</b>
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>1.8. La salud humana en la legislación nacional, civil y codificada: función de la reparación preventiva y resarcitoria.</b>	<b>24</b>
<b>1.9. Contagio: el necesario nexo de causalidad.</b>	<b>25</b>
<b>2.0. La antijuridicidad en el contexto de la infestación.</b>	<b>27</b>
<b>2.1. Obligación de medios y de resultado. Factores de atribución: fundamentos de la responsabilidad subjetiva y objetiva.</b>	<b>28</b>
<b>2.2. El obrar diligente.</b>	<b>29</b>

<b>CAPÍTULO IV</b>	
<b>2.3. Responsabilidad de los profesionales médicos.</b>	<b>32</b>
<b>2.4. Responsabilidades diferentes.</b>	<b>33</b>
<b>2.5. Estipulación a favor de terceros.</b>	<b>36</b>
<b>2.6. Hecho de la víctima.</b>	<b>37</b>
<b>2.7. Responsabilidad del principal.</b>	<b>39</b>
<b>2.8. Hecho de un tercero.</b>	<b>41</b>
<b>2.9. Riesgo creado y vicios de las cosas.</b>	<b>41</b>
<b>3.0. Responsabilidad colectiva y anónima.</b>	<b>43</b>
<b>CAPÍTULO V</b>	
<b>3.1. Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual.</b>	<b>44</b>
<b>3.2. Opinión de la doctrina.</b>	<b>46</b>
<b>3.3. Objetivos de la unificación.</b>	<b>47</b>
<b>CAPÍTULO VI</b>	
<b>3.4. Obligación tácita de seguridad.</b>	<b>47</b>
<b>3.5. La seguridad subsumida en la Constitución Nacional y en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240.</b>	<b>52</b>
<b>3.6. Fallos judiciales y doctrina.</b>	<b>54</b>
<b>CAPÍTULO VII</b>	
<b>3.7. Caso fortuito-fuerza mayor.</b>	<b>56</b>
<b>3.8. Requisitos de la causa externa.</b>	<b>58</b>
<b>CAPÍTULO VIII</b>	
<b>3.9. LEY 26.529. DERECHOS DEL PACIENTE</b>	<b>60</b>
<b>ANTECEDENTES LEGISLATIVOS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS</b>	<b>61</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>77</b>

## INTRODUCCIÓN

Las infecciones intrahospitalarias derivan cada vez más en complicaciones graves para la salud del paciente y constituyen una de las causas del elevado índice de mortalidad sanitaria que se registra en la actualidad, lo que actualiza la exposición de las normas jurídicas pertinentes.

El término intrahospitalario se asimila al ámbito de un centro de salud, se trate de una clínica, sanatorio, hospital o sala de primeros auxilios.

El Código Civil y Comercial, la jurisprudencia, la doctrina, las leyes pertinentes y la Constitución son las fuentes en las que hay que abreviar para determinar la responsabilidad civil que le puede caber al demandado ante un caso de infección endógena o ambiental, ya que su tipificación y consecuencia no se encuentran en forma orgánica y específicamente reguladas en nuestro ordenamiento jurídico.

El principio constitucional *alterum non laedere* ha sido incorporado en el nuevo Código Civil y Comercial con el objeto de proteger a la persona, reconociendo en forma expresa la doble función de la responsabilidad: esencialmente “preventiva” del daño y reparadora por sus consecuencias.

Demostrar legalmente que es el enfermo el que transportaba la infección, generada por su propio organismo, para excluir o limitar la responsabilidad del hospital; o que la contrajo en el nosocomio por la presencia de un agente infeccioso o por cualquier tipo de microorganismos que los habitan -sea por higiene defectuosa, falta de esterilización, desinfección, incorrecta eliminación de los residuos patológicos, complejidad de los casos quirúrgicos o resistencia creciente a los antibióticos-, o por la falta de diligencia en el desempeño de los profesionales de la salud, técnicos o asistentes que responden a su órbita; contextualizan gran parte de las situaciones de las que se nutren los numerosos conflictos civiles litigiosos, en las que los actores buscan en las causas endógenas o exógenas o en conductas negligentes los factores que justificarán sus pretensiones al acudir ante el justiciable.

La motivación del presente trabajo es analizar el rol de la legislación civil en la protección de la salud y su proyección en la actividad sanitaria, específicamente desde la función preventiva y reparadora del derecho ante el daño sufrido por las infecciones

nosocomiales, a partir de que potencialmente podría ocurrir un perjuicio ante riesgos ciertos y previsible y que hubiesen sido evitables aplicando medidas legales razonables.

## **JUSTIFICACIÓN Y RELEVANCIA DE LA TEMÁTICA ELEGIDA**

Informes del Ministerio de Salud de la Nación y estudios privados demuestran que se registran altas tasas de infecciones intrahospitalarias, con serios daños en la salud, inclusive fallecimientos, lo que ha incrementado los litigios en materia de responsabilidad civil médica.

Las organizaciones y sistemas de vigilancia epidemiológica enfocados en las normativas y programas de control de las infecciones intrahospitalarias como la organización VIHDA (Vigilancia de las IH de Argentina), revelan lo creciente y acuciante de esta problemática sanitaria.

El Consorcio Internacional de Control de Infecciones Nosocomiales (INICC), en un estudio realizado en varios hospitales de Buenos Aires y Rosario, demuestra que las tasas de infección hospitalaria son al menos seis veces superiores a la de Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia, Canadá y Alemania.

Más del ocho por ciento de internos presentan infecciones intrahospitalarias según la Organización Mundial de la Salud.

Los fallecimientos por las mencionadas infecciones, en la década pasada, habrían aumentado entre el 11 y 17,5 por ciento de acuerdo a un estudio de ETICA (Estudios y Trabajos de Investigación comunitaria Argentina), y que fuera publicado por la Sociedad Iberoamericana de Investigación Científica.

El proyecto “Validar”, que cuenta con el respaldo de varias instituciones de salud, advirtió que, al inicio de la década, las infecciones intrahospitalarias en la Argentina causaban alrededor de 17.000 muertes y casi 100.000 episodios anualmente, lo que involucra una cifra entre el 5 y 15 por ciento de los pacientes internados.

Un informe de la Universidad Nacional de La Plata da cuenta que las infecciones más frecuentes están asociadas al uso de catéteres, la neumonía y complicaciones posquirúrgicas. El 20 por ciento de los afectados fallece por dichos motivos.

La falta de formación profesional o ética, la influencia de los ingresos económicos, la complejidad de las funciones hospitalarias y los adelantos de la ciencia médica a través de la continua tecnificación y especialización; obligan a desarrollar una normativa que unifique criterios y llene los vacíos legales para determinar cabalmente los deberes preventivos que eviten el daño, en este caso de la salud del interno durante su tratamiento, lo que es función exclusiva de la responsabilidad civil, cumpliéndose así el principio constitucional “*alterum non laedere*”. Con ello se evitarían las internaciones prolongadas, mayores gastos, incertidumbre de vida, preocupaciones familiares y, por supuesto, el posible fallecimiento del paciente.

## **PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

- La actual concepción de la responsabilidad civil -a través de las normas, la doctrina y la jurisprudencia y sus diferentes criterios-, ¿ofrece una respuesta jurídica integral y unificada al problema de las infecciones intrahospitalarias?

La responsabilidad civil de los centros de salud, ante la ausencia una regulación específica, reglamentada y sistemática, es considerada por Alberto J. Bueres como “una manifestación de las responsabilidades del derecho común”.

Frente a una concepción considerada mayoritaria, que entiende que los establecimientos de salud son supuestamente responsables por la obligación principal de curar al enfermo internado, y que durante el trámite de la internación son deudores de la obligación (de seguridad) de evitar nuevos perjuicios sanitarios; existen otras posturas que prescinden de esta obligación accesoria de seguridad.

En síntesis, un criterio mayoritario sostiene que dicha obligación es de medios y otro que se trata de resultado.

La jurisprudencia ha avanzado hacia una concepción objetiva y directa de los centros de salud ante los daños por las infecciones, en respuesta a las complejidades de las

-----  
La muerte más silenciosa: las infecciones intrahospitalarias. Infonews. 27/02/2013. Recuperado de <http://www.infonews.com>

enfermedades y los nuevos tratamientos médicos con el objeto de mejorar la calidad de vida.

Sin embargo, otras posturas jurisprudenciales consideran que existen casos en los que no es posible responsabilizar al nosocomio por la total indemnidad del paciente durante su internación ante situaciones imprevisibles en las que interviene el azar respecto a “nuevas enfermedades allí contraídas”.

Entienden que si el centro de salud acreditó que reunía las condiciones de asepsia por la cual se le atribuía el daño, si se le imputaba en base a una responsabilidad objetiva, se lo estaría condenando en todos los casos que se presentasen.

Como se puede ver, en los últimos años la problemática de la responsabilidad civil de los sanatorios por las infecciones intrahospitalarias es materia de debate y enfrenta especialmente dos tipos de criterios y soluciones jurisprudenciales definidos: para un sector se trata de la responsabilidad subjetiva y para otros de responsabilidad objetiva, lo que revela incertidumbre y relativismo para llegar a soluciones ante el creciente fenómeno.

Este panorama de incertidumbre se replica en la doctrina, la jurisprudencia y en la legislación comparada, pues en otros países, citando a Francia, la jurisprudencia se debate entre la obligación objetiva de resultado y la obligación de medios ante la ausencia legislativa en este aspecto, aunque los últimos fallos se inclinan por la obligación de seguridad ante las infecciones nosocomiales.

En la experiencia de Alemania se avanzó en la integración de un derecho global que protege a los lesionados de cualquier tipo de agresión física intrahospitalaria.

En Italia, la jurisprudencia produjo un profundo cambio y mudó de la responsabilidad aquiliana por el delito o cuasidelito a una responsabilidad contractual donde el hospital se obliga a ser eficiente en su función sanitaria y haciéndose responsable por su cumplimiento.

Actualmente, un centro de salud es una organización compleja, con su peculiar problemática, que involucra actores, funciones, tecnología e instrumentos que conforman un sistema de salud cuyo fin es brindar un buen servicio sanitario, por lo que la deficiencia de uno de esos elementos podría ser estudiada, más allá de un acto médico individual, como una unidad, un sistema (salud), un sujeto de existencia ideal que concentrara derechos y obligaciones, conformando un cuerpo autónomo y orgánico de normas.

Como bien lo ha definido Carlos Agurto González: “El surgimiento de instituciones como el consentimiento informado, el deber de información y el reconocimiento de la dignidad de la persona como paciente son el sustento de una nueva responsabilidad médica que busca ser plenamente tutelada...”.

## **RECOPIACIÓN Y ORGANIZACIÓN DE INFORMACIÓN**

En el marco del proyecto PIA de investigación, se recurrió al estudio “descriptivo” para analizar el fenómeno de las infecciones hospitalarias, empleando el “método cualitativo”, a fin de comprender y determinar el alcance jurídico de las consecuencias dañosas de las malas praxis hospitalarias; se procedió a la recopilación y organización de la información para identificar, desde la perspectiva del Derecho, las normas jurídicas y administrativas cuya aplicación surge de un conflicto hospitalario, con el objeto de contextualizarlo en un marco teórico, e intentar dilucidar si el ordenamiento jurídico enfoca el problema en toda su dimensión.

Para cumplir dicho objetivo se buscó recopilar y procesar la información significativa de fuentes primarias (libros, publicaciones especializadas, Internet), secundarias (obras y comentarios de autores: juristas, Profesores del Derecho y publicistas) y terciarias (publicaciones, boletines, etc.), pero fundamentalmente de la Constitución Nacional, Código Civil y Comercial, leyes positivas específicas, doctrina y jurisprudencia.

Se identificaron los documentos pertinentes (título, obra, autor, editorial, páginas, etc.); se analizaron y seleccionaron textos de estudio, recolectando el material adecuado, reuniendo fichas bibliográficas con citas y resúmenes.

### **OBJETIVOS:**

#### **Objetivo general**

- ¿En qué consiste la responsabilidad civil que le corresponde a los centros de salud ante las infecciones intrahospitalarias y cuáles son las normas que configuran dicha responsabilidad por el daño producido al paciente?

#### **Objetivos específicos**



- Análisis de la responsabilidad hospitalaria basado en el deber jurídico de no dañar, aún cuando no hubiere existido una obligación contractual preexistente entre paciente e institución.

-Análisis de las circunstancias que configuran la responsabilidad contractual del ente.

- Análisis, en el marco de la atribución, de la actuación de los establecimientos asistenciales; investigación del daño subjetivo causado por la falta de diligencia en sus formas culposas (negligencia, impericia, etc.) y en la órbita de la responsabilidad objetiva.

- Análisis de las consecuencias civiles ante el compromiso de un resultado determinado.

- Análisis de la ubicación de la obligación de seguridad en el derecho común y en la legislación especial destinada a consumidores y usuarios.

- Análisis del caso fortuito o fuerza mayor: si exime del deber jurídico de no dañar. Caracteres que lo conforman.

- Análisis de las circunstancias que llevan al nosocomio a responder objetivamente por los daños de las personas que se encuentran bajo su dependencia, en ocasión y ejercicio de las funciones encomendadas (médicos, enfermeros, auxiliares, etc.).

- Análisis del régimen normativo reparador que se aplica en el caso de pluralidad de responsables por el contagio de la infección intrahospitalaria y la pérdida de chances a consecuencia de la falta de diligencia del ente.

- Análisis en qué medida los nosocomios responden por los riesgos o vicios de las cosas de las que se valen para desarrollar su actividad, qué característica reúne la obligación y si existen causas eximentes de responsabilidad civil. El rol del dueño o guardián de los objetos sanitarios por y causas eximentes.

- Análisis de la dispensa anticipada de responsabilidad y la asunción de riesgos como causales de justificación.

## **PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN E HIPÓTESIS DE TRABAJO**

- Si en la relación nosocomio-paciente existiese un vínculo contractual de eficacia que aquél no hubiera cumplido y que derivara en un daño para la salud, ¿se podrá inferir que existió una responsabilidad directa y objetiva del ente sanitario?

- Si el centro de salud actuó diligentemente y respetó las normas de asepsia, higiene, desinfección, tratamiento de residuos patológicos, etc., comprobándose que previo a su internación el paciente portaba una infección: ¿aquél es responsable por el daño que sufra el enfermo durante su internación?

- La garantía contenida en el artículo 5to. de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor y consagrada en el artículo 42 de la Constitución Nacional, ¿es suficiente reemplazo de la obligación de seguridad basada en la buena fe y el respeto por la dignidad de la persona humana?

- ¿Es responsable el nosocomio y debe responder objetivamente por los daños que causen sus dependientes en el ejercicio de la función encomendada?

- ¿Es responsable la institución sanitaria si los profesionales médicos o auxiliares de la salud, en el convencimiento de obrar diligentemente, actúan de manera autónoma, estando subordinados al centro asistencial?

- ¿La actuación culposa (impericia o negligencia) del hospital o de varios de sus subordinados o de ambos (pluralidad de responsables) dan lugar al nacimiento de obligaciones solidarias o mancomunadas ante el riesgo infeccioso verificado?

- En la invocación del caso fortuito por el hospital, en situación de incumplimiento contractual: ¿se libera de responsabilidad civil aunque no reúna los caracteres que la configuran (sobreenvenida, objetiva, absoluta y definitiva)?

- ¿El nosocomio puede liberarse de responsabilidad civil argumentado que la asepsia total no existe y que si contrajo una enfermedad es por causas endógenas del paciente, que no pueden ser previstas y que de hacerlo no pueden evitarse?

- De no verificar el nosocomio tal argumentación: ¿se extingue el deber de no dañar por el caso fortuito invocado?

- ¿En qué casos la responsabilidad del médico es subjetiva y cuándo es objetiva?

- El consentimiento del interno: ¿libera de responsabilidad civil al nosocomio? Y si es así ¿bajo qué circunstancias?

- ¿La responsabilidad por la actuación de funcionarios estatales en la dirección de centros asistenciales corresponde a la órbita civil o del derecho administrativo?

- ¿Se puede cuantificar la chance perdida ante la omisión de la debida diligencia sanitaria que dejó secuelas en el paciente con sus negativas consecuencias?

## **CAPITULO 1:**

### **1.1. DESARROLLO DEL “TÉRMINO HOSPITALARIO”**

Como en toda investigación, el paso previo es determinar el objeto a estudiar y observarlo, conceptualizarlo en su situación y en sus propiedades y características a fin de experimentar su realidad, y después definirlo a través de la descripción de todas sus complejidades.

Luego se procederá a desentrañar el “objetivo general” de la tesis (*¿en qué consiste la responsabilidad civil que le corresponde a los centros de salud ante las infecciones intrahospitalarias y cuáles son las normas que configuran dicha responsabilidad por el daño causado al paciente?*), para así contestar a la otra pregunta formulada en el “problema de investigación” (*¿la actual concepción de la responsabilidad civil ofrece una respuesta jurídica integral y unificada a dicha problemática?*), luego de determinar el comportamiento de las mencionadas instituciones y sus consecuencias si resultaron dañosas; pues ambos interrogantes son los que, como tales, han sido planteados en la presentación del Proyecto de Trabajo Final de Graduación.

Se entiende por el objeto de investigación la necesidad que tiene el ser humano de aplicar un método o sistema que supere el conocimiento que se tenga de una estructura o proceso ya sea que se encuentre en la Sociedad o en la Naturaleza. Por lo que se origina un problema de investigación. (Lizardo Carvajal - 2013).

El objeto de estudio, en este caso, son los establecimientos sanitarios: hospitales, sanatorios, clínicas y centros de salud.

Se ha caracterizado al hospital como el ámbito espacial en el que se presta un servicio de salud, de carácter técnico con contenido psico-físico, educativo, preventivo y social y que es de acuerdo a las leyes y normas sanitarias.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia no han formulado mayores distinguos entre hospital público y los sanatorios, clínicas y otros establecimientos de salud privados, respecto a la naturaleza de su prestación, por lo que se considera a todos entes del servicio de salud.

La finalidad de los mencionados es procurar todo tipo de asistencia médica a los enfermos, tarea que está a cargo de los profesionales médicos, enfermeros, personal auxiliar y de servicios técnicos con la supervisión del ente administrativo.

Se atienden a pacientes con diversas complejidades sanitarias y para ello deben poseer formación profesional, tecnología, farmacología e instrumentales adecuados para cumplir las funciones de prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades.

Las personas hospitalizadas pueden presentar cuadros infecciosos propios y anteriores al ingreso al nosocomio (exógenos) o pueden obedecer a causas endógenas del propio centro de salud.

Respecto a los pacientes que se infectan en el hospital; el hacinamiento, las bacterias, virus, parásitos y hongos son los causantes de dichas infecciones que pueden ser transmitidas por el contacto hospitalario, por el agua, alta carga de patógenos en el aire o los instrumentos mal esterilizados.

Por ello se han elaborados numerosos protocolos sanitarios para contemplar el integral funcionamiento de un hospital.

Son numerosas las actividades que se desarrollan en un nosocomio, consistentes en su administración, en garantizar los servicios del médico, biólogo, farmacéutico, enfermeros; las tareas de esterilización, alimentación, lavandería, limpieza, mantenimiento y eliminación de residuos patológicos; todo ello da una idea de la complejidad y la potencialidad del funcionamiento de la institución y que, ante de cualquier error o ineficiencia en dichas labores, el paciente internado estaría ante un riesgo cierto de contraer una infección intrahospitalaria.

De acuerdo con un documento elaborado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) los pacientes hospitalizados, que tienen infección o son portadores de microorganismos patógenos, son focos potenciales de infección para los demás pacientes y para el personal de salud; los pacientes que se infectan en el hospital constituyen otro foco de infección; las condiciones de hacinamiento en la institución, el traslado frecuente de internos de una unidad a otra y la concentración de enfermos muy vulnerables a infecciones en un pabellón (por ejemplo, de recién nacidos, pacientes quemados, cuidados intensivos), contribuyen a la manifestación de infecciones nosocomiales. La flora microbiana puede contaminar objetos, dispositivos y materiales que ulteriormente entran en contacto con

sitios vulnerables del cuerpo de los pacientes. Además, se siguen diagnosticando nuevas infecciones bacterianas, por ejemplo, por bacterias transmitidas por el agua (micro bacterias atípicas), además de infecciones virósicas y parasitarias.

Los internados se hallan más expuestos a contraer infecciones por los procedimientos quirúrgicos y el uso de técnicas invasivas.

## **1.2. CONCEPTO DE INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS**

Ubicado y descripto el ambiente físico donde se desarrolla el fenómeno de la infección intrahospitalaria, se procederá a describir las posibles causas de contagio y su gravedad reflejada en la estadística.

Todas coinciden en que se trata de aquellas infecciones que no están presente en la salud del enfermo al ingresar en el nosocomio, ya sea por no haberse manifestado antes de su internación o por no estar probado que se la transportaba, pero que sí se verifica en el nosocomio, aproximadamente a las 48 horas de su internación (período de incubación) o después de que ha sido dado de alta. También se tiene en cuenta las infecciones que contrae el personal del establecimiento sanitario.

Su existencia surge de investigaciones clínicas o de resultados de laboratorios.

La ciencia médica clasificó a las fuentes de contagios en endógenas, que se originan en el organismo del paciente por su propia infección, y exógenas a las que provienen de un ambiente exterior al paciente.

Varios son los motivos que pueden coadyuvar a contraerlas: falta de higiene del personal, instrumentos e insumos mal limpiados, no desinfectados, deficiente o nula esterilización, falta de adecuadas técnicas de asepsia, y deficiencias en la eliminación de los residuos patológicos, entre otras causas.

-----  
Caravajal L. (2013). Significado de objetivo de investigación. Recuperado de <http://www.lizardo-caravajal.com/el-objeto-de-investigación>.

Prevención de las infecciones nosocomiales (2003) – GUÍA PRÁCTICA- 2da. Edición. Recuperado de <http://www.who.int/resources/publication>.

También contribuyen con este cuadro la mutación genética de la bacteria y la mayor resistencia a los antibióticos.

Al respecto, la Fundación Leloir considera que: “Las bacterias son organismos unicelulares que se reproducen a gran velocidad, generando una progenie de millones de individuos en períodos de tiempo relativamente cortos”.

En cuanto a la evolución y a la gravedad de esta problemática sanitaria en la Argentina, se han publicado estudios que demuestran las tasas de infección hospitalaria en unidades de cuidado intensivo de hospitales de Buenos Aires y Rosario, en donde se dejaron constancias de 8.867 pacientes que representaron 49.109 días de cama y 801 infecciones hospitalarias. Las infecciones hospitalarias son causa la muerte de más de 100 mil personas al año, y durante la terapia intensiva mueren uno de cada ocho pacientes. Los registros de internación en ese sector refieren alrededor de 800 mil personas al año.

(Dr. Víctor Rosenthal- 2007/2011).

Otro aspecto importante a tener en cuenta son los costos económicos que derivan de las infecciones hospitalarias. Aunque no existen informes completos, un estudio de la Comunidad Científica Internacional de Control de Infecciones (INICC), efectuado en hospitales argentinos, reveló que en un período de cinco años, el costo sólo en concepto de antibióticos fue de casi mil dólares por paciente, en el término de internación de nueve días, y de más de dos mil dólares por costo total de la internación.

### **1.3. ORGANISMOS DE CONTROLES EPIDEMIOLÓGICOS NACIONALES**

En la Argentina se han elaborado varios programas con sus protocolos a fin de encarar el alto costo social y económico que significan las infecciones intrahospitalarias.

-----  
Infecciones hospitalarias (2011). Impulsan acciones para reducirlas en la Argentina. Recuperado de [www.argenpress.info/2011](http://www.argenpress.info/2011).

Entrevista al Dr. Víctor Rosenthal Recuperado de <http://www.agenciacyta.org.ar> (2007/09).

A partir de 1983, el INE (Instituto Nacional de Epidemiología “Dr. Juan H. Jara”), que depende de la Administración Nacional de Laboratorios e Institutos de Salud (ANLIS), es el responsable, en Argentina, de la implementación del Programa Nacional de Programa Nacional de Epidemiología y Control de Infecciones Hospitalarias, que coordina planes nacionales, realiza tareas de investigación, formación y capacitación profesional y desarrolla programas de prevención y control.

La vigilancia efectiva, planificación y programación a nivel nacional están contenidas en el “Programa Nacional de Vigilancia de Infecciones Hospitalarias de Argentina” (VIHDA), cuyos objetivos específicos son la recolección de información en los centros de salud para inferir el alcance del fenómeno, ya sea en la investigación de los microorganismos patógenos hospitalarios, su resistencia y la tendencia creciente en la tasa de infecciones.

Dicha información es luego distribuida en todos los centros de salud para que se desarrollen políticas sanitarias preventivas que eviten nuevos brotes infecciosos.

Desde el año 2004, más de 120 hospitales conforman la Red Nacional de Vigilancia, Prevención y Control de las IH (infecciones intrahospitalarias), constituida por hospitales públicos y privados, de las 24 jurisdicciones del país,

El programa enfoca su actividad en la vigilancia e identificación de los brotes, para establecer diagnósticos y tratamientos, e identificar las zonas o áreas hospitalarias críticas donde prevalecen los focos, realizar docencia con los conocimientos adquiridos a través de la capacitación de los profesionales y crear normas sanitarias para que se apliquen en el país.

El SINAVE (Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica), dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, es un organismo que evalúa el funcionamiento de otros programas nacionales.

Todos los entes mencionados contribuyen a elaborar un cuadro general de la evolución epidemiológica en el país.

Pero en lo primario e inmediato, para que un plan nacional sea eficaz, es necesario que cada hospital o sanatorio posea un comité de vigilancia y control de infecciones, integrado básicamente por un infectólogo, un enfermero, un jefe de farmacia (responsable de esterilización), jefes de áreas críticas, jefe de emergencias, y con la intervención de un

director médico que será máxima autoridad administrativa y responsable, en última instancia, de la implementación del plan.

Desde el año 2004, más de 120 hospitales conforman la Red Nacional de Vigilancia, Prevención y Control de las IH (infecciones intrahospitalarias), constituida por hospitales públicos y privados, de las 24 jurisdicciones del país.

La Sociedad Iberoamericana de Investigación científica publicó un estudio de ETICA (Estudios y Trabajos de Investigación Comunitaria Argentina) revelando que, desde la década pasada, los fallecimientos por infecciones intrahospitalarias se habían incrementado de un 11 al 17,5 por ciento.

En este año, se presentó un proyecto ante el Congreso de la Nación a fin de recabar y centralizar información estadística sobre infecciones hospitalarias en las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; diseñar políticas y programas de prevención, monitoreo y control de la IH; Implementar en coordinación con las provincias y con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires actividades de difusión, capacitación de recursos humanos, provisión de equipamiento e infraestructura y habilitar un registro nacional, entre otras medidas.

Otro dato relevante de que contiene este proyecto de ley de 2017, se refiere al un estudio realizado por la Universidad Nacional de La Plata en donde se afirma que alrededor del 7% de la población que ingresa a un centro de salud contrae una infección intrahospitalaria después de dos días de internación.

Pero lo más importante es que dicho proyecto actualiza la gravedad de la situación y advierte también en cuanto a los costos económicos, y mucho más grave aún en cuanto a la pérdida de vidas. Cálculos estadísticas consignan que un paciente con neumonía adquirida en el hospital cuesta 7.000 pesos. Y la mitad de esos pacientes fallecen.

Se carece de informes globales sobre los costos que implican las Infecciones hospitalarias, pero en los últimos años se han dictado sentencias que superan el millón de pesos debido a infecciones contraídas por los recién nacidos.

Pero aún hoy, pese a los proyectos de ley y a los intentos oficiales y privados, todavía no existe en la Argentina un registro de infecciones intrahospitalarias donde se vuelquen las estadísticas sobre la evolución del problema.



#### **1.4. ORGANISMOS DE CONTROLES EXTRANJEROS**

Con el fin de posicionar la evolución de la problemática hospitalaria local en materia de infecciones hospitalarias, recurrimos al contexto internacional para comparar los índices que registran las organizaciones extranjeras.

Estadísticas de la Organización Mundial de la Salud revelan que más del ocho por ciento de los pacientes de un hospital presentan infecciones intrahospitalarias.

En Chile se desarrolla un programa global de prevención y control de la IH que está a cargo del Ministerio de Salud y se aplica en todos los hospitales públicos, privados y clínicas. El programa establece estándares y escalas para evaluar y disponer medidas para prevenir las IH.

En los Estados Unidos, atendiendo a su mayor dimensión demográfica, dos millones de personas contraen una infección nosocomial, según los registros de la agencia federal de Control y Prevención de Enfermedades.

Pero en contraste, lo que debería ser una cifra menor de acuerdo a esa diferencia poblacional, en la Argentina se registra una tasa seis veces superior a la del país del Norte e igualmente a la del Reino Unido, Australia, Canadá y Alemania; lo que habla a las claras del atraso de las políticas sanitarias locales en prevenir y combatir dicho fenómeno.

Estas cifras surgen de un estudio realizado por el “Consortio Internacional de Control de Infecciones Nosocomiales” (INICC). En nueve hospitales de Buenos Aires y Rosario encontró que la tasa de bacteremias asociadas a catéter fue 11 por 1000 días de catéter, mientras que en EE.UU. la tasa es 2 por 1000 días de catéter, es decir 6 veces superior en Argentina. Respecto a neumonías asociadas a ventilación mecánica la tasa fue 30 por 1000 días de respirador, mientras que en Estados Unidos es de 4 por 1000 días de///

-----

Programa Nacional de Epidemiología y Control de Infecciones Hospitalarias de Argentina. (2008) Recuperado de <http://www.msal.gov.ar>

Programa Nacional de Epidemiología y controles hospitalarios-ANLIS (2012). Recuperado de [www.anlis.gov.ar/red-nacional-de-vigilancia-de-infecciones-hosp](http://www.anlis.gov.ar/red-nacional-de-vigilancia-de-infecciones-hosp).

Infecciones hospitalarias (2010) Recuperado de <http://www.vihda.gov.ar>

El Senado y la Cámara de Diputados. (2017) Infecciones hospitalarias. Recuperado de [www.senado.gov.ar/parlamentario](http://www.senado.gov.ar/parlamentario).

respirador, o sea 7 veces superior en Argentina.

A fin de valorar la actuación internacional de la INICC y la certidumbre de sus datos, surgió una nueva metodología para recabar información y entrenamiento que consistió en la recolección de antecedentes de vigilancia epidemiológica de procesos y de resultados en forma sistemática. Aquel fue el origen de la actual base de datos internacional, y a partir de ella, la posibilidad de establecer estándares desarrollados por INICC para los países con limitados recursos.

Pero, ¿cómo se comparan los índices mencionados con los registrados en otros países?

Al respecto, “las tasas infecciosas deben medirse de acuerdo al factor de riesgo que produce. Las infecciones del torrente sanguíneo se deben medir de acuerdo a los días de uso de los catéteres vasculares; las infecciones del tracto urinario de acuerdo a los días de uso de las sondas vesicales; y las neumonías de acuerdo a los días de uso de los respiradores mecánicos artificiales, y así se pueden confeccionar datos exactos con el objeto de ser cotejados con los estándares internacionales”. (Dr. Víctor Rosenthal-2011).

De esta forma, afirma el médico especialista, se obtienen tasas exactas que pueden compararse con los estándares a nivel internacional.

Usando este tipo de medición, el INICC encontró en Argentina que la tasa de infecciones del torrente sanguíneo fue 11 por 1000 días de catéter, mientras que en EE.UU. la tasa es 2 por 1000 días de catéter, o sea, aproximadamente 6 veces superior en Argentina. Por otro lado, la tasa de neumonía fue 30 por 1000 días de respirador, mientras que en Estados Unidos es de 4 por 1000 días de respirador, o sea 7 veces superior en Argentina.

-----  
Department of Health and Human Services. (2014). Recuperado de wikipedia.org. United States Department of Health.

Entrevista al Dr. Víctor Rosenthal Recuperado de <http://www.agenciacyta.org.ar> (2007/09).

Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública. Aplicación de un programa de control de infecciones intrahospitalarias en establecimientos de salud de la región San Martín, Perú. (2003). Recuperado de <http://www.scielo.org.pe/scielo>.

Infección de la herida quirúrgica: patogénesis y prevención. (2003). Recuperado de Internet <http://www.intramed.net>

Infecciones nosocomiales. Diseño de un programa de control de infecciones. Madrid. (2009). Recuperado de [www.madrimas.org/blogs/salud pública](http://www.madrimas.org/blogs/saludpublica).

Entrevista al Dr. Rosenthal. (2007/2009). Recuperado de <http://www.a> <http://www.agenciacyta.or.ar>

Infecciones hospitalarias. Aspectos médico-legales y manejo de riesgos. Biblioteca Virtual Noble (2009). Extraído de <http://WWW.nobleseguros.com>

## **1.5. FUENTES DE CONTAGIOS Y ENFERMEDADES CAUSADAS**

Descrito el ámbito material en el que se desarrollan los contagios hospitalarios, los controles que se implementan a través de organismos y planes de acción, corresponde describir los vectores que transmiten las enfermedades infecciosas.

Son las bacterias, virus, hongos y otros patógenos quienes están detrás de estas infecciones, y suelen ser difíciles de tratar con los antibióticos habituales.

Las bacterias son las responsables del sesenta por ciento de las infecciones.

La resistencia a los antibióticos por la transmisión cruzada del personal, que transporta la flora contaminante por patología propia, reduce las defensas por su uso indiscriminado.

Las infecciones más frecuentes se producen en las áreas de unidades de cuidados intensivos y en salas de cirugía, por bacilos aerobios en heridas quirúrgicas, infecciones renales y respiratorias y por el uso de catéteres, tejidos blandos y en heridas, que pueden desencadenar en graves septicemias.

Otra fuente de contaminación son las bacterias que están presentes en nuestro organismo, concretamente en el tracto gastrointestinal y que se contraen por hemodiálisis, alimentos en mal estado, etc.

También los bacilos que usualmente transportamos y que pueden causar infecciones respiratorias y renales.

Y por los hongos que almacenamos en el cuerpo y que se fortalecen en pacientes con inmunidad comprometida.

Y, finalmente, por micosis, virus y rotavirus que afectan especialmente a los menores de edad.

-----  
Infecciones hospitalarias, un problema común. (2007) De Martos, C. (Madrid). Recuperado de <http://www.elmundo.es/elmundosalud>

Infección de la herida quirúrgica: patogénesis y prevención. (2003). Recuperado de <http://www.intramed.net>

## **CAPÍTULO II**

### **1.6. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO**

Establecido el objeto de la investigación –los centros de salud-; de manifestado el fenómeno –las infecciones intrahospitalarias-; su evolución en el país y las diferencias con el extranjero; expuesto sintéticamente la complejidad del funcionamiento de un nosocomio, en el que se desempeñan numerosas personas con distintos roles que exigen capacidad y prudencia; las técnicas de las que se vale la ciencia de la salud y las numerosas y peligrosas fuentes de contagios y enfermedades infecciosas en el que el conjunto es un potencial transmisor, todo ello percibido a través de la descripción del fenómeno sanitario; a continuación corresponde analizar cómo dicho fenómeno es contemplado y regulado por el ordenamiento jurídico positivo a fin de responder al interrogante planteado en el objetivo general: ¿en qué consiste la responsabilidad civil de los nosocomios ante el fenómeno sanitario enunciado?

Avanzar sobre el carácter del vínculo jurídico entre paciente y hospital, la naturaleza de la obligación que dicho vínculo engendra, sea contractual o extracontractual; la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil a través de la producción del daño, la relación de causalidad, la antijuridicidad del obrar médico y la presencia de los factores de atribución en el paciente y el tipo de responsabilidad que se configura, según se trate del incumplimiento de una obligación de medios por haber obrado con culpa, en sus tres categorías, o si se ha violado un deber objetivo de resultado o tácito de seguridad en la prestación asistencial, y la vigencia de este último como factor de atribución; serán los temas a desarrollar en los próximos capítulos

Como se advierte, son varios los elementos que hay que conjugar en la problemática de las infecciones hospitalarias.

### **1.7. EL PRINCIPIO “ALTERUM NON LAEDERE”**

En la búsqueda de una respuesta al problema de investigación de la tesis y atendiendo al objetivo general que plantea el interrogante: ¿en qué consiste la

responsabilidad civil de los nosocomios ante las infecciones intrahospitalarias y cuáles son las normas aplicables?, cabe decir que en los últimos años los tribunales nacionales no han optado por soluciones jurídicas similares al momento de fundar sus fallos en un derecho aplicable común.

Pero, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que consagró el principio “alterum non laedere”, se suministró un marco referencial legal en el que se deben reflejar las decisiones judiciales por las actuaciones de los nosocomios al disponer la norma el deber de prevenir el daño, el que ha sido definido en el art. 1737 como aquel que lesiona un derecho o un interés que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva. Lo que evidencia un desplazamiento jurídico hacia la responsabilidad objetiva.

La aplicación del principio tiene sentido como una de las reglas más importantes que gobiernan y hacen posible la vida de sociedad, pues el daño a otra persona –en este caso a la salud de un enfermo internado-, hace nacer una obligación que ubica al causante en el plano de su reparación.

El principio “alterum non laedere” está contenido en un conjunto de normas que, como deber genérico, impone a todos los ciudadanos no causar un daño a otro sujeto de derecho y evitar así todo lo que signifique agresión; postulado que ha sido consagrado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como concepto relacionado al deber de reparar.

Atento a la valoración de este principio, que coadyuva a la vida social, y que obtiene rango constitucional, es incorporado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Destaca dicha legislación el aspecto preventivo de la responsabilidad de carácter contractual de evitar causar un daño, actuar antes de que se produzca. Es decir que impone una tutela preventiva con fundamento en el art. 43 de la Constitución Nacional (Recurso de Amparo) y en tratados internacionales a fin de evitar un posible daño no justificado, adoptando medidas razonables, como lo prescribe la norma del artículo 1710 del C.C.y C.

Pero no sólo argumentos jurídicos abonan la aplicación constitucional y legislativa del mismo, sino que, hurgando en el pasado, veremos que destacadas corrientes filosóficas y doctrinarias afirmaban el deber de no dañar basadas en la igualdad absoluta de la dignidad de todos los hombres por el solo hecho de ser seres racionales libres.

Al respecto, Atilio A. Alterini (1979) expresa que “este deber de no dañar es genérico, se aplica a las relaciones de los sujetos de derecho con independencia de que hayan estipulado las pautas de su conducta recíproca; rige por el mero hecho de la convivencia social; es fundamento del ordenamiento jurídico...genera responsabilidad como sanción”.

Su tratamiento pasó por varios tamices a lo largo de la historia, pero es de destacar que recientemente, en 2002, basándose expresamente en el mencionado principio “alterum non laedere” se dictó por primera vez una “ley” sanitaria, en Francia, que contempló la reparación económica de las consecuencias de los riesgos sanitarios, obligando a los centros de salud a responder por daños derivados de la utilización de productos en la atención médica (hecho de la cosa) y cuando se trate de infecciones intrahospitalarias, salvo que se pruebe la existencia de una causa ajena.

En la Argentina, se observaba la preocupación de juristas y de jueces en adecuar las normas del Código Civil, especialmente de la responsabilidad, ante los cambios sociales que se visualizaban y en la necesidad de preocuparse, más allá del patrimonio del causante del daño, a los efectos de su reparación en la injusticia sufrida por la víctima.

### *Sentencias que insinuaban la importancia del precepto*

Luego de la reforma constitucional de 1994, con la influencia de los derechos de segunda generación (focalizados en el bienestar económico y acceso al trabajo, entre otros) y tercera generación (derechos humanos y solidarios) y otras normas constitucionales, se consagra el mencionado principio en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Al respecto, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, cita el fallo de la CSJN, en los autos “Santa Coloma, Luis Federico y otros c/ EFA” (1986), por la que un matrimonio promovió contra el Ferrocarril Argentino una demanda por daños y perjuicios a consecuencia de la muerte de tres de sus hijos, y lesiones en otro.

En la sentencia del alto tribunal, que revocó un fallo del inferior por el que se rebaja el monto indemnizatorio, se pone de manifiesto el principio que nos ocupa al expresar: “...la sentencia apelada lesiona el principio alterum non laedere que tiene raíz constitucional (art.19 de la Ley fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad,

cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna...” .

Asimismo, en el caso “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente Ley 9688”, (2004), la Corte declaró inconstitucional el art. 39, inciso 1ro. de la Ley de Riesgos de Trabajo que negaba la instancia civil al trabajador que se decidía a reclamar una indemnización en el caso de un accidente de trabajo, estableciendo que tal pedido de reivindicación era de naturaleza constitucional y que, de impedir una reparación, se afectaba el principio “alterum non laedere”, admitiendo así el carácter constitucional de tal principio que, como se dijo, prohíbe dañar los derechos del prójimo.

En las actuaciones cartatuladas “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios (2012)”, al tratar el deber integral de reparación del daño, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió, con fundamento en normas de derecho común, el reclamo indemnizatorio del actor por las lesiones que sufriera mientras cumplía con el servicio militar obligatorio y elevó el monto de la condena. En tal sentido expresó que “la adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige que se confiera al principio ‘alterum non laedere’ toda la amplitud que éste amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen ‘alterar’ los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28)”. En otra parte de la sentencia, al referirse al daño, señaló que el principio general del artículo 19 de la Carta Magna, prohíbe perjudicar los derechos de un tercero y está estrechamente vinculado a la idea de reparación del Código Civil y Comercial.

-----  
“Luis Federico Santa Coloma y otros c/ EFA s/ recurso Extraordinario”. Recuperado de Internet:  
<http://derehocivil.catacom.blogspot.com.ar/2012/06/csfn-santa-coloma-1986>.

“Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente Ley 9688”, (2004). Recuperado de Internet: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion>.

“Rodríguez Pereyra, Jorge Luis otra Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”. R. 401. XLIII. (2012).

Recuperado de Internet: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion>.

## **CAPÍTULO III**

### **1.8. LA SALUD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN:**

#### ***Función de la reparación civil: preventiva y resarcitoria***

La concepción del daño injusto, desde el punto de vista jurídico y como presupuesto de la responsabilidad civil, ha experimentado singulares y recientes transformaciones a la hora de determinar las obligaciones de los centros de salud y de los médicos profesionales como elementos de un todo.

Tal es así que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1708, establece dos funciones en la responsabilidad civil por daño: preventiva y resarcitoria.

Si bien la nueva legislación codificada incorpora la función preventiva –ante perjuicios ciertos, previsibles y demostrables derivados de una acción u omisión antijurídica-, como fuente de obligaciones, y desaloja al daño y a otros factores como la culpa y el riesgo como los únicos en el presupuesto de la responsabilidad civil, aún se mantiene como fundamento el precepto genérico de “no dañar”.

Es decir, evitar causar un daño no justificado y adoptar medidas razonables para que ello no suceda. Por ello, la acción preventiva no exige la concurrencia de ningún factor de atribución. No menciona los hechos ilícitos como fuente de responsabilidad civil, sino que refiere a la violación del deber de no dañar a otro y al incumplimiento de una obligación.

El art. 1716 –al referirse a la antijuridicidad y al deber de reparar-, establece que es responsable civilmente quien adopta una conducta contraria a las leyes al violar el deber de no dañar o al no cumplir una obligación. El art. 1717 agrega que cualquier lesión que cause un daño a un derecho, sea por acción u omisión no justificada, debe repararlo.

De esta manera, las normas convierten al daño (en este caso a la salud) y al incumplimiento de una obligación sanitaria, en el real fundamento de la responsabilidad.

El nosocomio será responsable por la salud del interno cuando no cumpla con el deber de evitar un daño no justificado en su salud, estando a su alcance la producción de medidas preventivas y razonables que lo impedirían.



Por ello, si el centro de salud lleva a cabo una conducta dañosa que no esté justificada, se presumirá su antijuridicidad y la violación al principio constitucional de no dañar a otro previsto en el art. 19 de la Carta Magna.

En base a dichas premisas, partimos de la base que una infección intrahospitalaria causada por una fuente endógena, debe ser reparada y se debe indemnizar al paciente por el daño de su salud en la medida que no esté justificado o sea antijurídico, ya sea por incumplimiento de una obligación, infringiendo una norma específica o violando un deber genérico de no dañar. No se trata de argumentar una situación hipotética de peligro infeccioso, sino que el principio de legal de la prevención exige la existencia de riesgos ciertos y previsible, pero que deben ser comprobados empíricamente.

En definitiva, la función preventiva de un nosocomio consistirá en evitar nuevos casos de contagios y mantener controlados los cuadros infecciosos preexistentes.

La función reparadora, probada la responsabilidad civil del establecimiento, deberá residir en la obligación de compensar económicamente a la víctima.

### **1.9. CONTAGIO: EL NECESARIO NEXO DE CAUSALIDAD**

Descripta la función preventiva, y habiéndonos referido a la función reparadora como uno de los fundamentos de la responsabilidad civil, sea con criterio subjetivo u objetivo, es necesario que exista el presupuesto del vínculo causal entre la conducta del hospital y el hecho perjudicial.

Posteriormente se tratarán las cuestiones de la antijuridicidad y la atribución, elementos que junto al daño y la causalidad, constituyen los presupuestos de la responsabilidad civil.

Probar la relación causal entre el acto sanitario y el daño causado al paciente es, tal vez, el aspecto más controvertido en la determinación si existió o no responsabilidad civil.

En un caso concreto, verificada una lesión por contagio infeccioso, corresponde determinar si el daño a la salud obedece a una causa exógena, propia del nosocomio -que obligaría al establecimiento a una reparación civil-, o proviene de fuente endógena de la que es portador el enfermo a su ingreso al hospital.

Al respecto, debemos remitirnos a lo dispuesto por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en la norma del art. 1726 que exige la existencia de "... un nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño....". El que no se verifica cuando se demuestra la existencia de una causa ajena, un caso fortuito, el hecho de un tercero por quien no deba responder el nosocomio o por el hecho propio de la víctima.

Es decir, se debe determinar si la conducta del personal del nosocomio o de las cosas de que se sirve como instrumentos son la causa y consecuencia del evento dañoso.

La ausencia de dicho nexo o la ausencia de imputabilidad es en ciertas circunstancias difícil de probar para el nosocomio, al tratar de demostrar que se desempeñó con diligencia, en el marco un ambiente aséptico y esterilizado, y que el paciente portaba la infección antes de ingresar a la entidad pues no existió una causa de contagio exógena atribuible a la entidad.

No alcanza, a los efectos hallar una causalidad adecuada, sólo con acreditar que el nosocomio no actuó debidamente para proteger la salud del interno, hay que probar que el daño que debió prever se debió a esa conducta irresponsable. Lo que define a la causalidad.

Por su parte, en ocasiones, es complejo para el nosocomio demostrar que no existió un vínculo entre el desempeño profesional del establecimiento y el contagio perjudicial de la infección, en base al argumento de que el contagio obedeció al propio hecho de la víctima, o de un tercero por quien no debe responder o por caso fortuito. Es decir que el establecimiento no produjo una acción riesgosa propia o de otro por quien debe responder, o de la cosa que se sirve de la que es dueño o guardián.

Probada la relación causal, ésta reúne otra función, que consiste en delimitar la extensión de la reparación, se trate de consecuencias dañosas inmediatas (las que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas) o mediatas (conexión de un hecho con un acontecimiento distintos) o casuales (las que no se pueden prever).

En la doble función de la causalidad, establecida la conexión del acto médico con el resultado dañoso para la salud del internado, el nosocomio responderá por las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, determinando su autoría y la extensión del resarcimiento.

## **2.0. LA ANTIJURIDICIDAD POR LA INFESTACIÓN**

La antijuridicidad, entendida como la acción u omisión que causa un daño que no está justificado y que es contraria al ordenamiento jurídico, es utilizada en ocasiones como excusa para no reparar la lesión, argumentando que el daño específico acaecido no se hallaba configurado en norma jurídica alguna.

Incluyendo los actos habituales e instintivos, y excluyendo los actos reflejos, estados de inconsciencia o fuerza irresistible; la antijuridicidad se configura no sólo en su aspecto formal (conducta contraria a la ley) sino también desde el punto de vista material cuando el accionar no sólo es contrario a la norma jurídica sino también al orden público, las buenas costumbres, la moral, y los principios de orden natural.

Esta sería la postura del nuevo Código Civil, que se inclinaría por la antijuridicidad material o sustancial: la simple violación del principio “neminem laedere” implica ilicitud e indemnización, salvo causal de justificación.

Por ello, si el nosocomio, a pesar de haber causado un daño en la salud del paciente, se ampara en una cuestión jurídica formal para justificar su conducta, se configuraría un abuso de derecho y, de ser así, advierte Carlos Calvo Costa “se corre el riesgo de que adquiera relevancia la regla...es lícito dañar a no ser que una norma prohíba expresamente ese daño”.

La legislación civil prescribe, entre otras causas eximentes de antijuridicidad, el estado de necesidad con el fin de evitar un mal ineludible, que ponga en peligro la salud del paciente, produciendo un daño menor al que se desea evitar; o el consentimiento libre e informado del paciente por el daño en la salud que se cause siempre que no se configure el abuso del derecho; y/o el ejercicio regular de un derecho cuando se causa un daño para evitar un mal mayor. Sería el caso del profesional que amputa un miembro para impedir la gangrena.

-----  
Responsabilidad Civil ante el contagio de HIV por transfusión sanguínea. Las cuestionadas antijuridicidad y relación causal. Autor: Calvo Costa, Carlos A. Publicado en RCyS2009-VII,79-La Ley. 25/08/2009. La Ley 2009-E, 255. Recuperado de <http://ccalvocosta.com.ar>

## **2.1. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO:**

### **Fundamentos de la responsabilidad subjetiva y objetiva**

El jurista francés René Demogue fue el primer expositor de la teoría de las obligaciones de medio y de resultado al querer determinar la culpa, estableciendo que en las obligaciones de medio la infracción a la norma debe ser probada y en las obligaciones de resultado la infracción jurídica se presume. Ambas pueden actuar en el campo contractual o extracontractual.

Continuando con los factores de atribución, planteado el caso de una infección intrahospitalaria, habrá que determinar si el nosocomio es responsable por una obligación de medios al haber comprometido únicamente el despliegue de una conducta diligente o si, por el contrario, comprometió un resultado concreto.

Gran parte de la doctrina nacional coincidía en que el fundamento de la responsabilidad civil, como factor de atribución, se basaba en la culpa (obligación de medios); pero en los últimos años, en el caso de las infecciones intrahospitalarias, se observa un proceso de objetivación por vía de las resoluciones judiciales, dejando en muchos casos de lado el criterio subjetivista de las enseñanzas e interpretando nuevas presunciones de negligencia sanitaria, aunque no se abandonó el fundamento de la culpa y tampoco se estableció definitivamente la responsabilidad objetiva por infecciones intrahospitalarias.

En el polo opuesto de dicha tendencia -de objetivar la responsabilidad civil de los centros de salud-, se ubica el tratamiento de la responsabilidad profesional de los médicos, contextualizada casi exclusivamente en la órbita de la culpa.

Por ello, al analizar la responsabilidad civil de los centros de salud desde la perspectiva de las obligaciones de medios y de resultado, nos introducimos en el terreno de los factores de atribución de la responsabilidad civil, que pueden ser objetivos o subjetivos.

Como se expusiera precedentemente, la norma del C.C. y C. N. prescribe que cuando el factor es objetivo, el agente debe responder sin tener en cuenta si obró culposamente o no lo hizo, y se libera de responsabilidad demostrando una causa ajena por caso fortuito, por haber incumplido una obligación o por un hecho ilícito.

Por el contrario, el mencionado código recurre a la culpa como factor subjetivo de atribución de responsabilidad civil, en circunstancia en que se hubiere omitido la diligencia debida, por haber actuado (el hospital) con negligencia, imprudencia o impericia.

Si el nosocomio debe una obligación sanitaria de medios, deberá responder atendiendo a un factor subjetivo donde el obrar culposo es la medida de la atribución y podrá liberarse de responsabilidad si demuestra que se desempeñó con la diligencia acorde a las circunstancias del caso.

Por ello, para imputar negligencia en la prestación es necesario acreditar la culpa del profesional, técnico, auxiliar o dependiente del nosocomio para así demostrar que el establecimiento sanitario violó un deber de seguridad y que el mismo, como una obligación tácita, se halla comprendido en el contrato asistencial.

Si desde otro punto de vista jurídico, al centro asistencial se le atribuye una situación objetiva de riesgo para el enfermo, como sería el contagio de una infección por falta de asepsia; la ausencia de culpa del establecimiento será irrelevante a la hora de esgrimir la eximición de responsabilidad, salvo que demuestre la existencia de una causa ajena como sería el caso fortuito o fuerza mayor, lo dispuesto en una cláusula del contrato sanitario, o el hecho del damnificado por ser portador endógeno de la infección.

Apartándonos de los factores de atribución, y en el marco de la simple responsabilidad objetiva, ella se verifica cuando el nosocomio convino un resultado determinado que no se pudo concretar.

## **2.2. EL OBRAR DILIGENTE**

En este punto es fundamental analizar el aspecto referido al obrar diligente a cargo del nosocomio que tiene el deber de asistir sanitariamente a sus internos, evitando la imprudencia, impericia o negligencia en el tratamiento de sus pacientes.

A fin de valorar la conducta en los centros asistenciales, atento a la complejidad y riesgo de su actividad, le es aplicable la norma civil que prescribe que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia que se le debe exigir al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Como se ha manifestado, existe una clara tendencia, en los últimos años, hacia la objetivación y la solidaridad que obliga al nosocomio frente al paciente, para que adopte los recaudos que le eviten una infección exógena, procurándole mayor seguridad de vida.

La responsabilidad civil por la infección intrahospitalaria dividió a la doctrina y a la jurisprudencia al sostener dos criterios diferentes: para unos se trataba de una “responsabilidad subjetiva o de medios y para otros era objetiva o de resultado”.

Como se menciona precedentemente, el hospital, si debiera una obligación de medios, debe aplicar las diligencias necesarias de la ciencia médica con el fin de curar al paciente, pero ello no le asegura un resultado acertado, curativo y sin consecuencias dañosas.

De acuerdo a este criterio jurídico, el establecimiento médico es deudor y responderá por una infección endógena (portada por el enfermo y probada la relación de causalidad) y sus consecuencias dañosas en base a un factor subjetivo de imputación (obrar culposamente), pero podrá liberarse si acredita que se desempeñó con la “diligencia” que se le podría exigir en el caso en cuestión.

Le corresponde así al interno, damnificado en su salud, probar la culpa del establecimiento asistencial por la infección contraída en dicho ámbito, quien a su vez para eximirse de responsabilidad le será suficiente acreditar que obró diligentemente: sin culpa por el contagio sufrido por el paciente.

Al respecto, el artículo 1724 del CCC, al señalar a la culpa y el dolo como factores subjetivos de atribución de responsabilidad civil, caracteriza a aquella como la omisión de la diligencia debida, y comprende las conductas de imprudencia, negligencia e impericia “en el arte o profesión” de curar.

La atribución objetiva (riesgo creado, riesgo o vicio de la cosa) sólo exige la ausencia de culpa.

Por otra parte, si el establecimiento se hace responsable por asumir una obligación de resultado, debe responder civilmente en base a un factor objetivo por la falta de obtención del mismo, y no se eximirá de responsabilidad civil aunque demuestre que el contagio se debió a un caso fortuito o fuerza mayor (en circunstancia en que un germen o virus no pudo ser detectado a pesar de haberse aplicado los últimos métodos y conocimientos científicos disponibles y todos los procedimientos indicados ante la

situación sanitaria determinada); o que se produjo por el hecho de la víctima (el daño sufrido por el paciente se debió a su propio incumplimiento de las prescripciones médicas o abandonó un determinado tratamiento); o de un tercero por el que no deba responder el nosocomio (si se comprueba que la infección del interno la contrajo en otro sitio sanitario).

En base a lo expuesto, el centro de salud respondería ante un factor subjetivo de atribución si debe una obligación de medios, y se exime de responsabilidad probando que no obró con culpa y que sí lo hizo diligentemente.

Si el establecimiento se obligó ante el paciente a lograr un resultado, sería responsable si no lo logra, y “la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad”, tal como lo prescribe el artículo 1722 del CCC. Salvo que demuestre, como se señaló anteriormente, el caso fortuito, el hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. En todos los casos le corresponderá a la entidad el cargo de la prueba.

Jorge Mosset Iturraspe (1998), considera que el fundamento de la culpa es la previsibilidad. En las infecciones intrahospitalarias se tratará de medir cuál es la diligencia exigible para juzgar sobre la previsibilidad del resultado. Aquí se plantea el interrogante: ¿la medida previsible se obtendrá aplicando el criterio subjetivo sostenido por la corriente clasista de la doctrina nacional, o por lo contrario será aplicando una apreciación objetiva? Entiende que es el magistrado quien debe resolver el problema teniendo en cuenta cómo habría actuado una persona diligente. Agrega que para el juzgador la culpa no consistirá en valorar el comportamiento en consideración al deudor, sino que se deberá aplicar una concepción objetiva que aprecie cuál ha de ser el comportamiento de un médico o de un enfermero prescindiendo de las personas en concreto, pero atendiendo a las circunstancias en que se desenvuelve. Por ello, en la doctrina moderna se acentúa el criterio objetivo, que tiende a juzgar la diligencia, prudencia o pericia en cada caso concreto, atendiendo a un standard mínimo de conocimiento o aptitud.

Guillermo Borda (1994) manifiesta que “por culpa debe entenderse la omisión de las diligencias que exigiere la naturaleza del hecho o la actividad y que corresponde a las circunstancias de personas, tiempo y lugar...es un concepto elástico en cuya apreciación los jueces tienen un ancho campo” (p.94)”.

En tal sentido y como se señaló al abordar las fuentes de contagio en la producción de este fenómeno, se pueden identificar múltiples causas. Por ejemplo: la creciente resistencia a los antibióticos o ante cuadros patológicos de pacientes inmuno-deprimidos.

Este abordaje fue contemplado en algunos fallos judiciales en los que se advierte que, empleando aún la más sofisticada diligencia, no se evitan los contagios, por lo que se consideraba que cabía una responsabilidad subjetiva del nosocomio, debiendo la actora demostrar que se obró con culpa, y se entendía que la obligación de la entidad era de medios y no objetiva o de resultado.

## **CAPÍTULO IV**

### **2.3. RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES MÉDICOS**

La responsabilidad de los médicos se regula en el marco de las obligaciones de hacer y su responsabilidad es subjetiva y de medios, excepto que comprometiesen un resultado concreto. También corresponde la no aplicación de responsabilidad objetiva por el empleo de las cosas (artículo 1768 del C.C. y C. N.).

Siendo el daño el presupuesto esencial de la responsabilidad civil, el que ha sido definido por la norma del art. 1737 como la lesión a un derecho o a un interés que tenga por objeto a la persona, hay que precisar si la mala praxis del médico compromete al nosocomio, teniendo en cuenta que el principal responde objetivamente por los daños de los dependientes.

O se considera que su actuación es siempre a título personal, en el marco de las obligaciones de hacer, responsable subjetivamente por su obrar culposo, salvo que –como se dijo–, hubiere comprometido un resultado concreto, por lo que se ingresa en la órbita de la responsabilidad objetiva.

La norma del art. 1753 del C.C. y C. N. prescribe que el principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.



De lo que surge que el nosocomio es deudor de una obligación por el actuar de sus subordinados, sean facultativos, enfermeros, técnicos u otro tipo de asistente hospitalario, con el consiguiente deber de resarcir a la víctima ante un daño injusto en su salud.

Mosset Iturraspe (1998), al referirse al ejercicio de la medicina “en equipo”, considera que la elección del nosocomio que hace el paciente, o que le es impuesta, obliga a la entidad por la actividad de los médicos que la integran, pero: “Si el enfermo, por el contrario, no acude directamente a la clínica sino al especialista, que es quien elige aquella (a la clínica), no se compromete la responsabilidad de sus autoridades; pero la responsabilidad de los auxiliares o técnicos que actúan en el equipo a solicitud del médico buscado, es contractual frente al paciente. (Página 523).

De esa manera, el centro de salud es irresponsable y el profesional médico asume una obligación de hacer, de responsabilidad subjetiva y deberá responder en caso de culpa, al igual que los auxiliares, frente a la demanda de la víctima del daño sanitario por haber actuado negligentemente.

Nuevamente, si compromete un resultado determinado, la responsabilidad del profesional será objetiva y deberá reparar el daño ocasionado en la salud.

Por otra parte, una corriente de opinión sostiene que un nosocomio no se rige por la mencionada norma del artículo 1753, ya que las órdenes que el establecimiento imparta, siguiendo el principio de la responsabilidad del principal, serían incompatibles con la idea de autonomía científica y técnica de la que debe gozar el médico.

Agrega que las prestaciones paramédicas y de servicio de atención al paciente corresponden al nosocomio y se deben regular de acuerdo al artículo 10 bis de la Ley 22.240; y que los servicios de atención profesional constituyen un deber de medios, y para comprometer al centro de salud se debe acreditar la culpa del médico.

#### **2.4. RESPONSABILIDADES DIFERENTES**

El fundamento de la responsabilidad de los centros de salud sería diferente a la de los profesionales pues el nosocomio tiene una obligación tácita de seguridad consagrada por el art. 42 de la Constitución Nacional y que se normativiza en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, que receptaron la posición de la doctrina y la jurisprudencia que

exigían servicios médicos asistenciales concordantes con parámetros de medios subjetivos adecuados (médicos, enfermeros, auxiliares, etc.) y materiales apropiados.

La jurisprudencia, en varios pronunciamientos, ha interpretado que la atribución de responsabilidad hacia los nosocomios exige, previamente, la prueba de la culpa médica del profesional que acredite que se ha violado el deber de seguridad que tácitamente se encuentra comprendida en el contrato asistencial. No haber cumplido con dicho deber hacer nacer la responsabilidad del establecimiento y de la que pueda haber incurrido el profesional.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mendoza, al resolver la verdad histórica de un proceso seguido contra un hospital por la muerte de un menor, centra la responsabilidad del establecimiento por una “palmaria negligencia” en que incurrieron los profesionales médicos por no agotar los medios a su alcance para establecer un diagnóstico, ante una situación de riesgo que debió ser presumida y detectada. Considera que se trata de una responsabilidad extracontractual, directa y principal del organismo por no haber funcionado el servicio, o lo hizo mal o tardíamente, aún cuando no se logre demostrar la culpa de los involucrados. Y advierte que la responsabilidad hospitalaria no surge de una mera equivocación, sino de la negligencia de los profesionales.

Cabe deducir del pronunciamiento judicial que las personas que prestan servicios sanitarios profesionales deben respetar el conjunto de reglas y principios sanitarios, ajustando sus conductas a observar las reglas técnicas, normas legales y deberes éticos evitando las malas praxis, es decir, los actos que causen un daño en la salud, lo que se halla conceptualizado como *lex artis*, norma no escrita que pretende ser un faro en el ejercicio de la medicina.

Por su parte, Alterini (1981) expresa que es necesario que exista un nexo de subordinación técnico científico entre el médico y la institución para que se establezca una responsabilidad refleja de ésta última, pues considera que al nosocomio le compete una obligación de garantía de buena praxis, de tácita seguridad accesoria desde el punto de vista

-----  
G.E. c/F.M. G. y otros s/daños y perjuicios. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial de Mendoza (2016).

de su responsabilidad objetiva; o también -desde la óptica de la responsabilidad subjetiva-, la obligación de vigilar la actuación de sus “subordinados”.

Considera así que la responsabilidad de las clínicas es objetiva, no por su propia actuación, sino por la conducta culposa de sus dependientes y de los “ejecutores materiales de la prestación, no dependiente”, categoría en las que ubica a los médicos.

Continúa diciendo: “Cuando los poderes de contralor, dirección, etc., se diluyen hasta el punto que ni siquiera acudiéndose a una ficción puede concebirse en su existencia, aunque más no fuera de un modo virtual –defecto de subordinación jurídica-, el deber de responder reflejo –o indirecto- de garantía por el actuar ajeno, deja de ser tal y da paso, o se transforma, en un deber jurídico calificado tácito de seguridad...que funciona con carácter accesorio de la prestación principal, y cuya transgresión engendra una responsabilidad directa del autor (Responsabilidad civil de las clínicas...páginas 57/58).

¿Qué sucedería cuando entre el paciente y el prestador de salud no existiere un contrato? Normalmente no ocurre pues la elección por parte del paciente y la atención recibida determina un principio de acuerdo en el tratamiento de la patología y el inicio de una relación contractual, pero aún en ausencia de una vinculación obligacional directa, existiría de todas formas una responsabilidad del nosocomio si ocurre un daño en la salud por parte del profesional médico atento a que es deudor de una obligación tácita de seguridad.

Al respecto, Mosset Iturraspe (1980), considera que la responsabilidad del auxiliar es de naturaleza contractual accesorio, que se origina en el hecho de que es la persona elegida por el nosocomio para desarrollar la función sanitaria.

Para Bueres (1981), la clínica que ha sido elegida por el paciente debe responder por el incumplimiento de los deberes asumidos, y esta responsabilidad es independiente de lo que pueda caber al médico interviniente, quien no debe reparar el daño sanitario en la medida que le sea incontrolable. Si el paciente contrata el alojamiento con el nosocomio y la asistencia con el médico, éste será responsable por infringir dicha asistencia y el establecimiento por los daños en los aspectos paramédicos. Si el profesional integra un equipo para un determinado acto médico, también el establecimiento deberá responder atento a la obligación de seguridad que le compete. Y en una tercera hipótesis, si el paciente

contrata con el profesional y éste forma el equipo y elige la clínica, ésta no responde por el actuar del facultativo y de sus auxiliares.

### **Cómo el nosocomio se libera de responsabilidad civil: causa exógena**

La mayoría de los fallos judiciales atribuye a los centros de salud una responsabilidad objetiva, considerando que la obligación es la de garantizar un resultado beneficioso para la salud del paciente, en el sentido de que durante su internación no sufrirá una infección hospitalaria o exógena, responsabilizándolo así por su conducta más allá del factor culpa. Existe así un deber de seguridad a cargo del nosocomio.

Para liberarse de responsabilidad, el hospital, sanatorio o clínica debiera demostrar que el paciente ingresó con una infección propia, contraída antes de incorporarse o durante su estadía sin que mediara una causal de contagio propia del nosocomio; y que se desempeñó con diligencia, o acreditar que el contagio se debió a un hecho fortuito.

De igual manera, y como instrumentos que se le imputan al actuar y por el cual el centro de salud debe responder (responsabilidad del principal por los hechos del dependiente en ocasión o en ejercicio de sus funciones), se trate de la responsabilidad civil por los deberes de los médicos, de los dependientes, guardianes y del riesgo por el uso de las cosas; los mismos serán abordados más adelante.

### **2.5. ESTIPULACIÓN A TERCEROS.**

Otro aspecto en lo que se advierte contradicción de criterios jurídicos se refiere a la corriente de pensamiento que considera que en los establecimientos sanitarios coexisten actos de carácter hospitalario y actos galénicos.

Los primeros comprenderían alojamiento, alimentación, transporte y cuidados y precauciones para evitar contagios.

Los segundos, se refieren a los actos médicos del arte de curar.

En este sentido, se señala que existe una relación jurídica entre el nosocomio y el profesional que integra su cuerpo médico, que está configurada en la norma del artículo 1027 del C.C. y C. N. llamada estipulación a favor de tercero, es decir, el cumplimiento de una prestación sanitaria en beneficio del enfermo internado.

En base al mencionado precepto, el paciente posee una acción directa en caso de incumplimiento de la obligación sanitaria y otra acción similar contra el establecimiento por haberse violado el contrato asistencial.

Al respecto, la opinión encontrada del Dr. Ricardo L. Lorenzetti advierte que la relación clínica- paciente-médico no puede analizarse como una estipulación a favor de tercero porque los dos centros de interés principales son los del paciente que paga y la entidad médica que ofrece sus servicios. El vínculo existe entre nosocomio y paciente.

La relación médico-nosocomio es subsidiaria y no corresponde la estipulación pues el paciente es parte y no un tercero. El enfermo no es un beneficiario de la relación descrita en la norma del art. 1027, ya que si lo fuera sólo podría adherir a los términos del contrato sin poder discutirlo, desvirtuándose la noción del consentimiento informado. Por ello, el centro de salud debe responder por incumplimiento contractual y de modo directo, y sin importar la intervención de un médico dependiente.

## **2.6. HECHO DE LA VÍCTIMA**

Continuando con la descripción de las incidencias que podrían tener aspectos de la actividad hospitalaria para atribuir el desarrollo de las infecciones y su repercusión en el ámbito normativo jurídico, analizaremos el hecho de la víctima como otra de las causales de excusación de responsabilidad civil que puede invocar un nosocomio, ante el contagio, y es focalizar en el paciente el origen de la infección.

Al respecto, la norma del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que la incidencia que pueda tener el hecho del damnificado, en este caso del internado, puede excluir o limitar la responsabilidad del deudor (nosocomio), salvo que por ley o contrato, aquél deba reparar por su actuación culpable o cualquier otra situación especial.

Si nos referimos a las infecciones endógenas, ellas se presentan en circunstancias en que el paciente se infecta con sus propios gérmenes, sea luego de una intervención médica, o porque se trate de un enfermo inmuno-depresivo propenso a contraer infecciones.

-----

La empresa médica. Edición ampliada y actualizada. Año 2011. Buenos Aires. Autor: Ricardo Luis Lorenzetti. Editorial Rubinzal Culzoni.

Las infecciones exógenas son las que se transmiten entre enfermos, o por instrumentos no esterilizados, por gérmenes del personal de salud, por virus, deficiente eliminación de residuos patológicos, o cualquiera de ellos que contaminen el medio ambiente hospitalario.

Si el nosocomio demuestra que la infección es endógena –propia del paciente-, excluiría su responsabilidad por ausencia de un nexo causal, pero será el centro de salud quien deberá demostrar que existió de su parte la diligencia y previsibilidad que exigen los arts. 1710 y 1711 del C.C. y C.N. habiendo así cumplido las normas sanitarias que aseguran la asepsia e higiene necesarias para evitar contaminaciones.

Al respecto, un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala I de San Isidro, señala en sus fundamentos que: “...para eximir al ente hospitalario de responsabilidad por la infección, lo menos que debería exigírsele sería que acreditase que ha existido de su parte diligencia y previsión...lo que debería apreciarse según las circunstancias del caso, al menos mediante la acreditación de haber cumplido las disposiciones reglamentarias en relación con la habilitación e inspección de quirófanos, el cumplimiento de normas de asepsia, la frecuencia en su ámbito de este tipo de infecciones, etc.”.

Por ello, corresponde al centro asistencial establecer en qué condiciones de salud ingresó el paciente y si portaba una infección, para descartar que aquél adoptó las normas sanitarias mencionadas, a través de pruebas documentadas que no dejen lugar a dudas sobre la buena praxis llevada a cabo.

Por su parte, el artículo 1729 del C.C. y C. N. es claro al prescribir que el nosocomio –como productor del daño-, si invoca como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima, debe tratarse de una incidencia que tenga una causa adecuada con el resultado, que sea concausa o como causa exclusiva.

-----  
Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala I de San Isidro. M. G. G. R. de F. contra S.P.M. (Sistema de Protección Médica) S.A. y C. C (2007).

Recuperado de Internet [www.ccalvocosta.com.ar/articulos/infecciones\\_intrahospitalarias](http://www.ccalvocosta.com.ar/articulos/infecciones_intrahospitalarias).

## **2.7. RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL**

De acuerdo a la norma del art. 1753 del C.C. y C. N, el principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. De lo que surge la obligación de resarcir a la víctima ante un daño injusto.

Alterini (1979) considera que entre la clínica y sus dependientes se genera un contrato a favor del paciente, del que surgen responsabilidades de los facultativos y del ente asistencial, de carácter directo y de naturaleza contractual, siempre y cuando entre el establecimiento y el paciente exista un compromiso de asistencia médica, pues si aquél suscribió el tratamiento en forma independiente la institución no estará obligada.

Por lo expuesto, el autor rechaza la reparación del nosocomio por la actuación del dependiente en base a una responsabilidad indirecta o refleja.

Posición ésta que es contraria a la doctrina mayoritaria actual en la que el deber de las clínicas importa una responsabilidad refleja del organismo por el hecho de sus auxiliares o dependientes. Es decir, que son deudoras objetivamente de una obligación por el desempeño de sus subordinados: enfermeros, facultativos, auxiliares, etc.

Pero el mencionado autor va más allá del aspecto contractual y advierte que por respeto a la persona humana y a la necesidad de proteger al consumidor en su asistencia médica, especialmente por ser la parte más débil de la relación, se justifica extender la responsabilidad civil del nosocomio, invocando así la reparación del paciente perjudicado en el deber jurídico tácito de seguridad, basado en el principio de la buena fe.

Mosset Iturraspe (citado en “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos”, Alterini, 1979), al referirse a la estructura obligacional que surge en el tema que nos ocupa, estima que no se puede privar de acción al paciente contra el auxiliar que ocasionó un daño con su hecho, considerando que es deudor de una obligación contractual y accesoria, y por la que también debe responder indirectamente la clínica.

Belluscio, (citado en “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos”, Alterini, 1979), fundamenta la responsabilidad de la entidad por el hacer del subordinado, en la existencia de una obligación de garantía por la conducta de los

encargados o ejecutores materiales de la prestación de salud, basándose en un deber de diligencia y vigilancia que las autoridades de la clínica tendrían que observar sobre la persona que presta los servicios.

Estas posturas son dejadas de lado por la norma del nuevo Código al objetivar que el aspecto del resarcimiento recae exclusivamente en satisfacer a la víctima que sufrió un daño injusto, en este caso en su salud.

La disposición legal actual establece un factor objetivo de atribución de responsabilidad civil por parte del principal, dejando de lado la sostenida responsabilidad del principal ante la elección del dependiente o por la falta de vigilancia en el cumplimiento de sus tareas.

En la órbita de la responsabilidad del principal giraría también la del tercero que pudiera ser implicado en la prestación del servicio de salud y que es llevado al nivel del deudor principal. Y por terceros responsables estarían comprendidos no sólo los subordinados sino también los auxiliares que intervengan en la resolución de la asistencia médica, en una ambigua relación de dependencia.

Por otra parte, se podría objetar lo manifestado y esgrimir que al establecimiento no le corresponde responsabilidad por lo actuado por su dependiente, debido a que las órdenes o instrucción que se impartan serían incompatibles con la idea de autonomía científica y técnica que deben quedar en la órbita del profesional. Aunque sí podría existir un contrato de relación de dependencia entre el médico y el sanatorio.

### **Tercero o dependiente**

Se expuso que el nuevo C. C. y C. N unificó las consecuencias jurídicas de los regímenes de responsabilidad contractual (incumplimiento de una obligación) y extracontractual (deber de no dañar).

La norma actual -al efecto de configurar la responsabilidad del establecimiento cuando el hecho dañoso sufrido por el paciente suceda en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas al tercero o dependiente-, determina una reparación directa, en el marco de la responsabilidad contractual.



Si se tratara de sujetos ajenos al contrato, pero que actúan también en ejercicio u ocasión de las funciones requeridas, estaríamos en el ámbito extracontractual y habría que precisar la relación de causalidad entre el evento dañoso y la participación de los mencionados para determinar si debe existir una reparación.

Por lo expuesto, pese a la unificación de los mencionados ámbitos de responsabilidad, subsisten las diferencias entre el incumplimiento de una obligación y el deber jurídico de no dañar a cargo de los terceros involucrados en la prestación de la salud.

## **2.8. HECHO DE UN TERCERO POR QUIEN NO SE DEBE RESPONDER**

Al respecto, la norma del art. 1731 del C. C. y C. N. determina que para eximir de responsabilidad, total o parcial, el hecho del tercero por quien no se debe responder es cuando la víctima incidió en el hecho, o se reúnan los caracteres del caso fortuito.

En este contexto, se debe resolver el problema de la causalidad para vincular o exonerar al deudor de la prestación incumplida. Causalidad que debe ser exclusiva del daño producido, en este caso por el nosocomio en relación al contagio del paciente, para que surja responsabilidad civil. Caso contrario, si el daño es ajeno, imprevisible o irresistible no existirá obligación de reparar. Por ejemplo, se demanda a un centro de salud por un contagio infeccioso, pero se demuestra que ocurrió en otro nosocomio.

## **2.9 RIESGO CREADO Y VICIO DE LAS COSAS**

De acuerdo a la norma del art. 1757 del C.C. y C. N. los nosocomios deben responder por el daño causado por el riesgo o vicios de las cosas, o de las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

Consagra la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicios de las cosas y no admite causales de excusación invocando la autorización administrativa y haber adoptado técnicas para prevenir el daño. Siendo los sujetos responsables el dueño o guardián de las cosas. Pero queda subsistente la responsabilidad subjetiva del autor por el modo de usar la cosa. Como lo prescribe el art. 1724 del citado cuerpo legal, son factores subjetivos de atribución

la culpa y el dolo; aquella consiste en la omisión de la diligencia debida, ya sea que se actúa con imprudencia, negligencia o impericia.

De esta manera, por ejemplo, el nosocomio será responsable por el uso del instrumental que no esté debidamente esterilizado y que cause un daño en la salud por el contagio de virus, bacterias u otros patógenos. Y también lo será el médico o auxiliar que culposamente cause un daño con la cosa, pero esta situación no excusa la responsabilidad del centro de salud por el contagio infeccioso, atento a una obligación tácita de seguridad que, como se dijo, está plasmada en principios constitucionales y, concretamente, en la Ley de Defensa del Consumidor.

Por otra parte, la norma civil establece también, definitivamente, la responsabilidad objetiva del riesgo creado -en este caso contemplamos el desempeño hospitalario-, y no remite a la excusación invocando la atribución subjetiva ni la naturaleza de la prestación (sanitaria intrahospitalaria cuya característica es el riesgo).

Pero, tampoco la norma descarta la responsabilidad subjetiva del instrumento (el médico, dependientes, etc.) que culposamente creó el riesgo, y tampoco la del nosocomio que es el titular de la actividad riesgosa. Situación que se encuentra configurada en la norma del art. 1721 que describe los factores de atribución de la responsabilidad: “La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos y subjetivos...”.

En un fallo de la Sala L de la Cámara Nacional Civil (2014) –receptando la responsabilidad objetiva- se reproduce la jurisprudencia en el sentido que: “Si la responsabilidad profesional –médica, en el caso- es llamada por reparación de daños causados con cosas o por la utilización de cosas riesgosas o viciosas, no es necesario que la parte actora pruebe un factor subjetivo de atribución. Puede haber una presunción de culpa o directamente en los términos del art. 1113 del Código Civil (actual y reformado art.1757) o simétricamente por la obligación de seguridad que el profesional tiene hacia el paciente...”.

-----

Cámara Civil Nacional Civil, Sala L- CCV c/ Instituto Qurúrgico Laser S.A.(J.A. 2000-III-615).

Recuperado de Internet: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/09/15/mala-praxis>

### **3.0. RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y ANÓNIMA**

Al decir de Mosset Iturraspe (1998), la ciencia jurídica actual se preocupa por canalizar la responsabilidad emergente del ejercicio de la medicina “en equipo”, sobre la base de los centros sanitarios, como las clínicas, los hospitales, los dispensarios, los equipos quirúrgicos, etc.

El C.C. y C. N. recoge la inquietud del autor y en las normas de los arts. 1760 a 1762 se regula la responsabilidad colectiva y anónima por los daños cometidos por sujetos anónimos de grupos determinados, configurando la responsabilidad de todos sus miembros, a excepción de aquellos que prueben no haber colaborado con la producción del perjuicio o no haber integrado el grupo cuando efectuaba actividades peligrosas.

Si en el caso de una mala praxis médica, llevada a cabo por un grupo de profesionales, con diferentes roles sanitarios, por ejemplo una intervención quirúrgica de la que deriva el contagio y luego la manifestación de una infección intrahospitalaria; al no identificarse al facultativo o auxiliar sanitarista que podría haber causado o contribuido a la producción del hecho dañoso y, tampoco, al no individualizarse si derivó de las deficientes condiciones hospitalarias; se activa la figura civil de la responsabilidad anónima y solidaria, y se imputa al grupo –equipo e institución-, por el daño causado por un autor anónimo. Se eximirá aquél que demuestre que no participó en la producción del perjuicio.

En la última parte del art. 1760 se señala, como eximente de responsabilidad colectiva “quien demuestre que no participó en su producción”; presumiendo la norma que los autores son los integrantes del grupo ante la falta de individualización del posible agente productor. Por lo que existe una presunción a favor de la víctima, sin determinar la supuesta culpabilidad de cada uno de los intervinientes; basta con probar la relación causal entre la actuación médica y el contagio sufrido para que surja la responsabilidad civil del grupo, ya sea por incumplimiento de una obligación o de un deber genérico de no dañar. Este debe ser acreditado por la víctima. El grupo puede ser estable o circunstancial.

Respecto al art. 1762 que responsabiliza al grupo por una actividad peligrosa para terceros, interpretando dicho término como riesgosa por naturaleza, cabe advertir que dicha conducta está contemplada en la norma del art. 1757, por lo que deberán responder solidariamente todos sus integrantes por el daño causado por uno o más de sus miembros.

La responsabilidad es objetiva y no pueden ampararse en la autorización para realizar la actividad ni cumplir técnicas de prevención.

## **CAPÍTULO V**

### **3.1. UNIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL**

La responsabilidad del nosocomio, ¿puede surgir de un contrato o de un cuasicontrato?

Respecto a la fuente de responsabilidad, esta puede ser de origen contractual o legal ante el incumplimiento de una obligación, o aquiliana cuando las partes no están unidas por un vínculo contractual, sino por la violación del simple deber de no dañar que se verifica por una acción u omisión imputable a culpa o negligencia.

Continuando con la función reparadora civil del nosocomio ante un supuesto de indemnización por el daño sanitario causado, refiriéndonos a sus fuentes, ella tendría lugar con la reunión de varios factores: la existencia de un contrato previo a la internación y su consiguiente incumplimiento, o cuando la clínica viola un deber expreso que debe observar aunque no esté pactado, por ejemplo, la producción de una falla médica que lesiona al paciente.

El nuevo Código Civil y Comercial unificó las consecuencias jurídicas de los actuales regímenes de responsabilidad civil extracontractual (deber de no dañar) y contractual (incumplimiento de una obligación) luego de una larga evolución.

Las normas de responsabilidad civil pasaron de sancionar al que violó una obligación (que protegía el interés de las partes) a focalizar también la reparación por todo daño injusto sufrido (que contemplaba derechos absolutos).

Así se podía observar que en el campo de la responsabilidad existían dos maneras de concebir la reparación de perjuicios, que eran idénticos, pero sometidos a distinto régimen, lo que no serviría para un propósito jurídico.

Cuando el incumplimiento excede la órbita del contrato, sin existir previamente un acuerdo y previsión de las partes en la conducta a desplegar, debe regir la norma genérica (extracontractual) que sanciona a quien, ilegítimamente, daña derechos subjetivos ajenos.

De acuerdo con lo prescrito por el artículo 1716 del Código Civil, al tratar la función resarcitoria de la responsabilidad civil, las fuentes contractual y extracontractual se unifican y se rigen por las mismas reglas, ya que la norma dispone que se debe una reparación cuando se viola el deber general de no dañar a otro, y de igual manera cuando no se cumple una obligación.

Es decir, si la responsabilidad civil y la obligación de reparar surgen porque no se ha cumplido una obligación o se ha violado un deber general de no dañar, se regirá por las mismas reglas, lo que se encuentra plasmado en las normativas de los artículos 1708 a 1780.

A pesar de ello no existe una equivalencia absoluta.

La mencionada normativa no impide que en el ámbito contractual persista una responsabilidad típica, ya sea porque el nosocomio viola un deber médico específico derivado de un contrato suscripto con anterioridad a su intervención profesional, o atípica por haber infringido un deber específico sin que exista un contrato, como sería el caso de atender una urgencia médica en circunstancias en que el nosocomio no fuese contratado a tal fin.

Por lo tanto, el centro de salud actúa antijurídicamente no sólo cuando viola lo pactado sino también cuando infringe un deber expreso que debe observar aunque no esté pactado, cualquiera sea su origen y porque así lo disponen las leyes, o las reglas médicas técnicas o administrativas. En este caso la naturaleza de la obligación es contractual.

Por otra parte, si se vence el deber jurídico de no dañar, sin estar especificado su destinatario, estamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual del centro de salud.

Los factores objetivos de imputación fueron ganando terreno. Tal es el caso de la norma del artículo 1753 del C.C. y C. N. cuando prescribe que el principal responde “objetivamente” por los daños que causen los que están bajo su dependencia o de las personas de las que se sirve. De igual manera, la norma del art. 1757 no incluye la responsabilidad derivada del hecho de las cosas y de las actividades riesgosas en la órbita del incumplimiento de una obligación contractual, sino que las mantiene en el campo de la responsabilidad objetiva.

### **3.2.DESDE LA ÓPTICA DE LA DOCTRINA**

Algunos autores abundan sobre la responsabilidad civil del nosocomio ubicándola en la órbita contractual, aunque consideran que existen “excepciones” ya sea cuando se configura un delito, o es nulo el contrato entre el paciente y el médico, o cuando se trata de asistencias médicas de urgencia, etc. (Bueres - 1981).

Para otros autores rige como “regla general” que la naturaleza de la responsabilidad civil médica es de fuente contractual. (Mosset Iturraspe, Ricardo Lorenzetti y Carlos A. Ghersi - 2007).

Se advierte que los modelos extracontractuales que se buscan para resolver los casos de incumplimiento contractual, corresponden a “supuestos excepcionales” y por ello, al desnudar la insuficiencia de la regulación propia del contrato, justifican por ello el apartarse de la concepción contractual. (Atilio A. Alterini - 1979).

No obstante, los autores que coinciden con esta postura, puntualizan numerosas excepciones al régimen contractual, como por ejemplo en caso de que los servicios son requeridos por una persona distinta del enfermo, casos de urgencia, servicios prestados espontáneamente sin el consentimiento del paciente, o contra su voluntad, obligación de origen legal, daños reclamados por damnificados indirectos no contratantes, entre otros supuestos. (Mosset Iturraspe 1998 y Lorenzetti, 1997).

Al referirse al fundamento de la responsabilidad extracontractual, el Dr. Guillermo Borda (1998) advierte que en el derecho moderno la culpa no es el único fundamento de la responsabilidad y que existen casos en que es la ley quien les impone responsabilidades civiles prescindiendo de la idea de culpa, a lo que se conoce como la “responsabilidad objetiva”.

Al respecto, el citado autor expresa que “la culpa puede consistir bien sea en la omisión de las diligencias necesarias en la realización de los actos propios, bien en la insuficiente vigilancia de las personas dependientes o de las cosas que están bajo el cuidado o son de propiedad de una persona (culpa in vigilando); bien en la mala elección de las personas o cosas de que se sirve (culpa in eligendo)”. (Borda, 1998, p.237).

Para otros doctrinarios, en el caso de la responsabilidad médica del nosocomio, se deben aplicar las normas de la responsabilidad contractual, pues siempre habrá una obligación preexistente que el médico debe cumplir al atender a un paciente. (Highton, E.- 1983).

### **3.3 OBJETIVOS DE LA UNIFICACIÓN**

La importancia de la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual radica en que se suprimen importantes diferencias en materia de prescripción de las acciones respecto del daño por el acto sanitario y la extensión de la indemnización en beneficio del paciente, desapareciendo el tratamiento legal diferenciado. No se distingue entre daño moral que provenga de una relación contractual o extracontractual. Y se abordan otros aspectos como la extensión de la indemnización, graduación de la culpa, la prueba del ilícito, capacidad, solidaridad, mora, carga de la prueba y legitimación.

En el terreno jurisdiccional, la Cámara Nacional Civil, Sala J de Buenos Aires, consideró que el fundamento de la responsabilidad contractual de los nosocomios radica en la existencia de una obligación de garantía por la conducta de los profesionales a su cargo en la prestación médica. Se trata de una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio. Dicha obligación garantiza aquellas prestaciones que realizan los dependientes y que han podido ser controladas. (Cám.Nac.Civil. Sala J. Buenos Aires-26-08-97. R.P.c/Clínica Evangélica El Buen Sanmaritano y otros. LL 1998-D-74.

La Sala Civil II de Mendoza estimó que quien contrata un servicio con un hospital, éste lo debe prestar en condiciones adecuadas con el fin por el que fue creado, siendo responsable por los perjuicios que cause su incumplimiento o irregular ejecución. (SC Sala II-Mendoza-10/06/94. Fiscal c/Fernández Gatica y otro-JA 1996-I-412).

## **CAPÍTULO VI**

### **3.4. OBLIGACIÓN TÁCITA DE SEGURIDAD. ANALISIS LEY 24.240**

La jurisprudencia argentina introdujo a principios del siglo XX la “obligación de seguridad” para contrarrestar el postulado reinante en los contratos de que sólo se configuraba la responsabilidad civil si existía culpa.

Para resarcir a la víctima, los jueces introdujeron varios supuestos de responsabilidad objetiva en base a los cuales no era necesario acreditar la culpa del agente para condenarlo a reparar. En algunos casos bastaba invocar la teoría del riesgo creado sólo para el ámbito extra contractual (Código Civil de Vélez Sársfield), pero subsistían otros casos en lo que no se sabía a ciencia cierta si la obligación de seguridad se hallaba tácitamente incluida en los contratos.

Comenzó así a judicializarse la presunción de responsabilidad objetiva ante el daño sufrido y sólo quedaba a cargo del deudor, para eximirse de responsabilidad, invocar el caso fortuito. Así es que se fue abriendo paso sólo en la jurisprudencia el deber tácito y objetivo de seguridad, que traducido a la situación sanitaria que nos ocupa, consistiría en la existencia de una obligación principal del nosocomio de curar al enfermo, y otra “obligación secundaria o tácita” por la cual el paciente debe resultar indemne a todo contagio de infección exógena atribuible al hospital.

Como ejemplo de dicha evolución jurisprudencial, que apuntaba a contemplar no sólo el acto médico individual sino también focalizaba y judicializaba la deficiente organización del sistema hospitalario, mencionaremos dos sentencias de alto tribunal de justicia nacional.

En el fallo de la Corte Suprema de la Nación (1989), en los autos “Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas s/ daños y perjuicios”, se expresaba que “la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa, si bien con divergencia de los fundamentos jurídicos que la justifican, es aceptada por la doctrina general”.

En las actuaciones: Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación advierte en su sentencia que “El adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente, porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso,



necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor”. El caso cuestión se inició en circunstancia en que la actora le atribuyó responsabilidad al nosocomio por el fallecimiento de su padre luego de su internación a consecuencia de un accidente automovilístico.

Si trasladamos los argumentos jurídicos mencionados a un caso concreto, por ejemplo una intervención quirúrgica, el nosocomio a través de sus profesionales, subordinados e instrumentos, deberá como obligación principal la de practicar una correcta cirugía, y como obligación secundaria y no menos importante será la de evitar los daños en la salud, garantizando los mínimos requisitos de asepsia a fin de evitar la infección intrahospitalaria. La violación de esta garantía llevaría al hospital a una situación de responsabilidad objetiva.

### **Opinión de autores**

Algunos autores consideran que en la actualidad la obligación tácita de seguridad ya no existe pues ha sido subsumida en la legislación especial sancionada para consumidores y usuarios.

Para Alberto J. Bueres (1981), existe en principio un panorama general en el que está circunscripto el nosocomio en el que se verifica una obligación de medios ya que éste no garantiza la recuperación del interno sino “el apropiado y consciente tratamiento”, pero incierto. Existe en este tipo de obligación un interés primario que es satisfecho con el desarrollo de una actividad prudente y diligente, y un interés final que es aleatorio o contingente. Mientras que en los deberes de resultado, para satisfacer el interés definitivo, “su consecución es imprescindible”.

El contrato suscripto entre paciente y entidad por la cual ésta se obliga a suministrar un servicio de salud, con la intervención de sus profesionales e instalaciones, no involucra

-----

Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas s/daños y perjuicios (1989). Recuperado de Internet: <http://upauderecho.blogspot.com.ar/2008/05/tejedurias-magallanes-s>.

Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios. 22/12/1994 - Fallos: 317:1921. Corte Suprema de Justicia de la Nación Derecho a la Salud. - 1a ed. Recuperado de [old.csjn.gov.ar/data/dsalud](http://old.csjn.gov.ar/data/dsalud).

al nosocomio en caso de responsabilidad civil cuando sólo se ofrece al profesional las instalaciones del nosocomio para que atienda al paciente. Siguiendo así a Bueres, suscriptor del contrato, el centro asistencial debe actuar con diligencia y cumplir con todas las normas sanitarias de un deber tácito y accesorio de seguridad. Al respecto expresa que: “El deber de conducta secundario – en relación con la obligación de prestar el servicio de salud – destinado a evitar que los pacientes sufran daños corporales, ya sea por cualquier otra circunstancia, configura una obligación de resultado”.

Al respecto, un fallo de la Cámara Nacional, Sala D (2001), con el voto del doctrinario Alberto J. Bueres, (1981) expresa que “Si el paciente acude por necesidad a un hospital...aún con el empleo de las más exquisita diligencia no puede concluir de plano algunos tipos de infección, y a ello se agrega que el propio paciente puede ser portador del germen infeccioso, cabe ubicar el asunto en el sector de la responsabilidad subjetiva, lo cual significa considerar la obligación asumida por el establecimiento médico y por los profesionales actuantes en este acto quirúrgico es de medios”.

Ante el riesgo que supone el tratamiento de un interno en el hospital, sin que exista una obligación de resultado previamente suscripta, y ante un caso de urgencia, el nosocomio se eximiría de responsabilidad civil ante un daño sanitario si acredita que tanto él como sus médicos asumieron una obligación de medios y como tal obraron sin culpa.

En el caso de haberse demandado al nosocomio, por considerar que violó una norma de responsabilidad objetiva, tácita y de seguridad que debe proteger al paciente de todo riesgo de infección; podrá eximirse de responsabilidad civil si acredita que obró diligentemente y que el contagio se debió a un caso fortuito.

Respecto a lo violatorio de la ley y del derecho en que puede incurrir una conducta sanitaria, se ha afirmado que dicha antijuridicidad puede deducirse sólo del daño causado, considerando que la lesión a bienes jurídicos o intereses jurídicamente reconocidos, provocados por el riesgo que asume el nosocomio puede ser considerado contrario a las leyes a los fines de la responsabilidad civil, pero no se puede basar el juicio de antijuridicidad “exclusivamente en el resultado”. (Jorge Mosset Iturraspe - 1998).

Se advierte así la importancia que atribuye a la acción u omisión que lesiona cuando es contraria al ordenamiento jurídico y no está justificada.

Jorge Mario Galdós (2004), en la órbita de la sanidad pública y de la responsabilidad objetiva del nosocomio, enfocando la problemática desde otro punto de vista, refiriéndose a un fallo de la Corte Suprema de Justicia, expresó que “se desplazó la responsabilidad del marco contractual y de derecho privado hacia el derecho público, atendiendo a la naturaleza supralegal de esa obligación del Estado de satisfacer sus funciones esenciales (como justicia, educación, seguridad). La inobservancia del deber de asistencia médica en el nosocomio público conlleva la configuración de la responsabilidad objetiva y directa del Estado por falta de servicio”.

Por su parte, Sebastián Picasso (2015), considera que la obligación de seguridad se mudó del derecho común e ingresó en una nueva etapa al sancionarse la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) al incorporarse en todas las relaciones de consumo. Además, aquella quedó consagrada luego de la reforma de la Constitución Nacional en 1994 ya que en el artículo quinto se incorpora una obligación de seguridad a todas las relaciones de consumo y pasa a ser una obligación expresa. A la que también se refiere el artículo 42 de la mencionada ley, al extenderla al daño que provenga “del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación de un servicio”.

Para Ricardo L. Lorenzetti (2011), al referirse a la actuación del médico, la distinción entre obligaciones de medios y de resultados es relativa pues la responsabilidad civil estará determinada por la situación del paciente, los medios técnicos a disposición o el estado de la ciencia médica, imprevisto en su evolución. Entiende que el deber de prestación profesional se configura con la disposición de todos los medios orientados hacia la obtención del resultado.

Juan M. Prevot y Rubén A. Chaia (2005), al mencionar la obligación de seguridad, expresan que tiene su sustento en el principio de la buena fe, en el respeto de la persona humana y en la necesidad de proteger al paciente ya que es la parte más débil de la relación. La responsabilidad civil de las clínicas y hospitales es un deber objetivo que se traduce en asepsia, esterilización y limpieza.

-----  
Autor: Jorge Mario Galdós Mala praxis médica y responsabilidad del Estado por el funcionamiento del hospital público Autor. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Recuperado de [WWW.cmfbas.or.ar/archivos](http://WWW.cmfbas.or.ar/archivos)

El razonamiento apunta a las consecuencias dañosas que podrían surgir de la ausencia de asepsia general del nosocomio y/o la falta de diligencias idóneas que prevengan la infección intrahospitalaria, quedándole al establecimiento, como vía de excusación, la invocación del caso fortuito por la producción del contagio en el paciente o, en su defecto, esgrimir el argumento de que el paciente incubaba una infección que contrajo antes de ingresar al nosocomio; causa endógena que lo eximiría de responsabilidad civil.

A la par del impulso judicial de la cuestión tácita de seguridad, existía en el período mencionado un vacío legal que dio lugar al nacimiento de diferentes criterios para evaluar la responsabilidad civil.

### **3.5. LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD SUBSUMIDA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EN LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Esta nebulosa jurídica se aclaró con la incorporación de la obligación de seguridad en el derecho de consumo consagrado en el artículo 42 de la Constitución Nacional y en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 que regula en forma unitaria los daños sufridos por los consumidores en el ámbito de la relación de consumo.

Al respecto, el mencionado artículo 42 de la C.N. prescribe que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen el derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad...”.

La mayoría de los supuestos en lo que se podía aplicar el mencionado instituto (obligación de seguridad), ha desaparecido del derecho común y ha emigrado a la mencionada legislación especial.

Tal es así que el artículo quinto de la Ley 24.240 consagra la protección al consumidor: “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles y normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios”.

De esta manera, la obligación de seguridad que anteriormente era incorporada al contrato tácitamente, hoy se encuentra consagrada en materia constitucional y legal para la protección de las relaciones civiles ante posibles daños, y abarca casi todos los supuestos que la doctrina y la jurisprudencia consideraban como obligaciones tácitas de seguridad.

La obligación de seguridad consagrada en la legislación de la Ley 22.240, comprende la gran mayoría de las situaciones en donde podría existir dicha obligación, incluidos los centros de salud.

En resumen, la norma constitucional, la legislación especial mencionada y las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación sobre responsabilidad objetiva por riesgo de los artículos 1757 y 1758, dejaría, en principio sin sentido la aplicación de la obligación de seguridad para las prestaciones médicas hospitalarias aplicada en la jurisprudencia.

Las normas de los mencionados artículos establecen la responsabilidad civil ante el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa, o de actividades peligrosas o riesgosas, o por los medios empleados, siendo el dueño o guardián de aquellas los que responderán por el daño acreditado. Amén de lo dispuesto por el art. 1749 que trata la responsabilidad por dolo o culpa del agente.

Abundando en el contenido del artículo 5to. de la Ley de Defensa al Consumidor, que prescribe que las cosas y los servicios riesgosos prestados, en este caso por un nosocomio, no deben representar un peligro para la salud o la integridad física del consumidor. En ese sentido, aunque las partes no hayan previsto un contagio infeccioso en el establecimiento, el hospital asume una responsabilidad directa y objetiva debiendo reparar los daños en la salud ocasionados al paciente.

Esta normativa expone y sanciona la responsabilidad por daño, pero haciendo foco en la organización de los servicios y de los instrumentos de que se vale cuando se configuran serías falencias en el sistema médico hospitalario, específicamente en uno de sus aspectos más negativos como lo son las infecciones intrahospitalarias.

Sin obviar en el comportamiento individual de los agentes, la norma apunta a que la estructura y el funcionamiento del sistema hospitalario no representen un peligro para la salud del paciente.

Remitiéndonos al inicio del punto, cuando se conceptualizó a la “obligación secundaria o tácita” como el deber que tiene que observar un centro de salud con el fin de que el paciente resulte indemne a todo contagio de infección exógena durante su internación; será expuesto desde el punto de vista de la jurisprudencia nacional, a partir de sentencias emitidas en los últimos años.

### **3.6. LA REGLA CONTEMPLADA EN FALLOS Y EN LA DOCTRINA**

En un fallo de la Cámara Nacional Federal en lo Civil y Comercial, Sala III, se condenó a un nosocomio a reparar las consecuencias dañosas por no haber cumplido con la obligación tácita de seguridad. En tal sentido, consideró que la institución no respetó la mencionada obligación secundaria, que funciona paralelamente con la primera obligación que es la de ser diligente y obrar idoneidad y pericia en la atención del paciente. En este caso, el nosocomio no respetó la obligación de brindar óptimas condiciones de asepsia, lo que derivó en el contagio infeccioso.

En otro pronunciamiento judicial, respecto a la omisión de medidas de higiene y desinfección, en circunstancias en que falló la bioseguridad por ausencia de conocimientos, de técnicas o de material no esterilizado, la Cámara Civil y Comercial, Sala II de Buenos Aires consideró acreditado el incumplimiento de la obligación de seguridad por haber omitido las diligencias de asepsia sanitaria que el caso requería y obligó al nosocomio a reparar el daño causado.

En el tribunal de la Cámara Nacional Civil Sala C de Buenos Aires se debatió la eximición de responsabilidad civil por caso fortuito. Los juzgadores –basados en la obligación de seguridad - tuvieron por acreditado que la infección sufrida por el paciente se debió a la contaminación de bacterias en el quirófano y rechazaron la mencionada eximente pues no se demostró que el caso fortuito obedeciera a razones externas al instituto, por lo que debe responder por una obligación tácita de seguridad. El tribunal también se pronunció por la carga de la prueba, la que no debía estar en la persona del paciente por su condición de inferioridad, sino que el centro de salud debía aportar los medios de pruebas que lo exculparan.

La Cámara Nacional Sala D. de Buenos Aires consideró que el hospital fue responsable por los daños y perjuicios sufridos por los padres de un niño, de pocos días de vida, que falleció por una infección contraída en el nosocomio y que previo al deceso obligó a su internación en otro centro por carecer de la infraestructura necesaria. Estimó el

-----

(Valentino, Héctor M.R. c/ Estado Nacional y otros. 04/09/91- La Ley, 1992-A.162-DJ,1992-1-639).

tribunal que, aún descartando la mala praxis del establecimiento, al no contar con disponibilidad de camas para la internación, su derivación a otro centro agravó el estado de su salud y finalmente murió, atribuyéndole al nosocomio una responsabilidad por no cumplir con la obligación de resultado pues no garantizó el tratamiento adecuado en dicho centro.

Otro caso, sustanciado ante la Cámara Nacional Civil Sala B de Buenos Aires, por el que los juzgadores responsabilizaron civilmente al centro de salud por el daño verificado durante la cirugía, en relación a una paciente, por infección del útero luego de dar a luz./// El tribunal invirtió la carga de la prueba y la actora se benefició por la ausencia de evidencias por parte del instituto, que impidieron determinar con precisión el germen causante del contagio, por no haber conservado el nosocomio el resultado del análisis y no haberse registrado en la historia clínica. Dichas deficiencias configuraron un cuadro de responsabilidad civil por falta de diligencia y también por la negligencia de la conducta desplegada por la demandada.

En otra sentencia se analizó si en el caso sometido a justicia -demanda por la infección de la meningitis bacteriana causada por la aplicación de una anestesia pedidural-, intervino una acción de responsabilidad civil objetiva y subjetiva. En el fallo de primera instancia que fuera apelado por la actora, se consideró que no se probó que la infección fuera causada por la complicación con la anestesia. Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, al expedirse, dio la razón a la actora pues entendieron que el nosocomio se encontraba ante una obligación de seguridad que no cumplió pues no demostró en forma sólida y contundente, sin despejar las dudas de que las consecuencias dañosas no obedecían a una falta de asepsia como argumentaba el establecimiento sanitario.

-----  
Aparisi, Roberto José c/Girardo, Juan Martín s/responsabilidades profesionales. Cám. Civ. Sala C. Bs. As. C286795-05/09/00).

Aquilano, Arturo P. c/ ciudad de Buenos Aires y otros. LL.2005-E,861. (Cám. Nac. Civ. Sala D. Buenos Aires-04/05/05.

Ríos, María M. c/Petrelli, Juan C. y otro- JA, 1994-II-152).  
(Cám. Nac. Sala B. Buenos Aires-31/03/06 R.de EJM c/ ciudad de Buenos Aire-RCyS 2006-VII-93).

Continuando con la regulación de la salud humana en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en la doctrina y la jurisprudencia, en consonancia con el problema de investigación planteado (*la responsabilidad civil sanitaria por enfermedades intrahospitalarias, a través de las normas jurídicas, la doctrina y la jurisprudencia*), siguiendo las pautas del objetivo general (*¿en qué consiste la responsabilidad de los centros de salud y cuáles son las normas que la configuran ?*) y de los objetivos específicos de los primeros capítulos (*deber jurídico de no dañar, responsabilidad contractual y extracontractual, obligaciones de medios y de resultado con elementos de atribución del ilícito y obligación de seguridad*), se continuará con la eximente del *casus*.

## **CAPÍTULO VII**

### **3.7. CASO FORTUITO. FUERZA MAYOR**

En este capítulo, respecto a la responsabilidad civil médica, se desarrollarán las eximentes de reparación: el caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero por quien no se deba responder.

De acuerdo a lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación, la conducta de un persona jurídica encuadra en la norma del caso fortuito o fuerza mayor cuando se produce un hecho dañoso que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto no ha podido ser evitado, excepto disposición en contrario.

Caso fortuito imprevisible, inevitable, ajeno al responsable y que se presente como un obstáculo insuperable.

Se trata de una eximente vinculada al factor de atribución como uno de los cuatro presupuestos de la responsabilidad.

¿Correspondería aplicar esta eximente de responsabilidad civil por la actuación del nosocomio cuando de la misma deriva una infección hospitalaria?

Por un lado, ante la mayor posibilidad de los contagios y complejidad de los tratamientos, corresponde analizar si las infecciones intrahospitalarias tienen su origen en un acontecimiento inevitable e imprevisto, que excusarían de responsabilidad civil al centro de salud con el argumento que asumen cada día mayores riesgos y que, pese a adoptar las medidas sanitarias pertinentes, eficientes y eficaces, nunca se alcanzaría la asepsia cero. Por



ello, se trasladaría la causa del riesgo de contagio al propio paciente quien debería soportar sus consecuencias.

La concepción doctrinaria objetiva del caso fortuito determina su existencia a través de la ausencia de culpa. Aplicando dicha teoría, el nosocomio no sería responsable civilmente si, aún siendo diligente, no obtiene el resultado esperado al no evitar el contagio.

Por lo tanto, si el paciente contrajo una infección sin culpa del nosocomio, su producción se debió a un caso fortuito. El límite de la obligación del establecimiento asistencial sería haber actuado diligentemente en la atención del paciente.

Al respecto, Alterini (1979) considera que la culpabilidad desaparece ante el caso fortuito; es así que en el ámbito contractual si se demuestra la presencia del *casus* el deudor no debe reparación pues la ausencia de culpa lo hace irresponsable.

Y en el ámbito aquiliano, sostiene el mencionado autor, el *casus* determina que la obligación de reparar, al haberse transgredido el principio “*neminem laedere*”, no llegue a configurarse.

Por otra parte, si consideramos -como surge de una amplia tendencia jurisprudencial y doctrinaria-, que los nosocomios asumen una responsabilidad objetiva por los resultados perjudiciales en el tratamiento del paciente, el caso fortuito o fuerza mayor que ellos podrían invocar sólo estaría referido a un hecho “externo” del ámbito del desempeño hospitalario; un acontecimiento que no proviniera del propio riesgo que caracteriza a dicha actividad ante la presencia de virus, gérmenes y manipulación del instrumental médico. Es decir que se catalogaría a dicho riesgo como inherente a la actividad hospitalaria y por ello no podría ser tipificado en la figura del caso fortuito. Por ende, no puede ser considerado un eximente del factor de atribución y por lo tanto exonerar al hospital de la responsabilidad civil por el daño causado.

De acuerdo con esta teoría, la internación que derive en una infección no puede liberar al centro de salud invocando un caso fortuito, que se origine en el ejercicio propio de su actividad, negando -por ejemplo- su negligencia al emplear elementos que se hallaban contaminados o que el personal actuó de manera ineficiente.

Desde este punto de vista jurídico, el riesgo que implica la actividad hospitalaria no es imprevisible y sí puede ser evitado, por lo que no se configuraría el *casus*.

Se infiere así que la infección es una contingencia propia del medio, es la evidencia de que existen virus o gérmenes cuya presencia no es consecuencia de un factor aleatorio. Puede ser irresistible, pero no imprevisible atento a que el mencionado riesgo es conocido por la ciencia médica, lo que permite su prevención y control.

### **3.8 EL REQUISITO DE LA CAUSA EXTERNA**

La concepción objetiva sostenida por la doctrina centra el requisito del caso fortuito, como fuente de responsabilidad, en la existencia de una causa externa que hubiere impedido al nosocomio el no adoptar los recaudos pertinentes que eviten el contagio, independiente totalmente de toda idea de culpa y de la presencia de sus elementos como la negligencia, impericia e imprudencia.

“En materia de responsabilidad objetiva, contractual o delictual, existe concordancia en la *communis opinio* en punto a que el hecho cuya fortuicidad se aduce debe ser *extraño o exterior* a la actividad o cosa...Nosotros estamos convencidos de que la exterioridad es una imposición general para que quepa hablar de caso fortuito”. (Bueres, 1981, págs. 206/207).

Para Mosset Iturraspe (1998), el caso fortuito no es la mera falta de culpa, aunque ambos actúan muchas veces como eximentes de responsabilidad. Considera insuficiente la asimilación entre culpa y caso fortuito y se refiere a situaciones que lo demostrarían: a) mientras la culpabilidad apunta a una situación subjetiva, el *casus* apunta a una relación material o física; y b) la previsibilidad es subjetiva en el caso de la culpa y objetiva en el caso fortuito. Afirma el doctrinario que el *casus* actúa como eximente de responsabilidad ante el riesgo creado –en este caso de un nosocomio-, cuando, además de la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho dañoso, se encuentra presente la “exterioridad” del mismo.

En base a lo expuesto se advierte que la postura subjetivista del “casus” ha sido criticada por una moderna doctrina, encabezada por los mencionados autores.

Ello originaría el deber objetivo de reparar el daño causado en la salud de la víctima.

### *Coincidencia jurisdiccional*

Al respecto, varias sentencias coinciden con esta tesis, de la exterioridad, como única fuente de excusación, al señalar, por ejemplo el fallo citado –página 55-, de la Cámara Nacional Civil, Sala C que: “La infección hospitalaria, cuando se convierte en irresistible, puede importar un caso fortuito, pero en todo caso externo a aquella actividad, por lo cual no puede liberar a la empresa titular del hospital.... No es necesario calificar a la actividad hospitalaria como riesgosa y admitir que como tal estaría incluida en el segundo párrafo, segunda parte, del art. 1113 del Código Civil, a poco que se piense que en atención a las singularidades de una intervención quirúrgica, gran parte de las cosas involucradas en ella tienen las características de cosas potencialmente riesgosas o viciosas, al menos como agentes de la transmisión de bacterias en el quirófano, y que por lo tanto, están explícitamente abarcadas por la norma en cuestión. Al ubicarse la obligación de seguridad dentro del ámbito del responder objetivo, el hospital para liberarse de su responsabilidad debe comprobar la existencia de un caso fortuito externo”.

Por su parte, la Cámara Nacional Civil, Sala D, expresa que: “Dada la relación contractual existente entre clínica y paciente, es inaplicable el art. 1113, párrafo 2º, segundo supuesto del Código Civil, relativo a la acción de las cosas que presentan vicios o riesgos (en el caso, se trataba de una venda elástica), por virtud de lo dispuesto en el art. 1107 del Código citado. Pero, la entidad asistencial es deudora de una obligación de seguridad contractual de resultado por las bondades de las cosas que pone para la realización del tratamiento. Pesa sobre la clínica una responsabilidad objetiva, que le impone para liberarse la prueba de una causa ajena fundante en una responsabilidad sobrevenida de cumplir la prestación absoluta y objetiva... El médico que utiliza una cosa riesgosa o viciosa es también deudor de una obligación de seguridad contractual (por el negocio que celebró con el paciente) de resultado, y el facultativo deberá probar el caso fortuito”.

-----  
(CNCiv., Sala C, 05/09/2000, Recurso Nro. C286795, “Aparisi, Roberto José c/Girado, Juan Martín s/Daños y Perjuicios”).

(CNCiv., Sala D, 24/06/99, Recurso Nro. D029206, “Lovato, Denise Gabrielle c/Asistencia Médica Privada SAC y otro s/Daños y perjuicios”).

Mosset Iturraspe (1998) al citar las “Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (1978), afirma que el caso fortuito es un hecho extraño, lo que equivale a decir que se trata del hecho producido por otro autor distinto, en este caso diríamos que al paciente, que es un acontecimiento imprevisible e inevitable y no debe obedecer a la culpa de aquél

De esta manera, los juzgadores han entendido que la actividad desarrollada en los nosocomios, como en este caso, involucran riesgos que le son propios, internos y previsibles. Y que pesa sobre ellos la carga de la prueba.

### **El caso fortuito tampoco libera de responsabilidad si...**

El deudor de la prestación médica -el nosocomio-, no se libera de responsabilidad, conforme a la codificación civil, si asumió el cumplimiento de la prestación a pesar de que ocurriera dicha excepción; si así lo dispone la ley; si la excepción se produce por la culpa del instituto; y si el incumplimiento de la prestación por el casus es por contingencia propia del riesgo de la actividad sanitaria.

## **CAPÍTULO VIII**

### **3.9. LEY 26.529. DERECHOS DEL PACIENTE**

Si bien no incide directamente en la responsabilidad de los nosocomios por las infecciones intrahospitalarias, la Ley 26.529 contempla recaudos que configuran ciertos aspectos que integran la naturaleza de la responsabilidad médica.

A continuación se señalan algunos deberes contenidos en la norma.

- a) Deber de informar: es obligación no sólo del médico sino también corresponde al centro asistencial y tiene fundamento en el art. 42 de la Constitución Nacional que tutela la salud y el derecho a la información, y en diversos tratados que tienen rango constitucional. La obligación de informar tiene también basamento en el principio de la buena fe contractual y de la autonomía de la voluntad.
- b) Intervención quirúrgica: el médico no es responsable mientras no incurra en algún error grave o intolerable.

- c) Asistencia: El profesional sólo podrá eximirse del deber de asistencia y protección hospitalaria a partir que otro facultativo se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente.
- d) Información sanitaria: corresponde al prestador de servicios médicos la obligación de comunicar al paciente que tiene derecho a recibir información sanitaria por escrito a fin de obtener otras opiniones sobre diagnósticos o tratamientos.
- e) Historia clínica: es el documento o instrumento escrito en el que consta en forma metódica, ordenada y detallada la narración de todos los sucesos acaecidos y comprobaciones realizadas por el médico o el equipo médico, durante la asistencia de un paciente en un establecimiento público o privado desde su ingreso hasta el momento de su egreso por alta o por muerte. Adquiere su máxima dimensión dentro del contexto médico-legal pues es el documento que refleja la práctica sanitaria y el cumplimiento de los deberes del personal respecto del paciente, convirtiéndose en la prueba fundamental para evaluar la calidad asistencial cuando se responsabiliza a los profesionales o instituciones de la salud.

### **La pérdida de chances y la dispensa**

La pérdida de chances en el terreno de las infecciones intrahospitalarias está referida a la capacidad de sobrevivir a una internación sin sufrir un contagio endógeno y a la exigencias indemnizatorias por las lesiones sufridas.

Por su parte, el contrato sanitario y las cláusulas que dispongan una dispensa anticipada, a fin de eximir o limitar la obligación de indemnizar cuando se afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas; son consideradas inválidas por el nuevo C.C. y C. N., como también si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

## **ANTECEDENTES LEGISLATIVOS**

En la Argentina, además de la responsabilidad civil reglamentada en el nuevo Código Civil y Comercial y en otras leyes dispersas; existen varios antecedentes legislativos destinados a regular el contagio de infecciones intrahospitalarias.

- Resolución 387. (2004). Ministerio de Salud de la Nación. Aprueba la guía de procedimientos y métodos de esterilización y desinfección para establecimientos de salud, ya sean físicos, químicos o biológicos, controles de calidad, higiene y cuidados. Tipos de materiales. Prelavados y lavados. Normas de inspección de envoltorios. Rotulados. Campo de operación de las desinfecciones. Enjuagues.

-Resolución N° 355 (1999). Ministerio de Salud de la Nación. Se establecen normas prevención y control de infección hospitalaria a través de reglamentaciones de higiene, limpieza y desinfección, reglamentando distintas medidas –en base a estudios epidemiológicos y experimentales-, como el caso concreto de la neumonía, con el objeto de modificar por medio de reglas los factores de riesgos para los internos e interrumpir el ciclo de los organismos patógenos.

Establece una guía para lavado, asepsia y lavado quirúrgico y recomendaciones para el manejo de residuos hospitalarios y aislamiento. También contiene preceptos que se refieren a la educación del personal, al uso adecuado de antimicrobianos, a diferentes vacunaciones, al manejo pre-quirúrgico con pacientes de la mencionada patología, manejo y mantenimiento de equipos y a todas aquellas reglas que evitarán el contagio de infecciones intrahospitalarias.

-Ley Nacional N° 24.051 (1991). Residuos peligrosos. El art. 2do. define qué debe ser considerado residuo patológico de los centros de salud (Anexo I: desechos clínicos producidos por la atención médica en hospitales, centros médicos y clínicas de salud humana). Los arts. 4, 5, 6 y ss. establecen las condiciones para su habilitación, reglamenta las plantas de tratamiento y disposición final. El art. 19 define qué elementos deben considerarse residuos patológicos. Los art. 45, 46 y ss. se enfocan en el ámbito de la responsabilidad extracontractual disponiendo el deber de reparar el daño causado por una lesión en la salud, considerando que no es oponible a terceros la transmisión o el abandono voluntario de un residuo peligroso que lesiones la salud, como lo sería una infección. También establece que el dueño o guardián del residuo peligroso, que no actuó con el

debido cuidado, no puede eximirse de responsabilidad argumentando la culpa de un tercero. También se refiere a las infracciones y a sus sanciones y, fundamentalmente, regula la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos patológicos.

-Ley N° 2203/06 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Regula la manipulación y esterilización de la ropa hospitalaria reusable en procedimientos quirúrgicos por profesionales y personal auxiliar. Se refiere a su lavado, manipulación y transporte. Dispone normas de esterilización, fiscalización y control.

-Ley Nacional N° 19.587 (1972). El artículo 1ro. dispone las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo que se deben aplicar en todo el territorio argentino para todo tipo de actividades, estableciendo en el art. 3ro. la responsabilidad directa y solidaria del principal o empresario por la prestación que realicen terceros bajo su subordinación. Los arts. 4, 5, 6, 7, 8 y 9 refieren a la disposición de normas técnicas y medidas sanitarias para preservar y mantener la salud de los trabajadores, para reducir o eliminar los riesgos, ya sea previniendo accidentes o enfermedades que deriven de su actividad laboral.

Trasladada la mencionada legislación al ámbito hospitalario, el cumplimiento de las normas sanitarias de los miembros que lo integren, que hará más eficiente la organización del sistema de salud con su correlato preventivo del contagio de infecciones. Interpreta que, en ese contexto normativo, puede atribuirse el daño no sólo al hecho individual sino al funcionamiento del sistema.

-Decreto 658. (1996). Dispuesto por la Ley 24.557 en la que se establece un listado de “Enfermedades Profesionales” al que están expuestos los trabajadores de la salud y que pueden contribuir al desarrollo y potencial contagio de infecciones intrahospitalarias si existe una deficiente organización sanitaria. Entre otras: virus de la hepatitis A, B, C y otras especies; tuberculosis y virus (VHI) del Sida.

-Resolución N° 209 (1996). Ministerio de Salud de la Nación. Contiene disposiciones sobre esterilización y preparación de materiales hospitalarios, estableciendo niveles de bajo, mediano y alto riesgo; define la esterilización y el procedimiento con materiales, el marco normativo de funcionamiento y el registro de actividades.

- Ley 11.347 (1992). Bs. As. Art. 1ro. dispone el tratamiento, manipulación, transporte y disposición final de los residuos patogénicos. El art. 2do. define lo que debe ser

considerado como desecho patológico y quienes lo generan. El art. 3ro. prohíbe que sea usado como relleno sanitario. Decreto N° 450 que reglamenta la mencionada ley y el Decreto N° 403 que luego la modifica.

- Decreto 1886 (2001). Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Referido al manual de gestión de residuos patogénicos detallando los que se consideran como tales: residuos de pacientes en aislamiento por enfermedades transmisibles y vector de contagios, cultivos de agentes infecciosos de pacientes, residuos orgánicos (tejidos, órganos), sangre y productos que contenga, residuos contaminados de autopsias, instrumentos corto-punzantes (jeringas, bisturís, pipetas), etc. Transporte, almacenamiento y disposición final.

- Resolución N°5. (2003). Ministerio de Salud. Operatoria especial para desechos patológicos y categorías sometidas a control. Se aprueba la Operatoria Especial de Manifiestos de Múltiples Generadores de Residuos, categoría sometida al “control Y01-Desechos Clínicos”, por la atención médica en hospitales, centros médicos y clínicas.

- Resolución N° 550. (2004). Provincia de Buenos Aires. Reglamenta el sistema alternativo para el tratamiento de residuos patógenos, sea de plantas propias o de terceros, y establece reglas ante situaciones de emergencia.

- Resolución N° 209. (1996). Ministerio de Salud y Acción Social. Contiene normas de organización y funcionamiento de las áreas de esterilización de los establecimientos asistenciales. La preparación de materiales hospitalarios y la formación de personal especializado en infecciones.

- Resolución 1503. (2003). Provincia de Buenos Aires. Disposición final de residuos patogénicos, receptando lo dispuesto en el art. 40 de la mencionada Ley 11.347, y establece que los desechos sanitarios deben ser dispuestos en rellenos sanitarios, en rellenos de seguridad o en el CEAMSE.

- Resolución N° 432. (1992). Normas de organización y funcionamiento, manuales de procedimiento y normas de atención médica por lo que se crea el “Programa Nacional de Garantía y Calidad de la Atención Médica” y se disponen normas contenidas en 35 ítems.

- Resolución N° 54, (2003). Ministerio de Salud. Contiene la aprobación de “Guías” de indicadores básicos para determinan la calidad sanitaria del establecimiento sanitario.

- Resolución N° 267. (2004). Ministerio de Salud.



- Resolución N° 318. (2001). Ministerio de Salud de la Nación. Reglamenta el control y los registros de infecciones intrahospitalarias a través de normas de limpieza, esterilización y procedimientos invasivos. Y aprueba las normas de organización y funcionamiento en terapia intensiva.

- Resolución N° 41 (2001). Ministerio de Salud de la Nación. Normas de organización y funcionamiento de la internación en centros de salud. Internaciones de bajo, medio y alto riesgo, determinando las áreas de acuerdo al grado de riesgo que pueda presentar para el interno por el contagio de una infección.

- Resolución N° 121. (1999). Ministerio de Salud de la Nación. Reglas de higiene y asepsia para anestias, endoscopias y procedimientos de intubación, determinando normas concretas sobre bioseguridad.

- Resolución N° 814. (2001). Ministerio de Salud de la Nación. Contiene normas básicas de bioseguridad para hospitales, clínicas y otros centros de salud referidas al contagio por tuberculosis.

- Resolución N° 573. (2000). Ministerio de Salud de la Nación. Reglamenta una amplia gama de normas para evitar la infección intrahospitalaria en el área de cirugía de los nosocomios.

- Resolución N° 428. (2001). Ministerio de Salud de la Nación. Normas de organización, funcionamiento y asepsia de los Servicios de Guardia de los centros de salud.

- Resolución N° 306. (2002). Ministerio de Salud de la Nación. Aprueba normas de organización y funcionamiento de los Servicios de Neonatología y Cuidados Intensivos Neonatales, mencionando reglas de bioseguridad.

- Resolución N° 430. (2002). Ministerio de Salud de la Nación. Normas en áreas de Hemodinamia y Terapéutica Endovascular por cateterismo y cirugía vascular. Reglas de control del material, limpieza sala de procedimiento y esterilización de materiales.

- Resolución 608. (2004). Ministerio de Salud de la Nación. Normas de organización y funcionamiento de servicios de patología y sus laboratorios. Determina las situaciones de riesgo por contagios y la ubicación del servicio dentro del nosocomio.

-Resolución N° 134. (1998). Ministerio de Salud de la Nación. Guía para la eliminación de residuos patológicos sólidos generados en establecimientos de salud.

## **DERECHO COMPARADO**

- Código Civil. Chile: el art. 2325 dispone que el establecimiento de salud responde civilmente frente a la víctima, inclinándose por la culpa objetiva del hospital cuando se acredite la responsabilidad civil por infracción del médico, auxiliares de salud o funcionarios.

(Recuperado de [www.redsalud.gov.cl/temas\\_salud/problemas/infecciones.html](http://www.redsalud.gov.cl/temas_salud/problemas/infecciones.html). 08/2017)

- El Decreto Ley 2763. Chile. (1979). Se crea el Servicio de Salud y se establece en su normativa, entre otros aspectos, la racionalización del uso de antimicrobianos, el uso de catéteres, la desinfección y esterilización de instrumentos, prevención y control de infecciones intrahospitalarias, el uso de jeringas, objetos desechables, manejo y aislamiento de pacientes con adenovirus, manejo de sangre, etc.

(Recuperado de [www.redsalud.gov.cl/temas\\_salud/problemas/infecciones.html](http://www.redsalud.gov.cl/temas_salud/problemas/infecciones.html). 08/2017).

- Circular 46. Chile. (1998). Recomendaciones y actualización de normas sobre aislamiento de pacientes con infecciones intrahospitalarias, transmisión de microorganismos, pacientes colonizados, visitas, personal de salud y ambiente inanimado.

(Recuperado de [http://info.seremisaludatacama.cl/documents/Autorizacion\\_Sanitaria/](http://info.seremisaludatacama.cl/documents/Autorizacion_Sanitaria/).08/2017).

- Norma Oficial de México NOM-0026. (1998). Se establecen normas para el desempeño en salas de alto riesgo, en pacientes con enfermedades graves o crónicas. Define lo que debe considerarse como brote epidemiológico de infección nosocomial, el plazo probable de riesgo de contraerla, las condiciones que favorecen su existencia. Determina la creación de comités de seguridad que deben coordinar las actividades de detección, investigación, registro, notificación y análisis de información.

(Recuperado de <http://www.codamedver.gob.mx/NOM-026-SSA2-.08/2017>).

- Decreto N° 436. República Oriental del Uruguay. 2006. Establece el Comité de control de infecciones intrahospitalaria, dictando normas de integración, competencia de las áreas y sus funciones.

(Recuperado de [http://www.fnr.gub.uy/sites/comite\\_prevenccion](http://www.fnr.gub.uy/sites/comite_prevenccion). 08/2017).

- Ministerio de Salud Pública de la República Oriental del Uruguay. 1997. Normas sobre bioseguridad hospitalaria, barreras sanitarias, eliminación del material contaminado, magnitud de los agentes infecciosos, técnicas de lavado y limpieza, enfermedades intrahospitalarias más contagiosas.

(Recuperado de <http://www.msp.gub.uy.imgnoticias>. 08/2017).

## **ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES**

**- Cám.Civil y Com. Sala II; Ríos, María M. c/ Petrelli, Juan C. y otro. JA (1994):**

Cuando falla la aplicación de la bioseguridad en los centros de salud, por ausencia de conocimientos, técnicas y material debidamente esterilizado, surgen las responsabilidades de clínicas o sanatorios por el contagio de enfermedades sanitarias. La actora demandó a la institución por la omisión de medidas de higiene y desinfección. Al respecto, el Tribunal confirmó que es obligación del nosocomio adoptar las medidas de higiene y desinfección. Señaló que las estadísticas y la experiencia demuestran que pueden prevenirse si se adoptan las conductas científicas adecuadas. Los juzgadores consideraron acreditado el incumplimiento de la obligación de seguridad del instituto por haber omitido las diligencias que hubieren prevenido la infección: sala de operaciones, instrumental y elementos de contacto sin estar en perfectas condiciones de asepsia. (Sansó M. y Sansó P. Cita de referencia).

**- Cám. Nac. Civil Sala C. La Plata. Aparisi, Roberto José c/ Girado, Juan Martín s/ responsabilidad profesional (2000):**

El argumento central de la sentencia es la responsabilidad civil por haberse violado la norma de seguridad con motivo de la intervención quirúrgica realizada por el centro de salud “Cruz Médica”, a consecuencia de la cual el actor demandante contrajo una infección intrahospitalaria. Reniega el tribunal la posibilidad de encuadrar la conducta del nosocomio en el “caso fortuito” cuando dicha figura eximente no se aplica como causal interna del instituto, y no se ha demostrado que se existió un caso fortuito externo; y menos aún en tipificarla en la eximente del daño causado con los cosas por un obrar no culposos, pues gran parte de las cosas que se involucran en el acto médico presentaron riesgos o vicios

potenciales para la transmisión de bacterias en el quirófano, debiendo por ello, su contagio, ser prevenido por la organización o, en su defecto, deberá responder por una obligación de seguridad.

Al precisar si la responsabilidad civil exime al demandado por el “hecho propio del tercero”, argumentando aquél que la infección fue endógena, es decir, incorporada por el interno; advierte el Tribunal que aún en los casos en que el germen se encontrara en su piel, considera que el contagio es hospitalario porque el desencadenante del proceso infeccioso se dio por el incumplimiento de las medidas de asepsia que deben cumplir los auxiliares. El centro de salud, no sólo debe verificar la asepsia del instrumental y del medio ambiente, sino también que debe controlar que el paciente reúna óptimas condiciones de higiene.

Otro aspecto relevante del pronunciamiento judicial radica en la carga de la prueba. Al respecto señala que la misma no puede estar en cabeza del interno debido a su condición de inferioridad, sino que es el centro asistencial quien debe aportar los medios de prueba que acrediten que cumplió la obligación de seguridad y, por lo tanto, concluye que en el caso en cuestión sus auxiliares actuaron no cumpliendo las normas de higiene y asepsia.

En este caso, además, le corresponde al centro asistencial la aplicación de la norma contenida en el art. 1753 del Cód. Civil. y Comercial de la Nación por la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, cuando el daño se produce en ejercicio o en ocasión de la función encomendada. (Sansó M. y Sansó P. Cita de referencia).

**- Cam. Nac. Civ. Sala B. Buenos Aires (2006). E. de E.J.M. c/Ciudad de Buenos Aires.**

La demanda fue incoada a raíz de una infección de útero que sufrió la paciente en un hospital, luego de dar a luz, a raíz de lo cual se le practicó una histerectomía, que consiste en una operación quirúrgica por la que se le extrajo el útero.

De las actuaciones judiciales surgió que no se reunieron pruebas que determinaran cuál fue el germen causante del daño en la salud de la actora.

En la etapa de la recepción de pruebas, los juzgadores advirtieron que dicha situación –no determinar con precisión el germen nocivo- le es atribuible al instituto médico en base a dos omisiones centrales: no se conservó el resultado del análisis y tampoco los mismos fueron registrados en la historia médica.

Dichas deficiencias demuestran serias omisiones y un manejo desaprensivo de la atención hospitalaria, determinando un factor subjetivo de atribución, por culpa en omitir la diligencia debida, ya sea porque se obró con negligencia o impericia.

Si bien la carga de la prueba de los factores de atribución corresponde a quien alega el daño, conforme art.1734 C.C.C., la omisión del registro de los análisis en la historia clínica y la pérdida del material con los estudios, eximen a la actora de dicho deber e invierte la carga de la prueba por lo que el demandado debe desvirtuar la presunción culposa de su accionar.

No habiéndolo logrado por las deficiencias señaladas, el tribunal otorgó a la actora una indemnización por el padecimiento espiritual que significó no poder procrear, y las secuelas que de ello derivarían. (Sansó M. y Sansó P. Cita de referencia).

**Cám. Nac. Civil Sala D; T.C.J. c/ Municipalidad de Buenos Aires-DJ (1996):**

La demanda civil se origina por el desempeño de una auxiliar, del servicio de hemoterapia del Hospital Argerich de Buenos Aires, al contagiarse con el virus del Sida, lo que habría sucedido durante el ejercicio de sus funciones como instrumentador médico.

Los juzgadores, al valorar la prueba reunida en el expediente, encuadraron la responsabilidad civil del centro de salud de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial de la Nación respecto a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades y del carácter de dueño o guardián de las mencionadas.

Al respecto, el dueño y el guardián (en este caso el nosocomio) son responsables del daño causado por las cosas (en alusión al objeto contaminante: la sangre infectada con el virus VIH), pues tienen la dirección y control y obtienen provecho de ella.

De igual manera, entienden los juzgadores que, dentro de la órbita de la responsabilidad civil el dueño o guardián del instituto responde por la actividad riesgosa y por el daño causado por el vicio o riesgo de la cosa. En tal sentido, en autos, las mismas se han configurado por la falta de observancia de estrictas normas de bioseguridad, y tardíamente adoptadas por la demandada, a lo que se sumó la carencia absoluta y total de medios idóneos, lo que facilitó el contacto con el agente infeccioso.

La bioseguridad hospitalaria consiste en la aplicación de conocimientos científicos, técnicas y equipamientos acordes con la sanidad y asepsia para prevenir las IIH, y define las condiciones de manipulación de los agentes infecciosos, eliminándolos o reduciendo su exposición. Lo que no fue cumplido en el caso relacionado y motivó que el tribunal condene a la demandada a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la actora. (Sansó M. y Sansó P. Cita de referencia).

- **Cámara Nac. Apel. Civ. Buenos Aires. Aquilano, Arturo c/Ciudad de Buenos Aires y otros. (2005).** La demanda civil se interpuso por considerar la actora la responsabilidad civil que le corresponde al Hospital Público por derivar a un paciente (un bebé de menos de dos meses de vida), víctima de una infección contraída en el hospital, a otro centro asistencial donde luego falleció.

Verificado el diagnóstico infeccioso hospitalario, y al no contar con suficientes camas, el nosocomio derivó al bebé a un centro de salud de adultos, donde se agravó por no recibir un tratamiento sanitario adecuado, lo que determinó su deceso.

La demandada no sólo que no cumplió lo que prescriben las normas de bioseguridad, que hubieran evitado la infección del paciente, tampoco no cumplió con el precepto de la norma del art. 1710 pues no previno el daño que causaría al internar al bebé en un centro de salud para adultos, alejados de los medios científicos y tecnológicos que sí reúnen salas especiales de tratamiento para bebés, especialmente considerando su grave condición de salud. Es decir, que el nosocomio no adoptó una medida razonable que evitara el daño que prescribe la norma jurídica.

- **Cám. Nac. Fed. Civ. t Com., Sala III. Valentino, Héctor, Héctor M.R. c/ Estado nacional y otros. (1991).** El fallo final expone la responsabilidad del hospital y la obligación tácita de seguridad, ya sea directa, subjetiva, objetiva o de resultado; entendiendo como resultado el deber de seguridad.

Cabe reflexionar que en la actividad de un nosocomio existe la responsabilidad contractual directa del profesional con el paciente al haber estipulado cierta eficacia del tratamiento médico. Pero, por otra parte, el nosocomio también asume una responsabilidad civil originada en una “obligación tácita de seguridad”. La misma es una obligación

secundaria del instituto, que funciona paralelamente con su obligación principal, que es la de asistir médicamente al paciente a través del facultativo.

La obligación tácita de seguridad es brindar al paciente internado óptimas condiciones de asepsia para así evitar las consecuencias de la responsabilidad civil en caso de un daño (infección intrahospitalaria); concepto este al cual podrían agregarse otros ingredientes como el respeto a la persona humana y la protección al consumidor como eslabón más débil de la relación jurídica. (Sansó M. y Sansó P. Cita de referencia).

- **Cámara Civ. y Com. Sala I. Morón. Buenos Aires. Escobar, Arnez F. c/Clínica Modelo Los Cedros. (1994).** El tribunal colegiado falló en caso de responsabilidad objetiva de las clínicas, en circunstancias en que la mencionada institución prestó sus servicios sanitarios en que la culpa no fue propia de los profesionales que intervinieron sino en la falla de los sustitutos, auxiliares o copartícipes, considerando que lo realizado por los citados es considerado por la legislación como si provino del propio deudor.

Es que la responsabilidad de la clínica es objetiva, pues no se refiere al propio actuar del nosocomio, sino al actuar culposo ajeno, ya sea a través de sus dependientes o auxiliares de la salud como a lo realizado por los profesionales de la medicina. Al ponerse de evidencia la culpa de alguno de ellos, o de todos, surge que la clínica no ha cumplido con el deber de seguridad. Como también lo prescribe la norma del Código Civil y Comercial: El principal responde objetivamente por los daños que causasen por los que están bajo su dependencia, o de las personas de las que se sirve para cumplir con sus obligaciones, cuando el daño ocurre en el ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Se configura así una situación de dependencia cada vez que exista una orden emanada del principal con poder de mando. (Sansó M. y Sansó P. Cita de referencia).

- **Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I (C1aCivyComSanIsidro)( SalaI) (2007).** El caso en cuestión contiene la sentencia por la apelación a un fallo de primera instancia que consideró que no se había probado que la meningitis bacteriana que padeció la actora haya sido causada por la complicación de una anestesia pedidural aplicada por un profesional en un sanatorio de Capital Federal.

Después de analizar peritajes y otras pruebas y conceptualizar la infección intrahospitalaria, el tribunal sentó como criterio básico y rector, en el ámbito de la responsabilidad civil, que la institución médica es responsable de la integridad de la salud del internado, garantizando que no contraerá infecciones endógenas durante su internación. Luego de citar los dos criterios que se aplican en nuestra jurisprudencia (responsabilidad civil objetiva, mayoritariamente; y subjetiva), concluye sosteniendo una postura contractualista entre paciente e institución (cumplimiento de la obligación) y por lo que el centro de salud debe asumir ante el paciente una obligación de seguridad.

Los juzgadores comulgan con la mayoría de la doctrina nacional y extranjera en que el deber de seguridad es una obligación de resultado, pero advierten que existen otras situaciones –como las que se exponen en jornadas con temáticas especializadas en la materia-, en que se manifiestan circunstancias “aleatorias y que generan incertidumbre” siembran dudas para configurar un cuadro de responsabilidad civil del profesional o del centro de salud a título de causantes del contagio luego de una intervención jurídica, y como si se tratara de una obligación de fines. Admiten así la posibilidad de que no pueda garantizarse totalmente la indemnidad del paciente ante enfermedades distintas por la que fuera tratada.

Luego de otras consideraciones técnicas, el tribunal arriba a la conclusión que el nosocomio se eximirá de responsabilidad civil cuando demuestre en forma sólida y contundente y sin dejar dudas que la infección hospitalaria contraída por el paciente –aún cuando a priori no se considere endógena-, no se debió a la falta de asepsia pues la institución adoptó todas las medidas y normas sanitarias para su prevención.

(Recuperado de: [http://ccalvocosta.com.ar/articulos/Infecciones intrahospitalarias](http://ccalvocosta.com.ar/articulos/Infecciones_intrahospitalarias)).



## ANTECEDENTES DOCTRINARIOS

A continuación se expondrán algunas opiniones de juristas referidas a diferentes características o naturaleza de las obligaciones que los centros asistenciales asumen frente al paciente internado.

- Conforme al pensamiento doctrinario mayoritario y en base a las normas del Código Civil y Comercial, existe básicamente una relación contractual y directa entre el internado y el nosocomio. “Entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario). De este doble juego de relaciones surge que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual”. (BUERES, 1981, Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos. P.27).

- Siguiendo dicha postura habría que preguntarse si el centro asistencial debe asumir frente al interno un compromiso que le garantice su integridad física. Esta idea lleva a interrogarse si las obligaciones de los nosocomios son de medios (se exime responsabilidad civil por el daño al actuar diligentemente o prudentemente) o de resultado (asumen una obligación de seguridad que garantice indemnidad del paciente). “...Habría una responsabilidad contractual directa de la institución asistencial respecto del paciente. Ese deber de las clínicas se origina en la existencia de una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia médica por intermedio de los facultativos del cuerpo médico”. (BUERES, 1981, Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos.Pgs.32/33).

- La obligación de seguridad ingresa en una nueva órbita al sancionarse la Ley de Defensa del Consumidor (LDC Ley 24.240) pues se actualizó a los tiempos que corren, para ser más comprensiva de las necesidades presentes. Actualmente, dicha obligación abrevia en el art. 5to de la mencionada Ley LDC y en el art. 42 de la Constitución Nacional, estableciendo el deber de obligación incluso fuera del ámbito contractual, abarcando las etapas pre-contractual y para-contractual, por lo que dicha obligación de seguridad pasa a ser expresa en toda relación de consumo. No importa si se trata de obligaciones de medios o resultado, pues considera al proveedor (prestador del servicio sanitario) garante de las

personas (salud) y de sus bienes. Las normas de la Ley de Defensa del Consumidor son amplias en abarcar casi todos los supuestos que han sido citados y considerados por la doctrina y la jurisprudencia, inclusive en lo referido a las clínicas de la salud. Quedan fuera los contratos de las profesiones liberales, excluido lo dispuesto por la LDC. Por otro lado, la reforma del Código Civil y Comercial dejó sin efecto la norma del anterior código (*los hechos y las omisiones sólo generan obligaciones convencionales si degeneran en delitos del derecho criminal*), y hace aplicable la responsabilidad objetiva por riesgo (arts. 1757 y 1758) al contrato que surge entre internado y prestador, por lo que sería innecesario invocar la obligación de seguridad del nosocomio para que el mismo sea responsable objetivamente por el daño causado en la salud del internado. Con el nuevo Código, la obligación de seguridad desaparece del derecho común.

PICASSO, S. (2015) [Versión electrónica] <http://www.nuevocodigocivil.com/wp>. (Publicado en mayo 2015 por DOCS.com).

- La concepción de obligación de seguridad tiene su sustento en el principio de la buena fe, (consagrado en el art. 961 del nuevo Código Civil y Comercial), y de todo lo que sea de incumbencia de la salud es un problema de interés general; especialmente por el debido respeto a la persona humana y a la necesidad de proteger al consumidor –de la asistencia médica-, y que en la relación es la parte más débil, se justifica el deber tácito de seguridad. (BUERES, 1981 Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos).

- La obligación de seguridad por la que deben velar y responder las clínicas o sanatorios se basa en una responsabilidad objetiva, un deber de fines, que se traduce en una obligación contractual de seguridad. Al reunir el centro de salud condiciones óptimas de asepsia, esterilización o limpieza, se garantizará que el paciente no contraerá infecciones médicas.

PREVOT, J y CHAIA, R. La obligación de seguridad. 2005. (p.195 y 197). Ed. Hammurabi. Buenos Aires.

- Otro aspecto de la relación entre pacientes internados y centro de salud reside en el contrato de prestación de servicios médicos suscripto por ambos por el cual éste se obliga a suministrar al asociado o al afiliado un servicio médico en el que intervienen profesionales, auxiliares, laboratorios, directivos administrativos, etc. No se trata de la misma situación en la que nosocomio ofrece sus instalaciones para que el médico atienda al

paciente, y el centro de salud no será responsable por deficiencias el tratamiento por parte del facultativo de la salud.

En el primer caso, el nosocomio debe actuar con diligencia y cumplir con todas las normas sanitarias establecidas pues asume un deber tácito y accesorio de seguridad ante un daño en la salud que puede causarse al interno y que no se puede contrarrestar. La institución adquiere la obligación de dar correctos servicios asistenciales y no puede negarse a ello mientras el interno afiliado esté al día en el pago de sus cuotas.

(BUERES, 1981, ps.86/88).

- “En nuestro estudio sobre la responsabilidad civil del médico, concluimos que la distinción entre obligaciones de medios y de resultados es funcional e históricamente relativa. El estado de la ciencia médica que aumenta o disminuye su aleatoriedad, la situación del paciente, el esfuerzo, los medios técnicos, el lugar, el tiempo, determinan si la promesa es más o menos determinada; ello a su vez varía en la historia de un modo fundamental. Creemos que ello no puede evadirse a la hora de definir los deberes y la previsión exigible...la distinción entre obligaciones de medios y de resultados es inoperante a los fines de configurar normativamente el debido profesional. El deber de prestación se configura con la disposición de todos los medios orientados hacia la obtención del resultado que integra el objeto de un modo inmediato y dichos medios deben juzgarse de acuerdo a lo dispuesto por la autonomía privada, las reglas administrativas, la injerencia externa del empleador o del cliente y el modelo del buen profesional de la especialidad”.

LORENZETTI, RICARDO L. (2011) La obligación de medios y la responsabilidad del profesional. [Versión electrónica] Obligación de medios. La Ley 1989-D, 876. Publicado abril 2011 por “Estudio Jurídico DVA”. Recuperado de [www.derechoalasalud.com.ar](http://www.derechoalasalud.com.ar).

- En cuanto al tratamiento de las obligaciones de medio y de resultado, la obligación principal que tiene el facultativo médico con el paciente internado es de medios cuando le asegura su diligencia, dedicación y conocimientos sanitarios, pero en caso de ocasionarle un daño por su negligencia o impericia surge una obligación accesorio e independiente del resultado.

Al respecto: “una cosa es que el médico no asegure la curación o el mejoramiento del enfermo respecto del mal que lo aquejaba al comienzo de la relación, y otra totalmente diferente es que durante el decurso de la prestación correspondiente, el profesional genere

daño adicional. La obligación principal asumida por el médico es de medios. Pero la de garantizar la indemnidad de otros bienes del acreedor ajenos al que constituye el objeto del negocio concertado, es una obligación anexa e independiente del resultado”.

AGOGLIA M., BORAGINA J. y MEZA J. “Responsabilidad por incumplimiento contractual. (1993) Pg. 174. Ed. Hammurabi. Buenos Aires.

- En el caso de un internado, que ha sufrido un daño injusto en su persona y teniendo derecho a la indemnidad, el mismo debe ser protegido porque todo perjuicio aparece como injusto, salvo que se pruebe alguna causa de eximición de responsabilidad. “El daño habla por sí mismo y si se relaciona con el deber del deudor, será quien deberá aportar la prueba de descargo...la responsabilidad se plantea objetivamente, luego de alegado y probado que se ha sufrido un perjuicio en relación causal con el hecho de otra persona”. (MOSSET ITURRAESPE, 1998, p.494).

- La responsabilidad civil por el hecho propio es la más común en el campo del incumplimiento de las obligaciones. Por su parte, el daño causado por los dependientes o auxiliares, en lo referente al campo contractual, obliga al principal a pues debe tener en cuenta que aquellos son considerados como medios puestos en movimiento para que se produzca determinado efecto, o cuando se trata de cosas de las que el guardián se sirve o tiene a su cuidado. Y en lo que respecta al riesgo creado se distingue entre los factores objetivos de responsabilidad como factor de garantía (el supuesto extra contractual del hecho de los dependientes), y el contractual (las obligaciones de seguridad). La responsabilidad por el hecho del dependiente es indirecta y objetiva y el fundamento reside en la garantía. En contrapartida, la responsabilidad del principal tiene como fundamento el riesgo creado por los peligros de daños que puedan ocasionar las personas bajo su dependencia. (MOSSET ITURRAESPE, J. (1998) Responsabilidad por daño. Tomo I. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe).

- Respecto al caso fortuito y su aplicación en el caso de infecciones hospitalarias, como eximición de responsabilidad civil, se ha manifestado que: “frente a la responsabilidad por riesgo creado, aparece como ineludible para configurar el caso fortuito, el requisito de la exterioridad del hecho, debe tratarse de un hecho ajeno...a su empresa, a

las cosas de su propiedad...además de los dos presupuestos...imprevisibilidad e irresistibilidad; se encuentra presente el de la exterioridad del hecho.

(MOSSET ITURRASPE, 1998, p.246).

Para BUERES (1981), en materia de responsabilidad objetiva contractual, el caso fortuito que pueda invocar –en este caso-, un centro de salud debe ser extraño o exterior a su actividad y que no dependa del riesgo o vicio derivado del hecho que ha llevado a cabo.

- Referido a la “pérdida de chances” ante la omisión, negligencia o impericia del instituto sanitario, se la ha definido como un daño por el cual “el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa de conseguir un bien material o inmaterial, o sufre un menoscabo que podría ser evitado”.

Al respecto se advierte que el prestador de salud no debe abstenerse o demorar en llevar a cabo todas las medidas que disponen las normas sanitarias, y sí adoptar todos los recaudos que eviten una consecuencia dañosa en la salud, caso contrario, de no adoptar las precauciones necesarias para evitar un perjuicio será responsable por el mismo. (LORENZETTI, R. y Mosset Iturraespe, J. (2008). Chances. Revista de Derecho de Daños. Ed. Rubinzal-Culzoni. (Santa Fe).

- En la evaluación de la responsabilidad civil del facultativo o del nosocomio ante el consentimiento del paciente para un tratamiento o intervención quirúrgica se ha conceptualizado que: “El consentimiento informado es una declaración de voluntad emitida por el paciente a través de la cual éste presta su conformidad para someterse a un determinado tratamiento o intervención quirúrgica, debiendo ser previamente informado para ello por el médico respecto de todas las alternativas posibles con las que cuenta, así como también de los eventuales riesgos y posibilidades de éxito que posee la práctica médica a la cual será sometido. A través del mismo, se asegurará al paciente el derecho a la autodeterminación, puesto que será éste quien decida cuál será el tratamiento o intervención quirúrgica que seguirá entre los aconsejados por los profesionales, e incluso podrá decidir al cuidado de qué profesional someterse. Sin embargo, y al igual que lo sostiene una calificada doctrina, creemos que el deber del médico consistirá en intentar persuadir al enfermo de la conveniencia de someterse a la práctica médica recomendada, pero si aún así el paciente plenamente capaz -debidamente informado de todas las circunstancias atinentes a la misma- continúa negándose a ella, el profesional deberá abstenerse de llevarla a cabo, a

no ser que se encuentre frente a una situación en la cual la urgencia y la gravedad de la misma sea de un tenor tal que impidan la concreción previa del consentimiento del paciente”. CALVO COSTA C. Responsabilidad civil de los médicos.[Versión electrónica] (2004). Recuperado de [http://ccalvocosta.com.ar/articulos/Consentimiento Informado](http://ccalvocosta.com.ar/articulos/Consentimiento%20Informado).

- “Las infecciones hospitalarias podrían también ocurrir por existir una incorrecta limpieza del quirófano, una inadecuada esterilización del material quirúrgico, una incorrecta limpieza de los filtros de aire acondicionado, una desaprensiva preparación del paciente, o por el desarrollo de esas actividades por personal no idóneo.

MARIONA, F. Responsabilidad civil por infecciones hospitalarias y gestión de riesgo”, en "Responsabilidad Civil y Seguros". 2008. Ed. La Ley, tomo 2004, págs. 66 y siguientes.

## **CONCLUSIONES**

La vigencia de una legislación fragmentada es la respuesta al problema de investigación planteado en el presente Trabajo Final de Graduación: ¿existe una comprensión jurídica integral y unificada al problema de las infecciones intrahospitalarias?

En base a lo expuesto se puede inferir que en el derecho argentino las consecuencias jurídicas de las infecciones hospitalarias no se encuentran reguladas en su especificidad, como sí lo tienen otras actividades, por lo que deben ser analizadas fundamentalmente a través de la legislación civil común y también a la luz de las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales

Es por ello que al plantearse como objetivo general averiguar cuáles son las normas jurídicas que configuran la responsabilidad intrahospitalaria, se advierte que la responsabilidad civil de los centros de salud es, en principio, una manifestación de las responsabilidades del derecho positivo en general, por lo que, el presente estudio toma como base el tratamiento de las disposiciones normativas del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Constitución Nacional; pero además la expresión de varias leyes supletorias y numerosos decretos y resoluciones de amplio y vasto contenido sanitario, a nivel regional y federal, éstos últimos desarrollados en las páginas 61/66.

Y si bien, el nuevo cuerpo legal introdujo y regula novedosos e importantes institutos médicos como la existencia de la persona humana, la autonomía en las decisiones

sobre el propio cuerpo, derechos personalísimos, etc., no se actualiza con precisión la concreta responsabilidad civil de los centros de salud por los daños ocasionados por las infecciones intrahospitalarias, con vistas a una protección global de la salud del paciente, teniendo en cuenta los numerosos y complejos aspectos de la actividad sanitaria de hoy día.

Se observa en la codificación el fenómeno jurídico de la constitucionalización del derecho privado, el que se encuentra plasmado en el art. 1717, que recepta el principio *alterum non laedere* como un conjunto de normas que obligan a no causar un daño al prójimo. Lo ilícito, lo contrario al orden jurídico y a la moral, absorbe así a lo ilegal en base al principio general de no dañar contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional. Se incorpora la función preventiva de evitar daños injustificados y de su consiguiente reparación.

En materia de resarcimiento, se busca establecer un equilibrio en los patrimonios del autor del daño y la víctima, y ubica sus fuentes en el incumplimiento de una obligación o en la violación del deber jurídico de no dañar. En el primer caso estaríamos ante una responsabilidad contractual y en el segundo caso ante una responsabilidad extracontractual. Estos dos ámbitos se unifican en la nueva legislación codificada, al tratar la función resarcitoria de la lesión en un solo precepto (no dañar), por lo que los centros de salud deben responder de igual manera en ambas situaciones. La norma legal valora la conducta del agente por rol especial que reviste y en la exigencia de obrar con conocimiento, previsibilidad y prudencia.

Se prescribe también la necesaria existencia de una relación de causalidad entre el hecho que se produce y la lesión aducida. Lo que en la práctica sanitaria despierta un dilema central: probar el origen exógeno o endógeno de la infección. Al establecer la norma del art. 1726 el párrafo “excepto disposición legal en contrario”, habilita la vigencia de los contratos que protegen al consumidor. Como ruptura del vínculo de causalidad, el código menciona el caso fortuito, el hecho de la víctima o la culpa de un tercero por la que no deba responder, las que pondrá invocar el nosocomio como motivos de excusación de responsabilidad civil.

Y como factores de atribución de una conducta perjudicial, en materia contractual, se consagra la distinción entre obligaciones de medio y de resultado. Se incurre en el primer caso cuando el nosocomio compromete un desempeño diligente e independiente de sus

consecuencias, pero causa un perjuicio sanitario por su obrar negligente, imperito e imprudente. Es decir que surge una responsabilidad subjetiva del ente. En cambio, cuando se asegura un resultado y no se lo obtiene, se es responsable independientemente si se ha obrado con culpa o no. Se trata de una responsabilidad objetiva.

La cuestión tácita de seguridad fue excluida del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y se la introdujo en el derecho de consumo regulado por la Ley 24.240 y consagrado en el artículo 42 de la Constitución Nacional. Por la cual, además de la obligación de llevar a cabo una correcta técnica profesional se exigía al nosocomio garantizar accesoriamente condiciones medio ambientales (asepsia, esterilización, etc.) que impidan las infecciones intrahospitalarias y se concluyó que ambos aspectos se hallan hoy configurados con la prescripción de la obligación de seguridad en el derecho de consumo.

En materia de reparación, se observa que los nosocomios tienen la responsabilidad civil objetiva por la actuación de los dependientes o subordinados en ejercicio y con ocasión de las funciones encomendadas, por el riesgo o vicio de los objetos sanitarios de que se sirve y, desde la perspectiva de las responsabilidades colectivas o anónimas, el nuevo código los responsabiliza en la presunción de que todos los integrantes del grupo participaron del ilícito, prescindiendo si actuaron culposamente o no.

La Ley 26.529 sobre derechos del paciente establece normas referidas a la naturaleza de la responsabilidad médica.

Existen otras leyes, decretos y resoluciones mencionados precedentemente, destinados a la prevención del contagio de las infecciones intrahospitalarias, regulando procedimientos y métodos de esterilización y desinfección, ya sean físicos, químicos o biológicos, además de controles de calidad e higiene.

Pero, aún así, subsisten lagunas como la falta de obligación de notificar las infecciones hospitalarias, que se hallaba contenida en un proyecto de ley que quedó trabado en la Cámara de Diputados de la Nación. Otros intentos corrieron igual suerte. Sólo la provincia de San Juan cuenta, desde 2012, con una ley que, entre otras disposiciones, establece la notificación obligatoria de las infecciones intrahospitalarias. Únicamente 139 instituciones, en todo el país, se adhirieron en los últimos años al plan Vihda, de vigilancia de las infecciones de los nosocomios. Pero existen miles de instituciones públicas y privadas todavía no registradas.



En definitiva, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, al tratar la responsabilidad médica por infecciones intrahospitalarias, “orientan” a la institución médica a velar por la indemnidad del paciente.

Pero mientras no se sancione una legislación especial y unificada a nivel nacional, que contemple y regule las responsabilidades de los distintos actores, las prácticas que intervienen en la organización, el funcionamiento del sistema sanitario y el tratamiento del fenómeno de las infecciones intrahospitalarias, continuaremos con una legislación segmentada que demandará mayores cargas probatorias para las víctimas y numerosos perjuicios para la economía procesal, al intentar el enfermo acreditar que no contrajo la infección antes de ingresar al nosocomio, que no la portaba y que la infección contraída en el establecimiento de la salud no se debió a un hecho fortuito y que sí intervino la negligencia hospitalaria.

Las numerosas situaciones que derivan en infecciones sanitarias, registradas diariamente en los nosocomios, podrían obedecer en la mayoría de los casos al déficit del sistema hospitalario, en su organización y desempeño, más que a conductas sanitarias individuales; y ello debería ser focalizado y ampliamente regulado por el ordenamiento jurídico, con nuevas normas que actualicen en su especificidad el fenómeno, especialmente considerando que dichos servicios obedecen al cumplimiento de una indelegable obligación de seguridad jurídica que tiene el Estado a través del ordenamiento jurídico en beneficio de los pacientes internados.

## **LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA**

- Bueres, Alberto J. 1981, Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos. Buenos Aires. Ed. A baco de Rodolfo Palma.
- Picasso, S. (2015) [Versión electrónica] <http://www.nuevocodigocivil.com/wp>. (Publicado en mayo 2015 por DOCS.com).
- Prevot, J y Chaia, R. La obligación de seguridad. 2005. Ed. Hammurabi. Buenos Aires.

- Lorenzetti, Ricardo L. (2011) La obligación de medios y la responsabilidad del profesional. [Versión electrónica] Obligación de medios. La Ley 1989-D, 876. Publicado abril 2011 por “Estudio Jurídico DVA”. Recuperado de [www.derechoalasalud.com.ar](http://www.derechoalasalud.com.ar).
- Agoglia M., Boragina J. y Meza J. “Responsabilidad por incumplimiento contractual. (1993). Ed. Hammurabi. Buenos Aires.
- Mosset Iturraspe, J. Responsabilidad por daños. Parte General. 1998. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe.
- Lorenzetti, R. y Mosset Iturraespe, J. (2008). Chances. Revista de Derecho de Daños. Ed. Rubinzal-Culzoni. (Santa Fe).
- Alterini, Atilio A. Límites de la reparación civil. (1970). Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot.
- Calvo Costa C. Responsabilidad civil de los médicos.[Versión electrónica] (2004). Recuperado de [http://ccalvocosta.com.ar/articulos/Consentimiento Informado](http://ccalvocosta.com.ar/articulos/Consentimiento%20Informado).
- Mariona, F. Responsabilidad civil por infecciones hospitalarias y gestión de riesgo", en "Responsabilidad Civil y Seguros". 2008. Ed. La Ley.
- Ghersi, Carlos Alberto. Metodología de la investigación en ciencias jurídicas.2007. Buenos Aires. Ed.Gowa.
- Sansó, Miguel A. y Sansó Paula. Tratado práctico de responsabilidad civil. Daño Moral y Daños y perjuicios. 2007. Buenos Aires. Ed. Nova Tesis.
- Borda, Guillermo. Tratado de Derecho Civil – Obligaciones. Buenos Aires. 1998. Ed. Abeledo-Perrot
- Borda, Guillermo. Manual de Obligaciones. Buenos Aires. 1994. Ed. Abeledo-Perrot.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, "Responsabilidad civil de los médicos", t. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 383 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños", [Versión electrónica] Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 1998, t. 1, pág. 520 y ss.).

