

Responsabilidad médica del hospital y del estado provincial por deficiente atención médica y muerte de la víctima

El fallo se refiere a un caso de responsabilidad médica en el que se acusa a un hospital y al estado provincial por una deficiente atención médica que resultó en la muerte de una víctima.

El fallo menciona que la parte actora presentó una demanda de indemnización por los daños y perjuicios sufridos debido a la atención médica y el posterior fallecimiento de su hija. Según la narración de los hechos, la niña fue atendida en varias ocasiones en el hospital, pero la atención brindada no fue adecuada y su estado de salud empeoró progresivamente. Finalmente, la niña falleció debido a complicaciones graves.

La sentencia apelada fue objeto de análisis por parte de los jueces de la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires. Ellos debieron determinar si la sentencia era justa y qué pronunciamiento correspondía dictar.

El análisis del fallo revela que, en primer lugar, se evaluaron los agravios presentados por la parte actora, los cuales no fueron contestados por la otra parte. Además, se tuvieron en cuenta los escritos presentados por ambas partes durante el proceso.

El fallo destaca que se realizaron diversas consultas médicas, pero los médicos no lograron diagnosticar adecuadamente la enfermedad de la niña ni tomar las medidas necesarias para tratarla de manera efectiva. Se menciona que hubo demoras en la realización de la operación necesaria y que se evidenciaron negligencias e impericias por parte de los profesionales médicos involucrados en el caso.

En base a estos hechos, la sentencia concluye que existe responsabilidad tanto del hospital como del estado provincial en la deficiente atención médica que llevó a la muerte de la víctima. Por lo tanto, se determina que corresponde dictar un pronunciamiento favorable a la parte actora, otorgándole una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Este fallo destaca la importancia de una atención médica adecuada y diligente, especialmente en casos en los que la vida de una persona está en peligro. Los profesionales de la salud tienen la responsabilidad de brindar un diagnóstico preciso y un tratamiento oportuno, garantizando así la seguridad y el bienestar de los pacientes.

En conclusión, el fallo analizado en este artículo resalta la responsabilidad de los hospitales y los estados provinciales en casos de deficiente atención médica que resulta en daños y perjuicios.

Fallo completo:

B.C.A. c/F. L.A. y otros s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. Mercedes - I - 14/07/2023

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, en el día de la firma, en Acuerdo telemático continuo (Res. SCBA 480/20 y complementarias sobre COVID-19 y Res. del Presidente de esta Sala nro. 28/4/2020) los señores Jueces de la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. EMILIO ARMANDO IBARLUCIA Y TOMAS MARTIN ETCHEGARAY, en virtud de lo dispuesto por el art. 4° del Ac. Extraordinario del 25 de septiembre del 2008 (publicado en el Boletín Oficial el 06/12/2010, pags. 12.609/12.610), con la intervención del Funcionario Letrado actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° SI-120230, en los autos: ?B.C.A. C/ F. L.A. Y OTS S/ ·-DAÑOS Y PERJUICIOS?.

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.C.

1ª) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio Armando Ibarlucía y Tomás Martín Etchegaray.- VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

I.- La sentencia de fecha 14/07/21 es apelada por la parte actora, que expresa agravios por EE del 8/11/22, el que no es contestado.

II.- Escritos de traba de la litis.

1.-El Dr. C. A. H., como apoderado del sr. C. A. B. y la Sra. T. del V. H. de B., promovió demanda contra la Provincia de Buenos Aires (titular de la Unidad Hospitalaria de Gral. Rodríguez), y los Dres. E.R. C.L., S.E.L., L.M., L.F., A,P,D, y D,S,B., por indemnización de los daños y perjuicios sufridos con motivo de la atención y posterior fallecimiento de su hija E. B. el día 22/08/1991.

Dijo que el 12/08/91 la niña - de 2 años y 4 meses - comenzó con un cuadro febril y al día siguiente (martes 13/08), a eso de las 15

hs., la llevaron al Hospital Vicente López y Planes de Gral. Rodríguez, siendo atendida por el médico de guardia Dr. R., quien le diagnosticó angina y la medicó de acuerdo a ello. Como E. seguía con fiebre y comenzó con vómitos y diarrea concurren nuevamente y el Dr. R. le recetó N. inyectable y paños para aliviarle la fiebre. Les dijo que tenía angina y que ¿algo estaba incubando?

Continuó narrando que volvieron el 14/08/91 y las atendió el Dr. L., quien luego de una superficial revisión les indicó que le aplicaran una inyección de penicilina, lo que así se hizo. Como la niña empeoraba volvieron al día siguiente (15/08/91), siendo atendida por la pediatra Dra. L., quien le aplicó paños fríos y le suministró agua con sales para hidratarla, le recetó Novalgina y les dijo que su hija estaba ¿incubando algo? pero que clínicamente no le encontraba nada. Como la inyección de penicilina no había hecho efecto, les dijo que la bañara y le suministrara ¿mejoralito?

La niña empeoraba, por lo que volvieron al hospital el 16/08/91, siendo atendida por la Dra. M., quien, sin revisar a la menor, le dijo que se quedara tranquila ya que la penicilina comenzaría a surtir efectos ese día, y que volvieran a su casa.

Continuó diciendo que el domingo 18/08/91 la niña comenzó a desmejorarse, sintiendo los padres que se estaba muriendo, por lo que la llevaron urgente al hospital, donde fueron atendidos por el Dr. F., quien, pese a que le dijeron que continuaba con fiebre, diarrea y vómitos biliosos, hizo caso omiso y le dijo a la madre que se quedara tranquila, recetándole ¿Baztrin?, lo que le dio. Al retirarse del hospital advirtió que su hija empeoraba y volvió. La atendió el Dr. F., quien la revisó someramente y le ordenó un medicamento de nombre ¿Deviarán? o algo parecido para evitar los vómitos, y la mandó de vuelta a su casa. Estando en su vivienda, la niña continuaba con vómitos biliosos, por lo que volvieron al nosocomio. Fueron atendidos por el Dr. F., quien, sin revisarla, indicó que le suministraran agua con sales para hidratarla y que dejara de vomitar, lo que no ocurrió y vomitó hilos de sangre. El médico insistió que se retiraran. Los padres le pidieron que hiciera una interconsulta o una revisión más profunda, ya que ellos habían detectado que, al palparla en el estómago, la niña sentía dolor. Ante ello, el Dr. F. mantuvo su postura, y, con desprecio, los trató de ignorantes, que no sabían nada, que él era el médico y que si no les gustaba la atención que se fueran a otro lugar.

Siguió narrando que se retiraron y como su hija empeoraba, volvieron el lunes 19/08/91, y luego de esperar pacientemente que la atendieran, fue revisada por las Dras. P,D,S, y P. D., quienes ordenaron una placa radiográfica. De acuerdo a esta dijeron que podría tener parásitos que hubiesen anulado su intestino, por lo que, a eso de las 11 hs., ordenaron su inmediata internación y luego les avisaron que la iban a operar en forma urgente.

Continuó diciendo que E. estaba fuera de control, que pedía agua constantemente, que le conectaron una sonda nasogástrica para expulsión de líquidos, que la ataron a la cama para evitar que, con sus movimientos, se saliera la sonda. A eso de las 17.30 hs. preguntaron por qué no se hacía la operación, obteniendo silencio por respuesta.

Dijo que los padres se enteraron que se había realizado una junta médica y que la demora en operarla fue porque nadie se quería hacer cargo de lo que pudiera pasar. A las 18 hs. les dijeron que estaban buscando un cirujano; la niña lloraba pidiendo agua y le ponían una gasa húmeda en los labios. Recién a las 23 hs. la operaron, se les acercó la Dra. P.D., quien les dijo que había salido bien y que estaban esperando que se le pasara el efecto de la anestesia.

Manifestó que el martes 20/08/91 se enteraron que E. había sido llevada a Terapia Intensiva, los médicos les dijeron que estaba muy mal, que era poco lo que se podía hacer, y que iba a ser derivada a un hospital de La Plata. La niña ya estaba en coma tres. Fue trasladada por vía aérea a la Clínica del Niño de La Plata a eso de las 12.30 hs., donde el Dr. G. les dijo que el estado era gravísimo, con grado de coma tres y medio-cuatro. Les explicó que llegó con ese estado por haberse contaminado la sangre con pus afectándose sus órganos vitales, que estaba claro que hubo impericia o negligencia por parte de los profesionales que la atendieron, que le restaron importancia, que no se dieron cuenta de su estado ni que empeoraba, que con la penicilina taparon la verdadera sintomatología de simple apendicitis, que luego se transformó en una peritonitis perforada. E. falleció el 22/08/91 a las 17.10 hs.

Continuó diciendo que hicieron una denuncia ante el Juzgado Correccional n° 2 Departamental, instruyéndose la causa n° 76.696, donde se practicaron peritajes médicos. La primera del Dr. Carlos Memoli (Jefe del Cuerpo Médico de la Unidad Regional Mercedes), quien dictaminó que los primeros médicos realizaron una tarea simplemente sintomática (medicar los síntomas), sin profundizar con exámenes semiológicos y sin hacer interconsultas (lo que recién se hizo luego de una semana cuando el cuadro ya era grave). Dijo que todo se hubiera evitado con un diagnóstico correcto e interconsultas con especialistas. La gran distensión abdominal, el dolor, los vómitos y la fiebre persistente - dijo - debieron hacer un cuadro de abdomen agudo, ya que nunca le tomaron la temperatura diferencial. La atención fue superficial, la guardia debió enviar a la niña a consulta rápidamente.

Por su parte - continuó -, el perito de parte Dr. LuIs Oscar Montero dijo que no estaba consignado en ninguna parte el examen clínico completo ni tampoco un diagnóstico causal (etiológico) de la enfermedad, ya que no se le hicieron estudios complementarios (análisis de sangre, radiografías, etc.). Expresó que la niña había padecido un cuadro de abdomen agudo de resolución quirúrgica, que, de haber sido diagnosticado al comienzo - una apendicitomía -, hubiera sido salvada su vida sin mayores complicaciones.

Dictaminó que en ninguna parte de la historia clínica se observaba la búsqueda de signos clínicos que hubieran revelado la apendicitis aguda. Sólo el día de la internación se tomó una placa de abdomen que reveló el diagnóstico, pero sin tiempo para una operación exitosa. Expresó que hubo impericia al no interpretar el cuadro clínico de la menor, y que, pasadas 48 horas sin diagnóstico efectivo, debió habérsela internado enseguida. Una vez internada, según la historia clínica a las 12 hs., se llegó al diagnóstico de abdomen agudo, pero pasó mucho tiempo hasta que fue operada, dado que la infección avanzó hacia una peritonitis que la llevó a la muerte.

Siguiendo con la referencia a la causa penal, dijo el letrado que los peritos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires llegaron a la conclusión de que entre el 13 y 18 de agosto los médicos no arribaron a un diagnóstico, sin hacer estudios complementarios ni interconsultas, lo que denotaba impericia manifiesta. Dijeron que en la historia clínica se observaba que la niña había sido evaluada por cirugía a las 12 hs., luego a las 17 y 20 hs., y recién fue intervenida a las 22 hs., tiempo muy largo, toda vez que entre los hallazgos quirúrgicos se encontró ?líquido purulento de quinientos centímetros cúbicos con placas de fibrina?, lo que indicaba una evolución de por los menos 72 horas. Además, en la historia clínica se observaban enmiendas y raspaduras en fs. 26 y 25vta. Expresaron que la necropsia mostraba signos de sepsis en varios órganos a confirmar, siendo la causa principal de la muerte un shock séptico a punto de partida de una peritonitis apendicular de dilatada evolución.

El letrado apoderado citó otro informe del Dr. Memoli, donde constaba que llamaba la atención que el Dr. F. no figuraba en la lista del hospital, que el mismo actuó con negligencia, al tomar ligeramente un cuadro grave con varios días de evolución y no derivar a una consulta urgente con un cirujano u otro pediatra, demora que agravó el cuadro de peritonitis. Señaló el perito otras irregularidades de la historia clínica y dijo que era evidente la impericia del Dr. F. por error de diagnóstico, no considerar los vómitos reiterados de la niña, su agravamiento y no derivar a un especialista.

Finalmente dijo que la Oficina Pericial de la S.C.B.A. dictaminó que la atención médica entre los días 13 y 18 de agosto no fue la correcta, y que la guardia médica del día 19 de agosto hizo lo correcto.

Fundó la demanda en derecho, y reclamó indemnización por daño material, daño moral y gastos de sepelio.

2.- Corrido el traslado de la demanda, contestó por apoderado el Dr. L.A.F., pidiendo su rechazo. Dijo que 18/08/91 atendió en la guardia del hospital a la niña, quien entró caminando, se acostó en la camilla, la madre le dijo que estaba siendo tratada por una angina, y medicada con un antibiótico inyectable, que la fiebre le había cedido, que orinaba y defecaba normalmente, que, si bien tenía vómitos, por las explicaciones de la madre, podían ser gástricos, que no presentaba signos de gravedad, que estaba hidratada, que su estado hemodinámico era satisfactorio, que ante la palpación no evidenció signos positivos, que no tenía anormalidades del aparato respiratorio, que presentaba abdomen plano, sin abovedamiento ni distensión, blando, indoloro, tanto a la palpación superficial como profunda, y que durante el examen no evidenció vómitos ni presentó deposiciones.

Dijo que entendió que se trataba de una niña con un cuadro tórpido o incierto de vómitos de tipo alimentario o gástrico, intermitente, con cuadro febril de evolución incierta, y que, según la madre, había tenido diarrea sólo una vez hacía más de tres días, y no tenía fiebre hacía 48 horas. Ante ello, ordenó un análisis de orina, del que surgió que el sedimento era anormal, por lo que pidió un urocultivo y el tratamiento a seguir, diciéndole a la madre que, ante cualquier cosa, concurriera al hospital.

3.- Contestó la acción la Dra. A.C.P.D., pidiendo su rechazo. Dijo que atendió a la niña el 19/08/91 a eso de las 11 hs. por interconsulta de la Dra. D., y que presentaba episodios de diarrea y vómitos. Observó fiebre, deshidratación, palidez, taquicardia y taquipnea facie séptica, con abdomen tenso distendido, dolor difuso a la palpación superficial, con ruidos hidroaéreos escasos.

Indicó internación inmediata, plan de hidratación parenteral y sonda nasogástrica.

Continuó diciendo que se elaboraron dos diagnósticos, el primero de parasitosis, suboclusión intestinal por áscaris, y el segundo peritonitis por apendicitis aguda perforada. Dijo que esta última no respondía a la edad de la niña, que era atípica, de difícil diagnóstico, con una perforación precoz del apéndice entre las 48 y 62 horas de iniciados los síntomas, lo que provocaba que al momento de la operación la mayoría de los pacientes presentaran un cuadro de peritonitis por perforación apendicular, con morbimortalidad elevada. Dijo que decidieron implementar hidratación parental, antibióticoterapia, y continuar la observación para reevaluarla. Se retiró a las 14 hs., quedando a disposición. Ante el llamado volvió a eso de las 19 hs. y, no habiendo disminuido la distensión abdominal, se decidió la operación, pero se demoró porque se estaba haciendo una cesárea. Dijo que en el acto quirúrgico constataron 500 cm. cúbicos de pus en la cavidad abdominal, cuadro que llevaba varios días de evolución, con diseminación bacteriana. Luego, cuando estaba hablando con los padres, se le informó que habían surgido complicaciones respiratorias por shock séptico, por lo que se le puso respirador mecánico. Al día siguiente fue trasladada a la Clínica del Niño en La Plata, donde falleció.

4.- Contestó la demanda el Fisco de la Provincia de Buenos Aires pidiendo su rechazo. Negó que hubiera habido negligencia, imprudencia o impericia en la atención del hospital.

5.- Por medio de apoderado contestó la Dra. M.L.M. pidiendo su rechazo. Dijo que el 16/08/91 atendió a la niña, que la madre le

dijo que le habían diagnosticado angina, suministrándole antibiótico intramuscular y que seguía con fiebre, que revisó a la menor, quien no presentó signos específicos, que la madre le dijo que ese día no había tenido vómitos y diarrea, por lo cual le dijo que no la iba a seguir medicando y que volviera al día siguiente.

6.- Contestó la demanda el Dr. C.A.L. pidiendo su rechazo. Dijo que atendió a la niña el 14/08/91 y corroboró el diagnóstico de angina dado el día anterior luego de profunda revisión. Expresó que a la palpación del abdomen tenía tensión normal, blando, sin signos de dolor, que se presentó caminando, que la madre nunca le dijo que tenía diarrea, que sólo vomitaba la medicación, y que la angina era el único cuadro que presentaba.

7.- Contestó la acción la Dra. S.E.L. pidiendo su rechazo. Dijo que atendió a la niña el 15/08/91, quien llegó caminando por sus medios, que le realizó un examen minucioso, manteniéndola en observación por más de una hora. Como tenía la garganta roja, ganglios y fiebre, le suministró paños fríos para bajarle la fiebre. Dijo que no presentaba signos de dolor y menos a la palpación abdominal, que no estaba deshidratada, que le dijo a la madre que había que esperar a que le hicieran efecto los antibióticos.

8.- A fs. 247 la actora desistió de la acción y del derecho contra los Dres. E.M.R. y D.S.B.

III.- Sentencia.

Producida la prueba en un largo proceso, se dicta sentencia rechazándose la demanda contra todos los demandados, con costas.

Para así decidir la magistrada, luego de señalar que en estos casos se trata de determinar si se ha infringido por parte de los profesionales médicos o de las instituciones de salud la obligación jurídica de obrar, expresa que adquieren particular relevancia la historia clínica y la pericia médica practicada por la perito designada en autos.

Sobre esas bases y tras analizar el informe pericial en relación a la actuación de cada uno de los profesionales demandados, concluye que todos obraron con la diligencia que el cuadro clínico de la niña exhibía al momento en que sus quehaceres fueron requeridos, no debiendo soslayarse la extrema complejidad que ofrece el caso habida cuenta de la baja probabilidad del fatal diagnóstico y la carencia de síntomas clínicos clásicos en la franja etaria de la víctima. Ello explica - dice la jueza - la imposibilidad de dar con el diagnóstico en forma temprana, lo que hubiera disminuido la probabilidad del desenlace letal, aunque no de evitarlo de acuerdo a los estudios aportados por la perito.

Agrega que no se ha probado que los diagnósticos determinados durante el transcurso de las atenciones por distintos médicos hayan sido erróneos, sino que, por el contrario, todo indica que la niña, además del proceso séptico, tuvo anginas e infección urinaria, lo que dio lugar a la prescripción de antibióticos requeridos por esas patologías, circunstancia que atentó contra el hallazgo del cuadro apendicular, que resultó enmascarado.

Dice que la niña fue tratada por guardia - lo que pudo afectar un tratamiento adecuado -, pero eso se debió a que los padres eligieron esa modalidad de atención. Expresa que los síntomas que presentó la menor no daban cuenta del cuadro que finalmente desencadenó el desenlace, y que lo más probable es que el cuadro no se manifestó hasta el 19 de agosto en que, en forma diligente, se indicó la intervención quirúrgica. Señala que es llamativo que la niña no haya sido llevada para ser atendida por la Dra. L., quien era su médica de cabecera, quien, además, según los testimonios, era propensa a disponer internaciones y sin embargo en el caso no encontró razones para ello. Manifiesta que si E. no fue llevada al hospital el 17 de agosto fue porque ese día no presentaba dolor abdominal, y al ser conducida el 18 de agosto fue atendida por el Dr. F., quien declaró que el abdomen estaba blando y plano, por lo que se inclinó por una infección urinaria, que fue confirmada.

Respecto de la actuación de la Dra. P.D., quien llevó a cabo la operación, dice que los estudios prequirúrgicos fueron hechos en tiempos razonables, y el acto quirúrgico en sí mismo no merece objeción.

Expresa que se advierte de los testimonios de los médicos las falencias del hospital público, déficit que es de dominio público, al punto que la cirujana pediatra concurría *ad honorem* sin pertenecer a la planta del personal médico, que contaba con un solo anestesista, quien se hallaba atendiendo una cesárea de urgencia al momento de decidirse la operación, y que durante el mismo el anestesista debió efectuar un monitoreo de las pulsaciones de la niña para graduar la anestesia, dado que no contaban con un tensiómetro pediátrico.

Sostiene la magistrada que en materia de responsabilidad médica se trata de decidir si se ha comprobado la adecuación del diagnóstico y si la técnica terapéutica seleccionada fue de las científicamente aceptables y adecuadas. La alternativa estratégica-científica de abordaje - dice, con cita de jurisprudencia - es un concepto del dominio de la ciencia médica y no de la justicia, y por lo tanto ajena al debate judicial, el que sólo debe resguardar pautas de razonabilidad del médico. Expresa que la diligencia que se le exige al profesional no funciona en abstracto, sino que los medios de que dispone son utilizados en la medida de la sintomatología que presenta el paciente.

Concluye que la obligación que asumen los profesionales de la medicina no es de resultado sino de medios, y, en el caso, de acuerdo a la prueba aportada, los demandados actuaron con prudencia y diligencia teniendo en cuenta las particularidades del caso.

IV.- Agravios.

La actora en sus agravios comienza por decir que la sentencia resta importancia a las conclusiones de la perita y a las falencias que ésta señala en torno a la atención médica prestada a E.. Al respecto dice que la experta destacó las graves omisiones, tachaduras y enmiendas en la confección de la historia clínica, como la falta de sello aclaratorio de la firma del médico interviniente en cada ocasión.

También dice que la perita dictaminó que era de buena costumbre, cuando la evolución del paciente no mejoraba, empeoraba o surgían dudas diagnósticas, disponer la internación hospitalaria. Expresa que la experta dijo que si no se llegaba a un diagnóstico de certeza debía evaluarse la necesidad de controles ambulatorios frecuentes y la solicitud de estudios, la derivación a otros servicios o internar hasta llegar a la certeza, todo lo cual era relevante en el caso dado que los padres concurrieron al hospital en forma insistente. Expresa que la sentencia no dice si los médicos arribaron temporáneamente a un diagnóstico de certeza luego de realizar los estudios clínicos necesarios, o si medicaron a la niña prematuramente con antibióticos, enmascarando los síntomas.

Manifiesta que la sentencia transcribe parcialmente la bibliografía citada por la perita toda vez que de la misma surge que el diagnóstico es complejo y puede requerir análisis de sangre, ecografía, tomografía computarizada, resonancia magnética nuclear o laparoscopia, y, como primera herramienta, la ecografía, estudios todos que en los primeros cinco días de atención se omitieron. Señala que recién el 19 de agosto ordenaron los médicos estudios que ayudaron a diagnosticar la peritonitis.

Alega que la sentencia no valora los dichos de la perita en cuanto a que los médicos omitieron evaluar si la menor tenía criterio de internación, como tampoco efectuar estudios complementarios de tratamiento asistido y controlado.

Dice que al evacuar el traslado de fs. 726, la perita contestó negativamente a la pregunta acerca de si se tomaron las medidas del caso, expresando que se debió internar a la niña y de esa forma procurar llegar a un diagnóstico de certeza habida cuenta de la continuidad de signos y síntomas que no remitían.

Expresa que al contestar el traslado de fs. 732, la perita dijo que al tercer día del examen médico en el mismo servicio (por la Dra. L.), el cuadro era merecedor de la solicitud de los análisis clínicos básicos - que detalló -, los que no se hicieron, omisión grave de los médicos que medicaron en forma sintomática, restando importancia a los síntomas que persistían. Transcribe la parte del informe donde la experta dijo que los pediatras sabían que las presentaciones en los niños no eran típicas, ya que un 40 % de las apendicitis agudas son atípicas, por lo que se deben tomar recaudos de máxima.

Respecto de la actuación del Dr. F. - quien pretende desligarse por haber ordenado un estudio urinario -, dice que la perita dijo que la paciente se hallaba con una sepsis o infección generalizada, por lo que la infección urinaria representaba un diagnóstico secundario. Se queja de que la sentencia no tiene en cuenta el tiempo transcurrido entre la revisión médica del 19/08/91 a las 11 hs. y la intervención quirúrgica a las 20.30 hs., demora que tilda de acto de negligencia teniendo en cuenta las circunstancias. Al respecto dice que la perita dictaminó que ante el cuadro séptico debía eliminarse el foco en forma urgente.

Dice que las falencias en el sistema de salud pública señaladas por la jueza no implican que deban tolerarse sin tomar cartas en el asunto, y que falló la institución hospitalaria. Además de la negligencia de los médicos, destaca que la demora en la operación se debió a que el único anestesista estaba afectado a una cesárea, no obstante expresa que si la Dra. D. hubiera operado de inmediato al mediodía esa demora no hubiera ocurrido.

Invoca el peritaje del Dr. Carlos Mévoli en la causa penal del cual se deriva la falta de exámenes diagnósticos y de interconsultas a tiempo. En especial, la impericia médica del Dr. L.A.F., quien tomó el cuadro ya grave y no lo derivó a un cirujano o a otro pediatra, lo cual llevó al agravamiento de la peritonitis generalizada.

Concluye diciendo que ha quedado probado el nexo de causalidad adecuada entre el accionar y omisiones de los médicos y el daño ocasionado.

V.- 1.- Responsabilidad de los médicos.

Como es sabido, en materia de responsabilidad médica el factor de atribución es subjetivo. Es decir, debe acreditarse la culpa - por impericia, negligencia o impericia - en el obrar, por acción u omisión, del médico a quien se le imputa mala praxis en el ejercicio de su profesión, la que debe evaluarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512 C.C.), y con los parámetros de los arts. 902 y 909 del C.C. Asimismo, la obligación que asumen los profesionales en el arte de curar es de medios y no de resultado (esta Sala, causas n° 108.629, ?Sturnigh c. Montes Vilchez?, sent. del 27/09/06 publicada en La Ley AR/JUR/10053/2006; n° 117.155, ?Molina c. Clínica Mariano Moreno?, sent. del 04/04/19), salvo muy pocas excepciones.

En el caso, la mala praxis que se endilga a los profesionales demandados es por error de diagnóstico, el que habría ocasionado que, por no detectarse a tiempo la verdadera enfermedad que afectaba a la niña Emilce, cuando se arribó al diagnóstico de certeza fue tarde. La niña padecía una apendicitis aguda, la que, al ser intervenida quirúrgicamente había derivado en una peritonitis, que produjo una sepsis generalizada, causándole la muerte.

Se ha dicho que nuestra jurisprudencia ha entendido que en principio sólo se responde por error de diagnóstico cuando el mismo ha sido grave e inexcusable, como por ejemplo cuando se aplica el tratamiento de una enfermedad que el paciente no tenía, sin antes esforzarse el médico por descubrir su verdadero mal, o si se efectúa un diagnóstico superficial o inexacto, en presencia de síntomas clínicos contrarios. También cuando el diagnóstico ha sido realizado a la ligera, por negligencia de no haberse rodeado de todos los informes necesarios o útiles, o sin haber recurrido a los procedimientos de control y de investigación exigidos por la ciencia (Trigo Represas - López Mesa, ¿Tratado de la responsabilidad civil?, T. II, La Ley, Bs. As., 2004, p.359).

En el caso de autos, el primer médico que atendió a la niña (Dr. E.R., a cuyo respecto se desistió la demanda) diagnóstico angina (amigdalitis) y le recetó un antibiótico oral. Los médicos que la atendieron los días subsiguientes (Dres. L. L. y M.), tras revisar a la pequeña, no encontraron razones para apartarse de ese diagnóstico. El Dr. L. le recetó antibiótico inyectable, y las otras médicas, además de aplicarle paños fríos para bajarle la fiebre (Dra. L.), o de darle ¿Mejoralito? (Dra. M.), le dijeron a la madre que debía esperar a que surtiera efecto el antibiótico. No está probado que la niña no padeciera angina (al menos no lo dictamina la perita médica Dra. Azucena Domínguez), enfermedad para la cual se recetan antibióticos. Los tres médicos mencionados contestaron la demanda diciendo que, revisada la niña, no detectaron que tuviera el abdomen distendido o que padeciera dolor a la palpación (lo que podía hacer sospechar que padeciera apendicitis). No sabemos si efectivamente hicieron esto último, pero no hay elementos que indiquen lo contrario. La madre reconoció al absolver posiciones propuestas por la letrada de la Dra. L., que la niña entró caminando al consultorio (rta. a pos. 8va., fs. 570), lo que, en principio, descarta un dolor muy intenso.

Lo que no está controvertido es que la madre dijo a los médicos que la niña tenía vómitos. Se trata de un síntoma de apendicitis, pero al respecto, como dice la jueza en la sentencia recurrida, la perita médica acompañó estudios que indican múltiples causas posibles del vómito en niños menores de 4 años: situaciones fisiológicas, infecciones, reflujo gastroesofágico, obstrucción del aparato digestivo, apendicitis, peritonitis, intoxicaciones, enfermedades neurológicas, enfermedades renales y enfermedades metabólicas. Este mismo estudio señala que en los niños menores de 4 años las causas más frecuentes de los vómitos son la obstrucción intestinal por invaginación, la hernia inguinal incarcerada, la estenosis hipertrófica de píloro, la malrotación intestinal y vólvulos. Esta multiplicidad posible de causas de los vómitos es importante porque normalmente se señala que el límite de la indulgencia con el error de diagnóstico es la omisión de ordenar los estudios complementarios necesarios para descartar otras enfermedades y arribar a un diagnóstico certero (Trigo Represas - López Mesa, ob. cit, p. 358). Se trata precisamente del argumento principal de los agravios de la actora.

Entiendo que lo que ocurrió fue que los médicos se aferraron al primer diagnóstico de la amigdalitis y los antibióticos, como han dicho todos los médicos y la perita, ¿enmascararon? la verdadera enfermedad. ¿Es disculpable que, frente al relato de la madre de los vómitos, no ordenaran estudios complementarios?

Lo importante al respecto es si debían sospechar que la niña padecía apendicitis, y al respecto adquiere importancia lo excepcional que es, estadísticamente, que una niña menor de tres años sufra esa enfermedad (cont. de explicaciones de la perita de fs. 732 y 736). En tales condiciones no se configura como manifiesto e inexcusable el error de diagnóstico.

El Dr. F. atendió a la niña el domingo 18 de agosto. Es decir, seis días después de que fuera atendida por primera vez en el hospital. La madre le dijo que seguía con vómitos y diarrea, y ordenó un análisis de orina, el que arrojó que padecía una infección, por lo que le recetó ¿Bactrin?, y ordenó un urocultivo. Como la pequeña seguía con vómitos, la madre volvió con ella el mismo día y le recetó ¿Reliverán? en gotas.

La actuación del Dr. F. es la más difícil de evaluar porque la niña ya llevaba seis días siendo atendida - entre otras dolencias por vómitos - en el hospital, y llama la atención que no haya ordenado estudios complementarios completos y recurrido a interconsultas. Posiblemente por ello es que en la causa penal (de acuerdo a las fotocopias acompañadas, dado que el expediente fue destruido por aplicación de la Resol. n° 2228/15 de la S.C.B.A., conf. informe del P.R.O.D.E. de la Cámara Penal Departamental del 15/12/20) fue al único al que se le recibió declaración indagatoria (seguramente en virtud del informe del perito médico Dr. Carlos Mémoli (fs. 43/44)

Al respecto no puede perderse de vista que en materia de mala praxis médica el análisis del caso debe hacerse ¿ex ante? y no ¿ex post?. Es decir, el juez debe situarse en el momento que los hechos ocurrieron y no con ¿el diario del lunes? como habitualmente se dice. Se trata, nada más ni nada menos, que la aplicación del art. 512 del C.C.; es decir, analizar la culpa según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Desde esa mirada, entiendo que la infección urinaria puede haber inducido a pensar al Dr. F. que era la causa de los vómitos. Advierto que las infecciones están en la lista de las posibles causas, conforme hemos señalado. También tengo en cuenta que el día anterior (el viernes) la madre no llevó a la pequeña al hospital porque se sentía mejor, lo que así transmitió al Dr. F.. El error de diagnóstico debe ser objetivamente injustificable (Bueres, Alberto, ¿Responsabilidad civil de los médicos?, Hammurabi, Bs. As.,

1994, T. 2, p. 154). En este orden de ideas se ha dicho que la responsabilidad del médico se configura sólo si ha incurrido en culpa grave, evidente, perceptible para todos, y que no está jurídicamente obligado a acertar en el diagnóstico, a menos que la enfermedad o afección sea tal que no reconocerla signifique un desconocimiento de bases científico-técnicas que no puedan ignorarse (C.N.Civ. y Com. Fed., Sala II, 17/04/97, L.L. 1997-D-506).

Con respecto a la actuación de la Dra. P.D., no advierto que haya motivos para adjudicarle mala praxis médica. Fue quien, luego de que la Dra. D. ordenara su internación en pediatría, hizo el diagnóstico preciso: abdomen agudo con peritonitis con foco apendicular. La imputación contra esta médica consiste en que efectuó el diagnóstico a eso de las 12 horas y la intervención quirúrgica se hizo recién a las 20.30 hs. cuando la sepsis (diseminación bacteriana) estaba generalizada.

La Dra. P.D. adujo en su defensa que la operación no podía hacerse enseguida dado que debían realizarse los estudios prequirúrgicos. Al contestar el traslado de las respuestas al pedido de explicaciones dadas por la perita Dra. Domínguez, dijo la Dra. P.D. que las condiciones clínicas en que se hallaba la paciente no eran las adecuadas para soportar el estrés quirúrgico y con las medidas terapéuticas instauradas era esperable que en un lapso de horas mejorara su estado general. Dijo que en el caso de un cuadro de patología aguda quirúrgica de infancia en un paciente de mal estado general y cuadro clínico de sepsis se deben dedicar varias horas para estabilizarla con reanimación vigorosa con líquidos intravenosos y el tratamiento antibiótico adecuado, se debe colocar sonda nasogástrica para descomprimir el estómago, y la intervención se realiza cuando el paciente está hidratado y el cuadro va en descenso. Añadió, con cita de otro especialista, que para reducir la mortalidad se requiere, en el lapso de seis u ocho horas, una hidratación intravenosa adecuada, la aspiración gástrica y una terapéutica antimicrobiana parenteral, y la administración de analgésicos para combatir el dolor. Expresó que tal esquema terapéutico permitió un mejor estado de hidratación, estabilidad hemodinámica, adecuada concentración en sangre de los antibióticos para evitar la diseminación masiva de gérmenes al remover el foco infeccioso. Concluyó que el paciente debía ser llevado al quirófano en las mejores condiciones posibles desde el punto de vista hemodinámico e infectológico para evitar complicaciones y la mortalidad (fs. 763/64).

El triste desenlace de la operación lleva a pensar que mejor hubiese sido que se operara a la niña apenas se supo del diagnóstico de apendicitis aguda (como sugiere la perita médica), pero las razones dadas por la Dra. P.D. son suficientemente serias como para que, evaluadas, como ya dije, situado en el momento de los hechos (?ex ante?, art. 512 C.C.) y conforme a la sana crítica (art. 474 CPCC), me llevan a descartar una mala praxis inexcusable. Por otro lado, el Dr. Carlos Mévoli - quien actuara como perito en la causa penal - declaró en autos que la actuación de la Dra. P.D. fue correcta, que no había obrado con imprudencia, negligencia o impericia, y que la operación había sido bien realizada (fs. 531).

En conclusión, propicio la confirmación de la sentencia en cuanto rechaza la demanda contra los profesionales médicos demandados por falta de acreditación del factor de atribución subjetivo que el art. 1109 del C.C. exige.

2.- Responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires (titular de la Unidad Hospitalaria de Gral. Rodríguez).

Como ha sido referenciado, la actora se queja en sus agravios de que la sentencia destaque las graves falencias del sistema hospitalario como si debieran ser toleradas.

El agravio debe ser atendido. El rechazo de la demanda contra los médicos no necesariamente acarrea la misma suerte de la entablada contra la Provincia de Buenos Aires, en tanto titular del hospital público donde ocurrieron los hechos.

En efecto, a partir del fallo ?Vadell, Jorge F. c. Prov. de Buenos Aires? de 1984 de la Corte Suprema Nacional (Fallos: 306:2030), quedó consagrada que la responsabilidad del Estado por falta de servicio es objetiva y directa. Concretamente estableció lo siguiente: ?... quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución?; ?la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no constituye una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas?. Esta doctrina fue reiterada en varios fallos posteriores (Fallos: 308:821; 321:1124; 330:563, entre otros).

La Suprema Corte de la Provincia ha seguido la misma doctrina, y en especial, en lo que aquí interesa, respecto del servicio de salud prestado por el Estado provincial. En efecto, dijo el alto tribunal en Ac. 79.514, ?Castillo c/ Echaburu s/ daños y perjuicios?, fallado el 13/08/03 (L.L. Bs. As., 2003, p. 1352) que el nosocomio público se encuentra obligado constitucionalmente a organizar el servicio de salud, y frente al deficiente funcionamiento del mismo, el Estado responde directa y objetivamente, pues hace a su propia función y no a la actuación del profesional o dependiente. ?De tal manera - dijo el Dr. Hitters en su voto -, si el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente, queda atrapada la responsabilidad del Estado, pues parte de una situación objetiva de falta o deficiencia del servicio del Estado, que por mandato constitucional debe garantizar, pues constituye uno de los fines esenciales del Estado que justifican su propia existencia ... Así, el Estado tiene el deber jurídico de realizar prestaciones positivas dirigidas, sustancialmente a

la prevención de la enfermedad y a la asistencia médica y terapéutica de los pacientes. En consecuencia nacerá la responsabilidad del Estado por falta de servicio, si éste no cumple de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos de modo expreso o implícito a sus órganos por el ordenamiento jurídico ... o, simplemente, por el funcionamiento irregular del 'servicio', en el caso, la asistencia a la salud de la población ... En tal línea de pensamiento, el Estado como tal debe a los particulares o administrados funciones esenciales: salud, justicia, educación y seguridad. Estas funciones constitucionales generan una relación muy especial que de manera alguna es de derecho privado y menos contractual...?. Así, la relación del Estado a través del hospital público con el paciente se desenvuelve en el ámbito del derecho público, constitucional y administrativo (arts. 75 inc. 19 y 23 C.N, y art. 36 inc. 8 Const. provincial). ¿La prestación cumplimentada en el establecimiento sanitario oficial - añadió el fallo - es la consecuencia de la asunción por el Estado de una función propia. En efecto, el art. 36 inc. 8 de la Constitución de la provincia reconoce el derecho a la salud y a esos fines garantiza a todos sus habitantes el acceso a ella en los aspectos preventivos, asistenciales, terapéuticos, sosteniendo el hospital público y gratuito?.-

El fallo, además de apoyarse en los autores que se han ocupado del tema (Weingarten, Celia y Gherzi, Carlos, ¿La discrecionalidad de la estrategia terapéutica. La responsabilidad del Estado por la seguridad de los pacientes en los hospitales?, J.A. 1997/11429; Jeaneret de Pérez Cortés, María, ¿Responsabilidad del Estado en materia de salud pública? en obra colectiva, ¿Responsabilidad del Estado y del funcionario público?, Ed. Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 311; Gherzi, Carlos y Lovece, Graciela, ¿Derecho constitucional a la salud. Hospital público...?, J.A. 1998, 11347), se funda en la doctrina de la C.S.J.N. que desde antiguo ha reconocido la responsabilidad del Estado (nación, provincia y municipio) cuando no se cumple de modo regular la prestación de un servicio, señalando que quien contrae la obligación de hacerlo debe realizarlo en condiciones adecuadas para llegar al fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su irregular ejecución (Fallos: 306:2030; 307:821; 312:343; 315:1892; 322:1422, y 317:1921, este último ¿Brescia c/ Prov. de Bs.As.? del 22/12/94).-

La doctrina fue reiterada en Ac. 86.949 del 8/09/04, Ac. 86.304 del 27/10/04 (pub. en L.L. Bs. As. 2005, p. 43), Ac. 77.132 del 9/12/04, Ac. 88.940 del 18/05/05, Ac. 94.457 del 3/05/06 y Ac. 77.960 del 14/06/06, entre otros). También ha sido seguida por la jurisprudencia provincial (CC0203 LP 108690 RSD-85-8 S 20/05/2008; CC0203 LP 116163 RSD-167-14 S 21/10/2014; CC0000 DO 85885 RSD-102-8 S 08/04/2008; CC0001 LZ 60625 RSD-194-5 S 09/06/2005; CC0001 SM 46745 RSD-69-00 S 07/03/2000). Siguiendo esta doctrina, esta Sala en la causa en 108.629, ¿Sturnigh c. Montes Vilchez? arriba citada, dijo que la obligación del Estado provincial de garantizar la salud de su población surge expresamente de la Constitución de la provincia. El art. 36 inc. 8 prescribe que la provincia garantiza a sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos, y que sostiene al hospital público y gratuito en general. La obligación primaria que implica esta disposición es la de garantizar la vida, organizando las prestación del servicio de salud con eficacia de manera óptima. Los impuestos se pagan con esa finalidad, y ningún destino puede ser más prioritario que el de preservar la vida de los habitantes de la provincia.

Ahora bien, en los presentes autos los hechos ocurrieron antes de la reforma de la Constitución provincial de 1994, que introdujo el art. 36 inc. 8. Regía en 1991 la Constitución de 1934, que no tenía un texto expreso que garantizara el derecho a la salud, pero ello no quiere decir que no sea de aplicación la doctrina de la C.S.J.N. nacida con el fallo ¿Vadell?, que es de 1985, y de los que le siguieron anteriores a 1994. Por otro lado, en 1986 la República Argentina aprobó por la ley 23.313 el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales de Naciones Unidas de 1966, cuyo art. 12 reconoce el derecho a la salud de toda persona y la obligación del Estado de garantizarlo (arts. 2 y 3). El Pacto, a su vez, se complementaba con el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobado por la ley 23.054 de 1984. Demás está decir que los tratados internacionales desde 1853 conforman ¿la ley suprema de la Nación? que las provincias deben respetar. Por lo demás, ninguna ley - ni nacional o provincial - contrariaba los derechos y obligaciones consagrados por dichos tratados internacionales.

En definitiva, la responsabilidad del Estado provincial en los presentes autos debe analizarse de acuerdo a la doctrina jurisprudencial que establece la responsabilidad directa y objetiva por prestación irregular del servicio de salud, y adelanto que la organización del hospital de Gral. Rodríguez estuvo lejos de garantizar una prestación adecuada de tal servicio.

En efecto, se advierte en primer lugar que no se confeccionó una historia clínica de la niña desde la primera oportunidad en que fue atendida en el hospital. La historia clínica que en copia obra a fs. 357/415 (acompañada por el hospital) comienza el día 19/08/91 a las 12 hs. Es decir, el día en que la niña fue internada en el servicio de pediatría y le diagnosticaron el abdomen agudo, pero no el 13/08/91 en que fue atendida por primera vez por el Dr. Rocatagliatta.

Al contestar la demanda, dijo la Dra. S.E.L. que en el servicio de guardia del hospital (vespertino) no tenían la historia clínica del paciente por encontrarse fuera de servicio el sector respectivo, y debían manejarse sólo con los datos que el paciente o sus parientes les aportaban, los que solían incurrir en inexactitudes, olvidos o errores respecto de los síntomas detectados, diagnósticos o tratamientos indicados por otros profesionales. Dijo que se hacía muy difícil actuar sobre el paciente en esas condiciones, distinto a

lo que ocurría en horas de la mañana en que se entregaba al médico la historia clínica del paciente, donde cada profesional dejaba constancia escrita de su actuación. En la guardia, en cambio, el médico sólo contaba con una planilla de atención de guardia con un renglón para cada enfermo en el que se consignaba nombre, domicilio, obra social y diagnóstico (fs. 216). Lo dicho por la Dra. L. se corrobora con el informe de los peritos de la causa penal (fs. 10/12, 43/44). En este último el Dr. M. dijo que el 18/08/91 E. figuraba atendida por primera vez, cosa totalmente inexacta. La falta de historia clínica de los primeros días en que la niña fue atendida también surge de los informes de la perita médica de autos. La falta de registro completo de las atenciones en las guardias médicas es corroborada por la perita Dra. Domínguez a fs. 737 (rta. a p. 12).

Es inaceptable que un médico de guardia no cuente con los registros clínicos de los médicos que han atendido a una paciente en oportunidades anteriores (sobre todo si se trata de la misma dolencia), y que deba confiar sólo en lo que la paciente o su familiar le cuente, quienes, obviamente, por no ser entendidos en la materia, pueden transmitir mal o parcialmente lo que los médicos anteriores le dijeron. Al respecto se ha destacado la importancia para una correcta atención que los médicos cuenten con la evolución de la historia clínica, con lo registrado por los distintos médicos que atendieron al paciente para una correcta evaluación (SCBA LP C 97796 S 31/08/2011, voto del Dr. Hitters; Ac 82488 S 03/08/2005 voto del Dr. Roncoroni; sobre que la historia clínica debe ser completa: Vázquez Ferreyra, "La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica", LA LEY, 1996-B, 807, entre otros).

Tampoco es aceptable la pretensión de que la actora y su hija debieron concurrir a consultorios externos (como alega la Fiscalía de Estado a fs. 808). Concurrieron por primera vez a la guardia y volvieron a ir a la tarde por esperar a la mañana a que se les pasaran las dolencias y los vómitos. Además, obviamente, no se puede echar la culpa de deficiencias del hospital a los pacientes.

Asimismo, la parcial historia clínica labrada padece de varias irregularidades detectadas por los peritos médicos de la causa penal. Como ya señalé, que E. figura como atendida el 18/08/91 por primera vez, en planilla que no está firmada (fs. 43/44). El Dr. Rodolfo Luis Baldán (médico que hizo la autopsia) declaró que la historia clínica contenía varias enmendaduras de los horarios, y que había contradicciones entre el parte anestésico y la historia clínica (fs. 59/61), lo que fue corroborado por el Dr. Horacio Ricardo Fernández (el otro médico participante de la autopsia). También, como señala la apelante, en la historia clínica no obran sellos aclaratorios de los médicos firmantes, lo que es una irregularidad. Al respecto es pacífica la jurisprudencia que entiende que las enmiendas, tachaduras o alteraciones de la historia clínica implican presunción en contra del establecimiento sanitario, independientemente de la atribución de responsabilidad al médico (ver: C.N.Civil, "Cáceres Vera, Lucinda y otro c. Obra Social del Personas de la Construcción y otros?", 26/02/2013; LL AR/JUR/1930/2013)

El Dr. F. estuvo de guardia el día 18/08/91 sin ser médico del hospital (informe de fs. 639, 640 y 657). El informe del perito contador da cuenta de que los registros del hospital son incompletos (fs. 640, no informa sobre guardias del domingo). La Dra. P.D. se desempeñaba como cirujana infantil "ad honorem" toda vez que no había cargo ni médico que ejerciera esa función (decl. de fs. 648 de autos y fs. 23/27 de la causa penal). Sobre tal desempeño "ad honorem" no hay controversia en autos, y si ello es así, no estaba formalmente obligada a quedarse el día domingo por la tarde en el hospital.

Esto último se vincula con el hecho de que aparentemente debía desempeñarse un médico cirujano de guardia el domingo 19/08/91 (el Dr. G.R.) pero no estaba (fs. 152vta y pos. 15ta. ofrecida por la actora en aud. de fs. 468, y decl. de tgo. Oliveira a fs. 475). Si hubiera estado quizás la operación se hubiera podido hacer en un momento más cercano a cuando se detectó el abdomen agudo con riesgo de peritonitis. La operación de la niña se demoró porque en el hospital había un solo médico anestesista que estaba atendiendo una cesárea, como dice la sentencia.-

En definitiva, el hospital de General Rodríguez no cumplió regular y correctamente su obligación de prestar el servicio de salud pública, lo que tuvo relación causal adecuada con la pérdida de chance de que se detectara a tiempo la verdadera enfermedad de la niña E.B. y se la interviniera quirúrgicamente de manera que salvara su vida (arts. 901 a 906 C.C.).

En conclusión, propongo que se revoque parcialmente la sentencia y se condene a la Provincia de Buenos Aires, en tanto titular de la Unidad Hospitalaria de General Rodríguez, a indemnizar al actor y a la actora de autos los daños que a continuación se tratarán.

VI.- Indemnización.

1.- Momento del resarcimiento y pérdida de chance de curación.

Los actores pidieron resarcimiento por: a) "daño emergente"; b) daño moral, y c) gastos de sepelio.

Como dije en el considerando precedente lo que debe indemnizarse en este caso es la pérdida de chance de que la niña salvara su vida. No se me escapa que existe controversia doctrinaria acerca de si la pérdida de chance de curación es indemnizable. Así, Trigo Represas y López Mesa opinan que salvo casos excepcionales donde aparezca con toda certidumbre acreditado el más probable resultado positivo de la práctica médica perdida, no debe indemnizarse la falta de oportunidad de curación, pues tal indemnización implicaría fracturar los principios de la responsabilidad civil, al indemnizar daños eventuales y no relacionados causalmente en

forma adecuada con el daño (ob. cit., p. 415).

Por mi parte entiendo que si no se indemniza la pérdida de chance de curación la responsabilidad médica se convierte, en la mayoría de los casos, en algo meramente teórico o abstracto. En efecto, siempre el paciente padece una enfermedad o lesión preexistente (ver Lorenzetti, Ricardo Luis, "Responsabilidad civil de los médicos", T. II, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2da. ed., 2016, p 05 y ss.).

Concurre al médico con ella, y es deber del médico tratar de curarlo o, en algunos casos, aliviarle el sufrimiento. De ahí que el tema más difícil en materia de responsabilidad médica es la causalidad. Sobre el daño producido (la muerte o el agravamiento de una enfermedad), ¿cuánto debe atribuirse a la actuación del médico y cuánto a la enfermedad preexistente?

Dijo al Respecto la C.N.Civil, Sala A (voto del Dr. Sebastián Picasso) en los autos "T.A.R y otro c. Clínica Bessone" del 11/05/12): "el daño por pérdida de chance es un perjuicio cierto, pues la incertidumbre se refiere al eventual resultado. La característica de los casos encuadrables en este instituto es, justamente, la existencia de un álea respecto del cuál será el desenlace de los hechos, y la pérdida de ese álea es, en consecuencia, el daño que debe resarcirse. Por ello, lo resarcible no es el resultado final que se produjo sino, por el contrario, las chances de sobrevida con las que contaba el paciente (y cuya frustración puede, como en el caso, causar perjuicio a otros damnificados en forma indirecta). Entonces, para que proceda el resarcimiento por pérdida de chances, debe estar acreditada la existencia de la probabilidad de curación que se ve perdida por el accionar del autor pues, en caso de que el enfermo no cuente con esa chance, no resultará procedente el resarcimiento, por la inexistencia del daño propiamente dicho" (con cita de Sáenz, Luis R. J., "Los límites al resarcimiento por pérdida de 'chance' en la responsabilidad civil médica", DJ 2004-3-1160; C. Nac. Civ., sala F, "García, Paz v. Pere Vignau, Osvaldo y otros", del 30/10/2003, RCyS 2004-654).

Si las pericias médicas determinan que si se hubiera cumplido con la buena práctica médica y el adecuado y eficaz servicio de salud que el Estado debe garantizar, el paciente hubiera salvado indudablemente su vida, la cuantificación del daño implicará el 100 por ciento. Pero si de los peritajes surge que sólo perdió una chance de sobrevivir, la mensuración del daño deberá ser un porcentaje. Obviamente esto es muy difícil de determinar con certeza (y los peritos habitualmente no lo hacen). Se trata de aquellas cuestiones que quedan libradas a la discrecionalidad judicial. Los jueces, haciendo uso de las facultades que acuerda el art. 474 del CPCC al analizar las pericias, deben estimar en un porcentaje la pérdida de la chance de curación (así lo dijo esta Sala en la causa "Sturnigh c. Montes Vilchez" arriba citada).

En el caso de autos la decisión es sumamente difícil dado que no sabemos qué grado de avance tenía el abdomen agudo en la niña E. cuando concurrió por primera vez al hospital, y tampoco sabemos con certeza cuándo se produjo la peritonitis, o sea la infección generalizada que causó su muerte. Evaluando los informes médicos (tanto los de la causa penal como los de la perita Dra.

Domínguez) considero que si se hubiera diagnosticado el abdomen agudo al menos el día anterior (o sea, el 18/08), antes de que la infección se generalizara, y se la operaba inmediatamente hubiera podido salvarse su vida. Estimo la chance de sobrevida en un setenta (70) por ciento, porcentaje sobre el que prosperarán los rubros indemnizatorios que a continuación se tratarán.

Al respecto, antes de abordar la cuantificación de los daños debe resolverse si se hará a valores de la fecha del hecho ("históricos") o a valores actuales.

Lamentablemente (de manera difícilmente justificable para lo que debe ser una eficaz administración de justicia, más allá del deficiente impulso de la actora), han transcurrido casi treinta y dos años desde la muerte de la niña E., por lo que fijar los valores a esa fecha (aún aceptando el cálculo estimativo que se hiciera en la demanda) implicaría una manifiesta injusticia.

Esta Sala en las causas n° 119.854 ("Bentancour c. Díaz" del 07/12/22) y n° 119.805 ("Di Claudio c. Scaffa" del 22/11/22), y n° 119.293 ("Basualdo, Oscar c. Bomave S.A." del 14/09/22), ha recordado que en reiteradas oportunidades ha confirmado sentencias que han fijado montos indemnizatorios a valores actualizados, de la misma manera que ha procedido de ese modo cuando se ha pedido al expresar agravios. Ello así porque no se puede negar el fenómeno inflacionario que afecta a nuestro país en los últimos veinte años, y porque responde mejor a resguardar el principio de la reparación integral (art. 1083 Código de Vélez, y art. 1740 Código Civil y Comercial). Sobre todo cuando se trata de deudas de valor, como el daño moral, la incapacidad o la pérdida de chance de ayuda económica (art. 772 CCC). Numerosos fallos de la S.C.B.A., por otro lado, han seguido igual criterio (SCBA LP A 75704 RS-211-21 S 22/12/2021; B 64394 RSD-157-21 S 31/08/2021; A 74770 RSD-159-21 S 31/08/2021; C 122687 S 17/11/2020; B 65621 RSD-21-21 S 23/02/2021 - estos dos últimos votos del Dr. Pettigiani -, entre otros). Por las mismas razones no hay motivos para no seguir el mismo criterio si, al revocarse el rechazo de la demanda, debe fijarse la indemnización.

Ahora bien también ha dicho esta Sala que, conforme a la doctrina de la casación provincial, si se fijan valores a la fecha del hecho, se establece la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires para los depósitos a treinta días hasta el efectivo pago (SCBA, C. 119.176, "Cabrerá" y C. 118.587, "Trofé"; esta Sala, causa n° 117.738 del 05/11/2020, entre otras), y si se fijan valores actualizados a la fecha de la sentencia, debe establecerse a la tasa de interés puro del 6 % anual desde la fecha del hecho hasta ese momento, y desde ahí a la tasa pasiva más alta hasta el pago (doct. SCBA., causas C 120536, "Vera" del 18/4/2018, C 121.134,

?Nidera S.A.? del 3/5/2018; C 122.107 de. 26/02/21; C 122.303 del 25/02/21, C 122.878 del 26/04/21, C 123.271 del 31/03/21, A 73677 RSD-43-21 S 24/02/2021 entre varias; conf. esta Sala, causas n° 116.912 del 3/07/18, 117.397 del 11/6/19, 117.856 del 22/04/2020, 117.920 del 23/07/20, 117.978 del 31/07/20, 118.011 del 04/08/20, 118.433 del 08/04/21, 118.504 del 29/04/21, 116.617 del 16/06/21, 118.631 del 05/08/21, entre otras).

Por consiguiente a continuación se fijarán los montos indemnizatorios a valores desde el día de la fecha, a lo que se adicionarán intereses en la forma indicada.

2.- Pérdida de chance ayuda futura.

En la demanda se reclamó por la ?muerte del hijo? fundándolo en que la vida humana tiene un valor en sí mismo sin necesidad de demostración de menoscabo económico (fs. 79vta.). Se trata de lo que se ha dado en llamar ?perdida de chance de ayuda económica futura? y que el C.C.C., recogiendo pacífica doctrina y jurisprudencia, plasma en art. 1745 inc. c) (causas n° 115.701 del 31/03/16 y 115.998 del 8/11/16, 116.733 del 3/04/18, 117.436 del 27/02/20, 116.928 del 8/08/19, 117.766 del 29/04/20, 117.920 del 23/07/20, 118.011 del 04/08/20, 118.186 del 05/11/20, 118.249 del 17/03/21, 118.433 del 08/04/21 y 14/04/21, 118.504 del 29/04/21 , entre otras). Se trata, fundamentalmente, de la asistencia económica que los padres podrían recibir de sus hijos cuando no estuvieran en condiciones de seguir trabajando ya sea por padecer alguna enfermedad o por edad avanzada, teniendo en cuenta las magras jubilaciones que existen en nuestro país. Es por ello que cuanto más humildes son los padres mayor es la expectativa de ayuda económica por parte de sus hijos en el futuro (es de recordar que el código de Vélez contemplaba la obligación alimentaria entre parientes - art. 367 y ss -, lo mismo que el código civil y comercial - art. 537 y ss.-) (S.C.B.A., Ac. 35.428 del 14/05/91, Ac. 41.216 del 21/05/91, Ac. 50.522 del 26/10/93; esta Sala, causas n° 108.706/07 del 14/10/04; 107.175 del 22/03/05; 108.968 del 23/05/06; 110. 119 del 12/10/06, 110.363 del 12/09/06, 108.629 del 16/09/06, 112.243 del 11/11/08, 116.733 del 3/04/18, 117.864 del 01/06/20, 117.920 del 23/07/20, 118.652 del 22/06/21, entre otras).

En el caso de autos, se desprende que los actores son personas de bajos recursos económicos, por lo que es dable presumir que recibirían en la tercera edad ayuda económica de la niña fallecida. A los efectos de la cuantificación deben tenerse en cuenta dos cosas. En primer lugar que la ayuda saldría ?de un solo bolsillo?, de manera que el monto no variaría demasiado según se trate de uno de los progenitores o de los dos. Y en segundo lugar que si los actores tienen otros hijos es presumible que contribuirían a la ayuda económica de sus padres, lo que disminuiría el aporte individual de cada uno (esta Sala, causa n° 118.652 del 22/06/21). En el caso surge de autos que tienen otros hijos (fs.15/18).

De acuerdo a tales parámetros, estimo el monto por este concepto en la suma de \$ 500.000 para cada uno de los actores (arts. 1067, 1068, 1069, 1083, 1085 y cctes. C.C.; art. 165 C.P.C.C.).

3.- Daño moral.

Ha dicho esta Sala reiteradas veces que no debe haber dolor más grande que el causado por la muerte de un hijo (causas n° 108.712 del 01/02/05, 107.175 del 22/03/05, 115.776 del 17/05/16 y 19/05/23, 117.864 del 01/06/20, entre otras), daño ?in re ipsa? que no requiere prueba.

De acuerdo a las características del hecho y lo fijado en casos similares, estimo el monto por este concepto en la suma de \$ 10.000.000 para cada uno de los actores (art. 1078 C.C., art. 165 C.P.C.C.).

4.- Gastos de sepelio.

No se acompañó documentación respaldatoria de este gasto pero es presumible dado que los cementerios públicos cobran aranceles por sepultura o cremación. Estimo el monto por este rubro en la suma de \$ 100.000 para cada uno de los actores (arts. 1067, 1068, 1069, 1083, 1085 y cctes. C.C.; art. 165 C.P.C.C.).

5.- En todos los casos, de acuerdo a lo arriba señalado, la condenada deberá abonar el setenta (70) por ciento de los montos fijados, - \$ 7.420.000 - con más intereses al seis (6) por ciento anual desde la fecha de la muerte de la niña hasta la fecha de esta sentencia y de ahí en más a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires hasta el efectivo pago.

VII.- Sobre el pedido de aplicación de la ley 12.836.

A fs. 628 (el 21/02/02) la Fiscalía de Estado pidió que se aplicara en autos la ley 12.836 de consolidación de deudas del Estado provincial. Luego (el 10/07/12) pidió que se aplicara el decreto n° 304/02 sobre adecuación de la ley mencionada.

Efectivamente dada la fecha en que se produjo el hecho de autos en principio la deuda es alcanzada por la ley 12.836 (publicada el 11/01/02) y sus modificatorias, pero el Poder Ejecutivo de la provincia el 7/05/12 dictó el decreto 304/02 por el cual dispuso: ?El plazo máximo para hacer frente al total del pasivo consolidado al 30 de noviembre de 2001, sea que el pago se realice en bonos de consolidación o mediante el procedimiento de pago en efectivo, no excederá del 1° de enero de 2016?.

En consecuencia, ha perdido vigencia la ley 12.836 (con sus modificatorias), debiendo la accionada pagar la suma de condena en el plazo de diez días de notificada.

VII.- Costas.

Las costas de ambas instancias con respecto a la demanda contra los médicos demandados propongo que se impongan por su orden dado que los actores tenían legítimas razones para accionar como lo hicieron teniendo en cuenta de los informes médicos periciales obrantes en la causa penal (del Dr. Carlos Mémoli y autopsia ratificada por las declaraciones de los Dres. Norberto Conci, Rodolfo Luis Baldán y Horacio Ricardo Fernández) (art. 68 2do. párr. C.P.C.C.).

Las costas de ambas instancias en relación a la demanda contra la Provincia de Buenos Aires deberán ser soportadas por esta última en su calidad de vencida (art. 68 C.P.C.C.).

Con el alcance propuesto, VOTO POR LA NEGATIVA.

El señor juez Dr. Tomás Martín Etchegaray, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

- 1°.- Confirmar el rechazo de la demanda contra C.L., S.E.L., L.M., L.F. y A.P.D., con costas en ambas instancias por su orden.
- 2°.- Revocar la sentencia en cuanto rechaza la demanda contra la Provincia de Buenos Aires (titular de la Unidad Hospitalaria de Gral. Rodríguez), y en consecuencia condenar a esta última a pagar a cada uno de los actores la suma de \$ 7.420.000, más intereses al seis (6) por ciento anual desde la fecha de la muerte de la niña hasta la fecha de esta sentencia y de ahí en más a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires hasta el efectivo pago, en el plazo de diez días de notificado, con costas de ambas instancias en su calidad de vencida.

ASI LO VOTO.

El señor juez Dr. Tomás Martín Etchegaray, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser modificada.-

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, **SE RESUELVE:**

- 1°.- Confirmar el rechazo de la demanda contra C.L., S.E.L., L.M., L.F. y A.P.D., con costas en ambas instancias por su orden.
- 2°.- Revocar la sentencia en cuanto rechaza la demanda contra la Provincia de Buenos Aires (titular de la Unidad Hospitalaria de Gral. Rodríguez), y en consecuencia condenar a esta última a pagar a cada uno de los actores la suma de \$ 7.420.000, más intereses al seis (6) por ciento anual desde la fecha de la muerte de la niña hasta la fecha de esta sentencia y de ahí en más a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires hasta el efectivo pago, en el plazo de diez días de notificado, con costas de ambas instancias en su calidad de vencida.

NOTIFIQUESE por medios electrónicos (conf. Res. del Presidente de la S.C.B.A. nro. 10/20, Res. S.C.B.A 480/20 y sus sucesivas prórrogas, Ac. 4013/2021; Ac. 4023/2021 Y Ac. 4039/21).Y **DEVUELVA**SE.

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 14/07/2023 13:38:24 - IBARLUCIA Emilio Armando - JUEZ

Funcionario Firmante: 14/07/2023 13:52:33 - ETCHEGARAY Tomas Martin - JUEZ

Funcionario Firmante: 14/07/2023 13:55:37 - FREDIANI Emanuel - SECRETARIO DE CÁMARA