

Datos del Expediente

Carátula: GOMEZ CLAUDIA BEATRIZ Y MARTINEZ JORGE LUIS C/ H.I.E.M.I., HOSPITAL INTERZONAL DE AGUDOS ESPECIALIZADO EN PEDIATRIA Y ALDI

Fecha inicio: 19/09/2018

N° de Receptoría: 12106 - 4 **N° de Expediente:** 166592

Estado: Fuera del Organismo - En Juz. Origen

REFERENCIAS

Sentencia - Folio: 304

Sentencia - Nro. de Registro: 61

22/03/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

REGISTRADA BAJO EL N° 61-S F° 304/19

Expediente n° 166. 592 – Juzgado n° 6

// En la ciudad de Mar del Plata a los 22 días del mes de Marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“GÓMEZ Claudia Beatriz y MARTÍNEZ Jorge Luis c. H.I.E.M.I. Hospital Interzonal de Agudos s. Daños y perjuicios”**. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1) ¿Es justa la sentencia apelada?

2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I: En la sentencia dictada a fs. 924-932 el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la excepción de prescripción opuesta por Roberto Justo Aldinio, y consecuentemente, rechazó la demanda iniciada en su contra, con costas; rechazó también la acción que promovieran los actores contra el Hospital Interzonal de Agudos Especializado en Pediatría “Víctor Tetamanti” y el Hospital Interzonal de Agudos Especializado en Pediatría “ Sup. Sor María Ludovica”, imponiéndoles las costas, y difirió la regulación de honorarios.

Para decidir como lo hizo, comenzó por establecer que la ley aplicable era el CC ley 340, vigente al momento en que ocurrieron los hechos que dan lugar al reclamo, sin perjuicio de

que los efectos aún no cumplidos de aquella situación jurídica sean alcanzados por la nueva ley (fs. 927 vta.).

En cuanto a la excepción de prescripción planteada por el Dr. Roberto Justo Aldinio, aplicó la doctrina legal de la Suprema Corte Provincial que sostiene que la relación del estado a través del hospital público con el paciente y la relación médico paciente, se desenvuelven en el ámbito del derecho público-derecho constitucional y/o administrativo, y por ello, la responsabilidad encuadra en el régimen extracontractual, correspondiendo aplicar el plazo del art. 4037 del CC.

Consideró que el curso de la prescripción se inició con la muerte de Gustavo Javier Martínez, ocurrida el 21.6.2001, y no fue interrumpido –en relación a Aldinio– por la promoción del expediente de diligencias preliminares, el 19.6.2003, pues en él se consignó que interponían demanda interruptiva de la prescripción contra el Hospital Materno Infantil y contra el Hospital Sor María Ludovica de La Plata, sin denunciar al Dr. Aldinio, por lo que al momento de la promoción de la demanda, la acción contra él estaba prescripta (fs. 928 vta.).

Se introdujo a continuación en el estudio de la responsabilidad atribuida a los nosocomios, obligados a prestar y organizar el servicio de salud, por cuyo deficiente o tardío funcionamiento responde el estado en forma directa y objetiva.

Estimó que la lectura de la demanda, *“pese a la falta de precisiones y el reproche de ciertos incumplimientos como el deber de información respecto del cual no especifica cuál es el daño cierto que tal omisión les habría causado”* (fs. 929 punto B), cursiva en el original), permite inferir que el sustento del reclamo ante la muerte del hijo (por daño moral, daño psíquico, pérdida de chance y gastos de sepelio) fue específicamente, la “tardanza en el diagnóstico”, la “negligencia de no haber sido atendido adecuadamente” y “mala praxis médica”.

Sobre la mala praxis, consideró que sólo cabía evaluar la actuación de Aldinio –presupuesto para que prospere la acción contra los hospitales–, y analizar si la conducta de haber descartado previamente una neurocisticercosis, fue un obrar médico disvalioso.

Recurrió para ello a las conclusiones del perito médico Dr. Poggio, quien terminó su informe indicando que Gustavo Martínez sufrió la presencia de un tumor cerebral de alta malignidad, que evolucionó en el término de dos años y que si bien la actuación de los profesionales tratantes (todos) fue la correcta, los resultados fueron adversos debido a la características biológicas de lesión padecida (fs. 930, con cita de fs. 736 vta. de la pericia).

Y en relación al proceder de Aldinio, el experto, sobre la base de los datos de la historia clínica, indicó que había dado instrucciones de mantener una conducta expectante hasta tanto se descartara la posibilidad de una lesión parasitaria, manifestando que toda lesión quística debe hacer pensar, entre otras cosas, en una lesión parasitaria, ante cuya sospecha, no debe realizarse una punción, pues está contraindicando por el riesgo de producir la siembra del parásito en el resto del cerebro; que a la espera de la confirmación, empíricamente se abordó un tratamiento con un antiparasitario específico, el Abendazol, el que produce una reacción del cerebro perilesional, causando edema con desmejoramiento del paciente, lo que se trata con corticoides, y que al recibir el informe negativo para

parasitosis del Hospital Malbrán, se decidió una intervención quirúrgica, que en ese contexto, calificó como “apropiada” y “oportuna”.

No puede sostenerse que hubo demoras injustificadas, adujo el perito, porque se siguieron los caminos necesarios para arribar a un diagnóstico y que el pronóstico de vida está dado por el nombre y apellido del tumor (PNET), aunque se hubiera operado un mes antes la situación no hubiera sido distinta, en tanto, “*la causa del desenlace se debe a la biología del tumor*” (fs. 930 vta., cursiva en el original).

En base a este informe, al resultado de la RMC de fecha 24.5.1999 obrante a fs. 706 y el medio ambiental del niño (hizo referencia a fs. 210 del expediente de diligencias preliminares, HC donde se indica el 30.7.1999 que al interrogatorio surgen antecedentes y epidemiología positiva en contacto con cerdos “(viven a 20 m de cría)”, concluyó que no hubo mala praxis médica (fs. 931).

En cuanto al contagio de hepatitis B, el *al quo* sostuvo que la demanda estuvo dirigida contra los hospitales “en cuanto a la relación de éstos con el galeno Dr. Aldinio”, y como ninguna intervención tuvo en las transfusiones realizadas en el hospital Sor María Ludovica, no cabía atribuirle responsabilidad alguna (fs. 931 vta.).

Ante la falta de culpabilidad del médico, entendió que no se había configurado el incumplimiento o prestación irregular del servicio de salud, como para extender la responsabilidad al estado en razón de lo actuado por sus agentes (fs. 931 vta., punto D).

II: Apeló la apoderada de los actores a fs. 935, y el recurso que le fue concedido libremente a fs. 959, fue fundado mediante el escrito electrónico presentado en término con fecha 12.10.2018 a las 12.55.24 horas, mereciendo las respuestas de los Dres. Cartolano y Echegaray, mediante sendos escritos electrónicos de fechas 17.10.2018 y 26.10.2018 respectivamente.

La parte actora comenzó por señalar que si bien discrepaba con el rechazo de la demanda contra el Dr. Aldinio por haber considerado prescripta la acción, al estar fundada esa decisión en la doctrina legal de la Suprema Corte provincial, cualquier intento de revisión carecería de una acogida favorable, razón por la cual no intentaba su replanteo en esta instancia.

Los agravios formulados fueron dos:

a) Hubo una errónea interpretación judicial sobre el incumplimiento del deber de información.

El *a quo*, afirmaron, se centró únicamente en la existencia de mala praxis médica que hubiera podido causar la muerte, y puso énfasis en que el desenlace fatal hubiera sido el mismo cualquiera fuera la actuación profesional y/o atención que le brindaran tanto los profesionales como los hospitales.

Pasó por alto que la demora en el tratamiento inicial – que consistiría en haberlo derivado a distintos profesionales y demorar los estudios por más de dos meses-, no es una

cuestión menor, como tampoco lo es el contagio de hepatitis B en un enfermo terminal; “parecería que como de todos modos moriría, qué importa si en el camino tomamos decisiones erróneas”.

El daño, argumentaron, consistió en la afectación de la calidad de vida del menor, y en la omisión de información a los padres que hubiera sido relevante, porque no les dieron opciones que les permitieran decidir si operarlo era lo mejor o implicaba alongar una agonía sumida en la postración y el dolor; tampoco prepararse psicológicamente para el desenlace final, la familia toda y la madre en especial, ante el conocimiento de la existencia de un tumor maligno.

Las decisiones médicas, afirmaron, fueron unilaterales, no hubo consenso con los padres, y la responsabilidad civil surge por la falta de consentimiento informado, que no puede ser suplido con la firma de un formulario y guarda relación causal con los daños sufridos, que deben ser reparados. *“... el agravamiento del perjuicio estribó en que, frente a la aparición de los riesgos no informados, no correspondía los asumieran los padres, ya que su desconocimiento les impidió evitarlos, o negándose a la intervención quirúrgica o permitiendo la realización de otras terapias alternativas”.*

Insistieron en que la afectación de la calidad de vida del menor y el daño moral y psíquico causado a sus padres no fue consecuencia de la malignidad del tumor, sino de “la falta de información, la tardanza en el diagnóstico y la negligencia de no haber sido atendido adecuadamente (esto es “NO RECIBIÓ EL MEJOR TRATAMIENTO o por lo menos jamás le fue presentado a los padres)” (mayúsculas en el original), y en que la tardanza en el diagnóstico en la ciudad de Mar del Plata, “le costó la vida al menor”.

Solicitaron que se hiciera lugar al reclamo de daño moral y psíquico de los padres.

b) Fue también erróneo el rechazo de la demanda contra el hospital Sor María Ludovica de La Plata fundado en que el galeno demandado no tuvo intervención en las transfusiones de sangre allí practicadas.

Más que la conducta de algún médico en particular, adujeron, debería investigarse la responsabilidad de ese hospital en cuanto “organización científica y administrativa idónea para brindar la respuesta asistencial”. El contagio de hepatitis B del paciente se produjo por intervención múltiple de médicos, enfermeras, personal de laboratorio, que impide identificarlos y por ello, se responsabiliza directamente al hospital por las prestaciones que brinda.

El virus se encontraba en todos los fluidos corporales del paciente infectado. En los análisis previos que se le efectuaron en el hospital Materno Infantil asentados en la historia clínica, la enfermedad no estaba presente, y del informe del Sor María Ludovica, surge que allí recibió sangre, por lo que las posibilidades de contagio, sostuvieron, se reducen a esas transfusiones, lo que demuestra el incumplimiento del deber de seguridad.

El padecimiento de hepatitis B, destacaron, produjo un deterioro en el estado físico y anímico del menor, lo que generó un daño moral en sus padres, porque a la evolución de la enfermedad del hijo se le sumó otro factor estresante, la hepatitis, que no solo deterioró su estado sino

que *“suspendió la continuidad del tratamiento que se estaba llevando a cabo en ese momento”* (la cursiva me pertenece).

Ello se vio agravado, concluyeron, por la violación del deber de conservación y custodia de la historia clínica; al no contar con ese valioso instrumento, no se pudo determinar qué sucedió con el paciente luego de su ingreso.

Esa falencia debe interpretarse en contra del hospital demandado, por lo que solicitaron que se lo condenara a resarcir el daño moral y psíquico peticionados.

III: Las críticas formuladas permiten concluir que la sentencia apelada ha quedado firme en cuanto a la ley aplicable (fs. 927, considerando I), al rechazo de la demanda respecto al Dr. Roberto Justo Aldinio (fs. 927 vta., considerando II), y al rechazo de los daños reclamados en concepto de “pérdida de chance” y “gastos de sepelio” (fs. 50 vta., apartado c) y fs. 51 vta., apartado d), en tanto en la expresión de agravios se solicita que se haga lugar a los rubros daño moral y daño psíquico (último párrafo del primer agravio y último párrafo del segundo agravio).

III.1: La crítica que persigue revertir el rechazo de la demanda contra el H.I.E.M.I., no tiene en cuenta las constancias que surgen de la historia clínica obtenida mediante la promoción del expediente caratulado “Gómez Claudia Beatriz y otro c. HIEMI s. Diligencia preliminar” (exped. n°99.125, de trámite por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial n° 6), que tengo a la vista, ni las conclusiones de la pericia médica en la especialidad neurocirugía, producida a fs. 736-740, y explicaciones brindadas a fs. 758-759.

Pese a admitir en su expresión de agravios que la muerte del niño se produjo “por la evolución biológica del tumor como manifiesta el Sr. Perito”, insiste en que es “evidente” que hay una responsabilidad civil por la falta del debido consentimiento informado.

Entiendo que no ha sido así.

i) En la demanda se atribuyó responsabilidad por la “deficiente atención y en el posterior fallecimiento” a los dos establecimientos médicos públicos en que el niño fue atendido (fs. 42 punto I, “Objeto”), sin discriminar adecuadamente cuál fue la esfera de actuación de cada uno de ellos.

Así, se les atribuyó indistintamente que, “nunca les dieron un diagnóstico certero sobre lo que podría llegar a padecer” (fs. 45), “desorden” en la historia clínica (fs. 45 vta., es de suponer que se refiere a la del HIEMI porque la del Hospital Sor María Ludovica nunca fue agregada), que se le llegó a aplicar quimioterapia padeciendo de hepatitis B (fs. 46, imputación dirigida contra el hospital de La Plata), que de haberle suministrado un tratamiento anterior a la operación “pudiera haberse mejorado la calidad de vida de Gustavo” (fs. 46 vta.), que “no hubo biopsias ni punción previo a la operación” (fs. 46 vta.), que se negaron “obstinadamente a realizar los estudios médicos imprescindibles para el caso” que, según afirmaron, hubieran revelado el cuadro, y ello fue “la causa determinante de lo ocurrido” (fs. 47 vta. segundo párrafo).

Finalmente, que hubo “un grueso error científico de diagnóstico y de tratamiento que configuran una clara culpabilidad del orden de la impericia y negligencia inexcusables

que agravaron su cuadro y condicionaron el resultado fatal” (fs. 48 tercer párrafo).

Todas estas afirmaciones han quedado, a mi modo de ver, desvirtuadas por el informe médico.

ii) La pericia producida por el Dr. Poggio claramente estableció que el niño Gustavo Martínez sufrió la presencia de un tumor cerebral de alta malignidad, que evolucionó en el término de dos años, tiempo durante el cual se realizaron tratamientos quirúrgicos, radioterapia y quimioterapia, no obstante lo cual, “el tumor continuó progresando de acuerdo a su biología *independientemente de los tratamientos instituidos por la ciencia*. A mi entender la actuación de los profesionales tratantes fue la correcta, si bien los resultados fueron adversos, *esto se debió a las características biológicas de la lesión padecida...*” (fs. 736 vta.).

En cuanto al protocolo a seguir para un niño que ingresa con una convulsión afebril, de las respuestas brindadas a fs. 737 y explicaciones a fs. 758 (puntos 1 de la parte actora), surge que hay que confeccionar la historia clínica del paciente y solicitar estudios de laboratorio, radiología, interconsultas con los especialistas que requiera el caso, en éste, fueron neurología, neurocirugía, y dado el cuadro, se solicitó RMN de cerebro, angioresonancia de cerebro y cuello; al día siguiente de la internación se le realizó la RMN de cerebro con diagnóstico presuntivo de “infarto isquémico, tumor cerebral y menos probablemente encefalitis”.

Señaló que se instaló la duda entre una parasitosis cerebral y un tumor primitivo (el estudio obrante a fs. 706, indica que de acuerdo a la imagen descripta los diagnósticos a considerar son *infarto isquémico, T cerebral (astrocitoma?) y menos probablemente una encefalitis*, a evaluar dentro del contexto clínico del paciente y eventualmente efectuar un nuevo control en tiempo prudencial para establecer evolución; ver fs. 184 del expediente de DP, informe de la infectóloga), por lo que debía realizarse un diagnóstico diferencial que demoró porque debía descartarse en primer lugar una lesión parasitaria, examen que se realizó en el Hospital Malbrán de la ciudad de Buenos Aires y se consultó a infectología del HIEMI; ante el resultado negativo, los pasos a seguir fueron cirugía, radioterapia y quimioterapia (fs. 758 vta.).

Respecto a lo que la parte actora califica como un retardo en establecer el diagnóstico definitivo, el perito indicó que el diagnóstico en ese primer momento debía ser lo suficientemente preciso como para intervenir una lesión en áreas relacionadas con la palabra y la motricidad del hemisferio derecho (fs. 736 vta. y 737 respuesta a punto 2 de la actora); el diagnóstico presuntivo de neurocistocercosis (parasitosis) que surgió de la primera RMN no fue descartado hasta que se tuvo el resultado negativo, y la realización de una biopsia “podría haber acarreado una siembra parasitaria. Esto es, sembrar parásitos por todo el cerebro” (fs. 737 vta. 7 fs. 759 respuesta a f) punto 2).

Sobre si era una sospecha válida de que se tratara de un quiste parasitario (punto 2 de la parte demandada-Aldinio), dijo que toda lesión quística “nos debe hacer pensar entre otras cosas en una lesión parasitaria”, y reiteró que ante esa sospecha no se debe realizar una punción, “por el contrario, está contraindicado, por los riesgos de producir una siembra del parásito en el resto del cerebro” (fs. 738 vta., respuestas a puntos 2 y 3).

Consideró que no había habido una demora injustificada porque “se siguieron todos los caminos que fueron necesarios para arribar al diagnóstico y tratamiento adecuado” (fs. 739 vta., respuesta a punto 14); y que “lamentablemente, el pronóstico de vida está dado por el nombre y apellido del tumor, *aunque se hubiera operado un mes antes*” (fs. 739 vta., respuesta a punto 18), reiterando su respuesta en el sentido de que era el tipo anatomopatológico del tumor el que determinaba el curso de la enfermedad y del paciente, y no “si se hubiera intervenido unos días antes”, porque el pronóstico de los pacientes con un tumor neuroectodérmico primitivo del cerebro en términos de cantidad de vida es *pobre* (fs. 738, respuesta a punto 6 de la actora, el entrecomillado es original del perito, la cursiva me pertenece).

Fue categórico para responder que se habían agotado todos los métodos de diagnóstico con un “afirmativo” (fs. 737 vta., respuesta a punto 5 de la actora).

Antes, había establecido que el pronóstico de sobrevida era de 5 años, en el 40 al 50 % de los casos, aclarando que de 10 niños que sufrieran esa enfermedad y fueran tratados, “a los 5 años sólo vivirían 4 o 5 niños” (fs. 737, respuesta a punto II de la Fiscalía de Estado), para luego indicar que en las mejores instituciones del mundo existía entre un 30 y 50 % de sobrevida de 3 a 5 años (fs. 737 vta., respuesta a punto 4 de la parte actora), y en cuanto a la malignidad del tumor, en base al informe de anatomía patológica de fs. 289 (lo menciona como fs. 166/290 por las foliaturas de la HC anteriores), realizado luego de la intervención quirúrgica, respondió que las células tumorales mostraban marcada atipia, hiper cromasia, pleomorfismo y mitosis atípicas. “Esto quiere decir que se trata de un tumor maligno y de rápido crecimiento” (fs. 738, respuesta a punto 9 de la actora).

Cabe destacar que el diagnóstico ya no presuntivo, sino definitivo de ese informe fue “Tumor temporo parietal izquierdo. Resección: Tumor neuroectodérmico primitivo de hemisferio cerebral (con coexpresión de vimentina)”, y se agrega como nota que el caso fue consultado con el Dr. Drut del Hospital de Niños de La Plata.

El perito, en respuesta al punto de pericia de la parte demandada – Aldinio, sobre si la operación en el hospital de Mar del Plata había sido exitosa, señaló que cuando el paciente fue reintervenido quirúrgicamente en la ciudad de La Plata (el 7.1.2000, según el informe de fs. 109 emitido por el hospital de La Plata), ante la sospecha de una recidiva tumoral, el resultado de esa patología fue negativo para células tumorales, de lo que se puede inferir que la exéresis del tumor realizada en Mar del Plata había sido adecuada, “es decir, se había resecado todo el tumor resecable” (fs. 739, respuesta a punto 10).

Explicó finalmente que pese a la cirugía, radioterapia y quimioterapia, el curso que tuvo la enfermedad era esperable, porque “este tumor es uno o el más maligno de los tumores cerebrales. Con un comportamiento errático y metástasis hasta por el líquido cefalorraquídeo al resto del neuroeje. Por eso cuando se lo irradia aunque el tumor asiente en un hemisferio cerebral se irradia también el raquis” (fs. 739 vta., repuesta a pregunta 15).

iii) La lectura de la historia clínica del HIEMI obtenida en la diligencia preliminar (DP) y agregada a fs. 125-520 de este expediente, demuestra además que una vez que la mamá decidió consultar con el hospital Sor María Ludovica, cada requerimiento o pedido de informes o

estudios adicionales que los médicos de esa institución efectuaron, fue respondido en forma inmediata desde el hospital marplatense.

Ya hice referencia a la nota de fs. 289, que obra al pie del informe anatomopatológico del tejido extraído en la cirugía practicada por el Dr. Cagnaz el 14.9.1999, y del informe de fs. 108 (que no fuera desconocido por la actora, ver fs. 561 vta., art. 356 del CPCC), surge que consultaron al Dr. Drut el 9.10.1999, quien confirmó el diagnóstico de tumor neuro ectodérmico primitivo de hemisferio cerebral.

A fs. 94 del expediente de diligencia preliminar se encuentra una nota fechada el 21.12.1999, firmada por el Jefe de la Unidad de Internación de Oncología Pediátrica del hospital platense, en el que requiere se le envíen todos los antecedentes de la operación, de la secuela de hemiplejía facio-braquio-crural producida el 26.10.99 (el perito la atribuyó “seguramente” a la invasión tumoral a fs. 738, respuesta a pregunta 11 de la actora, y lo explicó a fs. 758 vta. y 759, si bien en La Plata no encontraron células tumorales luego de la operación, el tumor existía y continuó su crecimiento dada su alta malignidad), y un pedido actual de RMN para evaluar la conducta a seguir.

La RMN es la que se encuentra agregada a fs. 710, de fecha 27.12.1999, y en el informe de fs. 108 se hace referencia a ella como la “solicitada para Dic 1999”, y a la que llevaron los padres de “oct 1999” que es la de fs. 709.

A fs. 393 del expediente de diligencia preliminar, hay otra nota de fecha 3.5.2001, firmada por el Dr. Pollono, jefe de sala de oncología pediátrica en La Plata. A esa fecha el médico indicaba que “evidentemente el cuadro clínico y la RMN (se refiere a la obrante a fs. 403-404 DP, que indicaba focos metastásicos), podrían sustentar por sí solos el diagnóstico de recidiva tumoral”, no obstante lo cual solicitó “una PL y estudio citológico del líquido que de ser positivo confirmaría la presunción”, y que les enviaran los preparados para que el citopatólogo de La Plata lo diagnosticara. Indicó no obstante, que “cualquier cosa que se haga sería paliativa no justificando la administración de citostáticos endovenosos” (a fs. 350 vta. de la HC se encuentra la anotación de fecha 23.4.2001, que en el aspecto oncológico indica que la madre va a realizar una interconsulta con el Dr. Pollono en La Plata).

A fs. 335 se encuentra el estudio realizado el 5.5.2001, del que surge que el líquido cefalorraquídeo era positivo para células neoplásicas, indicando “infiltración del tumor neuroectodérmico primitivo”; a fs. 357 vta., con fecha 4.5.2001 está asentado en la HC la nota del Dr. Pollono, “sale para cultivo a La Plata” (el estudio histopatológico está agregado a fs. 38 de este expediente).

Con fecha 8.8.2000 se le había practicado una TAC de cerebro, con hallazgos que “corresponderían a proceso expansivo ya conocido” (fs. 401 DP), y en el informe del hospital platense de fs. 111, se indica que tuvo una consulta externa con fecha 1.11.2000, que había llevado una TAC de Mar del Plata de fecha 5.10.2000, con reactivación tumoral, con aumento de zonas con contraste positivo. “Debido a lo anterior se considera en enfermedad progresiva y se suspende tratamiento con quimioterapia. De acuerdo a las imágenes no es quirúrgico y ya agotó la instancia con radioterapia” (la cursiva me pertenece).

iv) En cuanto al incumplimiento del deber de información que se le imputa al hospital demandado, tampoco ha sido tal.

La información es una necesidad insoslayable de la contratación actual, y puede importar el objeto de una verdadera obligación. “Ello ocurre cuando se particulariza de tal manera que pasa a ser un deber calificado o primario de conducta, objeto de una relación jurídica obligatoria. Por ejemplo, en el caso de la obligación de informar del proveedor en la relación de consumo, *o en la que está a cargo del médico frente al paciente*” (Vallespinos Carlos Gustavo, Ossola Federico Alejandro, “La obligación de informar en los contratos. Consentimiento informado. Derechos del consumidor”, ed. Hammurabi, Bs. As. 2010, pág. 192; quienes señalan que las últimas reformas legislativas en torno a la actividad médica han emplazado a este deber jurídico como una verdadera obligación, en alusión al art. 2 inc. f) de la ley 26.529, pág. 204).

Los autores citados consideran que el deber de informar, por su naturaleza jurídica participa de la categoría de “obligación”, y que, correlativamente, en el polo activo de la relación, existe un *derecho subjetivo de crédito*, que en el caso de un paciente es calificado como un derecho fundamental (ob. cit., pág. 215).

La Suprema Corte provincial se ha pronunciado señalando que, “La falta de información y claridad en cuanto al diagnóstico, tratamiento, pronóstico, etc., de la enfermedad del paciente crea una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional (conf. causas C 82.684, “Abdelnur de Molina, sent. del 31-III-2004; C. 96.308, “González”, sent. del 30-IX-2009)” (SCBA, causa C. 121.010, “García Rodolfo Ricardo y otro c. Vasallo Gabriela y otros s. Daños y perjuicios”, sent. del 21-3-2018).

La historia clínica debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada, porque “es la documentación del deber de información que pesa sobre el médico” (Calvo Costa Carlos A., “Daños ocasionados por la prestación médico- asistencial”, ed. Hammurabi, Bs. As. 2007, pág. 227; art. 175 del Código de Ética Médica de la Asociación Médica Argentina (AMA), que ordena detallar en la HC la información que se le va suministrando al paciente y sus familiares, así como la respuesta que va teniendo frente al tratamiento médico o quirúrgico, citado por Toscano Silvia Susana, en Calvo Costa, ob. cit., pág. 253 y sgtes.; ver definición del art. 12 de la ley 26.529; Pizarro Ramón Daniel y Vallespinos Carlos Gustavo, “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, ed. Hammurabi, Bs. As. 2012, Tomo 5, pág. 365 y sgtes.).

Su confección incompleta constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional (Vázquez Ferreira Roberto, “La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica”, en LL-1996-B-807; Andorno Luis, “Responsabilidad civil médica. Deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales. Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos”, en JA-1990-II-76; CSJN, F.120, Recurso de Hecho. “Pla Silvio Roberto y otros c. Clínica Bazterrica y otros”, sent. del 4-9-2001; CN Civ. y Com. San Nicolás, sent. del 23-4-94, en JA-del 15-3-1995).

En el fallo citado (causa 121.010), la SCBA -con referencia al libro de guardia-, dice que los datos vertidos en él -al igual que en la historia clínica, aun cuando se interprete que no revisten idéntica naturaleza- “resultan esenciales a la hora de evaluar la conducta llevada a cabo por el médico, para demostrar su actuar diligente”.

iv-a) La lectura de la profusa HC aportada por el HIEMI, me permite considerar que ese deber jurídico fue cumplido.

A fs. 147 del expediente de diligencia preliminar, con fecha 14.9.1999, luego de la interconsulta con neurocirugía, el Dr. Cagnaz ante el estudio de fecha 24.8.1999 (fs. 195 DP), que indicaba un marcado aumento de la imagen descripta en el estudio anterior de fecha 26.7.1999, y habiendo recibido el resultado negativo del Instituto Malbrán para neurocisticercosis el día anterior (fs. 112 vta. DP), anota que dada la progresión del cuadro rápida y los signos de hipertensión endocraneana más actuales, “mi consejo es que se opere lo antes posible. *Para lo cual hago llamar a la madre (ya que el niño está acompañado por hermana menor)*, y solicito sangre para transfusión” (a fs. 136 en el parte quirúrgico, indicó que el procedimiento fue bien tolerado, “no se transfunde”).

Anotó que “el área de la lesión es un área sumamente elocuente, sobre todo para el lenguaje, *se le explica esto a la madre y al padrastro, y que corre riesgo la vida del niño por lo cual la necesidad de cirugía rápida, manifestando ellos comprender y aceptando el plan propuesto*”.

A fs. 179-180 (DP) se encuentra el acta de consentimiento informado para “neurocirugía”, firmado por la Sra. Gómez, en la que se le indica que de acuerdo a los estudios previos (TAC de cráneo simple e IC con neurocirugía), se determina un diagnóstico de tumor cerebral (astrocitoma?), y que la cirugía es el tratamiento adecuado pero que podría provocarle trastornos motrices y del habla.

A fs. 128-129 (DP), está agregado el consentimiento para comenzar a practicarle radioterapia cerebral, de fecha 12.10.1999, firmado nuevamente por la mamá, en el que se le informa que en base a los estudios practicados (TAC Resonancia magnética nuclear, biopsia y estudios de laboratorio), el diagnóstico es Tumor cerebral- Astrocitoma IV, que su estado es delicado, que el tratamiento podrá provocarle “neuropatías, parálisis, paresias, edema cerebral y convulsiones”, pero que de no someterse a ningún tratamiento podía padecer “S. convulsiva, invasión tumor, hemorragias cerebrales”.

Por lo demás, y ya en el año 2001, cuando la reactivación tumoral había sido confirmada, existen constancias de que se habló con la mamá sobre el “estado actual del niño y se plantea la posibilidad de terapias paliativas” (fs. 346 DP, 11.4.2001), de que se efectuó un pedido de atención psicológica para ella, y que de no hallarla se la citaba para el día 23.4 a las 11.50 horas (fs. 348 vta DP, 20.4.2001), y que cuando su hijo estuvo en condiciones de egreso hospitalario en el mes de mayo, se “espera hablar con la madre” (fs. 357 DP, 3.5.2001).

En ese momento tuvo una entrevista con la psicóloga, a la que le manifestó sentirse mejor anímicamente porque Gustavo se encontraba mejor, y le mencionó la posibilidad de alquilar alguna casa más confortable para que compartiera su vida con sus hermanos, o en su defecto, arreglar la propia para brindarle lo mejor y los más confortable posible (fs. 358 DP, 4.5.2001).

Con posterioridad, hay anotaciones de los informes que le iban dando sobre la “alta probabilidad de óbito” (fs. 262 DP, 25.5.01), la “gravedad del cuadro clínico” (fs. 263 DP, mismo día a las 17 horas), la “gravedad del niño con probabilidad de óbito... (sigue una palabra ilegible, fs. 266 vta., 30.5.2001), el “cuadro grave” (fs. 267, 31.5.2001 y fs. 273, 15.6.2001).

En la entrevista del día 20.6.2001, la misma psicóloga anotó que le refería un gran agotamiento psíquico por la larga agonía de su hijo. “Precisa que no sufre, pero no resulta de

consuelo, no encontrando resignación por momentos”, y que encontraba cierta compensación en el buen desempeño escolar de sus hijos. Allí se le volvió a ofrecer entrevistas al resto de sus hijos por si lo requiriesen (fs. 273 vta., DP).

El análisis realizado revela, a mi modo de ver, que en el ámbito del HIEMI, la mentada falta de información no fue tal.

La supuesta “tardanza” en establecer un diagnóstico, que para la mamá le quitó tiempo de vida a su hijo, ha quedado desvirtuada por las afirmaciones del perito sobre las consecuencias de operar una zona “elocuente” del cerebro, con un posible diagnóstico de parasitosis; una vez descartado, se lo intervino inmediatamente (al otro día), y se siguió el tratamiento que el experto calificó como aconsejado para el caso: cirugía-radioterapia-quimioterapia, ésta última según la edad del paciente.

Hay actas de consentimiento informado con precisiones para la cirugía y la radioterapia.

Los médicos del hospital de La Plata, coincidieron con el diagnóstico de los profesionales marplatenses, y le aplicaron quimioterapia entre el 27.1.2000, hasta el 1.11.2000 en que decidieron suspenderla por lo progresivo de la enfermedad.

A partir de ese momento, las internaciones fueron en el HIEMI hasta el día del fallecimiento, con las informaciones a la mamá que se asentaron en la historia clínica, que incluyeron la asistencia de una profesional de la psicología a la Sra. Gómez.

En virtud de las consideraciones expuestas propondré que se confirme el rechazo de la demanda contra el Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil.

III.2: Distinta es la situación del Hospital de Niños de La Plata en cuanto al contagio de hepatitis B sufrido por Gustavo Martínez, y la incidencia causal que ese contagio tuvo sobre el daño moral sufrido por los padres.

El fundamento del *a quo* para rechazar la acción en este caso, fue: “siendo que la demanda se dirige a los hospitales en cuanto a la relación de éstos con el galeno Dr. Aldinio y que ninguna intervención le cupo a éste en las transfusiones realizadas, las que conforme denuncia la actora y no controvierten las partes se realizaron en el hospital “Sor Ludovica”, no corresponde imputarle responsabilidad alguna al respecto” (fs. 931 vta., segundo párrafo).

No comparto ese argumento, porque si bien una primera lectura del emplazamiento me llevaría a coincidir con lo resuelto (ver fs. 42 vta., punto III, “Legitimación pasiva”, se demandó a los hospitales “ya que existiendo entre el establecimiento asistencial y el médico de “un contrato a favor del enfermo, surge de este doble juego de relaciones entre el galeno y el ente responsabilidad directa y de carácter contractual”), a medida que se avanza en el relato de los hechos – reitero que defectuoso, sin discriminar los distintos ámbitos de actuación-, se advierte una directa imputación al hospital platense como institución, independiente de cualquier actuación médica en particular.

Así a fs. 46, se lee. *“La inobservancia de precaución llevaron a que en el Hospital Sor Ludovica, el niño Gustavo contrajera hepatitis B en una de las tantas transfusiones que se le efectuaban, ello por no haberse efectuado las pruebas serológicas correspondientes ni arbitrar los tratamientos que el estado del niño requería, habiéndosele efectuado quimioterapia padeciendo hepatitis B”* (primer párrafo).

A continuación, los actores se detuvieron en el extravío de la historia clínica por parte de ese hospital, sosteniendo que debía ser valorado como una presunción en contra, dada la importancia probatoria que reviste, porque en ella *“se vuelcan las distintas secuencias médicas del paciente, documentando cada una de las prácticas a las que se lo somete”*. Argumentaron que el *establecimiento* era responsable por su confección, custodia, conservación y denuncia de pérdida, y que *“al no hacerse cargo de tales extremos, mostró nuevamente su actuar negligente* (fs. 46 último párrafo y 46 vta.).

Estas dos imputaciones –contagio de hepatitis y extravío de la HC- son independientes respecto a las que se formulan contra el HIEMI.

Por otra parte, al desarrollar la responsabilidad de los demandados (fs. 47, punto vi), aludieron a la de *“los hospitales que se demandan”*, diciendo que tienen una responsabilidad directa porque el compromiso asistencial que asumen *“lleva implícito una obligación tácita de seguridad”* (fs. 48, cuarto párrafo), que determina que la *entidad* sea responsable de que el servicio médico se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencias en la prestación prometida (fs. 48, quinto párrafo).

En ese contexto, considero que corresponde revisar lo decidido en la instancia anterior, y examinar si el hospital público platense incurrió en incumplimientos – por acción u omisión- que comprometen la responsabilidad objetiva y directa del estado provincial al que pertenece (art. 1112 del CC ley 340; CSJN, *“Vadell”*, Fallos: 306:2030; 318:1800; 320:266; 1999:2539; 300:2036; Reiriz María Graciela, *“Responsabilidad del estado”* en *“El derecho administrativo hoy”*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As. 1996, pág. 226; arg. art. 1 de la ley 26.944).

i) El perito indicó que las formas de contagio de la hepatitis B son: contacto sexual, compartir agujas de inyección con pacientes infectados, cepillos de dientes contaminados, leche materna de madre portadora y transfusiones de sangre (fs. 738, respuesta a punto 7 de la parte actora).

En el informe agregado por el hospital de La Plata, que, reitero, no fue desconocido, se indicó que el 30.6.2000 se le transfundieron plaquetas porque tenía plaquetopenia, reingresando por la misma causa el 7.7.2000 (fs. 110); quedó nuevamente internado por esa causa el 5.9.2000.

A la consulta de los días 9 y 11.12.2000, concurrió, según se indica, con un análisis positivo para hepatitis B.

En la HC del HIEMI, agregada a este expediente, con fecha 30.11.2000, a fs. 143 vta. se lee: *“se diagnostica hepatitis hace aproximadamente 15 días en hosp. de niños de La Plata”*, y los exámenes de laboratorio de fecha 1.12.2000 que arrojaron resultados positivos se encuentran agregados a fs. 169-170, por lo que con fecha 12.12.2000 se ordenó una interconsulta con infectología porque el paciente tenía una hepatitis B aguda (fs. 167).

Los actores en la demanda afirmaron que se le había aplicado quimioterapia a su hijo teniendo hepatitis B (fs. 46 primer párrafo), y al apelar, que esa enfermedad “suspendió la continuidad del tratamiento que se estaba llevando a cabo hasta ese momento”.

Ninguna de esas afirmaciones coincide con la cronología del informe presentado por el hospital de La Plata. El último ingreso para el 10 ° tratamiento de quimioterapia se produjo el 9.10.2000, con alta el 11.10.2000, y luego de la consulta del 1.11.2000 se decidió suspender el tratamiento, porque como señalé, advirtieron que había reactivación tumoral y se lo consideró en “enfermedad progresiva” (fs. 111).

Si nos atenemos a las constancias de la HC del HIEMI del 30.11.2000, 15 días antes nos retrotraen al 15.11.2000, por lo que queda descartado que se le haya aplicado quimioterapia teniendo hepatitis –o por lo menos conociendo que tenía el virus-, y demostrado que la suspensión del tratamiento fue anterior a ese descubrimiento y obedeció a una causa distinta.

ii) Sin embargo, no puedo por ello restar trascendencia al contagio producido en el ámbito del hospital platense, porque además del notorio incumplimiento del deber jurídico de acompañar la historia clínica del paciente (fs. 438 DP; fs. 525 vta., contestación de demanda de la Fiscalía de Estado), encuentro imprecisiones injustificadas en los informes agregados, tendientes a demostrar que la sangre transfundida estaba libre de infecciones.

En el informe que obra a fs. 106-111, se consigna como n° de HC el **214.471**, mientras que en el expediente de diligencias preliminares se indica que la HC n°**214.754** “no está en nuestro poder” (fs. 438 DP).

Allí se reitera que “debido a la ausencia de Historia Clínica se obtienen datos de los servicios de Oncología (control de pacientes externos e internados) , registros de medicación indicada solicitada a Banco de Drogas, e informes de Anatomía Patológica” (fs. 106).

Las transfusiones que recibió por causa de la plaquetopenia que padecía fueron tres: el 30.6.2000, el 7.7.2000 (fs. 110), y el 5.9.2000 (fs. 111).

En la nota dirigida al Servicio de Hematología y Hemoterapia de fs. 113, se solicitó que informaran las transfusiones efectuadas al paciente con HC n°214.754, en esas tres fechas, indicando los componentes transfundidos (plaquetas en todos los casos) y el n° de donante.

El Servicio requerido giró el pedido a su Sala de Laboratorio Bioquímico, que produjo el informe a fs. 115.

Allí se indica que “**cinco de los nueve donantes de los que el paciente recibió transfusiones**” registran donaciones posteriores al hecho y “*hasta la fecha* con resultados no reactivos en todos los estudios realizados”.

En la nota de fs. 113, los donantes son cuatro, n°13.756, 13.665 (el 30.6.2000), n°14.195 (el 7.7.2000) y n°18.662 (el 5.9.2000), que coinciden con lo informado a fs. 106-

Hay cinco donantes que no coinciden con los indicados a fs. 113, y tampoco coincide la cantidad de transfusiones practicadas según el informe del laboratorio, y el producido por el propio hospital –**ante la ausencia de historia clínica**–, coincidente con los datos de aquella nota.

La falta de historia clínica nos impide conocer con precisión qué es lo que efectivamente ocurrió, cuántas transfusiones se le efectuaron, cuál es el número correcto de la HC de Gustavo Martínez, y si los datos aportados por el laboratorio a fs. 115-116, se corresponden con ella o no.

Por lo expuesto, **los dos hechos comprobados son el contagio y que recibió transfusiones en el hospital de La Plata**; como bien señaló el *a quo* no hubo controversia entre las partes al respecto (fs. 931 vta.).

iii) La apelante solicitó que se le reconociera el daño moral que el contagio de hepatitis a su hijo le provocó.

Matilde Zavala de González (ob. cit., pág. 30 y sgtes.), enseña que “el daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos” y que determinar su sustancia “exige atender a las *consecuencias y repercusiones* de la lesión, no al bien jurídico lesionado y ni siquiera al interés vinculado a su preservación”. No siempre surge un perjuicio resarcible a pesar de la causación de determinadas lesiones (Zavala de González Matilde, “Resarcimiento de daños”, ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, Tomo 2-a, pág. 30, 58 y sgtes.).

La lesión de un interés jurídicamente protegido es siempre axiológicamente disvaliosa para el derecho, pero la configuración del daño resarcible, señala, requiere la confrontación con otra perspectiva axiológica, la que examina el *resultado* de la lesión, y que puede ser económica o espiritual: hay daño patrimonial si el resultado es antieconómico y daño moral si es antiespiritual. “*La afección anímica o la minoración económica no son consecuencias del daño, sino el daño mismo*” (ob. cit., pág. 32).

Considero que la hepatitis B lesionó al paciente ya gravemente enfermo por otro mal, y produjo un daño a sus padres, damnificados indirectos por la lesión producida al hijo (Zannoni Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, ed. Astrea, Bs. As. 2005, pág. 54, apartado b; art. 1079 del CC ley 340).

El autor, señala que “es posible hablar de damnificado indirecto siempre que por causa de un evento dañoso, quien no fue su víctima inmediata –directa- experimente, no obstante, un daño propio en razón de su vinculación o relación con la víctima inmediata. *Esta vinculación o relación constituye una situación jurídica objetiva que conecta el evento dañoso con el perjuicio que experimenta el damnificado indirecto. Viene a constituir, ni más ni menos, un “acontecimiento distinto” (a los términos del art. 901 Cód. Civil) que incide en la relación de causalidad “inmediata y necesaria” entre el evento dañoso y el perjuicio*” (ob. cit., pág. 232).

iv) La pericia psicológica producida a fs. 716-718 y las explicaciones brindadas a fs. 733, son elocuentes en cuanto al cuadro de duelo patológico de la Sra. Gómez

“equiparable a los desarrollos reactivos con sintomatología depresiva por la dificultad de elaboración de la pérdida del su hijo en circunstancias que son vivenciadas como traumáticas e inesperables” (fs. 718).

No caben dudas del daño moral que la muerte del hijo produjo en los actores, pero no puede soslayarse que esa muerte se produjo por la naturaleza del tumor cerebral que padecía.

Por ello, **no se trata aquí de indemnizar por la muerte de Gustavo, porque en ese resultado dañoso ninguna responsabilidad le cupo al hospital de La Plata.**

Se trata de establecer en qué medida el hecho de que el hijo se contagiara de hepatitis B **agravó o contribuyó a agravar** el daño moral de los padres.

Que la muerte del hijo sea la causa directa de ese daño, no me impide advertir que **se vio aumentado o agravado por un hecho del deudor que se podía y se debía evitar: que un paciente del hospital fuera contagiado con hepatitis B.**

Si a ello agrego que ese paciente era un niño gravemente enfermo e inmunodeprimido, puedo concluir que la prestación del servicio en este aspecto ha sido claramente defectuosa, y compromete la responsabilidad del estado.

El hospital como institución tiene el deber de omitir toda conducta “agravadora” por acción u omisión, y de asumir un accionar activo y diligente, realizando lo necesario para evitar o aminorar hasta donde resulte posible el perjuicio.

Al respecto Lorenzetti señala que pesa sobre la clínica, estatal o privada, que celebre contratos onerosos o gratuitos, una obligación de seguridad o garantía, accesoria de la obligación principal de asistencia, que **“resulta irrefragable”** (Lorenzetti Ricardo Luis, “Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales”, en “Derecho de Daños”, ed. La Rocca, Bs As. 1989, pág. 531).

El débito de la clínica, continúa el autor, no se agota con la disposición de los medios sino *con la prestación adecuada del servicio*, y sostiene que la clínica es obligado *directo* por la totalidad del servicio, destacando que para que se produzca la imputación, a veces será necesario acreditar la culpa del médico, pero en otros supuestos “podrá provenir del hecho de otros dependientes, de las cosas, deberes de seguridad, etcétera” (ob. cit., pág. 532).

En la doctrina argentina se ha discutido la aplicación de la creación de una fuente de riesgo como elemento de prueba del nexo causal.

Lorenzetti cita a Viney, quien señala que se considera probado el nexo causal cuando el daño fue precedido por la creación de un riesgo injustificado o por la producción culposa de peligro (Viney Genevieve, “Les obligations. La responsabilité: conditions”, en Ghestin Jacques, “Traité de Droit Civil”, ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence”, París, 1982, pág. 433), indicando que más que una teoría causal, es una regla probatoria acerca de la causa.

La creación de una fuente de riesgo, sostiene, “es considerada una infracción “abstracta”, un apartamiento del esquema de diligencia exigible en general, con lo cual se lo separa del juicio de la culpa, que examina la diligencia concreta” (Lorenzetti Ricardo L., “Responsabilidad civil de los médicos”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2016, Tomo II, pág. 220; en alusión a la crítica de Bueres, quien afirma que la tesis importa una confusión entre causalidad y culpabilidad).

Vázquez Ferreyra señala que la aplicación de la teoría por sí sola, sin otros datos reveladores que demuestren la conexión de un hecho con un cierto resultado dañoso, sería inaceptable, pero si en un caso concreto se demuestran ciertas negligencias abstractas – “por sí solas no causales o no suficientes para probar la relación causal (vgr. historia clínica mal llevada, quirófano con falta de asepsia, instrumentos médicos insuficientemente esterilizados, ausencia del médico de guardia, demora en la atención, ausencia de estudios complementarios, etc.)- que generan un riesgo de dañosidad, estas circunstancias –debidamente probadas por el demandante- pueden contribuir de manera coadyuvante o corroborante de otros elementos probatorios, a efectos de tener por probada la relación causal” (Vázquez Ferreyra Roberto, “La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil. Hacia un alivio en la carga probatoria”, en LL-1996-D-988, cita on line AR/DOC/7229/2001).

Es la teoría que se tuvo en cuenta en la causa “Turón Claudia c. Municipalidad de Buenos Aires” (CNCiv. Sala D, sent. del 29.2.1996, en JA-1996-IV-386), en la que el Dr. Bueres en su voto, sostuvo que la prueba de la relación causal en su fase primaria corresponde al pretensor, pero que “esto no es indefectible cuando se causan o transmiten enfermedades”.

Si bien en el caso se trataba de probar que la víctima se había contagiado la enfermedad en el trabajo, estimo que algunas de sus consideraciones pueden aplicarse a este expediente, en el que quien sufrió el menoscabo fue el enfermo que murió por otra causa, pero quienes reclaman el daño moral son sus padres: “... cuando no se puede conocer a ciencia cierta cuál fue estrictamente la causa del daño, *ello no será obstáculo para que los magistrados, a tenor de los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso, puedan dar por cierta la existencia de relación causal, ya que por ser en extremo dificultosa la demostración de ella, toca aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias. Se ha dicho, en tal sentido, que no es cuestión de deducir sic et simpliciter la causalidad sin una aportación de pruebas, pero el rigor sobre el particular debe mitigarse, al objeto de que quien ocasiona o transmite enfermedades no diluya su responsabilidad – y de que por ello tal deber de dar satisfacción se torne ilusorio. De ahí que cuando las reglas de la experiencia indiquen que un hecho debió ser causa del daño, según el buen sentido del juzgador, la relación de causa a efecto se dará por cierta*” (cursiva y resaltado son propios).

En su comentario al fallo, Roberto Vázquez Ferreyra señala que cuando el daño fue precedido por la creación de un riesgo injustificado, no existe inconveniente para que con carácter residual o corroborante pueda ser utilizado para contribuir en equidad a tener por conformado el presupuesto de la responsabilidad civil. “Por cierto, que si unas infracciones abstractas al esquema de diligencia exigible generan un peligro (o riesgo) injustificado, es razonable captar tales circunstancias en el cúmulo probatorio, con miras a flexibilizar la apreciación de una prueba que suele ser tortuosa” (“La prueba...”, ob. cit., con cita en nota 24 del fallo “Turón”).

Concluye afirmando que “... puede tenerse en cuenta la prueba de diversas negligencias abstractas –no conectadas cierta y directamente con un resultado lesivo en particular- las que

valoradas por los jueces –con la prudencia del caso- pueden llevar a la convicción de la existencia de la relación causal”.

v) Las consideraciones efectuadas me llevan a la conclusión de que el hecho comprobado del contagio de hepatitis B tuvo un aporte causal parcial que agravó el daño moral de los padres.

La hepatitis B es una enfermedad potencialmente mortal (OMS, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hepatitis-b>), en diciembre de 2000 estaba en una etapa aguda para el paciente (ver HC del HIEMI fs. 167), y su contagio, en circunstancias que no han podido establecerse por las irregularidades apuntadas, era un **riesgo injustificado** para Gustavo Martínez, independientemente de su patología.

Tiene la entidad suficiente, por sus peligros y derivaciones, como para que los padres hayan sufrido una agravación adicional del daño, perforando –si cabe- el umbral de dolor que venían padeciendo (declaraciones de testigos Rodríguez a fs. 662 vta. y Roldán a fs. 663 vta., respuestas a preguntas 18 y sgtes.).

Se enteraron del contagio en noviembre del año 2000, en un momento en que la muerte de Gustavo no era inminente, a pesar de haberle detectado ya la reactivación tumoral. Falleció el 21.6.2001, por lo que razonablemente pueden valorarse los temores y el sufrimiento que durante seis meses la presencia de la enfermedad adicional, injustamente contraída, puede haberles causado, más allá de que no se haya demostrado concretamente la suspensión de la quimioterapia alegada en esta instancia (art. 375 del CPCC).

vi) Para establecer la extensión de la responsabilidad del hospital de la Plata **por su aporte causal parcial** en el daño moral de los padres, tengo en cuenta que el reclamo de ambos fue de \$ 150.000 en el año 2004 (fs. 50), “sin perjuicio del mejor criterio de V.S.”, pero que la pericia psicológica sólo le fue realizada a la madre, por lo que únicamente respecto a ella puedo evaluar la incidencia de su estado psíquico en el daño extrapatrimonial reclamado.

Hablo de daño extrapatrimonial, porque en la demanda el daño psíquico, que sólo se pidió para la Sra. Gómez, no incluyó el costo de un tratamiento psicológico, sobre cuya necesidad tampoco se indagó a la perito (art. 458 del CPCC; fs. 50 y 50 vta.).

También computo que el relato efectuado en el escrito de inicio da cuenta del “largo peregrinaje” de la madre desde que el hijo se enfermó hasta su deceso (fs. 49 vta.), y que los testigos coinciden en que fue ella quien se ocupaba de él “descuidando a los otros hijos” y a su hogar (Rodríguez a fs. 662 vta., respuesta a pregunta 15), y relatan el estado de decaimiento que tenía, “venía a mi casa para desahogarse” (Roldán a fs. 663 vta., respuesta a pregunta 13 y sgtes.).

Valoro, como pauta interpretativa, las directivas del art. 1741 del CCCN, en cuanto a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que la suma indemnizatoria debe procurar, pero, fundamentalmente, lo que Matilde Zavala de González califica como la “significación compensadora *emocional* que para las víctimas representan las condenas mismas”, abstrayendo su papel

instrumental hacia destinos onerosos (Zavala de González Matilde, “Resarcimiento de daños”, ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, Tomo 5.a, “Cuanto por daño moral”, pág. 68).

“Cuando invocan sus daños existenciales -señala la autora cordobesa- persiguen provocar alguna reacción jurídica ante esos males; con legítimo afán de que *no transiten desapercibidos* sino que por el contrario, sean reconocidos. Aunque no puedan revertirse, procuran que sean objeto de examen atento y cuidadoso por los jueces y susciten una respuesta indemnizatoria a cargo del obligado... La necesidad de que el responsable asuma su deuda, sea espontánea o compulsivamente, se intensifica frente al fallecimiento de seres queridos, a raíz de una suerte de compromiso con quien se fue: que su muerte no pase en vano, lo cual desemboca en una reclamación con trasfondo ético y que procura eco social” (ob. cit., pág. 69).

Teniendo en cuenta que en la demanda, se reclamó para la madre una suma mayor, comprensiva del denominado daño psíquico por ella sufrido, propondré al acuerdo que se condene al Hospital Interzonal de Agudos Especializado en Pediatría “Sup. Sor María Ludovica” de La Plata (Provincia de Buenos Aires), a abonar la suma de pesos sesenta mil (\$ 60.000) a la Sra. Claudia Beatriz Gómez y de pesos cincuenta mil (\$ 50.000) al Sr. Jorge Luis Martínez.

A las sumas de condena deberán adicionarse intereses desde el 11 de diciembre de 2000, fecha en que el Hospital de La Plata registró el control con el resultado positivo para hepatitis B (fs. 111) y hasta el momento del efectivo pago, liquidados a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, causa C. 119.176, “Cabrera Pablo David c. Ferrari Adrián s. Daños y perjuicios”, sent. del 15.6.2016).

VOTO POR LA NEGATIVA

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Corresponde: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, y modificar la sentencia, condenando al Hospital de Niños Sor María Ludovica de la ciudad de LA Plata –Provincia de Buenos Aires, a abonar en concepto de daño moral a la Sra. Claudia Beatriz Gómez la suma de pesos sesenta mil (\$ 60.000) y la de pesos cincuenta mil (\$ 50.000) al Sr. Jorge Luis Martínez. II) Los intereses deberán ser liquidados desde el 11.12.2000 hasta el efectivo pago, a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires. III) Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida (arts. 68 y 274 del CPCC). IV) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967.

ASÍ LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA

Por los fundamentos dados en el acuerdo que antecede se dicta la siguiente sentencia: **I)** Se hace lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, y se modifica la sentencia, condenando al Hospital de Niños Sor María Ludovica de la ciudad de LA Plata a abonar en concepto de daño moral a la Sra. Claudia Beatriz Gómez la suma de pesos sesenta mil (\$ 60.000) y la de pesos cincuenta mil (\$ 50.000) al Sr. Jorge Luis Martínez. **II)** Los intereses deberán ser liquidados desde el 11.12.2000 hasta el efectivo pago, a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires. **III)** Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida (arts. 68 y 274 del CPCC). **IV)** Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPCC). Devuélvase.

Roberto J. Loustaunau Ricardo D. Monterisi

Alexis A. Ferrairone

Secretario

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^