



### Cámara de Apelaciones - Sala I

En la Ciudad de Buenos Aires, a los *13* días del mes de mayo de dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo el Señor Juez y las Señoras Juezas de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para conocer en los recursos de apelación interpuestos por la actora a fs. 1046 y por los codemandados a fs. 1047, 1050 y 1055, contra la sentencia de fs. 1027/1041 dictada en los autos caratulados: **"D'ALEO JUANA c/ GCBA s/ RESPONSABILIDAD MÉDICA"**, Expte. EXP 17922/0 y habiéndose practicado el sorteo pertinente resulta que debe observarse el siguiente orden: Carlos F. Balbín, Mariana Díaz y Fabiana H. Schafrik de Nuñez.

El juez Carlos F. Balbín dijo:

I. A fs. 1/9 vta. se presentó la Sra. Juana D'Aleo promoviendo demanda contra el Hospital de Agudos "Enrique Tornú", la Secretaría de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y los médicos Marcela Tommasi, Gastón Adrián Poirier, Daniel A. Battistoti, Roberto Villaroel, Ana María Molina, Mario Dascal, Alicia Leonor Calderón, Alberto de Michelli, Marcelo Santoianni, Carlos Cappeletti, Cristina Montero, Roxana Resna, Daniel Samolski, Lorena Lenge, Inés Frías, Adriana G. López, Eduardo Benedetto, Carlos de la Vega y "todo aquel que resulte responsable por los daños causados".

Señaló que el 30/01/1998 fue intervenida quirúrgicamente en el mencionado hospital luego de que se cayera y fracturara la cadera. Relata que debido a la aparición de una febrícula y un dolor e impotencia funcional del miembro operado debió ser hospitalizada nuevamente el 14/10/1998 al advertir los médicos que se había producido una infección en la prótesis colocada en la primera internación, la cual -según alega- fue contraída en el quirófano.

Debido a tal motivo, los profesionales decidieron suministrarle por el término de 90 días una serie de fuertes antibióticos ototóxicos y neurotóxicos

que produjeron, según narra, su sordera definitiva y daño renal –evidenciado en vómitos y náuseas reiteradas–.

Alegó que el citado nosocomio no cumplió con los requisitos esenciales de higiene y salubridad exigidos por el propio GCBA y que el suministro prolongado de las drogas citadas le generó consecuencias claramente dañinas.

A su vez, manifiesta que en la actualidad –y desde la intervención hospitalaria– sufre de hipoacusia severa bilateral (sordera total), posee una extremidad inferior acortada (renguera) y padece de insuficiencia renal. Asimismo, destaca que a pesar de haberse removido la prótesis oportunamente colocada existe una infección de hueso (osteomielitis) que puede llevar a un resultado fatal o a la necesidad de amputarle el miembro a nivel de la articulación. Destaca que sus padecimientos actuales son producto de la referida operación.

**II.** A fs. 179/188 se presenta el GCBA y opone la excepción de prescripción y de falta de legitimación pasiva respecto del Hospital de Agudos Enrique Tornú y de la Secretaría de Salud. Las defensas fueron admitidas por la instancia de grado, pero luego esta Cámara revocó a fs. 541 el pronunciamiento respecto de la excepción de prescripción.

**III.** A fs. 190/219, 264/293, 317/346, 349/378, 404/408, 412/441 obran las contestaciones de demanda de los codemandados Molina, Arbuco, Villarroel Zecchini, Poirier y Rebechini a cuyos términos remito por razones de brevedad.

**IV.** A fs. 629/648 contesta demanda el GCBA. En lo sustancial, sostiene que las lesiones padecidas por la paciente fueron consecuencia de la fractura de cadera que fue reparada quirúrgicamente en debida forma y que, luego, presentó una complicación típica a este tipo de intervenciones (infección de la herida quirúrgica). Esta infección fue debidamente tratada con la antibioticoterapia que se indica para estos casos y lamentablemente produjo los efectos secundarios no esperados tales como la hipoacusia e insuficiencia



renal. Ello constituye un caso fortuito toda vez que los médicos no los pudieron prever y, aun previstos, no los pudieron evitar.

V. A fs. 222/241, 243/262, 295/314, 381/400, 443/462, 465/484 y 487/506 contestaron demanda respectivamente los codemandados Cappeletti, Calderón, Battistotti, Montero, Quadrini, Burgos y Celebrín, pero más adelante la actora desistió de la acción contra éstos (fs. 802).

VI. Luego la actora desistió de la acción entablada respecto de los codemandados Santoianni, Resna, Samolksi, Lenge, López, Benedetto, De la Vega, Tommasi y Susman.

VII. A fs. 709/713 Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A. contestó la citación en garantía ordenada a fs. 550 y requerida por los codemandados Molina, Arbucco, Rebechini, Cappeletti, Calderón, Battistotti, Montero, Quadrini y Celebrín.

VIII. A su vez, a fs. 747, 749 y 794 desistió de la acción respecto de los codemandados Dascal, Michelli y Rendón.

IX. A fs. 1027/1041 la jueza de grado dictó sentencia haciendo lugar a la demanda y condenando al GCBA a abonar la suma de \$ 130.000, con más los intereses calculados por aplicación de la tasa pasiva desde el momento de la intervención quirúrgica hasta el efectivo pago, a excepción del período comprendido entre el 06 de enero de 2002 y el 30 de septiembre del mismo año en el que debe aplicarse la tasa activa, con las costas del proceso principal. Asimismo, rechazó la demanda deducida contra los médicos Ana María Molina, Beatriz Silvia Arbucco, Roberto Claudio Villarroel Zecchini, Gastón Adrián Poirier, Ana María Frías y Armando Rebechini, con costas por su orden.

Para así decidir, la magistrada de la instancia de grado sostuvo que se verificaban en el caso los presupuestos de la responsabilidad del Estado, esto

es: la existencia de un daño (lesiones en miembros inferiores, sordera bilateral, daño psicológico y daño moral) antijurídico (la actora no tiene el deber de soportarlos), la relación causal entre la remoción de la prótesis y la reingresa, la existencia de concausas en la producción del daño que actualmente presenta en sus miembros inferiores (paraplejía), la relación causal entre el tratamiento antibiótico suministrado y la sordera bilateral permanente e irreversible y relación causal entre el tratamiento recibido en general y el daño psicológico y moral.

En cuanto a la producción de la infección en sí, entendió que el Estado debe responder por los daños ocasionados a causa de tal infección toda vez que incumplió la obligación de seguridad al no evitar que el paciente sufriese daños en la ejecución de la prestación principal de brindar asistencia médica, sea ésta considerada una obligación de resultado o de medios. En lo que respecta a la remoción de la prótesis, señaló que no está acreditado que no haya sido el procedimiento correcto ante la infección de la prótesis. Finalmente, consideró que existió un funcionamiento irregular del servicio de salud estatal por el deficiente control clínico de los efectos adversos de los antibióticos suministrados.

En el primer supuesto, el Estado no acreditó el cumplimiento de las normas de asepsia que le eran exigibles para minimizar el riesgo de que la actora contrajera una infección hospitalaria. En el segundo supuesto, el Estado no acreditó la fractura del nexo causal existente entre la infección hospitalaria y los daños.

Así las cosas, concluyó que resultan imputables al GCBA los daños producidos por la infección intrahospitalaria que determinó el retiro de la prótesis y la consecuente afectación de su cadera y miembros inferiores así como la necesidad de efectuar un prolongado tratamiento con fármacos que le trajo aparejada la pérdida de la audición y daños en el orden psicológico y moral.

X. A fs.1046 la parte actora apeló la sentencia expresando agravios a fs.1086/1088 vta. Se quejó sobre el *quantum* indemnizatorio de los rubros reconocidos y la tasa de interés aplicada. Con respecto al primer punto, argumentó que la *a quo* no tuvo en consideración la pérdida de chance de la



actora, así como tampoco el carácter socioeconómico de la misma. Asimismo, dijo que el monto otorgado es contrario a toda jurisprudencia sobre incapacidad física.

En segundo término, especificó que el uso de la tasa pasiva a efectos del cálculo del interés no reviste ninguna utilidad desde el punto de vista monetario por lo que solicita la aplicación de la tasa activa.

**XI.** A fs.1047 el codemandado GCBA apeló la sentencia y expresó a fs.1072/1085 los siguientes agravios: a) la infección contraída no derivó de una deficiencia médica sino que constituye un riesgo propio de la fractura sufrida; b) no existe nexo causal entre la infección contraída y la parálisis de los miembros inferiores, que además, no fue objeto de reclamo; c) no hay relación de causalidad entre la antibioticoterapia indicada por la infección protésica y la hipoacusia sufrida por la actora y, finalmente, d) los rubros indemnizatorios son improcedentes y sus montos elevados.

Así, solicitó que se revoque la sentencia, con costas.

**XII.** A fs. 1050 el codemandado Armando Rebechini apeló la sentencia de grado, sin realizar la correspondiente expresión de agravios. En consecuencia, a fs. 1092 este Tribunal declaró desierto este recurso.

**XIII.** A fs. 1055 los codemandados Ana María Molina, Beatriz Silvia Arbuco, Roberto VillaroelZecchini y Gastón Adrián Poirier apelaron la sentencia de grado y expresaron agravios a fs. 1068/1069 vta. Se quejaron en tanto la *a quo* impuso las costas por su orden.

A fs 1112/1113 vta., dictaminó la Sra. Fiscal de Cámara.

A fs. 1115 se elevaron los autos al Acuerdo de Sala.

A fs. 1116 este Tribunal requirió, como medida para mejor proveer, la intervención del Servicio de Medicina Legal a fin de que aclare y explique ciertas consideraciones del informe pericial obrante a fs. 800/831. A fs. 1127/1128 obra la pertinente respuesta.

XIV. Cabe recordar que, a fin de resolver las cuestiones sometidas a la consideración de la Alzada no es preciso que el Tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, bastando que lo haga respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo. Es decir, y tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos 278:271).

XV. En primer lugar, trataré los agravios de la codemandada GCBA toda vez que de prosperar el recurso, resultará innecesario resolver el recurso planteado por la parte actora.

Ahora bien, primero se analizará el agravio relativo a la ausencia de responsabilidad del GCBA por la infección que la actora contrajo en el hospital. Sobre el punto, el GCBA señaló que “ya sea que se pretenda atribuir una responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cierto es que “el peritaje ha sido contundente en cuanto a que esa infección no derivó de una deficiencia médica sino que constituye un riesgo propio de la fractura sufrida”. Además, afirmó que la carga de probar la supuesta falta de cumplimiento de las normas de asepsia por parte de la institución hospitalaria era de la actora y que aun aplicando la teoría de las cargas probatorias dinámicas, el fallo “no puede soslayar que la historia clínica acompañada por la demandada, dio cuenta acabadamente del debido cumplimiento de las normas de asepsia durante la intervención”.

Por otro lado, el apelante no controvierte el carácter intrahospitalario de la infección (más allá de eximirse de responsabilidad), ni tampoco desconoce los daños sufridos por la actora (acortamiento de miembro inferior izquierdo y parálisis de miembros inferiores). Sin embargo, considera que no existe relación causal entre la infección y los daños toda vez que, conforme surgiría del dictamen pericial médico, la infección es un riesgo propio de la fractura y se manifestó a pesar de haber cumplido con las normas de asepsia.



**XV.1.** La infección es un riesgo propio de la fractura sufrida (causas endógenas).

El argumento central del recurrente es que el riesgo propio de la fractura constituye un hecho ajeno a su actividad (prestación del servicio de salud) y que, por tanto, no debe responder por las consecuencias dañosas. Es decir que la infección no tiene origen en la internación hospitalaria o la intervención quirúrgica sino –según su criterio– en los riesgos propios de la fractura.

Corresponde aquí, entonces, recordar que la infección hospitalaria, infección intrahospitalaria, infección nosocomial, o en un sentido más amplio infección asociada al cuidado de la salud (IH - IACs), es "toda infección adquirida durante la internación y que no estuviese presente o incubándose al momento de la admisión del paciente [...]. En el caso de las heridas quirúrgicas la infección puede manifestarse luego del alta del paciente, hasta 30 días o un año dependiendo de la colocación o no de prótesis" (Dr. Lossa Guillermo, Ing. Laura Fernández; Ing. Roberto Giordano Lerena; Lic. María de los Ángeles Cabral; Ing. Carolina Díaz; P.U. Diego Arcidiácono; "Infecciones Hospitalarias. Una afección endemoepidémica grave de alcance mundial"; p. 2, Programa Nacional de Vigilancia de Infecciones Hospitalarias de Argentina (VIHDA), Mar del Plata, Enero 2010, información disponible online en el sitio: <http://www.vihda.gov.ar/Sitio%20VIHDAII/archivospublicaciones/INFECCIONES%20HOSPITALARIAS%20UNA%20ENDEMOEPIDEMIA%20DE%20ALCANCE%20MUNDIAL.pdf>).

A su vez, el riesgo de contraer una infección hospitalaria depende de "distintos factores, entre otros: 1. Endógenos: propios de cada persona y 2. Exógenos, a) atribuibles a la institución, por ejemplo, carencia de programa de prevención y control, insuficiente asignación de los recursos indispensables (humanos, físicos y financieros), fallas edilicias, ausencia de normas o incumplimiento de las mismas, fallas en la educación continua del personal, etc.; b) debidos a las prácticas que se realizan para recuperar la salud de los pacientes y/o salvarles la vida (Lossa Guillermo y demás autores ya mencionados; ob. cit., p. 2).

En particular, se ha dicho que son factores endógenos, entre otros, los siguientes: la portación de la infección por parte del paciente; la inexistencia de una antibiótico-terapia suficiente para el tratamiento de la infección cuando los gérmenes o las bacterias se han autoinmunizado y los factores de riesgo intrínsecos que aumentan el riesgo de contaminación endógena, tales como edad, obesidad, tabaco, EPOC, insuficiencia cardíaca, enfermedades vasculares periféricas, hipertensión arterial, diabetes, estado de nutrición, presencia de focos infecciosos a distancia del ISQ, presencia de microorganismos endógenos en las mucosas, alteración de la respuesta inmune, estancia preoperatoria, severidad de la enfermedad de base (Mariona, Fernando G.; Responsabilidad civil por infecciones hospitalarias (Infecciones posquirúrgicas -ISQ- e infecciones asociadas al cuidado de la salud -IACS-), RCyS 2012-IV, 36). Y entre los factores exógenos: la incorrecta limpieza del quirófano, una inadecuada esterilización del material quirúrgico, una incorrecta limpieza de los filtros de aire acondicionado o una desatenta preparación del paciente, así como el desarrollo de cualesquiera de esas actividades por personal no idóneo, la clasificación de la herida, duración de la cirugía, sitio y complejidad del procedimiento, preparación del paciente, remoción del pelo/vello, infección preoperatoria, lavado de manos quirúrgico, preparación de la piel, profilaxis antibiótica, tiempo de administración de la profilaxis, elección del antibiótico, duración de la profilaxis, destrezas del cirujano/técnico, espacios muertos, antisepsia, superficies del medio ambiente, estancia preoperatorio, esterilización del material quirúrgico, drenajes quirúrgicos y cuidados postoperatorios. (Mariona, Fernando G., op. cit.).

También se ha dicho que la infección hospitalaria es “controlable pero difícilmente erradicable. Esto significa que hay y siempre habrá, independientemente de la calidad asistencial y de la tecnología de los establecimientos, pudiendo haber en algunos menos y en otros más dependiendo eso de las medidas de prevención y control que cada uno implemente, de los procesos sistemáticos de vigilancia y de la correspondiente y permanente intervención” (Lossa y otros, op. cit., p. 1).

## **XV.2. La infección es hospitalaria (causas exógenas).**



Pues bien, en el dictamen pericial médico se informó que “la infección que diera origen al uso de la antibioticoterapia causada por una bacteria Gram negativa- pseudomonaaeruginosa- fue de tipo intrahospitalaria. La bacteria en cuestión está en contacto con nosotros, pero en ambientes hospitalarios suele infectar el tracto urinario, las vías respiratorias, las heridas y las quemaduras;- tiene una gran capacidad de adaptación y una alta resistencia a los antibióticos. Por otra parte, de las estadísticas surge que alrededor de un 5% desarrollará una infección hospitalaria, y que según informe del Ministerio de Salud de Chile dependerá de las condiciones del paciente, del ambiente y del germen aislado. Las más frecuentes son las heridas quirúrgicas – caso de autos-, tracto urinario (relacionado con el empleo de sondas vesicales), vías respiratorias inferiores (tráquea y bronquios) y las asociadas al uso de catéteres. De lo expuesto, surge que es factible la presencia de una infección intrahospitalaria, como complicación de una cirugía sin por ello representar una deficiencia en la atención del paciente, de hecho el primer resultado del cultivo fue negativo, y una vez tomado conocimiento de la infección, se procedió a su tratamiento” (fs. 822).

Del informe precedente surge que la infección ha sido intrahospitalaria, pero no es claro si respondió a factores endógenos (propios del paciente) o exógenos y ajenos al hospital por su carácter imprevisible o inevitable. En tal contexto, cabe recordar que es el demandado quien debió probar tales circunstancias –esto es, el cumplimiento de las medidas de prevención y control-, eximiéndose en tal caso de responsabilidad.

Es evidente que si bien el Gobierno no puede garantizar que el paciente no contraiga una infección en caso de internación, sí debe cumplir con las medidas de prevención y control –según los estándares científicos exigibles actualmente- y, en el contexto del caso judicial, es él quien debe probar el cumplimiento de tales extremos porque es el único que está en condiciones de hacerlo. Contrariamente exigirle al paciente que pruebe que su contraparte no cumplió con tales presupuestos supone colocarlo en un estado de indefensión. De modo que en casos como el presente el Gobierno se exime de responsabilidad si prueba causas endógenas o exógenas no atribuibles a él. Esto

último ocurre en tanto el Gobierno probase que cumplió con los estándares de control y prevención.

### **XV.3. La carga de la prueba sobre las causas exógenas.**

Si bien, en principio, cada parte debe probar los hechos que alega como sustento de su pretensión, ya sean éstos constitutivos, impeditivos o extintivos –artículo 301 del CCAyT-, este criterio general se ve morigerado, a su vez, por la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según el cual, cuando una de las partes esté en mejores condiciones fácticas para producir cierta prueba vinculada a los hechos controvertidos de la causa, es ésta quien debe probarlo. Así, cuando por las circunstancias del caso o las constancias documentales, surge evidente que uno de los litigantes se encuentra en una posición dominante o privilegiada en relación con el material probatorio -ya sea porque se encuentra en posesión del instrumento probatorio o por el rol que desempeñó en el hecho litigioso-, su deber procesal de colaboración se acentúa, al punto de atribuírsele una carga probatoria más rigurosa que a su contraparte (conforme mi voto en “Banco Río de la Plata S.A. c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cám. De Apelaciones, RDC 138/0, sentencia del 2/9/2003).

En este contexto, tal como señalé en el punto anterior, es plausible sostener que la demandada se encuentra en mejores condiciones de acreditar el cumplimiento de las reglas y los procedimientos de asepsia al tiempo de la infección hospitalaria, de conformidad con la legislación vigente. En particular, el GCBA debe señalar y describir las medidas que adoptó para reducir la transmisión de la bacteria de una persona a otra (descontaminación de las manos, higiene personal, ropa protectora, mascarillas, guantes), prevenir la transmisión por el medio ambiente (limpieza del entorno hospitalario, desinfección del equipo empleado para el paciente, esterilización) y registrar y controlar su cumplimiento.

### **XV.4. Los estándares exigibles.**

Siguiendo con esta línea de razonamiento, cabe recordar que –según surge del sitio [www.buenosaires.gov.ar](http://www.buenosaires.gov.ar), información pública, sección normativa- la legislación vigente al tiempo de los hechos ventilados en estos



autos contiene diversas disposiciones sobre lavado de manos, usos de antisépticos y desinfectantes, manejo de residuos hospitalarios, higiene hospitalaria, aislamiento, prevención y control de infecciones en el personal de salud (resoluciones del Ministerio de Salud 705/1993 y 355/1999 –que deroga a la indicada en primer término–), prevención de infecciones en sitios quirúrgicos (resolución 122/1999 del Ministerio de Salud de la Nación), procedimientos y métodos de esterilización y desinfección en establecimientos de salud (resolución 387/2004 del Ministerio de Salud de la Nación; ver [www.msal.gov.ar/pgncam/normas3.htm](http://www.msal.gov.ar/pgncam/normas3.htm)).

Es decir, el prestador del servicio de salud debe cumplir con las normas –reglas, técnicas y procedimientos- sobre prevención y control de infecciones vigentes al momento en que se produjo el hecho. Asimismo, el GCBA debe informar a los pacientes y sus familiares sobre las posibilidades de contraer infecciones y las medidas que deben adoptar para prevenirlas.

**XV.5.** El cumplimiento de las normas de prevención y control en el presente caso.

Sentado lo expuesto, corresponde examinar si el GCBA cumplió –en el presente caso- con el deber de minimizar el riesgo de infección.

En primer lugar, debe advertirse que la parte actora no fue informada sobre la posibilidad de contraer una infección hospitalaria ni sobre las medidas de prevención que debió adoptar.

En segundo lugar, los medios de prueba que ofreció el GCBA no se dirigen a acreditar el cumplimiento de las medidas de prevención y control; las cuales ciertamente no se agotan en aquellas que corresponde adoptar a los médicos que intervienen en el acto quirúrgico (ello es así pues los recaudos a cargo de la Ciudad se refieren también, entre otros aspectos, a la esterilización y desinfección, la prevención y controles de infecciones por el personal y la prevención de infecciones en los distintos espacios en los que se opera y aloja al paciente).

En consecuencia, cabe concluir que el cumplimiento de las condiciones de asepsia -razonables y plausibles- no se encuentra acreditado en autos y, por tanto, corresponde rechazar el presente agravio.

**XVI.** Sentado lo anterior, corresponde tratar el agravio referido a la falta de nexo causal entre la infección contraída y la parálisis de los miembros inferiores que padece la actora.

El GCBA sostiene que la parálisis de los miembros inferiores obedece a la patología de base del demandante – esclerosis múltiple-. Pues bien, la perito médica informó que “del examen físico surge acortamiento del miembro inferior izquierdo en 6,5 cm. a raíz de la desarticulación de la cadera ante la remoción de la prótesis infectada. La actora se desplaza en silla de ruedas por impotencia funcional de ambos miembros inferiores. A su vez hace constar que la actora presentaba una incapacidad física previa al hecho de marras en virtud de la debilidad de los miembros inferiores (paraparesia), a predominio del derecho, a raíz de su enfermedad de base (esclerosis múltiple)” (fs. 823). A fs. 831, la experta concluye en que la patología de base (esclerosis múltiple) “evoluciona habitualmente a una paraplejía (parálisis) de los miembros inferiores; vale decir, que el hecho de estar incapacitada para deambular, trasladarse en silla de ruedas y necesitar la presencia de terceros en forma permanente para las actividades de la vida cotidiana (vestirse, bañarse, preparar la comida, etc.) pudo haberse visto adelantada en el tiempo por el retiro de la prótesis infectada” (fs. 831). Asimismo, al responder a las explicaciones requeridas a fs. 840/841, sostuvo que “la paraplejía constituye una incapacidad física permanente y total para la TO y TV. Dicha afección no está relacionada en forma directa con la causal de base – esclerosis múltiple, sino que con el devenir desfavorable en la evolución de la fractura de cadera, que sí podemos mencionar como relacionada directamente con la patología neurológica subyacente” (fs. 856). Nótese asimismo que en el dictamen presentado por la Dirección de Medicina Forense a fs. 1127/1128 se indica que la esclerosis múltiple es una enfermedad neurológica “impredecible”, cuya evolución a una paraplejía no puede presagiarse con “certeza científica”. Por otra parte, en punto al retiro de la prótesis, en este último informe se consigna que “es una indicación correcta y deja por sí secuela con déficit postural y locomotor ...”.



En este contexto corresponde recordar que la prueba pericial es, en principio, el medio más idóneo para aclarar cuestiones propias de una especialidad técnica que sea ajena al conocimiento judicial. Esta se produce a través del perito, que es un sujeto extraño a las partes, con conocimientos técnicos de los que carece el juez o, por lo menos, no está obligado a conocer, ya que su deber se circunscribe al conocimiento del derecho. Se trata de un auxiliar del órgano judicial, con conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (cfr. art. 363, CCAyT; Fenochietto, Carlos Eduardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con los códigos provinciales, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 2, pág. 644 y ss.). A su vez, aun cuando las partes cuestionaron la pericia, cabe destacar que “no es dable admitir cualquier clase de impugnación, sino aquellas que se funden objetivamente en la incompetencia del experto, en errores o en el uso inadecuado de los conocimientos técnicos o científicos en los que pudiese haber incurrido... De allí que, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y científicos, y concuerda con los demás elementos de ponderación arrimados al proceso, la sana crítica aconseje —en principio— que frente a la imposibilidad de oponer argumentos de igual naturaleza y de mayor peso convictivo, se acepten sus conclusiones (cfr. CNCiv., sala C, LA LEY, 1991-E, 489 del 14 de junio de 1991, Palacio “Derecho Procesal Civil”, V-514 y sus citas)” (CNCiv, Sala I, C., A. P. c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A., LA LEY, ejemplar del 12/11/2004, p. 7).

En virtud de las consideraciones expuestas por la perito del Servicio de Medicina Forense resulta claro: a) que la actora sufrió un acortamiento del miembro inferior izquierdo a raíz de la desarticulación de la cadera ante la remoción de la prótesis infectada; y b) que la paraplejía está relacionada en forma directa con el devenir desfavorable en la evolución de la fractura de cadera que, a su vez, está vinculada con la patología de base.

Ahora bien, no cabe duda de que la infección hospitalaria incidió en “el devenir desfavorable en la evolución de la fractura de cadera”. Entonces, si la paraplejía está relacionada en forma directa con la evolución desfavorable de

la fractura y ésta es imputable al GCBA - por cuanto es responsable de la infección que contrajo la actora-, cabe concluir que la paraplejía es atribuible al actuar de la demandada. No obsta a esta conclusión que la remoción de la prótesis haya sido –considerada aisladamente– una decisión médica justificada, pues la responsabilidad del GCBA se encuentra comprometida por su conducta en una instancia anterior, esto es, al momento de contraer la actora la referida infección intrahospitalaria.

**XVII.** Por otro lado, el GCBA entiende que la sentencia ha violado el principio de congruencia dado que el actor solicitó indemnización por la renguera sufrida y no por la parálisis de los miembros inferiores.

Cierto es que el artículo 269 del CCAyT establece que la demanda debe contener la petición en términos claros y positivos y que, por su parte, los artículos 145 y 147 del citado Código señalan que las decisiones de los jueces deben recaer exclusivamente sobre las pretensiones deducidas en el juicio por las partes.

Así, el objeto de la demanda constituye un límite de naturaleza adjetiva para el juez, quien por aplicación del principio de congruencia no puede fallar sobre capítulos no propuestos a su conocimiento. Se trata, en palabras de Falcón, de un principio de evidente raíz constitucional, puesto que tiende a asegurar la inviolabilidad de la defensa (Falcón, Enrique M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado, concordado y comentado, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 155).

Así lo declaró, por otra parte, la Corte en varios precedentes (v. gr. “Concencioca, Juan M. y otros c/ Municipalidad de Buenos Aires”, 13/10/94, LL, 1995-C-797, s. n° 1283).

Sin embargo, considero que la aplicación del principio de congruencia no puede derivar en un excesivo rigor formal que limite el alcance de la pretensión de un modo tal que altere su sustancia; es decir, “en determinados supuestos debe admitirse su flexibilización, bajo determinadas condiciones, para no afectar otras garantías constitucionales y la finalidad misma del proceso judicial” (De los Santos, Mabel Alicia, “La flexibilización de la congruencia”, en “Cuestiones procesales modernas”, Suplemento Esp. La Ley, octubre de 2005, pp. 80-89). En efecto, “la denominada ‘flexibilización de la



congruencia' procura asegurar la eficacia del proceso y la vigencia de la garantía de la tutela judicial efectiva en tiempo útil. De todos modos, la potestad judicial en cuestión tiene un límite muy preciso, a saber, que ello no afecte la garantía constitucional de la defensa ni la igualdad de las partes en el proceso. En definitiva, lo expuesto no importa sino un intento de sistematización del ejercicio de una potestad inherente a la actividad judicial, pues son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopten" (De los Santos, Mabel Alicia, op. cit.).

También se ha expresado que "no existirá incongruencia cuando se decida sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso" (Gozáini, Osvaldo Alfredo, "El principio de congruencia frente al principio dispositivo", LL, 20/06/2007, p. 1).

En el presente caso, entiendo que el principio de congruencia no se ha afectado pues la actora aclaró en el escrito de demanda que "se pide también, a tenor de lo que expresen las pericias a realizar, se tenga presente el daño futuro o emergente del accionar de la contraria" (fs. 5 vta). Así, se infiere de la demanda interpuesta que la pretensión del demandante abarca los otros daños que se manifestaron con posterioridad al momento de promover el juicio pero que son atribuibles al actuar de la codemandada, es decir, el hecho dañoso denunciado por la parte actora.

En consecuencia, corresponde rechazar el presente agravio.

**XVIII.** Corresponde ahora tratar el agravio relativo a la falta de relación causal entre la antibioticoterapia inadecuada -indicada por la infección protésica- y la hipoacusia sufrida por la actora.

**XVIII.1.** La relación causal entre la antibioticoterapia y la hipoacusia.

La jueza de grado sostuvo, sobre la base del dictamen pericial médico, que la sordera bilateral sufrida por la actora guarda relación causal con el

tratamiento antibiótico suministrado. Al respecto, la perito expresó que “la señora D’Aleo presentó hipoacusia bilateral, relacionada a la toxicidad de los antibióticos administrados (aminoglucósidos potenciados conjuntamente con la cefalosporina de tercera generación- ceftazidina durante 75 días” (fs. 2034 y vta.).

La Ciudad sostiene, sin realizar una crítica de los fundamentos expuestos en la sentencia, que la falta de audición puede ser una derivación de la patología de base de la actora (esclerosis múltiple). Asimismo, cuestiona el nivel de audición de la actora previo a la fractura de cadera.

Al respecto, la experta sostuvo que una de las placas de desmielinización (producto de la esclerosis múltiple) “pudo haber afectado el centro de audición”, pero agregó que “esto no fue demostrado mediante estudios de imágenes –resonancia magnética nuclear- al momento de advertirse la hipoacusia- disminución de la audición (fs. 821).

Por tanto, conforme a lo dictaminado por la perito médica, no se encuentra acreditado que la esclerosis múltiple haya causado total o parcialmente la sordera bilateral que padece la actora.

A su vez, cabe señalar que en la historia clínica se consignó que al ingreso al hospital la paciente presentaba “audición normal” (fs. 560). Ello obsta a considerar que el actor presentara un déficit de audición previo que haya provocado o agravado la sordera bilateral.

Por tanto, en atención a las consideraciones vertidas, corresponde rechazar el presente agravio.

#### **XVIII.2. Administración de antibióticos por estado de necesidad.**

La recurrente sostuvo que “el suministro de antibióticos estaba justificado por el estado de necesidad, ante posibilidad cierta que tenía la actora de contraer una sepsis generalizada que podría haber derivado no sólo en la amputación de la pierna, sino también directamente en la pérdida de la vida”.

Por su parte, la jueza de grado entendió que hubo “una deficiencia en la atención médica brindada a la actora en el Hospital Tornú en lo que respecta al seguimiento del tratamiento con antibióticos, a fin de evitar o disminuir los efectos colaterales adversos que llevaron a la pérdida de la audición” (fs. 2035).



La perito médica señaló que no se tomaron los recaudos pertinentes en cuanto al efecto adverso a nivel auditivo, máxime con la administración prolongada – 75 días- de los agentes antibacterianos. Este tipo de tratamiento obliga a quienes lo indican al seguimiento del paciente para descartar o confirmar un daño probable.

Si bien expresó que “la administración de los antibióticos era necesario y de elección, no se tomaron las precauciones médicas (estudios como audiometrías, logaudiometrías, etc.) ante la posibilidad de presentación de los efectos adversos conocidos debido al suministro prolongado del uso de los antibióticos prescriptos. Asimismo no se realizaron estudios frecuentes para corroborar el funcionamiento renal. En la bibliografía consultada no se utiliza el antibiótico indicado (amikacina) por el tiempo como el indicado (75)”.

Finalmente, los argumentos expuestos en la sentencia no han sido rebatidos por la demandada en su expresión de agravios. En efecto, la demandada nada dice sobre la falta de precauciones médicas (realización de estudios, seguimiento del paciente) ni sobre la incorrecta administración de los antibióticos.

En consecuencia, corresponde rechazar el presente agravio.

**XIX.** Cabe ahora expedirse sobre procedencia de los rubros indemnizatorios y su cuantificación. Vale aclarar que tanto la actora como la codemandada impugnan los rubros indemnizatorios.

**XIX.1.** Daño físico.

a) El magistrado fijó la suma de \$ 30.000 en concepto de incapacidad física. Por su parte, el GCBA considera elevado el monto fijado dado que la actora no acreditó haber desarrollado actividad laboral alguna con anterioridad a la atención dispensada en el hospital.

Cabe recordar que la CSJN ha sostenido que “cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor

indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 308:1109;312:752, 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124;322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:847). Para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación (Fallos: 320:1361; 325:1156)” (CSJN, “Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios”, 12/04/2011, T. 334, P. 376).

En igual sentido, “el perjuicio patrimonial por incapacidad desborda ámbitos reputados como laborales por la tradición y comprende perturbaciones materiales que lesionan la productividad genérica” (Zavala de González, Matilde; “Desde la incapacidad laborativa a la incapacidad existencial”, en “Revista de Derecho de Daños”, “Daños a la persona”, volumen 2009-3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 102). En efecto, “tiene significación económica no sólo la aptitud para trabajar a cambio de retribución, sino también la requerida para desenvolverse materialmente en múltiples ámbitos provechosos”. Así, “dentro de ellas sobresalen los impedimentos para desplegar actos cotidianos que cubren necesidades, proporcionan servicios o brindan bienestar a sí mismo o a los allegados” (Zavala de González, Matilde; op.cit., p. 102).

En autos ha quedado acreditado que la actora sufrió daños en su cuerpo, a saber: el acortamiento del miembro izquierdo, la dificultad de movilizarse por un tiempo y la sordera bilateral que le incapacita laboralmente en un “42% de la total obrera” (ver fs. 855, respuesta de la perito médica a las explicaciones requeridas de fs. 833). A su vez, es claro que estas lesiones repercuten indudablemente en el patrimonio de la actora – ama de casa-, dado que no podrá realizar las tareas domésticas y deberá requerir necesariamente la asistencia de otra persona.

Por tanto, teniendo en cuenta la edad de la actora al tiempo del hecho que motiva este proceso (52 años), las lesiones sufridas y su condición de ama



de casa (cuya actividad tiene indudablemente carácter patrimonial), corresponde elevar la suma otorgada en la instancia de grado a \$ 100.000.

#### XIX.2. Daño moral.

Por un lado, tal como ha sostenido reiteradamente este Tribunal, el daño moral constituye una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir, por una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho y anímicamente perjudicial, que debe ser reparado con sentido resarcitorio (PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño Moral", Ed. Hammurabi, 1996, pág. 47).

A su vez, el daño moral para ser resarcible debe ser cierto —es decir, que resulte constatable su existencia actual, o cuando la consecuencia dañosa futura se presente con un grado de probabilidad objetiva suficiente—; personal —esto es, que solamente la persona que sufre el perjuicio puede reclamar su resarcimiento—; lesionar un interés extrapatrimonial del damnificado —la afectación debe recaer sobre un bien o interés no susceptible de apreciación económica— y, finalmente, existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido. En caso de concurrir estos presupuestos, el daño moral se torna indemnizable. Asimismo, por aplicación del principio general previsto en el artículo 301 del CCAT, la acreditación sobre la concurrencia de los presupuestos que hacen procedente el resarcimiento del daño moral está, lógicamente, a cargo de la parte que invoca el perjuicio y pretende su reparación (PIZARRO, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 563).

La jurisprudencia ha señalado que "al fijarse el daño moral deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso vinculadas con las características del accidente, la naturaleza de las lesiones, el lapso de incapacidad y término que demandó la curación de ellas, los presuntos padecimientos y molestias naturales que de todo cabe inferir" (CNCiv., sala C, 6/11/73, LL, 156-862, S-31.946, citado por Zavala de Gonzalez, Matilde, "Resarcimiento de daños, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1991, tomo 2.a, p. 468).

Determinado el marco en el que habrá de analizarse el agravio planteado resulta necesario, a continuación, determinar si, de acuerdo con las constancias obrantes en el expediente, la accionante ha logrado acreditar adecuadamente la existencia de un perjuicio de índole personal originado en el evento dañoso que se analiza en autos.

A mi entender, ponderando las constancias probatorias, teniendo en cuenta la edad de la actora (61 años al momento del hecho), las características de las lesiones sufridas, los prolongados períodos de internación, cabe concluir que la Sra. D'Aleo ha sufrido una modificación disvaliosa en su espíritu que se tradujo en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho y que debe ser reparado con sentido resarcitorio. La situación descripta me lleva a concluir que la suma de \$ 40.000 concedida por el magistrado de grado resulta insuficiente y debe ser aumentada a la suma de \$ 80.000.

En tal sentido, propongo aumentar el rubro en cuestión a \$ 80.000.

### **XIX.3. Daño psicológico.**

El daño psíquico “supone una perturbación psicológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio existente o agrava algún desequilibrio precedente” (Zavala de González, Matilde; “Resarcimiento de daños”, t. 2a, Daños a las Personas [Integridad sicofísica], p. 195, 2º edición, 1º reimpresión, 1991, Ed. Hammurabi).

La doctrina ha sostenido que el daño psíquico no constituye un concepto distinto del daño patrimonial o moral sino que será patrimonial o moral de acuerdo con la índole de los intereses afectados (Bueres, Alberto J.; “El daño moral y su relación con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general”, en “Daños a la persona”, p. 237 y ss., vol. 1, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, 1992) o de las consecuencias derivadas de la lesión a esos intereses (Zavala de González, ob. cit., p. 225 y su remisión; Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo; “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. T.4, p. 277 y ss., 1º edición, 2008, Ed. Hammurabi).

Este criterio, que considera que el daño psíquico no es un daño autónomo ha sido adoptado por este Tribunal en las causas “Macera Felisa del Carmen c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto. Resp. Médica), exp. 21704/0



y "Gómez Ever c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica), exp. 22196/0 y -a su vez- por otros tribunales (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G • 01/06/2010 • Quipildor, Gabriel Matías c. Sánchez, Alejandro Felipe y otros • , La Ley Online; • AR/JUR/28819/2010, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G • 04/12/2009 • Barros, Juan Carlos y otros c. Trenes de Buenos Aires S.A. y otros • RCyS 2010-V, 171, con nota de Tomás Ignacio González Pondal; • AR/JUR/57748/2009, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B • 02/07/2008 • Amaya, Isabel c. Verón, Genaro G. y otros • DJ 31/12/2008, 2541 - DJ 2008-II, 2541 • AR/JUR/8064/2008, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III • 10/06/2008 • Gasparini, María José c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa Ejército Argentino • , La Ley Online; • AR/JUR/5521/2008).

Con relación al daño psíquico (material o moral), resulta relevante la prueba pericial psicológica producida en autos. Al respecto, la perito psicóloga informó que "la actora padece un trastorno del estado de ánimo, sin posibilidades de remisión, que se ha consolidado en forma crónica e irreversible, de grado muy severo produciendo una disminución parcial y permanente en su capacidad global estimada en un 45%, de acuerdo a lo establecido en el baremo confeccionado por los Dres. Castex y Silva" (fs. 851).

Asimismo, el perito sugirió la conveniencia de un tratamiento psicológico. Si bien no se puede estimar su duración ni frecuencia, ya que dependerá de la evolución del proceso y la dinámica del mismo, se sugiere un esquema de dos sesiones semanales, al menos durante tres años. En cuanto al monto de los honorarios, si bien no hay un mínimo establecido en la CABA, podría estimarse un rango entre \$ 120 y \$ 150 por sesión en el ámbito privado. Se sugiere, además, la consulta con un médico especialista en psiquiatría para su evaluación" (fs. 851).

Teniendo en cuenta la frecuencia de las sesiones, el período mínimo sugerido de tratamiento y el costo de la terapia, se estima por este concepto la suma de \$ 40.000.

#### **XIX.4. Gastos futuros de atención.**

La jueza admitió este rubro por los gastos futuros de atención psicológica y psiquiátrica en la suma de \$ 40.000. El agravio ya ha sido tratado en el punto XIX.3. al cual me remito.

**XX.** Corresponde ahora adentrarme a analizar el agravio referido a la tasa de interés. Sobre esta cuestión, debe aplicarse, por los fundamentos allí expuestos, la doctrina plenaria de autos "Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración), expte. EXP 30370/0 de fecha 31 de mayo de 2013, la cual establece que la tasa de interés aplicable será el promedio que resulte de las sumas líquidas que se obtengan de (i) la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina y de (ii) la tasa pasiva promedio que publica el BCRA (comunicado 14.290).

**XXI.** Por último, resta analizar la imposición de costas al GCBA y a los médicos codemandados.

Sobre el primer punto, entiendo que atento al modo en que se resuelve y no habiendo razones suficientes para apartarme del principio objetivo de la derrota, las costas de ambas instancias deberán ser impuestas al GCBA por haber resultado sustancialmente vencido (cfr. art. 62.1 del CCAyT).

Corresponde ahora analizar la segunda cuestión, esto es, la imposición de costas por su orden a los médicos codemandados. En primer lugar, he de advertir que en tanto el recurso de apelación interpuesto por Armando Rebechini ha sido declarado desierto por no haber expresado agravios (cfr. fs. 1092), lo dispuesto por la sentencia de primera instancia ha quedado firme y exento de revisión por parte de esta instancia de alzada.

Por su parte, el resto de los codemandados, Ana María Molina, Beatriz Silvia Arbuco, Roberto Villaroel Zecchini y Gastón Adrián Poirier expresaron agravios a fs. 1068/1069 vta. indicando que "el fallo recurrido [al imponer las costas por su orden] adolece de una errónea interpretación de los principios rectores del derecho procesal en cuanto considera a la actora como vencida en el pleito, cuando de la misma sentencia surge que la parte vencida y condenada



es el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires". Citaron jurisprudencia y solicitaron la imposición de costas a la parte codemandada.

Para resolver esta cuestión, es menester recordar que el art. 62, primer párrafo, del Código de rito establece que "[l]a parte vencida en el juicio debe pagar todos los gastos de la contraria". En esta norma "se establece el hecho objetivo de la derrota como parámetro para decidir lo atinente a la condena en costas [...]" de modo que "el objeto de la condena en costas es evitar que la actuación de la ley represente una disminución para la parte a favor de la cual se realiza" (cfr. Juan Lima, Fernando, "Costas", en Balbín, Carlos F. (director), Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Comentado y Anotado, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tomo I, p. 308 y ss.).

Más allá de la existencia de un litisconsorcio pasivo, lo cierto es que la actora inició la demanda con una única pretensión que, a mi entender, debe advertirse respecto al GCBA. Es decir que, sin perjuicio de los sujetos intervinientes, se ha configurado, tal como lo expresaron los codemandados, un única parte vencida.

Por otro lado, estimo que debe tenerse en cuenta el carácter integral de la indemnización de modo que lo resuelto en autos no debe conllevar una disminución de la indemnización aquí reconocida.

A mayor abundamiento, cabe citar que en este sentido se ha expresado la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil en autos "Bobroff, Jorge H. c. Martínez, Mario A. y otro", caso 14.623, sentencia de fecha 12/02/1999, LL, 1999-F, 819: "[p]robada la culpa exclusiva de uno de los copartícipes [...], los restantes deben ser excluidos de la condena, debiendo el culpable tomar a su cargo las costas de éstos últimos, ya que de lo contrario el damnificado vería injustificadamente reducido el monto indemnizatorio, con lesión al principio de integridad" y "[q]uien ejerció legítimamente el derecho de demandar a los protagonistas del hecho dañoso con el fin de obtener la reparación del perjuicio sufrido, no debe soportar las consecuencias del rechazo al que se llegó como resultado de haberse probado durante el proceso que la culpa debía ser atribuida "in totum" a un solo codemandado, quien es el que debe pagar las

costas del pleito, incluso las referentes a los gastos y honorarios que corresponden por la acción rechazada contra el restante accionado, que en definitiva no resultó responsable". Del mismo, ha resultado la Sala H de la citada Cámara en autos "Arce, Adolfo Fabián c. Ingeniería Faber S.A. y otro", sentencia de fecha 25/04/1996, LL, 1997-F, 957.

Por lo expuesto, entiendo que debe acogerse el agravio esgrimido y, en consecuencia, revocar en este aspecto el fallo recurrido e imponer la totalidad de las costas del proceso al GCBA por haber resultado sustancialmente vencido (cfr. art. 62, párrafo 1° del CCAyT).

Por las consideraciones expuestas, propongo al acuerdo que, en caso de compartirse este voto, se haga lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la actora, se haga lugar al recurso de apelación interpuesto por los codemandados y se rechace el recurso de apelación interpuesto por el GCBA y, en consecuencia: a) se modifique la sentencia de grado en lo que atañe a los montos indemnizatorios y a la tasa de interés aplicable conforme los considerandos XIX y XX; y b) se impongan las costas al GCBA Atento a lo expuesto en el punto XXI.

A la cuestión planteada la jueza Mariana Díaz dijo:

**I.** Los antecedentes relevantes de la causa han quedado adecuadamente relatados en el voto del juez Carlos F. Balbín y a ellos me remito para evitar reiteraciones innecesarias.

A su vez, adhiero al mencionado voto en cuanto tuvo por configurada la responsabilidad del demandado en relación con los daños sufridos por la parte actora, como consecuencia de la incorrecta administración de antibióticos que causó el cuadro de hipoacusia que actualmente padece.

**II.** Antes de avanzar, corresponde señalar que todos aquellos puntos de la sentencia de grado que no fueron impugnados se encuentran firmes y, por tal razón, no integran el ámbito de intervención de esta alzada.

Ello así, atento lo que surge de la expresión de agravios de las partes, quienes no objetaron lo decidido en relación con la responsabilidad de los



médicos por el erróneo tratamiento antibiótico recibido por la Sra. D'aleo, la sentencia de grado ha quedado firme en lo que al tema respecta.

**III.** Aclarado aquello, adelanto desde ahora que a diferencia de lo que ocurre con el cuadro de hipoacusia, la reparación solicitada como compensación por el resto de los daños sufridos, según la demandante, a raíz de la infección que la actora padeció como complicación de la operación de cadera a la que fue sometida, será rechazada. Ante todo, debe mencionarse que como bien señala mi colega preopinante, la bibliografía especializada indica que la infección hospitalaria representa un fenómeno que "es controlable pero difícilmente erradicable". Esto significa que la calidad asistencial y de la tecnología aplicable, en la actualidad, contribuye a disminuir los casos pero no logra su completa eliminación. Bajo tales circunstancias, el prestador del servicio de salud no puede ser colocado en la situación de asegurador de un riesgo que, por el momento, se sabe imposible de eliminar aunque sí de reducir.

La constatación de una infección intrahospitalaria, por tanto, conduce a formular una valoración probatoria que excede la mera acreditación de la infección y remite a evaluar factores contextuales del nosocomio, aquellos otros propios del cuadro del paciente afectado, así como la idoneidad del accionar de los profesionales y auxiliares intervinientes.

Ello implica que ante un caso de infección intrahospitalaria, el deber de responder que pesa sobre el establecimiento hospitalario exige verificar el incumplimiento de la diligencia propia del servicio a su cargo conforme al cuadro del paciente. Al efecto, la determinación del onusprobandi deberá formularse a partir de una atribución dinámica de la carga probatoria. Es decir que la diligente observancia de las reglas de profilaxis y asepsia convencionalmente aceptadas aparece como un recaudo inexcusable, sin perjuicio de que, lamentablemente, ella no evitará necesariamente la infección hospitalaria.

En esa línea, precisamente, la perito médica designada en autos afirmó que "es factible la presencia de una infección intrahospitalaria, como

complicación de una cirugía sin por ello representar una deficiencia en la atención del paciente” (fs. 822).

IV. Desde la perspectiva que brindan las consideraciones anteriores, corresponde analizar el peritaje rendido en estas actuaciones.

En primer lugar, surge del informe que la infección “causada por una bacteria Gram negativa —pseudomonaaeruginosa— fue de tipo intrahospitalaria” y que “[l]a bacteria en cuestión está en contacto con nosotros, pero en ambientes hospitalarios suele infectar el tracto urinario, las vías respiratorias, las heridas y las quemaduras; tiene una gran capacidad de adaptación y una alta resistencia a los antibióticos” (fs. 821).

A su vez, preguntada acerca de si la operación de cadera fue realizada conforme a los principios de diligencia y pericia que debe tener el actuar médico, la experta afirmó que atento las constancias presentadas en autos, “no surgen elementos [que demuestren lo] contrario” (fs. 828).

En sintonía con aquello, también ratificó que en la operación en la que se habría contraído la infección se aplicaron antibióticos en forma preventiva y conforme al deber de cuidado (fs. 826 y 857).

Por su parte, de la Historia Clínica acompañada —cuyo contenido no fue desconocido por ninguna de las partes— surge que en aquella primera intervención se tomaron medidas de asepsia acordes, como son el “embrocado en alcohol yodado” y la “colocación de campos” (fs. 46).

Asimismo, luego de formular un pormenorizado análisis de las constancias compulsadas, en el peritaje, se sostuvo que la infección intrahospitalaria debía reputarse “ajena” al accionar del servicio de salud pues configuraba “una complicación que se presenta hasta un 5% en las estadísticas mundiales” (fs. 831).

Tampoco puede soslayarse que después de la intervención quirúrgica para hacer el reemplazo de cadera se le recomendó a la actora continuar con su tratamiento en consultorios externos para que sean llevadas adelante las medidas curativas necesarias (fs. 905 y 907). No obstante ello, de la causa no surgen constancias de que la actora hubiera concurrido a ninguno de estos controles en el plazo de 8 meses transcurridos entre su primer egreso (22/02/1998) y su reingreso (14/10/1998).



Finalmente, a lo largo del dictamen, así como de la historia clínica, también quedaron consignadas diversas circunstancias propias del estado de salud de la accionante y su "patología de base" (vgr. esclerosis múltiple, enfermedad neurológica del tipo autoinmune, fs. 818; hipertensión arterial, fs. 816; e, infecciones urinarias previas al erróneo tratamiento antibiótico, fs 48 y 71 vta. que, conforme la bibliografía especializada, generan propensión al cuadro infeccioso tanto para facilitar el contagio como para dificultar su control. Precisamente, la evaluación de parámetros tales como los mencionados condujo a los médicos a considerar a la actora como una paciente de condiciones quirúrgicas riesgosas 'ASA II' (fs. 45 vta.).

En tal sentido, se ha dicho que los factores de riesgo intrínseco o dependientes del paciente no sólo reducen la resistencia a la infección, sino que también condicionan el tipo de infección, fundamentalmente en cuanto a su localización y etiología. Entre ellos, los principales descriptos son: la edad, la enfermedad de base del paciente, determinadas enfermedades crónicas y, en general, todo aquello que conlleve un deterioro del sistema inmunitario (fs. 819 y "VII Congreso de la Sociedad Argentina de Infectología – SADI 2009, Mar del Plata Argentina, pag. 9). Aspectos que, según quedó dicho, no eran ajenos a la situación de la accionante al momento de los hechos analizados.

V. Así entonces, analizado el cuadro probatorio reseñado cabe dejar en claro que frente a supuestos como el que nos ocupa, no puede aseverarse que el obrar diligente del personal del ente asistencial encargado de cumplir las medidas de control y prevención de infecciones hospitalarias aconsejadas para una intervención quirúrgica, obtenga necesariamente el resultado esperado, "pues la multiplicidad de causas que pueden provocar la infección por [una bacteria Gram negativa —pseudomonaaeruginosa—], la frecuencia con que se presenta, el porcentual de pacientes internados que según las estadísticas se infecta y la dificultad en su eliminación, en casos como el presente en que no ha sido determinada una causa específica, obstan a que ese accionar sea asimilado a otros quehaceres (...) referidos al cuidado y atención del internado que sí pueden incluirse entre aquellos en que un proceder diligente basta para

lograr el resultado de no causarle al paciente un daño distinto del que motivó la internación” (Cámara Nacional Civil, Sala C, 5/9/2000 en “P, R.J vs. G, JM.”, JA, Bs. As, abril 4 de 2001. N° 6240, p 52).

En suma, debe concluirse a partir de la prueba producida que no se acreditó incumplimiento en torno a las medidas de higiene y prevención exigibles, aunque pese a ello, no pudo evitarse el contagio con una bacteria calificada como de “alta resistencia”, que aparejó una complicación posoperatoria que, según fue dicho en el peritaje, queda comprendida dentro de los estándares estadísticos normales para el evento quirúrgico en cuestión.

Resta aclarar que el resultado al que se arriba toma en cuenta la circunstancia de que la remoción de la prótesis de la Sra. D’aleo, a diferencia de lo sostenido por la sentencia impugnada, no guarda relación de causalidad con el actual estado (paraplejía) que padece la actora.

Al respecto de la medida para mejor proveer ordenada a fs. 1116 surge que “[n]o guarda relación ni debe correlacionarse la prótesis infectada (complicación médica posible) con la evolución hacia la paraplejía por acción de la EM. El retiro de prótesis por la complicación sufrida, es una indicación correcta y deja por sí secuela con déficit postural y locomotor per se. La progresión de la enfermedad de base conforma otra nosología”.

Nótese entonces, que la remoción de la prótesis no podría estimarse como un procedimiento inadecuado frente al estado de parálisis que afecta a la accionante pues la paraplejía obedece, conforme indica el dictamen citado, a la evolución propia de la esclerosis múltiple que la Sra. D’Aleo padece hace más de dos décadas (fs. 42). Por todo lo expuesto, ante la ausencia de elementos que permitan afirmar que existió una irregular prestación del servicio por parte del Hospital “Dr. E. Tornú” el agravio bajo estudio debe progresar y la modificación de la sentencia que ello provoca quedará seguidamente analizada.

**VI.** En efecto, despejado que la demanda no progresa en cuanto al daño atribuido a la remoción de la prótesis originada en una infección intrahospitalaria y que sí lo hace, en cambio, en relación con el cuadro de hipoacusia sufrido como consecuencia del incorrecto tratamiento antibiótico recibido, corresponde analizar los rubros indemnizatorios otorgados por la



sentencia atacada, en función de los agravios formulados por las partes que los estimaron insuficientes o excesivos según el caso. .

#### Daño Patrimonial:

Preliminarmente, resulta oportuno dejar en claro que los montos otorgados por la a quo en concepto de daño físico y psíquico serán aquí tratados bajo el título de incapacidad sobreviniente.

A fin de establecer el monto de la indemnización, debe tomarse en cuenta la incidencia del hecho dañoso en todos los aspectos de la personalidad de la víctima, tanto en lo laboral como en lo social, en lo psíquico y en lo físico, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico traduzca, matemáticamente, una cierta cuantía resarcitoria (CNCiv., sala G, en los autos caratulados "López, Alberto Isidro c/ Cardenes, Ariel Claudio y otro s/ daños y perjuicios", sentencia del 09/10/2012).

Por tanto, a los efectos de determinar el monto indemnizable, debe seguirse un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (CNCiv., sala A, autos caratulado "P.C., L. E. c/ Alcala S.A.C.I.F.I. y A. y otro s/ daños y perjuicios", sentencia del 30/08/2012).

A su vez, la CSJN, ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, dicha incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral. Ello así, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad en el ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos 321:1124).

Por su parte, cabe agregar que con relación al daño psicológico, esta Sala tiene dicho con criterio que comparto que "en nuestro sistema civil, el daño indemnizable sólo puede ser patrimonial o moral" por tanto "si las

lesiones psicológicas ocasionan un empobrecimiento o una pérdida de ganancias para la víctima, se deben considerar dentro del daño patrimonial" en cambio "si las lesiones psicológicas afectan el bienestar espiritual o sentimental de la víctima, dicha afectación deberá ser indemnizada como daño moral" (cf. autos caratulados "Bottini Carmen Beatriz c/ GCBA s/ daños y perjuicios", expte. N°2.835, sentencia del 25/2/2005).

En efecto, la perito psicóloga dejó en claro que "la actora padece un trastorno del estado de ánimo, sin posibilidades de remisión, que se ha consolidado en forma crónica e irreversible, de grado muy severo produciendo una disminución parcial y permanente en su capacidad global estimada en un 45% de acuerdo a lo establecido en el baremo confeccionado por los Dres. Castex y Silva" (fs. 851). Para lo que aquí interesa, la experta señaló que la memoria, atención y concentración de la actora "denotan un deterioro relacionado con la limitación en la recepción de estímulos auditivos" y que la actora "sufre el impacto en su subjetividad de la limitación en la comunicación que le impone no poder escuchar al otro ni escucharse" (fs. 847/848).

Ahora bien, a fin de justipreciar el quantum del rubro bajo estudio corresponde tomar en cuenta el tipo de lesión sufrida; la edad que la actora tenía al momento del hecho (rondando los 50 años) y la consiguiente expectativa de vida; su condición de ama de casa; "la fuerza que en sí mismo tiene (como estímulo desencadenante) la pérdida de la audición" (fs. 849) en la incapacidad psicológica determinada por la perito; los impedimentos que ello le traerá aparejado en su vida de ahora en más; y, por último, el tratamiento que deberá llevar adelante como consecuencia de dicho padecimiento (fs. 851).

Así, ponderando todo lo anterior, estimo razonable otorgar por este rubro la suma de pesos setenta y cinco mil (\$75.000).

#### Daño Moral:

El daño moral constituye una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, por una lesión a un interés no patrimonial, que se traduce en un estado diferente de aquél que existía antes del hecho que resulta anímicamente perjudicial y debe ser reparado con sentido resarcitorio (cfr. esta Sala en "Bottini Carmen Beatriz c/ GCBA s/ daños y perjuicios", expte. N°2.835, sentencia del 25/2/2005).



En el caso de marras, para el rubro que nos ocupa, no sólo debe considerarse los prolongados períodos de internación que padeció la actora a causa del erróneo tratamiento antibiótico, y lo que el negligente obrar por parte de la demandada provocó en la confianza que esta pueda tener en adelante respecto de los cuidados médicos que por su condición imperiosamente recibe, sino que por sobre todas las cosas debe tomarse en cuenta lo que para una persona implica la pérdida total de la audición a nivel afectivo y espiritual.

Así, valorada la situación por la que debió atravesar y las inevitables aflicciones posteriores estimo procedente establecer la indemnización por este rubro en la suma de pesos treinta mil (\$30.000).

**Gastos futuros de atención:**

Este rubro ha sido otorgado dentro del rubro 'Daño Patrimonial' en atención a que dentro de las consideraciones para determinar el quantum está lo que deriva del tratamiento que debe seguir la actora a causa del padecimiento sufrido.

**VII.** En relación al agravio vinculado con la tasa de interés adhiero al voto de mi colega Carlòs F. Balbín.

**VIII.** Respecto a la apelación de costas presentada por los codemandados, en atención a que lo resuelto en relación con su responsabilidad ha quedado firme, adhiero a lo decidido en el considerando XXI del voto precedente.

**IX.** Por último, atento la forma en la que se resuelve el pleito, las costas —excluidas las contempladas en el punto anterior— se deberán imponer en un 80% al GCBA y en un 20% a la actora (art. 65 CCAyT).

Por las razones dadas, voto por: (i) hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del GCBA en relación a la inexistencia de responsabilidad por la infección que contrajera la actora y revocar a ese respecto la sentencia atacada

(puntos IV.2, IV.3); (ii) hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por los codemandados relativo a las costas; (iii) rechazar el recurso planteado por la actora (iv) aplicar la tasa de interés fijada en el considerando XX del voto de mi colega Carlos F. Balbín; y (v) imponer las costas del proceso de conformidad con lo fijado en el considerando IX de este voto.

Por los fundamentos allí expuestos, la jueza Fabiana H. Schafrik de Nuñez adhiere al voto de la jueza Mariana Díaz.

En mérito a las consideraciones vertidas, jurisprudencia citada y normas legales aplicables al caso, y habiendo dictaminado la Sra. Fiscal de Cámara, el Tribunal **RESUELVE**: (i) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del GCBA en relación con la inexistencia de responsabilidad por la infección que contrajera la actora y revocar a ese respecto la sentencia atacada (puntos IV.2, IV.3 del voto de la jueza Mariana Díaz); (ii) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por los codemandados relativo a las costas; (iii) Rechazar el recurso planteado por la actora; (iv) Aplicar la tasa de interés fijada en el considerando XX del voto del juez Carlos F. Balbín; y (v) Imponer las costas del proceso de conformidad con lo fijado en el considerando IX del voto de la jueza Mariana Díaz.

Regístrese. Notifíquese. Oportunamente, devuélvase.

**Cámara Contenciosa Adm. y Tributaria**  
**Ciudad Autónoma de Bs. As.-SALA I**  
**Registrado en el Libro de *Definitivos***  
**.....2014.....bajo el N°.....55.....**  
**Folio.....72.....del Tomo.....I.....Conste.**

Yanina Kaminovich  
Prosecretaria Letrada de Cámara