



CAMARA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
N° 2 - C. DEL URUGUAY

"URBINI, NOELIA ELIZABETH C/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS S/  
ORDINARIO DAÑOS Y PERJUICIOS", EXPTE. N° 1826/CU.

///CUERDO:

En la ciudad de Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos, a los siete días del mes de octubre de dos mil veintiuno, reunidos en Acuerdo los Sres. miembros de la Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 2 con asiento en la ciudad premencionada, a saber: Presidente: Dra. María Fernanda Erramuspe, Vicepresidente: Dr. Federico José Lacava y el Vocal: Dr. Mariano Alberto López, asistidos por la Secretaria autorizante, fueron traídas a resolver las actuaciones caratuladas: "URBINI, NOELIA ELIZABETH C/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS S/ ORDINARIO DAÑOS Y PERJUICIOS", EXPTE. N° 1826/CU.

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Dres. Lacava, Erramuspe y López.

Examinadas las actuaciones, el tribunal se planteó la siguiente cuestión:

¿Qué corresponde resolver respecto del recurso de apelación interpuesto? y, en su caso, ¿qué cabe decidir en materia de costas?

A LA CUESTIÓN PROPUESTA EL SR. VOCAL DR. LACAVA DIJO:

1. El Señor Juez de la instancia anterior, mediante sentencia de ff. 457/460, rechazó la demanda interpuesta por Noelia Elizabeth Urbini, Tomás Almada y Sofía Almada contra el Estado Provincial, les impuso las costas y difirió la regulación de honorarios hasta adquirir firmeza la decisión.

Cimentó el decisorio en el dictamen pericial médico que, con base en diversas explicaciones, aseguró que el tratamiento brindado por los galenos del nosocomio al Sr. Gustavo Javier Almada -esposo y progenitor de los actores- fue el adecuado y habitual, circunstancia que no impidió que la falta de respuestas a las medidas terapéuticas haya desencadenado su fallecimiento por gripe A o influenza H1N1.

En esa línea, citó el *a quo* las diversas consideraciones

formuladas por el perito. En particular, que no se mantenía con los pacientes un tratamiento con criterio médico claro, puesto que a medida que la epidemia evolucionaba se iban dando las recomendaciones conforme al progreso y los hallazgos de ella; que en la atención del Sr. Almada -en fecha 23/6/2009- no fueron descriptos signos y síntomas indicadores de gravedad, siendo además indistinguible la sintomatología entre gripe estacional y pandémica; que el hisopado estaba recomendado para casos de infección respiratoria aguda grave, que requirieran hospitalización; como así también que el tratamiento brindado a quienes padecían esta gripe, en la mayoría de los casos, correspondía a pacientes que se recuperaron plenamente sin necesidad de atención médica ni antivirales.

A su vez, destacó el sentenciante el criterio por el cual el especialista descartó en su dictamen que las medidas que la parte actora sostuvo como no realizadas hayan sido indispensables para determinar un cuadro distinto al que informó el médico que atendió al paciente el 23/6/2009.

En definitiva, el juez de grado juzgó imposible apartarse de las conclusiones periciales, habida cuenta que éstas -a su criterio- se mostraban coincidentes con la lectura de los hechos referidos en las constancias de la causa, por los testigos intervinientes, como también de los datos reflejados en distintas publicaciones en relación con el desarrollo de la pandemia.

Mencionó también el informe del Ministerio de Salud de la Nación y los partes diarios de las medidas de contingencia que se fueron adoptando y comunicando con el pasar de los días en aquel período, que coincidió con la fecha en que se presentó la patología del fallecido.

Con cita de diversos precedentes jurisprudenciales, el *a quo* sostuvo la validez de las conclusiones periciales e interpretó, en consecuencia, no hallarse probada la relación de causalidad entre el tratamiento brindado y el deceso.

Sin perjuicio de reconocer que la responsabilidad estatal es de tipo directo y fundada en la obligación de seguridad que deben brindar los hospitales públicos a sus pacientes -cfr. art. 504 y cs. del CC-, razonó el

sentenciante que para que proceda la obligación accesoria de garantía resultaba condición *sine qua non* la demostración de la culpa médica en la actuación profesional, la cual juzgó no acreditada en los profesionales del Hospital Centenario.

2. Contra el mentado pronunciamiento, por intermedio de sus apoderados, la parte actora interpuso recurso de apelación -04/5/2020-, expresando seguidamente sus agravios -18/5/2020-.

Aseveraron que la muerte de Almada es un déficit del Estado en el cumplimiento de sus fines -cuidar la salud y la vida- en tanto aseguraron que el servicio público de salud no se desarrolló, en el caso concreto, de manera idónea.

Objetaron que el sentenciante haya rechazado la demanda por entender que la responsabilidad estatal estaba sujeta a la culpa o mala praxis de los galenos intervinientes. No obstante discrepar con el encuadramiento sentencial, afirmaron que las faltas personales sí habrían existido.

Como primer agravio, sostuvieron que hubo un análisis inapropiado de la prueba, a la vez que objetaron que el decisorio se basara -exclusivamente- en la pericia médica, desconociendo las impugnaciones que la actora había realizado en su contra y colocando en el perito aspectos esenciales de la función judicial, entre ellos, la determinación de la existencia de culpa o negligencia médica; también criticaron que el sentenciante haya hecho caso omiso a la ausencia de asientos médicos.

Adujeron que la sentencia es contradictoria, puntualmente al sostener que no existiría causalidad adecuada entre el actuar de los médicos -de los días 23 y 25 de junio- y el fallecimiento de Almada -el 16/7/2009-; que cursaba además del estado gripal una neumonía; y que no podía afirmarse que la internación y suministro del antiviral ante la primera y segunda consulta hubiese salvado la vida del fallecido.

Opinaron que no puede quedar a cargo de la víctima la demostración de que el cuidado que no se le prestó hubiese sido exitoso, *máxime* cuando las anotaciones de la historia clínica y el libro de guardias son deficientes e incompletas.

Tildaron de contradictoria la pericia médica y dirigieron sus embates contra lo expuesto en ella.

Objetaron que la sentencia expresara obrar coincidencias entre la pericia y las lecturas, sin puntualizar a qué lecturas se refería. Al respecto, sostuvieron la vaguedad del fallo y la contradicción entre el considerando 8 y el punto 30 de la pericia.

Se agraviaron de que la sentencia adopte como válida la expresión pericial en punto a que "nadie tuvo la culpa" ni "nadie incurrió en mala praxis", pues expusieron que en el considerando 1 la sentencia expresa que las partes están de acuerdo en relación con los hechos que desencadenaron el fallecimiento de Almada, de manera que se dio por acreditado que concurrió a la consulta el día 25 de junio así como que ese día no se dejó constancia ninguna de su estado de salud ni de sus síntomas ni signos, lo cual -a su criterio- significaría la aceptación de un déficit en la atención del paciente y en la atestación de los extremos sanitarios que presentaba.

Reiteraron los términos de la impugnación de la pericia formulada en los alegatos y solicitaron que sea tomado en cuenta en las conclusiones que rechazan la atribución de responsabilidad al centro asistencial, a sus agentes y al Estado demandado.

Objetaron la falta de historia clínica y constancias. En concreto, plantearon que la ausencia de esa información no puede inspirar soluciones a favor de los médicos o centros de salud sino todo lo contrario.

Observaron que no es común, en su criterio, que una persona asista dos veces en 48 horas al hospital si lo que tiene es una simple gripe estacional. Y citaron los dichos de las testimoniales de Rosana Urbini, Machiotte y Ponce como prueba del agravamiento en la salud de Almada.

Invocaron una clara falta de servicio del servicio público de salud de la demandada.

Por último, criticaron que el *a quo* pusiera en manos del perito aspectos esenciales de la función judicial, como son las valoraciones acerca de la existencia de culpa o negligencia de los operadores.

Como segundo agravio, plantearon la responsabilidad del Estado por su falta de servicio, pues razonaron que la prestación médico sanatorial en el hospital público perjudicó las chances de curación del paciente desencadenando el agravamiento de su salud y muerte. Fundamentaron en tal sentido.

Sin perjuicio de advertir la presencia de faltas personales en el caso, estimaron que existe responsabilidad estatal aún cuando ninguno de esos agentes haya "tenido la culpa".

Indicaron aspectos fácticos que a su criterio se corresponderían con la falta de servicio: anotaciones escuetas y desprolijas; Anotaciones inexistentes sobre la segunda consulta del 25/6/2009; falta de alerta sobre la reiteración de consultas; confundir el diagnóstico de gripe A y estacional en medio de una pandemia declarada; no esforzarse por discernir alternativas cuando la gripe estacional y la gripe A eran difíciles de distinguir para la clínica; omitir un hisopado; no administrar a tiempo la droga oseltamivir; extemporaneidad en la toma de recaudos.

Sostuvieron que la sentencia ignora la diferencia entre falta personal y falta de servicio, lo cual causa agravio.

Criticaron que el fallo haya analizado el tema en términos de "castigo al culpable" en lugar de hacerlo como "restitución a la víctima" y alegaron que Almada no tenía obligación de soportar el daño que la prestación irregular del servicio le produjo.

Indicaron -enumerándolas- que diez faltas de servicio fueron la causa directa del empeoramiento de la salud del fallecido.

Afirmaron que existió relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño sufrido por la víctima y sus derecho-habientes actores en la causa, como también que ninguno de ellos tenía la obligación de soportar la causación de dicho daño, siendo procedente la reparación integral.

3. Corrido el traslado pertinente, en fecha 25/6/2020 contestó agravios el Sr. Fiscal de Estado de la Provincia, Dr. Julio César Rodríguez Signes, peticionando se rechace el recurso, con costas.

En primer lugar impetró la deserción del recurso por falta de cumplimiento de los requisitos del art. 257 CPCC, en tanto no constituiría, a

su criterio, una crítica concreta y razonada del fallo sino una mera disconformidad con éste.

A continuación, contestó el primer agravio. Sin perjuicio de poner de resalto lo confuso del reproche actoral, aseveró que el *a quo* efectuó un correcto análisis de los hechos y derecho aplicable a autos, especialmente de la prueba pericial médica.

Afirmó que el recurrente se limitó a criticar la sentencia, quejándose de la pericia médica, sin brindar mayores razones sobre las que fundamenta el agravio.

Rebatió el planteo sobre la falta de expedición del juzgador a la impugnación de la prueba pericial médico, pues entiende que si el juez comparte las conclusiones del dictamen, no está obligado a contestar con precisiones técnicas las impugnaciones vertidas contra la pericia referida a conocimientos ajenos a su formación cultural como manifestó el recurrente. En cambio señaló que lo que sí precisa el *a quo* es motivar su decisión, lo cual estimó cabalmente acaecido en autos.

Sostuvo que no pueden tomarse respuestas aisladas del informe e impugnarlas sin sentido ni respaldo científico, tampoco mencionar vagamente que el mismo contradice lo acontecido en autos, sin aportar fundamentos.

Respecto a la historia clínica, y más allá del desarrollo conceptual y las sujeciones que trae a colación el recurrente, advirtió que del informe pericial surge un análisis pormenorizado de ella. Agregó que las declaraciones testimoniales transcritas en el recurso, no serían útiles para desvirtuar lo decidido por el juez de grado.

Respecto al segundo agravio, tildó que constituiría una consideración vacía de contenido. Expuso que la falta de servicio del artículo 1112 CC no implica una responsabilidad "superobjetiva" en la que el Estado terminaría asegurando todo daño al particular, sino que, para su configuración, el servicio que el Estado debía prestar lo haya sido en forma deficiente o insuficiente, siempre considerando las circunstancias del caso y las condiciones en las que estaba el Estado para prestar ese servicio. A su vez, señaló que ello dista muchísimo del supuesto de la responsabilidad por

acto lícito de la Administración, el que ha pretendido en su libelo la actora equiparar el presente.

Consideró que en las actuaciones no hay probanza alguna de una falta de servicio o servicio deficiente que deba dar lugar a una indemnización pecuniaria. Ofreció prueba y mantuvo reserva del caso federal.

4. Por su parte, requerida la opinión del Ministerio Público Fiscal, se expidió el Sr. Fiscal de Cámara interino, Dr. Alejandro Javier Bonnín, quien propició confirmar la sentencia de primera instancia.

Liminarmente, sostuvo que es correcta la decisión del juez de grado al encuadrar el *sub case* bajo las reglas y principios del código velezano.

Coincidió con el perito médico y el *a quo* en que la atención médica fue la adecuada conforme al estado clínico que Almada evidenciaba y recordó, en esa línea, que la obligación que asume el profesional de la salud es de medios y sólo responde cuando un error en el diagnóstico ha sido grave e inexcusable, lo cual -a su criterio- no existió en la especie.

Razonó que en supuestos como el de marras, en los que se coloca en tela de juicio el proceder del profesional de la salud, no hay dudas que la prueba pericial y la historia clínica tienen una relevancia preponderante dentro de las medidas probatorias del proceso.

Luego de analizar especialmente el dictamen del Dr. González Blanco, Médico Forense de la CSJN, advirtió que la solución arribada por el *judex* es la jurídicamente correcta, conforme la valoración integral y armónica de la prueba rendida en el proceso, y entendió también que las críticas de la apelante resultan insuficientes para conmovir el peso probatorio que el dictamen del especialista detenta en este caso.

En definitiva, analizado el obrar de los médicos que atendieron y trataron al occiso bajo la hermenéutica de los arts. 512, 902 del Código Civil, conforme a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, y en virtud de las reglas del arte de curar, concluyó que no medio culpa imputable a los galenos.

Agregó finalmente que la responsabilidad del Estado exige la

configuración de "falta de servicio", en cuanto mecanismo de atribución de responsabilidad, lo que en la especie no encontró acreditado.

5. En trance de resolver el recurso antepuesto, creo necesario remarcar algunas cuestiones de inusitado interés para la dilucidación del remedio articulado y que modelan la actividad judicial en materia de apelación.

La primera, reside en el hecho de apreciar que, en el análisis recursivo, los jueces solo están habilitados para examinar las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a decisión del grado que hayan sido materia de agravios (cfr. art. 263 CPCC) y, excepción hecha de las puntuales habilitaciones contempladas en los arts. 269 y 270 CPCC, no pueden oficiosamente revisar aspectos de la sentencia que las partes hayan consentido, los que -cabe agregar- no habiendo sido materia de agravios, han pasado en autoridad de cosa juzgada.

La segunda premisa, es que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (cfr. CSJN *Fallos*: 306:444; 302:235; 301:676; 300:535; 272:225; entre otros). En sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver en base a los hechos considerados jurídicamente relevantes (cfr. CSJN *Fallos*: 308:950; 308:2263; 280:320; 274:113; entre otros).

Por último, cabe advertir que la lectura del memorial recursivo autoriza a descartar la deserción del remedio impetrado por el Superior Gobierno provincial al momento de contestarlo, pues, a mi juicio, el libelo satisface los requerimientos exigidos por el art. 257 del CPCC. Presenta aquél una crítica individualizada, concreta y razonada de las partes del fallo que se consideran equivocadas, apoyándose en normas, doctrina y jurisprudencia pertinentes al planteo, lo que habilita a considerar formalmente admisible al recurso.

Al respecto, este Tribunal tiene dicho que si la parte apelante individualiza, aún en mínima medida, los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada, corresponde habilitar la



instancia recursiva, por cuanto la gravedad de los efectos con que la ley sanciona la insuficiencia de la expresión de agravios hace aconsejable relevar sus contornos en un enfoque favorable a la recurrente, lo que implica una garantía más para quien tiene o cree tener un legítimo derecho para accionar, en los términos del art. 65 Constitución Provincial (cfr. CCA n° 2, "BENÍTEZ, MARIANA GABRIELA Y OTRO C/ BOXLER LORENA S/ ORDINARIO DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. n° 1855/CU, sentencia del 13/9/2021).

6. Antes de abordar los agravios relativos a la responsabilidad, resulta menester analizar el encuadre jurídico de la pretensión deducida contra la demandada.

En esa dirección, se advierte que el presente juicio -daños y perjuicios- atañe al modo en que el servicio de salud ha sido desenvuelto por el Hospital Centenario de la ciudad de Gualaguaychú, nosocomio de titularidad del Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos, por lo que su solución exige acudir a las normas que reglan la responsabilidad estatal.

Cabe recordar que en nuestra provincia la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado, materia propia del derecho público local según el *leading case* "BARRETO" (Fallos: 329:759), ha sido el corolario de desarrollos jurisprudenciales más que legislativos, presentando en términos generales una evidente laguna normativa.

Sobre el punto, si bien es verdad que en el orden provincial existe en la actualidad legislación específica sobre la materia -cfr. Ley n° 10636 (B.O. del 23/11/2018)-, también lo es que los sucesos dañosos, cristalizados en los meses de junio y julio de 2009, se agotaron con anterioridad a su dictado, por lo que sus dispositivos de tinte sustantivos carecen de fuerza vinculante para resolver la presente controversia.

Pero que la legislación local en vigencia no surta efectos en el caso concreto no significa que la pretendida indeterminación normativa pueda salvarse de cualquier modo. A dicho fin, no resulta inocuo que los acontecimientos hayan acaecido en fecha *previa* al advenimiento del Código Civil y Comercial de la Nación (en vigencia desde el 01/8/2015), pues el citado *corpus iuris* no solo estipula que a partir de su vigencia la

responsabilidad estatal se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda (cfr. art. 1765 CCC), sino que en el dispositivo inmediato anterior reafirma que la normativa relativa a la responsabilidad civil no es de aplicación a la responsabilidad del Estado, de manera *directa* ni *subsidiaria* (cfr. art. 1764 CCC).

Por consiguiente, en caso de ausencia de ley local, o lagunas en el texto que vertebró la responsabilidad local, es perfectamente posible recurrir a las reglas del Código Civil de Vélez Sarsfield, claro está, no directa o subsidiariamente, sino mediante la técnica de la *analogía* -de segundo grado-, lo que exige al operador "adaptar las reglas del derecho privado según los principios del derecho administrativo (...) y luego aplicarlas al caso administrativo" (cfr. BALBÍN, Carlos, Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 100).

Ahora bien, a mi modo de ver la indeterminación normativa en materia de responsabilidad estatal en Entre Ríos es solo parcial, pues el art. 44 de la Carta Magna provincial contiene la piedra basal del sistema resarcitorio: el Estado provincial resulta responsable por los daños ocasionados por sus agentes -funcionarios y empleados- por cumplimiento irregular de sus funciones, en el marco de sus atribuciones, incluyendo para el caso una responsabilidad de tipo objetiva y directa, y justificada en la "falta o defecto del servicio".

Dado que allí concluyen las referencias del modelo resarcitorio provincial, y siendo que el postulado constitucional va en línea con lo dispuesto por el ex art. 1112 del CC -dispositivo que para la jurisprudencia cimera vertebró la responsabilidad estatal por ejercicio irregular de la función pública-, la solución del caso exige construirse con la doctrina que, sobre aquél, consolidó la Corte Suprema desde el precedente "VADELL" (cfr. BALBÍN, ob. cit., p. 123), salvando los aspectos no atendidos por el Alto Tribunal mediante *analógica* adaptación de los mandatos del *corpus* civil. Ese es el criterio seguido por esta Cámara a partir de la asignación de competencia recursiva en la materia (cfr. este Tribunal, *in re* "BRIOZZI, PEDRO LUIS Y OTROS C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS S/ ORDINARIO (CIVIL) S/ RECURSO DE

APELACIÓN", Expte. n° 1590/CU, sentencia del 27/10/2020, entre muchos otros).

Por otro lado, señalo que los actores son terceros respecto de la relación que vinculaba al paciente con el nosocomio público.

Por esa razón, y cualquiera haya sido la naturaleza del nexo entre los médicos y el fallecido, es claro que, en tanto los demandantes reclaman como damnificados indirectos la reparación que sufrieron *iure proprio* a consecuencia del fallecimiento de su esposo y padre (art. 1079, Cód. Civil), la responsabilidad de la emplazada a su respecto debe considerarse extracontractual (cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 501; LORENZETTI, Ricardo, *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, T. I, p. 381; BUERES, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 133; CNCiv, Sala G, "WADE, SANDRA D. C/ GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y OTROS", sentencia del 20/11/2007, RCyS 2008, 762).

#### 7. Agravios.

En su exordio, los apelantes esgrimen que la sentencia les produce tres claros agravios:

1. Se quejan porque el Juzgador fundó su conclusión exclusivamente en la pericia médica, desatendiendo las impugnaciones de su parte enderezadas contra ella, y sin contemplar otros elementos del plexo probatorio.

2. Se agravian de las razones exculpatorias brindadas en la sentencia, habida cuenta que, a su juicio, se habría registrado violación de las reglas del arte médico y sanatorial.

3. Por último, fustigan la decisión porque, contrariamente a lo afirmado en ella, para que proceda la obligación indemnizatoria del Estado no es condición *sine qua non* la demostración de la culpa médica en la actuación de alguno de los profesionales intervinientes, pues podría haber responsabilidad por falta de servicio y, aún, responsabilidad sin falta, por obrar lícito de la administración.

Empero, a la hora de fundarlos, los apelantes desarrollan sus

argumentos en dos capítulos. Por consiguiente, y a fin de salvaguardar ese diseño, el análisis de los agravios se realizará en el modo y orden propuesto.

#### 8. Primer Agravio

Se queja la apelante que la sentencia haya realizado un inapropiado análisis probatorio. Además de achacarle desdén a los elementos que favorecen al planteo de la actora y sobrevaloración de los que considera benefician a la demandada, critica que ella haya depositado el monopolio de la verdad, la racionalidad y el sentido jurídico a la pericia médica, desconociendo y desoyendo la impugnación realizada en su alegato.

De la enumeración de motivos que componen el resumen de reproches contra la sentencia, advierto que concentra sus embates en:

1. Haber depositado todos sus fundamentos en la pericia médica, con exclusividad y sin atender a las impugnaciones de su parte esgrimidas al momento de alegar que la revelaban contradictoria en sí misma y con las constancias de la causa, planteo que exige auscultar: a) si se puede fundamentar la sentencia exclusivamente en la pericia médica y, si en el caso se ha resuelto acudiendo exclusivamente a la pericia médica; b) si las impugnaciones de su parte a la pericia resultaban atendibles, permitiendo así descalificar a ésta como instrumento probatorio.

2. En su inapropiado análisis probatorio, por no haber considerado otras pruebas, entre ellas, la presunción derivada de no llevar correctamente la historia clínica, reproche que requiere indagar sobre: c) el valor probatorio de la irregularidad del legajo clínico; d) la existencia o no de otras probanzas que contrarresten lo decidido.

#### 9. Valor probatorio de la pericia médica

Ya en la tarea revisora del primero de los planteos que sustentan el agravio inicial, razones de distinta naturaleza me permiten desestimar rápidamente el embate postulado.

Desde una perspectiva *procesal*, porque así como no existe ninguna norma jurídica que impida al juez apartarse del informe pericial, tampoco hay dispositivos que vedan al decisor fundar la sentencia

únicamente en sus conclusiones. Desde el plano *fáctico*, porque el juez, a los fines de rechazar la pretensión, no se basó exclusivamente en la pericia. Emerge prístino del documento sentencial que también forjó su convicción acudiendo a otros elementos probatorios.

Abordando el argumento de tinte procesal, rememoro que el art. 462 CPCC dispone que la eficacia probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca.

Por consiguiente, bien hizo la Corte Suprema en remarcar en un conocido precedente, que en nuestro sistema los dictámenes periciales no revisten el carácter de prueba legal y están sujetos a la valoración de los jueces con arreglo a las pautas allí referidas (cfr. CSJN *in re*: "MIGOYA, CARLOS ALBERTO C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE Y OTROS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", del 20/12/2011, Fallos: 334:1821).

Ello no podría ser de otro modo pues, si los jueces se encontraran impedidos de valorar su testimonio, el dictamen del experto "capturaría" la decisión judicial, haciendo que, en definitiva, culmine impartiendo justicia quien no ha sido designado constitucionalmente para ello (cfr. esta Cámara, *in re*: "LEIVA, SONIA GRACIELA C/ GARELLI HUGO LUIS Y OTROS - ORDINARIO S/ LEGAJO (PARA SENTENCIAR DAÑOS)", Expte. n° 1659/CU, sentencia del 12/4/2021).

Cierto es que el juez no podrá fundar su discrepancia solo en su íntimo parecer, basándose exclusivamente en su particular modo de apreciar la cuestión, pues debe apoyar su disenso en pautas y conceptos científicos o técnicos relativos a la misma materia sobre la que se expidió el experto (cfr. LI ROSI, Ricardo, "La evidencia científica en el proceso judicial", en OSQUIGUIL, CORACH, LENCIONI, LI ROSI, *Manual de evidencia científica*, Comité de evidencia científica Poder Judicial de Río Negro, Bariloche, 2010, p. 211).

Así lo ha entendido este Tribunal, al decir, con basamento

autoral (ver CIPRIANO, Néstor A., "Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial)", en La Ley 1995-C, 623) que, en materia de mala praxis médica, cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad que tiene el juzgador de apartarse de lo expresado en el informe pericial, aun cuando ello no implica su aceptación lisa y llana, habida cuenta que el juez no homologa la pericia (cfr. CCA n° 2, "ALMEIDA, MARCELINA ESTER C/ GOBIERNO DE ENTRE RIOS S/ ORDINARIO – DAÑOS Y PERJUICIOS S/ RECURSO DE APELACIÓN", sentencia del 09/11/2020).

Pero el juez no solo *puede* apartarse del dictamen. Aquél *debe* hacerlo si las conclusiones del peritaje aparecen carentes de fundamentos objetivos y rigor intelectual, y traducen solo conjeturas del experto que descansan en la certeza de la versión de los hechos aportados por el actor y no del conjunto de signos y síntomas que resultarían del reconocimiento médico (cfr. "MIGOYA", cit.).

Es que "el valor probatorio de un peritaje se mide por su apoyo gnoseológico y científico, es decir por la seriedad, prolijidad y exhaustividad del camino seguido por el experto para arribar a sus conclusiones" (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. El proceso de daños*, T. III, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 145), y que "la fundabilidad del dictamen no sólo condiciona su validez sino también su fuerza convictiva. A mayor fundamentación mayor será su valor convictivo. Inversamente a ello, cuanto más insuficiente sea tal fundamentación menor será su fuerza probatoria" (cfr. HIRUELA DE FERNÁNDEZ, María del Pilar, "La importancia de los principios lógico-clásicos en la argumentación del resto de sujetos, distintos del juez, que participan del proceso civil y comercial", en GHIRARDI, Olsen (Dir.), *Discusiones en torno del derecho judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, p. 201).

Las citas arrimadas resultan concordantes en admitir que, en líneas generales, el juzgador se encuentra habilitado para fundar su raciocinio en el dictamen pericial. Y si bien he de coincidir con la recurrente que la pericia médica no constituye el único medio probatorio que el

juzgador tiene a su alcance para resolver la controversia, considero también que, siendo comportamientos médicos (diagnósticos, estudios y tratamientos clínicos) los que se invocan como fundamento del deber de responder, no cabe duda que serán las pruebas “médicas” las que con preponderancia permitan corroborar el acierto o desacierto del proceder sanitario, pudiendo el juez apartarse de ellas solo en la medida en que justifique la falta de razonabilidad o científicidad de aquéllas.

Así lo ha considerado la jurisprudencia: “Es sabido que en esta clase de pleitos, en los que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia, de modo que tanto los hechos comprobados por el experto como sus conclusiones deben ser aceptados por el sentenciante, salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante, podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere para eso demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (CNCiv., Sala A, “B., R. y OTRO C/ SWISS MEDICAL SA Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX”, del 18/2/2019, RCyS 2020-I, 100, cita online: TR LA LEY AR/JUR/724/2019).

Descartada la queja sobre la pretendida imposibilidad jurídica de que el juzgador forje su convicción solo en el dictamen pericial médico, he de abordar el segundo de los argumentos por los que entiendo el embate no merece acogimiento.

En esa faena, advierto que la afirmación actoral no encuentra sustento en las expresiones de la sentencia.

Allí se refleja de modo supino que el juez, lejos de circunscribirse al dictamen pericial, cimentó su respuesta también en otros elementos probatorios obrantes en la causa.

Los fundamentos brindados por el A quo (cfr. f. 459)

refractan que si bien los dichos del perito constituyeron el punto nodal de su decisión, ésta parece haber encontrado igualmente apoyo en los informes blandidos por el Ministerio de Salud de la Nación así como en los partes diarios de las medidas de contingencia adoptadas a la fecha en que se presentó la patología en Almada, instrumentos que esgrime agregados a ff. 238/289.

Ergo, no es posible reprochar a la decisión judicial haber sido “capturada” por la pericia pues sus considerandos denotan que el juzgador ha fundado su posición acudiendo también a otras probanzas del proceso.

#### 10. Valor probatorio de la historia clínica

En trance de expedirme sobre el segundo de los embates que componen el agravio inicial, cuestiona la apelante que el juez no haya atendido las impugnaciones de su parte a la pericia que la revelaban contradictoria en sí misma y con las constancias de la causa.

Sin perjuicio de apreciar que el texto de la sentencia parece haber considerado -aunque en modo escueto y genérico- los cuestionamientos dirigidos al informe del experto (“...no advirtiendo que (...) las conclusiones periciales (...) con fundamentos adecuados, no rebatidos con argumentos de mayor peso (...) por no haberse demostrado que la pericia médica resulte carente de rigor científico o que se encuentre reñida con principios lógicos o con los antecedentes agregados al juicio”), me concentraré en auscultar si las mentadas impugnaciones resultaban procedentes.

Anticipando posición, advierto que los defectos endilgados no merecen acogimiento.

En efecto, sostiene la apelante que existiría auto contradicción en la pericia, pues mientras en la respuesta a la pregunta 30, el perito habría expresado la alta posibilidad de que el hisopado de fauces hubiera indicado la infección por gripe “A”, al responder el número 8 de los puntos requeridos por la demandada afirmó que no hubo error de diagnóstico ni en el proceder de los médicos previo a la internación, pese a reconocer que ese estudio -con resultado positivo- se habría realizado al paciente recién luego de aquel acto clínico.



La contradicción no es tal. Si bien en la respuesta 30 el perito aclara que el hisopado de fauces habría podido indicar la infección por gripe "A", ello no contradice el enunciado del punto 8 pues, al decir que no hubo falencia de diagnóstico ni error en el proceder médico con anterioridad a la internación, el perito tuvo en consideración el encasillamiento de su caso como "no sospechoso" (cfr. respuesta a la pregunta 43), circunstancia ésta que impedía efectuar el hisopado (cfr. respuesta a la pregunta 20). Ninguna duda cabe que el hisopado confiere la posibilidad de indicar la gripe A, pero tampoco puedo desconocer que el diagnóstico efectuado con anterioridad a su internación fue corolario del seguimiento a rajatablas del protocolo establecido por el Ministerio de Salud.

Entonces, el informe no resulta contradictorio pues, corolario de que las pautas ministeriales impidieron identificar el síndrome presentado por Almada como sospechoso de gripe A, éste fue diagnosticado, medicado y tratado por neumonía durante seis días, lo que el perito consideró acorde con la atención de esta patología (cfr. respuesta a la pregunta 45). Demás está decir que el diagnóstico habría sido erróneo si, de haber presentado el fallecido un caso sospechoso según la definición de la autoridad sanitaria, no se lo hubiera sometido a los métodos prescriptos por el protocolo para casos calificados de ese modo.

Tampoco hay contradicción entre la afirmación contenida en el punto 8 y la respuesta del perito brindada a la pregunta 13. Funda su queja en que si bien la pericia refiere a que durante el brote de gripe porcina cualquier persona con fiebre superior a 38° y síntomas de infección respiratoria aguda debía suponerse o sospecharse de estar infectada con el virus de la gripe A, no habría considerado al responder el punto 8 que la mentada sospecha no tuvo su correlativo diagnóstico ni el correspondiente tratamiento terapéutico respecto de Almada en sus visitas al nosocomio los días 23 y 25 de junio.

Entiendo que la respuesta no debe leerse de manera sesgada toda vez que el propio perito aclara en su informe que, a la fecha de apersonarse el causante al Centro de Salud, las recomendaciones de la autoridad sanitaria vigentes al 22/6/2009 establecían que el hisopado

nasofaríngeo para estudio virológico debía realizarse, en las áreas sin transmisión extensa como Gualeguaychú, sólo a los casos definidos como sospechosos o asintomáticos de casos confirmados (cfr. respuesta a la pregunta 20) y que Almada no revestía dicho *status*. En su respuesta a la pregunta 43, fue tajante en orden a que el occiso, al momento de su consulta, no cumplía las condiciones para calificar a su cuadro como un caso sospechoso, aclarando en la devolución a la pregunta 1 que, al ser atendido por el Dr. Fernández, éste dejó constancia que el paciente no presentaba antecedentes de contactos con nexo epidemiológico.

Por último, ataca la pericia por considerar que ella pretende restarle gravedad a la gripe A, al decir que el paciente podría curar incluso sin medicación, a pesar de reconocer, en su respuesta a la pregunta 55, la existencia de un porcentaje elevado de mortalidad.

Considero que la queja no resulta atendible. Basta apreciar que en el Alerta 8 del Ministerio de Salud de la Nación (DIREPI/ALERTA/J10-J18/8.2009), agregados a ff. 240/247, la autoridad epidemiológica afirma: "A escala mundial, la gravedad de esta pandemia es calificada por la OMS, por el momento, como Moderada (...) Los datos disponibles indican que la inmensa mayoría de los pacientes presentan síntomas leves y se recuperan completamente y con rapidez, a menudo sin haber recibido tratamiento médico", reiterando más adelante que "la mayoría de la gente se recupera de la infección sin necesidad de hospitalización o atención médica".

Las circunstancias puestas de manifiesto son harto contundentes en justificar que las deficiencias enrostradas al dictamen pericial carecen de entidad, por lo que su validez y fuerza convictiva no pueden discutirse.

11. Dejando a salvo las expresiones que habré de verter en el segundo agravio en orden a su implicancia en el campo de la denominada falta o defectuosidad del servicio, y recordando que los sucesos tuvieron lugar con anterioridad al dictado de la Ley n° 26529 (B.O. 20/11/2009), advierto que el valor probatorio derivado de la irregularidad de la historia clínica no tiene los alcances pretendidos por los apelantes pues, en el caso,

careció de entidad para alterar el *onus probandi* respecto de los presupuestos de responsabilidad estatal.

Con singular claridad enseña la doctrina que la anamnesis, o histórica clínica del paciente, es la registración analítica de todos los síntomas que interesan al enfermo y contribuye a proveer el diagnóstico correcto sobre las condiciones patológicas existentes (cfr. DEFLORIO, Clara, "*La responsabilità medica in caso di successione nella posizione di garanzia*", en *Rivista cammino diritto*, del 26/7/2021, consultable online en <https://rivista.camminodiritto.it>).

En el marco del proceso resarcitorio, se dijo que su valor probatorio es incalculable, ya que de su contenido -datos fácticos- el intérprete podrá, en yuxtaposición con las demás probanzas colectadas en autos, constatar los presupuestos básicos e indispensables para el progreso de la pretensión indemnizatoria (cfr. PREVOT, Juan Manuel, *Responsabilidad médica*, Delta Editora, Paraná, 2007, p. 274).

Así lo ha entendido este Tribunal, al decir que las constancias de la historia clínica son un elemento valioso en los juicios en los que se debate la responsabilidad del galeno o del nosocomio, y sus imprecisiones y omisiones no deben redundar en perjuicio del paciente, atendiendo a la situación de inferioridad en que éste se encuentra y la obligación de colaborar en la difícil actividad esclarecedora de los hechos que a aquéllos les incumbe (cfr. CCA n° 2, "ALVA, KATIA NAIR C/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS S-ORDINARIO DAÑOS Y PERJUICIOS S/ RECURSO DE APELACIÓN", EXPTE. n° 1565/CU, DEL 18/9/2020).

Por esa razón coincide la doctrina autoral que, "en su defecto, en caso de ser ilegible, incompleta, de imperfecta redacción, deficiente o ante su desaparición o inexistencia, *podrá* actuar conjuntamente con otras condiciones abstractas como elemento coadyuvante a los efectos de tener por acreditado vía presunciones las mentadas condiciones" (PREVOT, Juan Manuel, ob. cit., pp. 274/275).

Es que la historia clínica debe interpretarse de conformidad con el detalle, la integridad y la continuidad secuencial de sus asientos. Por lo que sus omisiones, ambigüedades, discontinuidades, los claros o las

enmiendas y defectos que presente originan presunciones *hominis* desfavorables al médico, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarla.

Empero, luego de manifestar que el valor probatorio de la historia clínica defectuosa exige distinguir entre el tipo (incompleta e irregular o adulterada) y magnitud de los defectos ostentados (carencia de datos meramente relevantes o faltas sustanciales), el autor en cita nos advierte que el efecto jurídico del defecto requiere estar a su trascendencia causal, es decir, si el acto médico omitido tiene aptitud suficiente para generar el resultado según las reglas normales de la experiencia (cfr. PREVOT, Juan Manuel, ob. cit., p. 302)

Por eso, concluye con quirúrgica claridad que si bien las historias clínicas confeccionadas de manera incompleta o irregular constituyen un fuerte indicio para tener por presumida la existencia del nexo causal y la culpa médica, "...por sí solas no tienen entidad suficiente para tener por acreditados tales presupuestos, sino que deben aportarse otros elementos que coadyuven a su demostración" (cfr. PREVOT, Juan Manuel, ob. cit., p. 304, nota 66).

Por consiguiente, cuando la omisión no tenga incidencia causal sobre el resultado, la irregularidad podrá servir como instrumento para aligerar su prueba, pero nunca para eximirla. Ello así porque las omisiones solo pueden producir presunciones en contra del médico siempre que exista un vínculo causal entre el dato omitido o consignado irregularmente y el resultado dañoso que se imputa (cfr. LORENZETTI, Ricardo L., Responsabilidad civil de los médicos, T. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 253).

La inteligencia desplegada permite aventar la queja en cuanto a que, como corolario de la deficiente e incompleta historia clínica, no podía quedar a cargo de la víctima la demostración de que el diagnóstico adecuado y el cuidado no prestado habrían sido exitosos en impedir el deceso de Almada, pues la advertida falencia no solo no eliminó su deber de *probar* los presupuestos de la responsabilidad estatal sino que en autos no luce acreditado el vínculo causal entre el dato considerado omitido o no

registrado y el deceso.

La carga de la prueba del nexo etiológico incumbe a la víctima (cfr. art. 363 CPCC) no obstante su aligeramiento probatorio por la aplicación de diversos institutos, especialmente procesales, como el de las cargas probatorias dinámicas, el deber de colaboración de quien está en mejores condiciones de aportar prueba al juicio o el ensanchamiento de las presunciones *hominis*.

Cierto es que no está discutido que el Sr. Almada concurrió a la consulta el día 25 de junio así como que ese día el galeno interviniente no dejó constancia ninguna de su estado de salud, ni de sus síntomas ni signos. No lo hizo en el libro de guardias ni en la historia clínica llevada por el nosocomio. Tampoco en otra documentación médica del Hospital Centenario.

Pero también hay que decir que, tanto su visita anterior al centro médico -23/6/2009- como la posterior -29/6/2009- sí se encuentran registradas, revelando sus constancias dar cuenta de la sintomatología presentada, estudios realizados y tratamientos aconsejados por los médicos y personal interviniente.

Si, en el mejor de los casos para los apelantes, la defectuosidad del llenado de los registros clínicos conlleva *presunción* de veracidad de lo dicho por la actora como acontecido en el acto no registrado, resulta evidente que ello no habría de variar la observación del *A quo* respecto de la falta de acreditación del nexo causal entre el *dato* omitido y el deceso de Almada. Ello así, pues de los sucesos atribuidos en el promocional como ocurridos en la visita del día 25/6/2009 no surge que aquél haya expresado al médico de guardia contar con la totalidad de los presupuestos requeridos por el Ministerio para considerar "sospechoso" a su caso, única circunstancia habilitada para torcer la respuesta del nosocomio, según las líneas guías y protocolos vigentes impuestos por la autoridad sanitaria.

Por el contrario, las vicisitudes atribuidas a dicha visita por los pretendientes, compartida por la demandada, revisten peculiar analogía con los sucesos acontecidos en su visita anterior, no imputándose al

nosocomio una impostación diferente de frente a la sintomatología denunciada.

Ergo, no puede atribuirse al defecto registral valor probatorio del nexo causal entre la actividad o inactividad estatal y el resultado, pues los *datos omitidos* no pueden considerarse como los autónomos causantes del deceso de Almada.

12. Por último, la sentencia es resistida porque el juzgador no habría acudido a otras probanzas que, a juicio de los apelantes, habilitaban una solución diferente.

Empero, a la hora de enumerar las pruebas que a su criterio demostraban que Almada murió *exclusivamente* por la atención recibida entre los días 23 y 29 de junio de 2009, los apelantes se limitaron a enfatizar que los defectos en la historia clínica no podían inspirar soluciones a favor del centro de salud ni los médicos que incumplieron el imperativo de confeccionarla en debida forma, así como a extractar las testimoniales de los testigos propuestos por su parte -familiares, amigos y vecinos-, las que -según textuales expresiones- daban cuenta de su grave estado de salud al momento de acudir por atención médica los días previos a su internación.

Auscultando los legajos de prueba, no encuentro elementos que permitan sostener la afirmación de los apelantes, la que, de por sí resulta de difícil -sino imposible- apuntalamiento si, como reconocen aquellos en su libelo, se encontraba en curso una pandemia viral de magnitud (Influenza H1N1), declarada como tal por la Organización Mundial de la Salud desde el 11 de junio de 2009.

Circunstancia ésta que, como se verá con mayor profundidad en la solución del agravio siguiente, no solo pone en serios aprietos las reglas de la *lex artis* y las líneas guías fijadas por la comunidad científica de frente al desarrollo de un virus desconocido y mutable, sino que también trastoca de manera definitiva los cimientos del régimen de responsabilidad sanitaria pensado para tiempos de normalidad.

Refuerza lo aquí postulado el hecho de advertir que, según la historia clínica, Almada fue efectivamente internado y atendido en el Hospital Centenario desde el día 29 de junio hasta su lamentable deceso,

acontecido el 16 de julio -atención ésta que no ha sido cuestionada- y, a juzgar por las expresiones obrantes en la anamnesis, el fallecimiento se produjo por un fallo orgánico múltiple por shock infeccioso.

Demás está decir que la demostración que el fatal desenlace aconteció por las desatenciones acontecidas en los días previos a su internación hospitalaria no puede considerarse acreditado mediante testimoniales no médicas ni por presunciones *hominis*.

No existiendo en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos, el embate deviene inadmisibile.

13. En definitiva, considero que el análisis probatorio en el que reposa la decisión no merece objeciones. La fuerza convictiva del dictamen pericial ha sido justamente ponderada por el juez al sentenciar, de conformidad con las reglas de la sana crítica racional y en consonancia con la plataforma fáctica que sustenta el proceso, no existiendo otros elementos clínicos que permitan controvertir sus conclusiones. Reflejando entonces una razonable aplicación del derecho imperante a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa, corresponde confirmar el decisorio recurrido en lo que ha sido materia de embate.

14. Segundo Agravio: Responsabilidad del Estado por su actividad sanitaria

Cuestionan los apelantes que el juez haya decidido el caso omitiendo aplicar las categorías analíticas propias de la responsabilidad estatal construidas sobre el art. 1112 del Código Civil, y que, por su conducto, no haya reconocido su responsabilidad ante lo que considera una evidente falta de servicio de la salud pública provincial en la atención, recepción, externación y seguimiento de Almada.

Esgrimen que, en su decisión, el *a quo* se ha limitado a analizar la existencia o no de una falta civil en alguno de sus agentes, sin penetrar en la esencia de la responsabilidad del Estado, régimen que excede de las faltas individuales o las malas acciones de los agentes estatales en particular.

Luego de enumerar los sucesos que califican como faltas del

servicio, entienden que la manera de desarrollarse la prestación médico sanatorial en el hospital público perjudicó las chances de curación del paciente, desencadenando el agravamiento de su salud y finalmente su muerte, por lo que consideran un absurdo que la sentencia haya negado la existencia de relación de causalidad entre esa prestación y su fallecimiento.

Concluyen que, no habiendo tenido Almada el deber jurídico de soportar el daño padecido, aun cuando se haya calificado el comportamiento del nosocomio como ajustado a las pautas sanitarias vigentes, igualmente debió el juzgador ordenar su resarcimiento con fundamento en la responsabilidad por su actividad lícita.

Así las quejas, puedo sintetizar el embate reagrupando en tres a las críticas que sustentan el agravio.

1. Haber recurrido a un encuadramiento jurídico erróneo sobre la responsabilidad estatal para resolver el caso, planteo que exige auscultar si el fundamento legal invocado para juzgar la responsabilidad estatal por su actuación sanitaria ha sido o no el correcto,

2. haber rechazado la demanda por no reconocer entidad a las faltas en la prestación del servicio de salud, y por haber considerado inexistente la relación de causalidad entre la inconducta estatal y el daño, lo que requiere corroborar: a) si la prestación sanitaria estatal en relación a Almada configuró o no falta o defecto de servicio; y b) si el nexo etiológico fue o no efectivamente acreditado.

3. por último, no haber igualmente reconocido responsabilidad por la actuación *legítima* del Estado de frente a la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño.

15. Responsabilidad estatal por su actividad sanitaria.

En trance de resolver el primero de los embates que componen el agravio, memoro que en la sentencia, el juez de grado procedió a negar responsabilidad estatal por el luctuoso suceso, haciendo base en las consideraciones vertidas por el perito médico Juan C. González Blanco (obrante a ff. 80/103 del Expediente n° CIV 71347/2015, reservado bajo sobre n° 3048), y en el informe del Ministerio de Salud de la Nación y partes diarios de las medidas de contingencia adoptadas, agregados a ff.



238/289.

En lo medular, entendió no advertir elementos que contradigan las conclusiones periciales, las que consideró fundadas y no rebatidas con argumentos de mayor peso. Por consiguiente, no estando demostrado que la pericia resultó carente de rigor científico o encontrarse reñida con principios lógicos o con los antecedentes agregados a juicio, decidió acordarle eficacia probatoria plena.

Con base en dichas conclusiones, interpretó no estar probada la relación de causalidad entre el tratamiento hospitalario y el deceso de Almada, al no poder colegir la existencia de impericia, ignorancia o negligencia de parte de los médicos del nosocomio, pues, de acuerdo al dictamen pericial, dicha actuación lo fue conforme a las recomendaciones dictadas para la contingencia pandémica.

En su opinión, dado que la responsabilidad estatal hallaba fundamento en la *obligación de seguridad* que deben brindar los hospitales públicos a sus pacientes (art. 504 CC), y que, para que dicha garantía se dispense es *conditio sine qua non* la demostración de la culpa médica de los profesionales, la ausencia de elementos que acrediten que los profesionales dependientes del Hospital Centenario hayan actuado deficientemente, ameritó descartar la responsabilidad estatal.

Considero que asiste razón a la quejosa en el erróneo encuadramiento jurídico de la sentencia en orden al deber de responder estatal por su actuación sanitaria.

Concuerdo con los apelantes en que la inobservancia del deber de *asistencia médica* en el nosocomio público conlleva la configuración de la responsabilidad objetiva y directa del Estado por falta de servicio, toda vez que quien contrae la obligación de prestar el servicio de asistencia sanitaria a la población, lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su prestación irregular.

Esta es la doctrina de la Corte Suprema imperante al momento del suceso. En plena vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, y con fundamento en su art. 1112, sostuvo que la deficiente prestación del

servicio de salud en establecimientos asistenciales estatales constituye un supuesto de responsabilidad estatal por falta de servicio (cfr. CSJN *in rebus*: "BRESCIA, NOEMÍ LUJÁN C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE Y OTROS", del 22/12/1994, Fallos: 317:1933; y "SCHAUMAN DE SCAIOLA, MARTHA SUSANA C/ PROVINCIA DE SANTA CRUZ Y OTRO", del 06/7/1999, Fallos: 322:1393).

Comentando estos antecedentes, se dijo que la normativa constitucional e infraconstitucional impone al Estado el deber jurídico de realizar prestaciones positivas dirigidas, sustancialmente, a la prevención de la enfermedad y a la asistencia -médica y terapéutica- de los enfermos, y que ese deber consiste "en poner al servicio de la prevención de la enfermedad y de la asistencia al enfermo, de modo razonable, los medios adecuados posibles, de acuerdo con los conocimientos científicos, y en la medida de los recursos disponibles, siempre según las circunstancias del caso, en base a un *standard* medio de asistencia a la salud de la población" (cfr. JEANNERET DE PEREZ CORTES, María, "Responsabilidad del Estado en materia de salud pública" en AAVV, *Responsabilidad del Estado y funcionario público*, Rap ediciones, Buenos Aires, 2001, p. 311), y que "sólo acudiendo a una ficción podría encuadrarse la prestación del servicio público de salud en la figura del contrato (cfr. JUAN LIMA, Fernando, "Responsabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de salud pública", en AAVV, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Rap ediciones, Buenos Aires, 2008, p. 195).

Análogo lineamiento ha seguido, entre nosotros, la Excma. Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, al sostener que "...el hospital público se encuentra obligado a organizar el servicio de salud, y frente a un deficiente funcionamiento del mismo el Estado responde directa y objetivamente, pues ello hace a su propia función y no a la actuación del profesional o dependiente que desarrolla su actividad en su seno. Si el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente queda atrapada la responsabilidad del Estado, pues se parte de una situación objetiva de falta o deficiencia del servicio que por mandato constitucional debe garantizar, pues constituye uno de los fines esenciales que justifican

su propia existencia. El Estado tiene el deber jurídico de realizar prestaciones positivas dirigidas a la asistencia médica y terapéutica de los pacientes, y como consecuencia de ello surgirá su responsabilidad si no cumple de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos a sus órganos, de modo expreso o implícito, por el ordenamiento jurídico (...) El Estado como tal debe a los particulares funciones esenciales: salud, justicia, educación y seguridad, por ello la prestación efectivizada en el hospital público es la consecuencia de la asunción del Estado de su función propia, y la responsabilidad no surge de una obligación previa nacida de un contrato -responsabilidad contractual- sino del deber genérico e indeterminado de no dañar -responsabilidad extracontractual-" (cfr. STJER, Sala Civil y Comercial, *in re*: "GODOY CLAUDIO ALBERTO C/ ESTADO PROVINCIAL Y OTROS S/ ORDINARIO", sentencia del 12/8/2010; y más recientemente, en "MARTINS BAPTISTA, ILEANA NOELIA EN REP. DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS S/ ORDINARIO DAÑOS Y PERJUICIOS", sentencia del 04/6/2019).

Y también este Tribunal. Luego de enumerar los requisitos para enrostrarle responsabilidad al Estado por hechos u omisiones ilegítimas ha dicho que el deber de responder anida en la falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento o por el funcionamiento defectuoso del servicio (cfr. CCA n° 2, "ALVA, KATIA", del 18/9/2020, cit.).

No puedo desconocer que parte de la doctrina autoral ha sostenido que el deber de responder estatal por la actuación defectuosa de sus nosocomios reposa en el deber de seguridad de los pacientes internados. Pero tampoco desconozco que, quienes así lo admiten, esgrimen que el citado factor de atribución solo resultaría procedente de frente a sucesos dañosos acontecidos al interior del hospital, pero ajenos al "acto médico" (cfr. GALDÓS, Jorge, "Mala praxis médica y responsabilidad del Estado por el funcionamiento del hospital público", RCyS 2004, 486, cita online: TR LALEY AR/DOC/2176/2004; en idéntico sentido, PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., Tratado de responsabilidad civil, T. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 592).

Por consiguiente, si lo que se reprocha en autos es un error de diagnóstico médico que habría provocado la tardía internación del paciente y postergado el suministro del tratamiento propio de la dolencia, no cabe duda alguna que no es la obligación de seguridad sino la falta de servicio en donde halla reposo el deber de responder estatal (cfr. CSJ Santa Fe, "LEIVA, JUAN PEDRO C/ MONTORFANO, DUSOLINA GLADYS S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD", sentencia del 03/3/2020, SAIJ: Sumario nro. C1007958). El deber de seguridad se erige en el detonante de la responsabilidad estatal solo de frente a sucesos no médicos acontecidos al interior de los hospitales públicos.

En definitiva, la responsabilidad del Estado por su actuación hospitalaria es extracontractual, resultando aplicable, al tiempo que refiere la controversia, el art. 1112 del Código Civil.

Ahora bien, el hecho de que la responsabilidad estatal resulte directa y objetiva no implica que la actuación de los galenos del nosocomio sea inocua para su definición pues, si el reproche se yergue en el error de diagnóstico o en el suministro tardío de medicamentos por parte del personal sanitario, va de suyo que serán esos sucesos los que sustentarán el defecto o falta de servicio.

En ese sentido, suscribo que "la doctrina de la falta de servicio no es sino una culpa objetivada, o -lo que es igual- una responsabilidad modelada sobre la base de un estándar objetivo de diligencia esperable, para lo cual debe efectuarse una verificación en concreto "que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño" (cfr. PIZARRO, Ramón D., Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, T. I, Astrea, Buenos Aires, 2013, pp. 306/307).

Por ende, si la obligación del servicio se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar, debe dilucidarse si la actuación u omisión de los médicos del nosocomio que atendieron a Almada adquirió entidad suficiente para configurar la falta o defecto de servicio, lo que patentizaría la

responsabilidad del Estado a tenor del art. 1112 del Código Civil, claro está, en la medida en que también se hallen acreditados los restantes presupuestos a los que se supedita su procedencia.

16. Definido el fundamento del deber de responder del Estado por su actividad sanitaria, corresponde verificar si las actuaciones reflejan acreditados los recaudos que la vertebran, particularmente, la falta de servicio y el nexo causal, por resultar éstos los aspectos sobre los que se erige el remedio recursivo.

#### 17. Falta de servicio

En relación al factor de atribución, enfatizan los apelantes que en la causa se habrían verificado las siguientes faltas o irregularidades en el servicio: 1) no anotar en la historia clínica, desde la primera consulta, los signos y síntomas del paciente y la información terapéutica elemental para su seguimiento y curación; 2) no registrar la consulta del paciente del día 25/6/2009; 3) ausencia de alerta sobre la reiteración de consulta por parte del mismo paciente dos días después de la primera; 4) confundir los diagnósticos de gripe A y de la gripe estacional, en medio de una pandemia ya declarada; 5) no esforzarse en discernir alternativas ante la dificultad de distinguir entre la gripe A y la estacional; 6) omitir la realización de un hisopado que hubiera permitido diferenciar las dos enfermedades y diagnosticar adecuadamente a la patología sufrida; 7) por su abulia funcional, no suministrar a tiempo la droga *Oseltamivir*, idónea para curar la gripe A; 8) extemporaneidad de las prestaciones -hisopado y antiviral suministrados una vez internado y en estado grave-.

En trance de verificar su configuración, observo que no se halla discutido que la atención médica objeto de reproche aconteció en el servicio de guardia del Hospital público de Gualeguaychú, entre los días 23 y 29 de junio de 2009, momento en que la República Argentina estaba transitando epidemiológicamente los efectos del virus de influenza H1N1, conocida como "gripe A", la que había sido declarada *pandemia* por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en fecha 11 de junio de 2009.

La palabra *pandemia*, derivada del griego  $\mu$  (de "todo" y  $\mu$  "pueblo"), e identifica el riesgo imprevisible al que la entera

población mundial se encuentra expuesto a causa de un agente patógeno o de una enfermedad contagiosa desconocida. En la definición de la Organización Mundial de la Salud la pandemia es “una epidemia que se verifica en todo el mundo o sobre un área muy amplia que atraviesa confines internacionales y que por lo general golpea a un gran número de personas”, las que con frecuencia no gozan de inmunidad.

En el artículo 1° del Reglamento Sanitario Internacional (IHR), vigente en la República Argentina, la pandemia es definida como “un evento extraordinario que conlleva un riesgo para la salud pública de los Estados mediante la difusión internacional de las enfermedades y que requiere potencialmente de una respuesta internacional coordinada”.

La OMS tiene bajo control el surgimiento de epidemias y pandemias en el mundo, y emite avisos a las autoridades sanitarias de los países miembros relativos a los riesgos pandémicos. Al Director General de la OMS, ejercitando la llamada *International Public Authority*, le corresponde dictar la *Declaración de pandemia* que es un acto unilateral dirigido a los Estados con el objetivo de tutelar la salud pública con la imposición de algunas medidas que puedan limitar y contener la emergencia.

Sin desconocer las peculiares aristas que podría presentar un determinado flagelo, considero que, en general, toda pandemia incide por lo menos en tres áreas concretas del servicio de salud:

1) En las dificultades del *diagnóstico*, como corolario de la intensidad del contagio, de la mutación del virus, del escaso grado de conocimiento de la ciencia, de la existencia de recursos económicos y sanitarios, y de la mayor o menor afectación del establecimiento sanitario a la pandemia, de por sí impactado por un estado de emergencia que le demanda prestaciones diagnósticas y curaciones calificadas como excepcionales (cfr. IZZO, Umberto, “*Responsabilità sanitaria e covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla*”, en *Responsabilità civile e previdenza* n° 6 (2020), p. 1768).

El diagnóstico esconde la dificultad de identificar el momento en el que tuvo lugar el contagio -dados los tiempos variables de incubación del virus-, cuanto la imposibilidad de aplicar, en situaciones de emergencia,

las conductas terapéuticas propias de las líneas guías o buenas prácticas clínicas generadas para tiempos ordinarios, teniendo en cuenta que se trata de una enfermedad absolutamente nueva, de la que existen escasos conocimientos etiopatogénicos y respecto de la cual no existen orientaciones claras, unívocas y compartidas por parte de la comunidad científica sobre las decisiones diagnósticas, ni tampoco terapias autorizadas y validadas científicamente que lleven certezas de infalibilidad (BONVICINI, Barbara, VIERO, Alessia, DONELLI, Fabio, GABRIELLI, Fabio, CECCHETTO, Giovanni, TERRANOVA, Claudio, VIEL, Guido, MONTISCI, Massimo, "La sicurezza delle cure in corso di pandemia da covid-19: una nuova sfida per il sistema sanitario nazionale", en *Rivista italiana di medicina legale* n° 2 (2020), p. 1033).

2) En la infalibilidad de los *tratamientos*. Si bien es verdad que en el campo de la normalidad tampoco se puede reconocer eficacia absoluta a los tratamientos médicos, también lo es que dicha efectividad disminuye sensiblemente en el marco de la pandemia como corolario de la imprevisibilidad del derrotero del virus, el grado de avance de la ciencia y la afectación de las áreas sanitarias casi con exclusividad al fenómeno. El dato desde el cual hay que partir reside en la imposibilidad de establecer un estándar de cura adecuado de frente a una patología desconocida (al menos inicialmente), la falta de consenso científico sobre prácticas clínico asistenciales efectivas y la excepcionalidad de la demanda de atención (cfr. FACCI, Giovanni, "La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile", en *Responsabilità civile e previdenza* n° 3 (2020), p. 706). Por caso, la actual epidemia ha demostrado que la vacunación completa no ha sido obstáculo para que se produzcan consecuencias dañosas. Es más, según información extraída de la página de la OMS, a la que corresponde remitir, ninguno de los antídotos autorizados presenta una efectividad inmunológica del 100%, lo que conlleva a que no se pueda acordar infalibilidad a los tratamientos respectivos.

3) En el deber de los operadores clínicos de seguir a rajatablas los *protocolos* preestablecidos por la autoridad máxima del sistema sanitario, tanto en la fase del diagnóstico cuanto en la curativa.

Razones basadas en la certidumbre relativa propia de la emergencia (se dice que la pandemia refleja una fase histórica dominada por incertidumbres (cfr. GENTILOMO, Andrea, "La peste e la colpa", en *Rivista italiana di medicina legale* n° 2 (2020), p. 1019), así como en la existencia de recursos finitos de frente a la imprevisibilidad de los linderos de la pandemia, obligan a los integrantes del sistema de salud a respetar la normativa e instrucciones fijadas por la autoridad, encontrándose impedidos de evaluar respuestas farmacológicas individuales y de adoptar terapias que podrían considerar adecuadas a las exigencias del cuadro clínico del paciente (cfr. DEFLORIO, Clara, cit.).

Constituye un imperativo subrayar que, en el marco de una pandemia, a todas luces imprevista y excepcional, la *lex artis* para diagnosticar y tratar la patología local exige seguir las líneas guías e instrucciones suministradas por la autoridad sanitaria internacional, por resultar ésta quien, en ejercicio de sus atribuciones de monitoreo y control del desenvolvimiento epidemiológico a nivel planetario, tiene acceso a las prácticas y estudios más evolucionados de la comunidad científica internacional sobre la cuestión.

Cierto es que las indicaciones sanitarias en el ámbito nacional y provincial pueden contener modulaciones respecto de los instructivos y recomendaciones internacionales, pues va de suyo que el escenario doméstico no necesariamente presenta idénticas características que las existentes en otros rincones del planeta. Pero ninguna duda puede caber a estas alturas en relación a que el arte de curar la patología viral en el marco de una pandemia exige atenerse a las prácticas y recomendaciones brindadas por las autoridades sanitarias, recordando que en aquel escenario, el bien jurídico que corresponde prioritariamente tutelar, más que la salud de cada uno de los ciudadanos individualmente considerados, lo es la salud de la comunidad en su conjunto.

Las peculiaridades citadas impactan en por lo menos tres aspectos específicos de la responsabilidad derivada de la prestación sanitaria:

- a) En la configuración del factor de atribución *falta de*



*servicio*, en los términos exigidos por la Corte Suprema. Si como se dijo antes, un servicio es regular si constituye el resultado de haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar, va de suyo que una pandemia refracta con especial énfasis en dichos contornos. Con independencia del grado de previsibilidad del daño y de los medios que disponga el servicio, sin duda será el apego o apartamiento de los protocolos establecidos por la autoridad sanitaria la línea divisoria entre un servicio adecuado y diligente de aquel que no lo es. Si los protocolos de las autoridades competentes han impuesto a los centros de salud el deber de adoptar específicas medidas sanitarias de frente a la contingencia, la prueba documentada de la efectiva adopción de las mismas libera a las estructuras de toda responsabilidad derivada de su prestación (PARZIALE, Andrea, *“Rischio clinico e responsabilità civile del personale sanitario e della struttura per difetto di organizzazione”*, en *Rivista italiana di medicina legale* n° 4 (2020) p. 2011).

b) En la acreditación del *nexo de causalidad* entre la asistencia considerada defectuosa y el daño. Dadas las características del virus, el grado de avance de la ciencia, y la falibilidad del tratamiento, no es posible predicar que el diagnóstico precoz y el suministro de medicamentos resultan eficaces para evitar el deceso o, cuanto menos, mitigar las dolencias padecidas.

c) En el *deber jurídico de soportar el daño*. Siendo que la pandemia traduce una excepcional dificultad de tipo médico, científica y organizativa que irradia sus consecuencias sobre la comunidad toda (cfr. BOLCATO, Matteo, TETTAMANTI, Camilla, FEOLA, Alessandro, *“L’epidemia, la cura, la responsabilità e le scelte che non avremmo mai voluto fare”*, en *Rivista italiana di medicina legale* n° 2 (2020), p. 1043), resulta basilar colegir que su implementación y confrontación conlleva riesgos que, en determinadas circunstancias, el paciente tiene el deber de soportar.

El diagrama expositivo amerita a enfatizar dos claras conclusiones.

La primera, que toda reflexión sobre la eventual irregularidad de la asistencia sanitaria prestada en el marco de la pandemia

debe partir del escenario de referencia. Ello así porque en la prestación del servicio de salud en tiempos de pandemia lo que entra en juego es un perfil externo al grado de pericia médica: el *contexto* en el cual el servicio es prestado (cfr. SCODITTI, Enrico y BATTARINO, Giuseppe, "*Decreto legge n. 18/2020: l'inserimento delle norme sulla responsabilità sanitaria*", consultable en [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), del 3/4/2020).

La restante, que el juzgamiento de la responsabilidad sanitaria en tiempos de pandemia exige modelar los contornos del régimen resarcitorio pensado para determinar la responsabilidad de los establecimientos sanitarios en períodos ordinarios (cfr. FACCI, Giovanni, *cit.*), pues no parece racional trasladar sin miramientos las respuestas propias de la normalidad a la situación extraordinaria (PITTELLA, Domenico, "*L'impatto dell'emergenza sulla responsabilità civile sanitaria*", en *Responsabilità civile e previdenza* n° 2 (2021), p. 681).

Con todo, lo apuntado no implica en modo alguno que la sola existencia de la pandemia debería excluir toda responsabilidad por la actuación sanitaria -lo que sería de dudosa constitucionalidad habida cuenta que su eliminación causaría la inaceptable consecuencia que aquellos que hayan sufrido violaciones del derecho a la salud durante la emergencia, tendrían sustancialmente vedado el remedio resarcitorio- (FRATI, Paola, MANCARELLA, Paola, VIZZINO, Francesca, LA RUSSA, Raffaele, FINESCHI, Vittorio, "*Profili di responsabilità medica nell'emergenza covid-19: è già tempo per una rivisitazione della legge n. 24/2017*", en *Responsabilità civile e previdenza* n° 5 (2020), p. 1714).

Es que la pandemia no elimina la responsabilidad por la actuación hospitalaria defectuosa. Lo que la emergencia produce es el sometimiento de la *lex artis* a las pautas y protocolos preestablecidos por la autoridad sanitaria, como corolario de las características presentadas por el imprevisto y excepcional desenvolvimiento de la virología.

Ello tiene enorme trascendencia desde el punto de vista sanitario, habida cuenta que la definición de la sintomatología necesaria para disparar los tratamientos propios del virus ya no depende de cada médico o nosocomio, sino del sistema sanitario nacional y provincial, los

que, a su vez, deben reflejar sintonía con los parámetros fijados por la autoridad internacional. Esto es así porque si bien la organización sanitaria es de competencia doméstica, en el marco de la pandemia exige coordinarse con los organismos supranacionales, quienes ostentan atribuciones para delinear los cursos de acción respecto de patologías de efectos globales (cfr. GENTILOMO, Andrea, *cit.*).

18. Bajo la hermenéutica ensayada, sucesos no controvertidos de la causa me persuaden colegir que la prestación diagnóstica, clínica y farmacológica suministrada a Almada, tanto en los días previos a su internación como con posterioridad a ella, no configuró un servicio irregular por el que el Estado deba responder. El acatamiento estricto de las condiciones impuestas por la autoridad sanitaria para afrontar la situación pandémica habilita a desechar la calificación defectuosa del servicio estatal achacada por los apelantes.

De conformidad con las instrucciones -no negadas- de la autoridad sanitaria nacional y provincial, no estando en presencia de un "caso sospechoso", el personal sanitario que lo atendió en sus respectivas visitas de los días 23 y 25 de junio de 2009 se encontraba impedido de efectuar el hisopado de fauces y de suministrar el medicamento *oseltamivir*, reservado exclusivamente para quienes presentaran un "caso sospechoso".

En efecto, según lo informado por el Director de Epidemiología del Ministerio de Salud de la Nación (cfr. ff. 238/239), a raíz de la puesta en conocimiento por parte de la Organización Mundial de la Salud del aumento de casos de gripe producido por una nueva cepa del virus *Influenza A*, la citada Dirección emitió diferentes alertas epidemiológicas conteniendo instructivos a los sistemas de salud para la vigilancia y control de la enfermedad, según los cambios de fase de pandemia emitidas por la OMS. En ese sentido, explicó que se emitieron las Alertas 4, 5, 6 y 8 del 2009.

En particular, la Dirección de Epidemiología del Ministerio de Salud de la Nación, mediante instrumento identificado como Alerta 8 -DIREPI/ALERTA/J10-J18/.8.2008-, del 17 de junio de 2009 (ff. 240/247), comunicó a los sistemas de salud que, con fecha 11/6/2009, la OMS

dispuso pasar de Fase 5 a Fase 6 el nivel de alerta de la pandemia ocasionada por el virus Influenza A H1N1.

El instrumento puntualiza que, tomando en cuenta las recomendaciones del Comité de Expertos, se considera que *Argentina tiene dos categorías de transmisión*: en el área Metropolitana, que incluye la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 19 distritos de la provincia de Buenos Aires, *la transmisión se considera extensa*, con base en la cantidad de casos confirmados, los grupos de edad afectados, la distribución de los mismos, y la imposibilidad progresiva de establecer un nexo claro entre ellos, y el resto del país, es considerado *área sin transmisión extensa*. Por lo tanto, la definición de caso sospechoso, las recomendaciones de tratamiento, diagnóstico y quimioprofilaxis de los contactos, varían de acuerdo a la categoría de transmisión de la Jurisdicción (el subrayado no está en el original).

A su vez, en seguimiento a las recomendaciones incluidas en las alertas epidemiológicas y teniendo en cuenta el cambio del nivel de alerta, la autoridad sanitaria nacional exigió que todas las Direcciones de Epidemiología envíen a todas las Instituciones y al Personal de Salud del ámbito público, privado y de la seguridad social la comunicación, haciendo saber -entre otras cuestiones-:

1) qué debía considerarse como "caso sospechoso". En las *áreas con transmisión extensa*: Toda persona que presente enfermedad respiratoria aguda febril (>38° C) en un espectro que va de enfermedad tipo influenza a neumonía. En las *áreas sin transmisión extensa*: Toda persona que presente enfermedad respiratoria aguda febril (>38oC) en un espectro que va de enfermedad tipo influenza a neumonía y que: presente síntomas dentro de los 7 días posteriores a la fecha de su salida de zonas afectadas con transmisión humano-humano sostenida (Canadá, Chile, Estados Unidos, México, y Área Metropolitana de Buenos Aires), o presente síntomas en los próximos 7 días a haber tenido contacto estrecho con un caso confirmado o sospechoso de Influenza A H1N1.

2) a quién debía realizarse los estudios virológicos. La realización de hisopado nasofaríngeo para estudio virológico, SÓLO se

debería realizar: En las *áreas con transmisión extensa*: Casos de Infección Respiratoria Aguda Grave que requiere hospitalización. Casos que ingresen como estudio de laboratorio en las Unidades Centinela. En las *áreas sin transmisión extensa*: Casos sospechosos, según la definición. Contactos sintomáticos de casos confirmados.

3) a quién debía suministrarse el tratamiento específico. El tratamiento con *oseltamivir* queda restringido a las siguientes situaciones: En las *áreas con transmisión extensa*: Todo paciente con Infección Respiratoria Aguda Grave (que requiere hospitalización), independientemente del tiempo de evolución de los síntomas. Toda persona que sea calificada como caso sospechoso y pertenezca a alguno de los grupos de riesgo para la vacunación contra influenza estacional (según las Normas Nacionales de Vacunación), siempre dentro de las 48 horas de iniciados los síntomas. En las *áreas sin transmisión extensa*: Todo caso sospechoso, según la definición, dentro de las 48 horas de iniciados los síntomas.

Lo informado en el Alerta 8 resulta refrendado por el Parte Diario del Ministerio de Salud de la Nación n° 55 -de fecha 22/6/2009- (ff. 275/277) en donde se vuelve a reiterar los contornos del caso sospechoso en vigencia descriptos en el alerta epidemiológica referida.

Finalmente, especial importancia tiene el Parte Periódico del Ministerio de Salud de la Nación n° 62 -de fecha 09/7/2009- (ff. 278/280), en donde se informa que aquella definición de caso sospechoso varió sensiblemente, al considerar tal a toda persona que presentara enfermedad respiratoria aguda febril (>38° C).

Por su parte, en sobre apiolado n° 1563 obra documental reputada auténtica por el Tribunal.

La documental n° 2 releva las acciones básicas a seguir en el ámbito del Hospital Centenario de conformidad con las instrucciones vertidas por la Dirección de Epidemiología del Ministerio de Salud provincial. Al f. 2 vta., el instructivo define al caso como enfermedad aguda febril (>38° C) con un espectro de enfermedad que va de enfermedad tipo influenza a neumonía con nexo epidemiológico de país afectado con

transmisión humano a humano dentro de los 7 días previos al inicio de los síntomas (punto 5) y en relación al tratamiento prescribe el *Oseltamivir* sólo para "Caso probable de influenza por definición de caso" (punto 4). A su vez, el folio 3, al momento de dar cuenta del algoritmo ante caso sospechoso, relata que si el paciente presenta fiebre de 38° C o más pero no cuenta con nexo epidemiológico, "Se trata como Influenza común (no entra en definición de caso)". Finalmente, el folio 4 vta., al describir el instructivo para la toma de muestras mediante hisopado, expresamente dispone que "se enviarán materiales para toma de muestra a los pacientes que cumplan estrictamente con la definición de caso".

La documental n° 3 contiene la Disposición n° 12 DHC -la que luce por fecha el 14/5/2009- en virtud de la cual, como corolario de la situación de alerta epidemiológica establecida en todo el territorio nacional a raíz del brote de Influenza A (H1N1), por entonces en fase 5 según declaración de la OMS, la Dirección del Hospital Centenario declara el estado de emergencia institucional mientras dure la situación de alerta y crea el Comité de Crisis a los fines de evaluar, monitorear, asesorar y proponer medidas y procedimientos para afrontar la situación, adjuntándose el Plan de Contingencia de mayo de 2009.

Finalmente, la documental n° 4 contiene la descripción mensual -con inicio en el mes de mayo de 2009- de las acciones llevadas a cabo por el Comité de Crisis del Hospital Centenario, fechado el 24/7/2009.

En particular, resulta significativo lo resuelto en la reunión del día 18/6/2009, en la que se decidió, entre otras medidas, "realizar extracciones de muestras y tratamiento antiviral de acuerdo a la definición de caso por parte de la Dirección de Epidemiología y la del Ministerio de Salud de la Provincia", "Restringir las atenciones en la Guardia para Emergencias desechando los certificados de alta, indicando en los casos sospechosos de Gripe sin Nexo epidemiológico, reposo estricto por 7 días...", "Preservar tratamiento específico antiviral a los pacientes con factores de riesgo clínico en general y pulmonar en particular que cumplan con la definición de CASO SOSPECHOSO".

La presencia de los protocolos extractados denota que la

actividad del nosocomio era una actividad reglada. El Ministerio de Salud impuso un procedimiento de detección de casos de pacientes afectados por el virus, y un tratamiento específico sólo para quienes encuadrasen en ese estado.

Ahora bien, en función de la sintomatología evidenciada al momento de sus visitas hospitalarias los días 23 y 25 de Junio de 2009, el Sr. Almada no encuadraba en la definición de "caso sospechoso" de Influenza A (H1N1), única circunstancia que, de conformidad con los protocolos vigentes, habilitaba a la realización de los estudios virológicos, la internación y el suministro del antiviral aludido en el promocional.

En el caso, no puede considerarse erróneo el diagnóstico médico ni el tratamiento acordado hasta que se decidió su internación, toda vez que los protocolos ministeriales no permitían calificar a las dolencias presentadas por el occiso como "caso sospechoso" y, como tal, merecedor del tratamiento específico reconocido a quienes revestían dicho *status*.

Si los instructivos ministeriales se convirtieron, en el marco de la pandemia, en el presupuesto de legalidad de la actividad sanitaria, la demostración de su seguimiento estricto por el personal del nosocomio impide calificar al comportamiento sanitario estatal como defectuoso. No puede configurarse una falta o defecto de servicio en caso de comprobarse que el centro de salud siguió de manera detallada las pautas ministeriales destinadas a optimizar la gestión de la respuesta a la emergencia. Por ello, comparto la doctrina que considera que si los protocolos de las autoridades competentes han impuesto a los centros de salud el deber de adoptar específicas medidas sanitarias de frente a la contingencia, la prueba documentada de la efectiva adopción de las mismas libera a las estructuras de responsabilidad (PARZIALE, Andrea, "*Rischio clinico e responsabilità civile del personale sanitario e della struttura per difetto di organizzazione*", en *Rivista italiana di medicina legale* n° 4 (2020) p. 2011).

Ya se dijo antes que, en lo atinente a la *lex artis*, la pandemia captura la dosis de autonomía científico clínica gozada por el médico en tiempos de normalidad, sometiendo sus alcances a los protocolos fijados por la autoridad sanitaria. Para ser más precisos, la pandemia

circunscribe la discrecionalidad médica a las reglas impuestas por el Ministerio en consecución a los instructivos diseñados por la OMS, según el grado de conocimiento disponible a esfera planetaria. Y si bien es cierto que el soslayo de los citados protocolos podría justificarse de frente a las peculiares circunstancias presentadas en los casos concretos, también lo es que no se podría endilgar responsabilidad al nosocomio por haber respetado al pie de la letra las líneas de gestión impuestas por la autoridad sanitaria.

Por otro lado, los protocolos son harto demostrativos de que los presupuestos que definían el diagnóstico epidemiológico del virus de Influenza A (H1N1) lo constituían sucesos médicos (síntomas) y no médicos (circunstancias de tiempo y lugar), y que, de acuerdo a ellos, no bastaba con los primeros para diagnosticar el proceso viral si no se estaba en presencia de los restantes.

En otras palabras, no alcanzaba con presentar sólo síntomas *clínicos* del virus -los que, por otra parte, reflejan cierta similitud con los propios de otras patologías epocales- sino que la autoridad sanitaria doméstica, en seguimiento de las recomendaciones de la máxima autoridad sanitaria de la pandemia global, definió la necesidad de acreditar sucesos no médicos para diagnosticar la patología o, para aplicar los procedimientos destinados a comprobarla y los respectivos tratamientos.

Lo dicho adquiere trascendencia porque solo el encasillamiento como "caso sospechoso" hacía disparar el deber médico jurídico de internación del paciente en los lugares habilitados a dicho fin, así como el deber clínico de realizar el hisopado y suministrar la o las drogas propias del tratamiento. De lo contrario, el protocolo obligaba al personal sanitario a "no aplicar" dichas medidas a los pacientes que no calificaren como tal. La solución prohibitiva ostenta una singular explicación: en el marco de una pandemia, los recursos son escasos y por ende, solo justifican su uso para quienes demandan el tratamiento por reunir los recaudos preestablecidos. Es que en la emergencia, el derecho de salud individual cede terreno en aras del propio de la comunidad toda.

Reiterando que la carga de acreditar los presupuestos de la responsabilidad pesa sobre quien alega su existencia (art. 363 CPCC),



ninguna prueba se produjo en autos -en verdad, tampoco ello ha sido esgrimido por la actora en su promocional- en orden a que estaban presentes los recaudos "no médicos" disparadores del "caso sospechoso".

El expediente no refleja la presencia de probanzas destinadas a demostrar que el fallecido merecía dicho calificativo, sea por haber estado -dentro de los siete días anteriores a su visita a la guardia hospitalaria- en alguna zona local o extranjera de circulación del virus, sea por haber tomado -en ese mismo lapso- contacto estrecho con algún portador reconocido del virus.

En autos no se discutió -ni demostró- la irracionalidad del modo de catalogar a un caso como sospechoso o no sospechoso. Debo agregar que en autos tampoco hay pruebas que confirmen la irracionalidad del tratamiento acordado a los casos sospechosos y a los que no lo eran. Además de apreciar que el Perito los consideró adecuados para la situación y el conocimiento que se tenía en ese momento, resulta prístino reafirmar la ausencia de pruebas que contradigan lo erróneo del tratamiento exigido por el sistema de salud para uno u otro supuesto. Tampoco se intentó demostrar que Gualeguaychú, al momento de los sucesos, merecía calificarse como zona de circulación del virus.

Ninguna de estas circunstancias surge acreditada en la causa. Ergo, el encuadramiento del caso presentado por Almada como "no sospechoso" habilita a considerar que el diagnóstico, la falta de hisopado y del suministro del tratamiento específico con anterioridad a la internación resultaron justificados.

Por su parte, dado que las actuaciones revelan que los profesionales del nosocomio siguieron cronológicamente los protocolos vigentes a la fecha de cada una de sus intervenciones sobre el paciente, no es posible reprochar al nosocomio la falta de adopción de medidas preventivas idóneas para combatir la epidemia.

Finalmente, con base en las directrices impuestas por la autoridad ministerial, corresponde concluir que la realización del hisopado y el suministro del medicamento *oseltamivir* con posterioridad a su internación no pueden calificarse como extemporáneas.

Cierto es que la causa denota algún grado de defectuosidad en la prestación del servicio hospitalario pues, como bien refleja la pericia médica y las actuaciones secuestradas bajo prueba anticipada, la historia clínica luce huérfana de registración de la visita del día 25 de junio de 2009.

Pero la advertida falencia registral de la historia clínica, si bien irradia irregularidad al servicio sanitario, no conlleva sin más la admisión de responsabilidad estatal, pues, para que ello ocurra, resulta imperativo acreditar el resto de los presupuestos habilitantes. Y en esa dirección, no encuentro acreditado el nexo causal entre la mentada actividad defectuosa y el suceso dañoso. A fin de evitar reiteraciones, me remito a las argumentaciones exteriorizadas en el considerando siguiente.

En colofón, y a pesar de incurrir en un encuadramiento jurídico esquivo, el embate no resulta de recibo. La sentencia no puede cuestionarse por el hecho de que la responsabilidad estatal no haya encontrado apoyo en la pretendida falta de servicio, habida cuenta que, en aplicación de este factor de atribución, las actuaciones reflejan que el comportamiento estatal -excepción hecha de la confección de la historia clínica- lejos estuvo de configurarse.

La conducta desplegada por el nosocomio no denota la omisión de llevar a cabo las diligencias impuestas para el caso, por lo que no puedo advertir que se haya privado al paciente de la atención médica de su dolencia a la que podía aspirar según las excepcionales reglas impuestas por la autoridad sanitaria.

#### 19. Relación de causalidad

Se agravan también los apelantes porque la sentencia consideró ausente la relación de causalidad entre el trato hospitalario dispensado a Almada y su fallecimiento.

Sostienen que las faltas de servicio fueron causa directa de su empeoramiento de salud, porque la atención debida y no prestada estaba orientada a la disminución del riesgo de enfermedad y muerte. No solo el hisopado habría permitido abordar anticipadamente la patología, sino que el adelanto del suministro medicamentoso habría permitido incrementar sus chances de curación. Si bien esgrime que ninguna atención médica

puede garantizar la cura, los vicios del servicio dimensionaron el riesgo de no curación, el agravamiento de la enfermedad y, en definitiva, la concreción de su muerte.

Ha dicho la Corte federal que, como en toda pretensión indemnizatoria que involucre una reparación de daños y perjuicios, no puede estar ausente el nexo causal entre el daño invocado y la prescindencia estatal, de manera que las consecuencias dañosas puedan serle imputadas; así, sólo deberá responder el Estado si el perjuicio es consecuencia de la omisión en una relación de causa a efecto y dentro de este marco, quien reclame la correspondiente indemnización deberá probar, como principio, esa relación de causalidad (cfr. CSJN, Recurso de hecho deducido por el Ministerio de Salud de la Nación, la ANMAT y la ANLIS (personería unificada) en la causa "GARCÍA, FACUNDO NICOLÁS Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO Y OTROS", sentencia del 03/6/2021, del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite).

También en el marco de la salud, en general, se dijo que la relación etiológica ostenta notable importancia por las dificultades que, a veces, presenta la conexión jurídica entre el defectuoso comportamiento profesional y el resultado lesivo, pues la génesis, evolución y curación de las patologías de la salud dependen, obviamente, de multiplicidad de factores endógenos y exógenos del enfermo, del cumplimiento del tratamiento indicado al paciente, de los estudios disponibles para diagnósticos, etc. (cfr. GALDÓS, Jorge, cit.), deviniendo incierto el nexo de causalidad entre el comportamiento sanitario y la afección del paciente (cfr. LABELLA, Enrico, *"Il nesso di causalità nelle 'obbligazioni di diligenza"*, en *Europa e diritto privato* n° 1 (2020), p. 277).

Dificultades que se dimensionan de frente a una pandemia, ante el complejo problema de verificar la idoneidad causal de la falta o imperfecta asistencia médica recibida por el sujeto como determinante del cuadro patológico irreversible de este último (FACCIOLI, Mirko, *"Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da covid-19"*, en *"La responsabilità medica al tempo del covid-19"*, *Rivista di responsabilità medica*, consultable en [www.rivistaresponsabilitamedica.it/](http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/))

Haciendo a un costado lo que se dijo en el considerando anterior en orden a la inexistencia de falta de servicio, coincido con el Ministerio Público Fiscal que en autos no se encuentra acreditado el nexo de causalidad entre el servicio que se considera defectuoso y el deceso de Almada. Para ser más preciso, no está demostrado que la falta de realización de los estudios epidemiológicos ni la postergación por cinco días del suministro del antiviral haya sido la causante del deceso y/o de la posibilidad de alongar su vida. Es que ninguna prueba se ha producido orientada a acreditar que, de haberse realizado los estudios epidemiológicos y anticipado el suministro pretendidos, el hospital habría podido evitar el lamentable desenlace, ni tampoco para demostrar las chances de mejoramiento o de cura que la intervención habría garantizado de haberse efectuado en base a lo requerido por la ciencia médica.

En el error de diagnóstico con sucesiva falta de activación de los estudios enderezados a confrontar la real patología, el nexo causal es una cuestión particularmente compleja de reconstruir. Con frecuencia es necesario referir a un curso causal hipotético, porque el real resulta imposible. Para que el nexo sea acreditado es necesario establecer que la actividad habría impedido o contenido el evento. Deberá considerarse no acreditado si el evento, no obstante la prestación de la actividad debida, se habría producido igualmente. Demás está subrayar que no es posible condenar al Estado en base a probabilidades abstractas, por el solo hecho que empíricamente se haya observado que en determinada cantidad de casos dicho hecho haya producido tal evento. Se impone acoger exclusivamente aquellas demandas en las cuales se ha invocado y probado un nexo causal basado sobre elementos *científicos* ciertos o cuya certeza sea casi absoluta.

Por consiguiente, la omisión del diagnóstico o el retardo en el tratamiento constituye fuente de responsabilidad siempre que se hubiese demostrado *clínicamente* que el desarrollo de la enfermedad hubiese sido evitado mediante un tempestivo diagnóstico o por un anticipado suministro de los fármacos (cfr. DEFLORIO, Clara, "*La responsabilità medica in caso di successione nella posizione di garanzia*", en *Rivista cammino diritto*, del

26/7/2021, consulta: <https://rivista.camminodiritto.it>), demostración que en estos autos no se ha producido.

Además, de frente a una epidemia que carece de certezas sobre la efectividad de los tratamientos en la curación de la enfermedad, siempre que resultase que el personal sanitario prestó los cuidados debidos y no obstante se verificó el deceso del paciente, faltaría el nexo de causalidad material entre el daño producido por el virus y la conducta del personal, dado que, sobre la base de los mejores conocimientos científicos del momento, no podría hipotizarse un tratamiento idóneo para curar la enfermedad (PITTELLA, Domenico, *"L'impatto dell'emergenza sulla responsabilità civile sanitaria"*, en *Responsabilità civile e previdenza* n° 2 (2021), p. 681), nexo al que cabría calificar de incierto

Concuero entonces en que las anomalías incurridas durante la prestación puntual del servicio, aun probadas, no pueden fundamentar *mecánicamente* la condenación resarcitoria del Estado Provincial demandado si no se demuestra que ellas provocaron el fallecimiento (cfr. STJER, Sala Civil y Comercial, autos "MARTINS BAPTISTA", cit.).

Y si no se conoce con razonable certeza que dicha defunción esté en adecuado nexo causal, es decir, que se haya producido a consecuencia de las corroboradas anomalías del servicio mencionadas en autos, la jurisprudencia en cita es lapidaria. La no acreditación de la conexión causal entre la falta de servicio atribuida al Estado Provincial y el daño producido aparece como un valladar insalvable que obsta al éxito de la acción promovida (cfr. STJER, Sala Civil y Comercial, "MARTINS BAPTISTA", cit.).

Dado que la pérdida de la posibilidad de curación solo adquiere entidad, y por tanto es indemnizable, si se verifica una conducta imputable por el hecho de no proporcionarse el tratamiento adecuado que podría con probabilidad haber curado la patología (cfr. CCA n° 2 "ALVA, KATIA", cit.), habiéndose suministrado la prestación diagnóstica, clínica y farmacológica que los protocolos vigentes imponían y no estado demostrado que la actuación considerada omitida hubiese probablemente evitado el desenlace, la decisión judicial impugnada merece confirmarse por resultar

una derivación razonada del derecho vigente a la luz de los sucesos comprobados de la causa.

## 20. Responsabilidad estatal por su actividad legítima

Resta abordar el reproche por el que se pretende descalificar la sentencia con base en la circunstancia de no haber igualmente reconocido responsabilidad al Estado por la actuación considerada legítima. En esa dirección, enfatiza la apelante que si se quisiera argumentar que, por una cuestión de política sanitaria, el nosocomio resolvió, conscientemente, retacearle el testeo y el *oseltamivir* a Almada, y de ello se derivó su fallecimiento, se estaría ante una directiva general que terminó acabando con su vida y, por consiguiente, ante un caso de responsabilidad estatal por acto lícito de la Administración.

Sin ánimo de polemizar sobre el encuadramiento jurídico adecuado para definir la responsabilidad estatal por su actividad sanitaria en el marco de una pandemia, considero que el embate no resulta de recibo. Sostengo mi posición en dos claras razones.

La primera de ellas reposa en la circunstancia de advertir que la responsabilidad estatal por su actividad reglamentaria no ha sido objeto de litis.

En ese sentido, aprecio que la controversia se trabó en relación a lo que se consideró un comportamiento *ilícito* del servicio sanitario provincial al que calificó de irregular. Si en el caso, los actores pretendieron se conceda el resarcimiento de los daños que dicen producidos por el error de diagnóstico y letargo en el suministro de los medicamentos, no cabe duda que el reproche afincó en el deber de responder estatal por el *anormal* funcionamiento del servicio de salud, de evidente naturaleza antijurídica. Entonces, no pueden aquellos válidamente impugnar la sentencia argumentando que el juez debió igualmente condenar al Estado porque, estando acreditado que la actividad estatal no resultó antijurídica, su parte no tenía el deber jurídico de soportar el sacrificio especial o daño generado por el *normal* funcionamiento del servicio público.

Dado que el juicio discurrió sobre el *anormal* funcionamiento del servicio sanitario, la admisión del embate implicaría aceptar la mutación

en vía recursiva de la base fáctica pretensional, lo que en modo alguno el ordenamiento jurídico tolera. Además, ello supondría colocar a la contraria en un estado de evidente indefensión, pues no ha sido originalmente interpelada sobre ese tópico. Y no es una nimiedad decir que, una cosa es enderezar una defensa en relación a la antijuridicidad que se le endilga, y otra muy distinta, la que se dirige a repeler el deber de responder por su actividad legítima, en cuanto exige desvirtuar la presencia de sacrificio especial y la existencia de un deber jurídico de soportar el daño.

Por último, rememoro que el juez tiene el deber de expedirse en relación a lo que ha sido materia de controversia so riesgo de incurrir en una decisión *extra petita*. Y si bien es verdad de que es el juzgador quien define el encuadramiento jurídico del entuerto, por imperio del brocardo latino *iura novit curia* -tanto más en el campo de la responsabilidad objetiva, que atribuye a los jueces las más amplias facultades para configurar, en cada caso, la determinación de la responsabilidad estatal (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Acerca de algunas cuestiones que debaten civilistas y administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado", en *La Ley*, diario del 20/7/2021, p. 6)-, ello lo es en la medida de que así lo exija la base fáctica que da sustento a la pretensión, pues al juez no le es permitido suplir las deficiencias del planteo ni "deducir" lo que se reclama.

En definitiva, no puede constituir jamás agravio la circunstancia que el juzgador, al fundar la decisión judicial, no se haya expedido sobre cuestiones extrañas al objeto sobre el que se edificó el proceso (cfr. art. 160, apartado 6, CPCC). Admitir la queja implicaría desconocer el principio procesal de congruencia y su corolario, la invalidez de la sentencia que sortea los linderos del objeto *decidendum* pues, evidentemente, el pronunciamiento versaría sobre una cuestión ajena a la litis.

En esa dirección, se dijo recientemente que "la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación

infringe el principio de congruencia que se sustenta en los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304:355; 338:552, entre muchos otros", CSJN *in re*: "CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACIÓN CIVIL PARA SU DEFENSA C/ BANCO DE SAN JUAN SA S/ ORDINARIO", sentencia del 02/9/2021).

La restante razón tiene asiento en el hecho de apreciar que, aun cuando hipotéticamente pudiera admitirse el cambio de encuadre jurídico del deber de responder, en el caso, no se encuentran acreditados los recaudos a los que se supedita el reconocimiento de responsabilidad estatal por su actividad lícita.

Comenzando por el factor de atribución, he de recordar que existe una notoria diferencia en orden a los motivos sobre los que reposa el deber de responder del Estado antes sus comportamientos legítimos e ilegítimos. Una cosa es la *falta de servicio*, entendida como irregular o defectuosa prestación de sus cometidos, en tanto factor de atribución por actividad ilícita, y otra muy distinta, el *sacrificio especial*, disparador de su deber de responder por su actividad lícita. La primera supone una conducta estatal *antijurídica* mientras que la segunda se basa en un comportamiento estatal ajustado a derecho.

Este último, para dar lugar a la reparación, exige a la persona dañada la probanza de haber sufrido un sacrificio específico y diferenciado del padecido por el resto de la comunidad. Anida en la idea de que si bien la norma ha sido dictada en el beneficio de la sociedad, puede ocasionar perjuicio a alguna persona o grupo identificado de personas, cuyos derechos se ven afectados en aras del bien común.

Comparto con Bianchi la opinión de que el umbral de la singularidad del sacrificio no es fácil de establecer a priori porque si bien la tarea es simple cuando se trata del sacrificio de una sola persona o de un grupo muy reducido, el análisis se dificulta, irremediablemente, a medida que el grupo de afectados aumente de tamaño, pues aquél irá perdiendo en forma paulatina su condición de especial y se tornará general (cfr. BIANCHI, Alberto, "La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. (En busca de una síntesis)", *El Derecho*, Revista de Derecho Administrativo,



Julio 2021, n° 7, del 10/8/2021, cita digital: ED-MDCCLXVI-736).

Una rápida lectura de la normativa nacional y provincial reguladora del comportamiento sanitario estatal de frente a la pandemia refracta sin hesitación alguna que el causante no fue destinatario de un sacrificio mayor al resto de los sujetos alcanzados por la reglamentación. En todo caso, la causa del desigual tratamiento no ha sido la norma estatal en sí, sino las especiales circunstancias el cuadro sanitario y epidemiológico presentado por Almada.

A su vez, el pretendido reconocimiento de responsabilidad del Estado por actividad lícita se encuentra frente a un valladar insoslayable, habida cuenta que, como bien lo ha afirmado el Máximo Tribunal federal, su procedencia exige acreditar la relación *directa, inmediata y exclusiva* de causa a efecto entre la conducta estatal y el perjuicio cuya reparación se persigue (cfr. Fallos: 312:1656; 318:1531; 328:2654, entre otros), lo que en autos evidentemente no ha acontecido.

Bien ha hecho la doctrina en aclarar que “relación *directa* de causa a efecto se refiere a las consecuencias que se producen por sí mismas, sin requerirle intermediación de otro acto o hecho para producir efectos” y que “la relación *inmediata* de causa a efecto concierne a aquellas consecuencias que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas”. A su vez, que la relación causal sea *exclusiva* significa que la responsabilidad sólo nace si el daño es producido únicamente por el acto estatal, por lo que se descarta dicha responsabilidad cuando exista una multiplicidad de factores causales (cfr. SAMMARTINO, Patricio, “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, en AAVV, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP ediciones, Buenos Aires, 2008, pp. 438 y 448).

Sobre el punto, valen todas las argumentaciones antes vertidas en relación a la dificultad para acreditar el nexo causal cuando el paciente padece de patologías naturales que pueden autónomamente llevar a su muerte y que, por sus características, la ciencia no está en condiciones de explicar y/o afrontar con efectividad.

Finalmente, tampoco debería soslayarse que para que

responda el Estado por su actividad lícita es menester que el sujeto afectado no tenga el deber jurídico de soportar la conducta estatal legítima que lo perjudica (cfr. CSJN *in re*: "COLUMBIA", Fallos: 315:1026; ampliar en MURATORIO, Jorge, "La ausencia del deber jurídico de soportar el daño", AAVV, *Cuestiones de responsabilidad del Estado*, cit., p. 485), resultando ocioso reafirmar que, en el marco de una pandemia, la obligación jurídica de soportar el comportamiento estatal que podría considerarse perjudicial reside en el más amplio interés de evitar mayores daños a la comunidad.

21. En mérito a las razones desplegadas en los considerandos que anteceden, entiendo plausible postular que si bien el encuadramiento jurídico de la sentencia ha sido erróneo, su solución fondal merece confirmarse, toda vez que la causa revela que no están demostrados los presupuestos a los que se supedita el reconocimiento de responsabilidad estatal por falta de servicio, mereciendo la misma suerte la pretensión de obtener el resarcimiento fundado en el deber de reparar daños derivados de su actividad lícita.

22. Resultando la sentencia reprochada una correcta derivación del derecho vigente aplicable a los sucesos comprobados de la causa, propongo a mis pares la confirmación del fallo en lo que ha sido objeto de agravio.

23. En orden a los gastos causídicos, corresponde su imposición a la apelante vencida (art. 65 del CPCC), sin perjuicio del beneficio de litigar sin gastos que pudiera asistirles, difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad en que se encuentren firmes los fijados en primera instancia.

Así voto.

A SU TURNO LA SRA. VOCAL DRA. ERRAMUSPE DIJO: que adhiere al voto precedente.

A SU TURNO EL SR. VOCAL DR. LÓPEZ DIJO: que hace uso del derecho de abstención previsto en el art. 47 de la Ley n° 6902, texto según Ley n° 9234.

Con lo que no siendo para más, se dio por finalizado el acto quedando acordada la siguiente sentencia: ///SI

//GUEN LAS FIRMAS:

MARÍA FERNANDA ERRAMUSPE  
PRESIDENTE

FEDERICO JOSÉ LACAVA  
VOCAL

MARIANO ALBERTO LÓPEZ  
VOCAL  
(ABSTENCIÓN)

Ante mí:

*Fabiana M. Hilgert*  
*Secretaria*

SENTENCIA:

Concepción del Uruguay, 07 de octubre de 2021.

VISTO:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede y lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal;

SE RESUELVE:

1. RECHAZAR el recurso de apelación deducido por Noelia Elizabeth Urbini, Tomás Almada y Sofía Almada, por intermedio de sus apoderados, contra la sentencia de ff. 457/460 vta, confirmando la sentencia en lo que ha sido materia de agravios.

2. IMPONER las costas de esta alzada a la apelante vencida, sin perjuicio del beneficio de litigar sin gastos que pudiera asistirle.

3. DIFERIR la regulación de honorarios por la labor profesional desplegada en esta segunda instancia para cuando se establezcan los de la instancia de grado.

Regístrese, notifíquese conforme arts. 1 y 4 del Acuerdo General n.º 15/18 del Superior Tribunal de Justicia - Sistema de Notificaciones Electrónicas (SNE) y, en su oportunidad, bajen. ///SI

//GUEN LAS FIRMAS:

MARÍA FERNANDA ERRAMUSPE  
PRESIDENTE

FEDERICO JOSÉ LACAVAL  
VOCAL

MARIANO ALBERTO LÓPEZ  
VOCAL  
(ABSTENCIÓN)

Ante mí:

*Fabiana M. Hilgert*  
Secretaria

En igual fecha se registró. Conste.

*Fabiana M. Hilgert*  
Secretaria

*La presente se suscribe mediante firma electrónica -Resolución STJER N° 28/20, del 12/4/2020, Anexo IV-.*