

RESPONSABILIDAD

- Responsabilidad del Hospital Público
- Responsabilidad del Estado
- Responsabilidad del médico
- Responsabilidad extracontractual
- Reparación patrimonial
- Lesión estética: no constituye un tercer género
- Daño moral
- Gastos

“R. , S. L. c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”

Tribunal: Excma. Cámara de Apelación Civil y Comercial - Sala I

Causa: 52.212 **R.S.:** 293/05 **Fecha:** 29/11/05

Firme

/// la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los VEINTINUEVE días del mes de noviembre de dos mil cinco, reunidos en la Sala I del Tribunal, los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, doctores Liliana Graciela Ludueña, José Eduardo Russo y Juan Manuel Castellanos para, pronunciar sentencia en los autos caratulados: "R.,S.L. C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/DAÑOS Y PERJUICIOS" y habiéndose practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código de Procedimientos Civil y Comercial), resultó que debía observarse el siguiente orden: Dres. LUDUEÑA-RUSSO-CASTELLANOS, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 237/48?

2da.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION: la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

I.- Contra la sentencia definitiva dictada a fs. 237/48, interponen las partes sendos recursos de apelación, que libremente concedidos, son sustentados a fs. 258/61 y 266/272, replicados a fs. 276/81 y 289.

Actuó la pretensión resarcitoria el Sr. Juez a quo, condenando a la Provincia de Buenos Aires a pagar a S. L.R. la suma de \$ 101.500, con más sus intereses y costas.

II.- Se agravia el letrado apoderado de la Fiscalía de Estado, sosteniendo que, no corresponde encuadrar la responsabilidad del Hospital Público en el marco de la contractualidad. Que el nexo causal se ha fracturado ya que la víctima (y sus padres), evidencian un retardo voluntario en la nueva consulta, por lo que la falta de acreditación de la relación causal entre el infarto del testículo y el diagnóstico de orquitis, excluye la configuración de la responsabilidad civil.

S.L.R. ingresa a la Guardia del Hospital Interzonal de Agudos "Dr. Luis Guemes" el 7 de junio de 2000, a

las 23,50 horas se le diagnostica orquitis, indicándole tratamiento antibiótico, antiinflamatorio, reposo y control por consultorio externo de urología (fs. 6). Surge del examen histopatológico que el paciente había presentado un infarto hemorrágico de testículo derecho (fs. 26) y que la conducta médica efectuada: la exéresis testicular, fue la correcta. Agrega el Perito Médico, "que el diagnóstico debe ser preciso y urgente para determinar conducta y no llegar a la secuela que presentaba el actor el día 12/06/05. A medida que el tiempo pasa el pronóstico es más desfavorable". No se le efectuaron estudios complementarios para descartar otra patología de urgencia. Si bien el tratamiento para el diagnóstico de orquitis fue correcto, el actor presentaba otro cuadro agudo testicular, pudiéndose diagnosticar con una ecografía testicular y/o ecodoppler, evitando así el infarto testicular y la consecuente exéresis. Estudios que debieron hacerse antes de medicarlo y el hospital contaba con la aparatología para ello, todo lo que origina una demora con el consiguiente agravamiento de la enfermedad. El 11/06/00 vuelve el actor al Hospital, se lo interna de urgencia por torsión testicular, siendo operado al día siguiente. El diagnóstico certero y precoz, hubiera determinado en un gran porcentaje la no extirpación (pericia médica de fs. 194/199 y explicaciones de fs. 208/209, de la que no encuentro mérito para apartarme, artículo 474 C.P.C.C., H.C. N° 28953984/7, que fue secuestrada por diligencia preliminar).

Es terminante el Perito Médico al concluir que de haberse efectuado al tiempo de la primera consulta, los estudios complementarios que describe, la exéresis se hubiera

evitado. Es decir, el médico omitió cierta actividad que habría evitado el hecho dañoso, no hace lo que debe o hace menos, que es a lo que estrictamente alude el artículo 512 del Código Civil cuando define la culpa como "la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación". Nuestro régimen general de la responsabilidad civil aporta directivas que complementan dicha norma, me refiero al artículo 902 del mismo cuerpo normativo, que establece una mayor responsabilidad "cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas", ya que el adiestramiento específico que supone la condición de profesional, genera un especial deber de obrar con más prudencia y conocimiento. El recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales (Trigo Represas, "Reparación de daños por mala praxis médica", Ed. Hammurabi, pág. 130).

La Corte Suprema ha sostenido que quien contrae la obligación de prestar un servicio -en el caso, de asistencia a la salud de la población- lo debe realizar en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido, y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (Fallos, 306:2030; 307:821; 312:343; causa G. 93.XXII "García, Ricardo Mario y otra c/Buenos Aires, Provincia de Indemnización de daños y perjuicios", sent. del 8-IX-1992).

El Estado como persona jurídica (artículos 32, 31 ap. 1º Código Civil), puede ser demandado por acciones civiles y responde por el hecho de las personas que están bajo

su dependencia, en las condiciones establecidas en el título "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos" (art. 43 ídem). Su responsabilidad, actuando como persona jurídica deviene por el hecho de los funcionarios públicos de los que se sirve para el cumplimiento de sus funciones, y se encuentra enmarcada en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual (artículo 1107 y siguientes, Código Civil), tal como recientemente lo ha sostenido la Casación Provincial en Acuerdo 84.389, "J.M.E. y otros c/Hospital Presidente Perón y otros s/Ds.Ps.", 27/4/05), cuya doctrina en seguimiento propicio aplicar (artículo 161 apartado 3º Constitución Provincial).

El carácter de funcionario público del médico no puede ser controvertido, ya que ese carácter lo tiene por la existencia de una relación de empleo público, sin que sea determinante para su configuración la retribución, la permanencia prolongada en el cargo, la fuente de la designación o la distinción jerárquica (conf. Ghersi, Carlos y Lovece, Graciela; "Derecho constitucional a la salud. Hospital Público: la relación médico paciente es extracontractual").

Sigo de ello entonces que, habiéndose acreditado que el funcionario público (médico) del hospital cumplió de una manera irregular las funciones legalmente impuestas, lo que hace nacer la responsabilidad extracontractual del Estado, la pretensión resarcitoria debe prosperar (artículos 512, 902, 1109, 1112 del Código Civil), pero calificando la responsabilidad del Hospital Público (Estado) como extracontractual.

III.- Fijó la Sentenciante en la suma de \$70.000 la incapacidad sobreviniente y el daño estético, apelando la actora por considerar que ambos rubros deben ser indemnizados independientemente y en su defecto, por considerar bajo su monto. La demandada, se agravia, por entender que no hay daño estético, por lo que solicita la reducción de la indemnización.

El Perito Médico Dr. Martín determinó que el actor padece a raíz de la exéresis "intervención quirúrgica cuya finalidad es separar del cuerpo una parte natural o accidental, que es causa de una enfermedad o de trastornos" (Diccionario Enciclopédico Espasa, T.8), una incapacidad parcial y permanente del 50% de la T.O..

Reiteradamente vengo sosteniendo que la reparación patrimonial comprende tanto lo relativo a las lesiones traumáticas, a las psicológicas como a las estéticas, pues cabe atender a todas las calidades físicas, psicológicas y estéticas que permitan a la persona obrar normalmente, de modo tal que si las mismas se vieron afectadas por el hecho dañoso, el menoscabo debe ser reparado (esta Sala, mis votos, Cs. 35.393 R.S. 90/96; 38.585 R.S. 181/97; 49.388 R.S. 9/04; 52.023 R.S. 236/05)

La lesión estética no constituye un tercer género diferente del daño extrapatrimonial y del material (artículos 1066, 1067, 1068, 1069, 1078, 1079, 1083, 1084, 1086 y ccmts. del Código Civil), sino que refleja un daño que puede repercutir sobre determinados intereses de la persona. Todas las lesiones de que puede ser víctima un ser humano (a la

psiquis, a la estética, entre otras) son distintos rubros del daño indemnizable que en la medida que repercute en intereses patrimoniales o extrapatrimoniales dará lugar a las correspondientes indemnizaciones (Vazquez Ferreyra, Roberto, "Importantísimos Aspectos del Derecho de Daños", en Curso de actualización de Derecho Procesal. Temas de apoyo. Prueba", Ed. Fundesi, pág. 229); o dicho de otro modo "el resarcimiento de las lesiones físicas y psíquicas debe en principio englobarse en un sólo rubro indemnizatorio, pues la medida del daño causado a la persona debe apreciarse en lo que representa como alteración y afectación no sólo del ámbito físico sino también del psíquico (Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, "Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica", T.IV-2004, nº 1D, Ed. La Ley; Galdos, Jorge M., "Acerca del daño Psicológico", J.A. 09/03/05, pág. 3).

En el mismo sentido, recientemente nuestro Superior Tribunal en causa Acuerdo 81.161, del 23/6/04, "Segovia, María Luisa c/Roda, Julio Zacarías y otro s/ Ds. Y Ps.", ha precisado el alcance del resarcimiento, sosteniendo el Dr. Roncoroni que si bien en el plano de las ideas no cabe duda de la autonomía conceptual que poseen las lesiones a la psiquis (el llamado daño psíquico o psicológico) y a la integridad del aspecto corpóreo del sujeto (el llamado daño estético), cabe desechar en principio -y por inconveniente- que a los fines indemnizatorios estos daños constituyan un tertium genus, que deban resarcirse en forma autónoma, particularizada e independiente del daño patrimonial y del daño moral. Y ello así

porque podría llevar a una injusta e inadmisibles doble indemnización, toda vez que el Juez al abordar el daño moral y el daño patrimonial que provoca una lesión incapacitante, pondera y tasa el menoscabo espiritual y patrimonial que la lesión estética o psicológica provoca en la víctima.

Es aconsejable que al tarifar el daño moral y patrimonial se tenga particularmente en cuenta los reflejos disvaliosos que en uno y en otro plano tienen las lesiones estéticas y los daños psicológicos. La determinación final del grado de menoscabo parcial y permanente con que la víctima emerge del hecho dañoso y sus derivaciones, no se logra mediante la suma y yuxtaposición de todos y cada uno de los porcentajes de incapacidad, que los expertos médicos de cada disciplina del arte de curar determinan sobre cada área lesionada del sujeto. De modo tal que, la valoración del índice global se hace adicionando las invalideces parciales calculadas sucesivamente en relación con la capacidad restante que dejan las incapacidades precedentes (Simonin, "Medicina Legal Judicial", pág. 304), doctrina que merece acatamiento al amparo de lo prescripto por el artículo 161 inc. 3ero. de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (esta Sala, mi voto Cs. 51929 R.S. 221/05).

Valorando entonces que el accionante, contaba con diecinueve años de edad a la fecha de la operación, de estado civil soltero, su condición social, me llevan a proponer elevar este resarcimiento a la suma de \$ 100.000, de conformidad con lo prescripto por los artículos 1068, 1086 del Código Civil y 165 in fine C.P.C.C, modificando el monto

fijado, acogiendo el agravio del accionante y desestimando el de la demandada.

IV.- Fijó la Sentenciante en la suma de \$ 30.000 el daño moral, agraviándose la actora por considerarlo bajo y la demandada por considerarlo elevado.

A la luz de lo normado por el artículo 1078 del Código Civil, el daño moral debe comprender el resarcimiento de la totalidad de los padecimientos físicos y espirituales derivados del ilícito, su estimación no debe ni tiene porque guardar proporcionalidad con los daños materiales emergentes del ilícito pues la magnitud del daño en tal sentido, sólo depende de la índole especial del hecho generador de la responsabilidad y no del resarcimiento específicamente referido al daño material. El reconocimiento y resarcimiento del daño moral depende -en principio- del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido sin que sea necesaria otra precisión (Causas 31.042 R.S. 74/94, 31.272 R.S. 21/94; 34.349 R.S. 214/95; 51.258 R.S. 361/05).

Ello sentado, a la luz de las constancias objetivas de la causa, las dolencias padecidas por el actor, el tiempo de recuperación, las consiguientes angustias, es que me llevan a proponer elevar este resarcimiento a la suma de \$ 80.000 (artículo 165 in fine C.P.C.C), modificando este aspecto del decisorio, acogiendo el agravio del accionante y desestimando el de la demandada.

V.- Fijó la Sentenciante en la suma de \$ 1.500 los gastos terapéuticos, apelando la demandada por considerarla excesiva.

La indemnización debida por los gastos de curación, más que un resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, constituye un reintegro del valor de los gastos hechos por el lesionado, sea que los hubiere abonado con anterioridad o que los adeudare, ya que al pagar todos los gastos u obligarse a hacerlo, experimenta un menoscabo inmediato en su patrimonio, se trata, en definitiva, de una pérdida real y efectivamente sufrida.

Si bien estos gastos deben probarse por el reclamante (artículo 375 del C.P.C.C.), no es menester una prueba concluyente, en razón de la absoluta necesidad de los mismos y de la dificultad de obtener los medios probatorios, pero es necesario, que guarden relación de causalidad con la naturaleza del daño sufrido. La indemnización entonces debe fijarse a la luz de lo prescrito por el artículo 165 in fine del C.P.C.C., con suma prudencia, pues la falta de una prueba específica obliga a recurrir a dicha norma y no puede convertirse en una fuente de indebido beneficio. Ello sentado, valorando el tipo de lesiones, el haber sido tratado en un hospital público, encuentro justo y equitativo mantener la suma fijada, desestimando el agravio (artículos 1086 Código Civil y 165 in fine C.P.C.C.).

VI.- Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada (artículos. 260, 261 y 266 C.P.C.C.) propongo confirmar la sentencia apelada pero por los fundamentos vertidos. Fijar el monto resarcitorio en la suma de PESOS CIENTO OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS (\$181.500). Costas de esta Instancia a la demandada vencida (art. 68 párrafo 1ero,

C.P.C.C.), difiriendo las regulaciones de honorarios.

Voto, en consecuencia, PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Russo y Castellanos, por iguales fundamentos votaron también PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

Conforme se ha votado la cuestión anterior confirmar la sentencia apelada pero por los fundamentos vertidos. Fijar el monto resarcitorio en la suma de PESOS CIENTO OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS (\$181.500). Costas de esta Instancia a la demandada vencida, difiriendo las regulaciones de honorarios.

ASI LO VOTO.

Los señores Jueces doctores Russo y Castellanos por los mismos fundamentos, votaron en análogo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Morón, 29 de noviembre de 2005

AUTOS Y VISTOS: De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por unanimidad se confirma la sentencia apelada pero por los fundamentos vertidos. Se fija el monto resarcitorio en la suma de PESOS CIENTO OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS (\$181.500). Costas de esta Instancia a la demandada vencida, difiriéndose las regulaciones de honorarios.

Fdo.: Dra. Liliana Graciela Ludueña, Dr. José Eduardo Russo, Dr. Juan Manuel Castellanos. Ante mí: Dr. Ricardo Amilcar Osorio.-