

**“SOLARI HORACIO FERNANDO G.C.B.A RESPONSABILIDAD MEDICA”,
sentencia del 16/5/2006**

Voces: Responsabilidad del Estado. Deficiente prestación del servicio de salud. Deber reparatorio. Quantum del resarcimiento. Daño emergente. Daño físico. Gastos médicos. Lucro cesante. Daño moral.

**“SOLARI HORACIO FERNANDO G.C.B.A RESPONSABILIDAD MEDICA”,
sentencia del 16/5/2006**

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 16 días del mes de mayo dos mil seis, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para conocer en el recurso de apelación interpuesto a fs. 297 y fundado a fs. 306/315 por la parte demandada, en los autos caratulados: “SOLARI HORACIO FERNANDO C/ G.C.B.A. S/ RESPONSABILIDAD MEDICA” expte. EXP 4193/0, y habiéndose practicado el sorteo pertinente resulta que debe observarse el siguiente orden: Dr. Carlos F. Balbín, Dr. Horacio G. Corti y Dr. Esteban Centanaro.

A la cuestión planteada, el Dr. Carlos F. Balbín dijo: A fs. 39/46 vta. el actor, Horacio Fernando Solari, interpuso demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por los daños sufridos como consecuencia de la deficiente prestación del servicio público de salud recibido en el Hospital Vélez Sarsfield. Relató que el 09/1/1998, como consecuencia del accidente sufrido al caer de un andamio, concurrió a la sala de guardia del Hospital Vélez Sarsfield en donde le diagnosticaron una fractura de tibia y peroné y le colocaron un yeso. Indicó que al día siguiente regresó a dicho nosocomio, en donde le cortaron parte del yeso a fin de disminuir la compresión y lo citaron al Servicio de Ortopedia del hospital para el lunes siguiente. Señaló que ese lunes fue atendido por los Dres. Hatserián y M. Ortiguera quienes, luego de realizarle nuevas placas radiográficas, reforzaron el yeso con telas adhesivas y volvieron a citarlo para la otra semana. Agregó que los días 19/1/1998, 04/2/1998 y 11/3/1998 concurrió al Hospital Vélez Sarsfield a fin de realizarse controles radiográficos, manteniendo siempre el mismo yeso. Continuó relatando que el 15/4/1998 le retiraron el yeso e indicaron que debía caminar con muletas, a la par que lo citaron para el mes siguiente. Expresó que, al quitarse el yeso, notó que el pie izquierdo estaba lateralizado, motivo por el cual el 24/4/1998 concurrió al Hospital Rocca en donde, tras realizarse diversos estudios, le informaron que el pie fracturado se hallaba rotado y más corto, con limitación en la flexo-extensión. Asimismo, los facultativos plantearon la posibilidad de realizarle una osteotomía para corregir el defecto, especificándole que se trataba de una cirugía difícil y de lenta recuperación. Ante ese pronóstico, se dirigió al Hospital de Clínicas en donde confirmaron el diagnóstico del Hospital Rocca. Concluyó que la reducción de la fractura fue incorrecta y que le colocaron un yeso no adecuado al tipo de lesión. Destacó que ello produce dificultades e inestabilidad en la marcha, edema de miembro inferior, limitación en la flexoextensión del pie y dolor, y que esta situación ocasiona una reducción casi total de su actividad laboral —herrería de obra—. Señaló que, en la actualidad, habita un departamento cedido por su madre y depende económicamente de los ingresos de su esposa y de algún trabajo ocasional de poco monto que pueda realizar a pesar de su impedimento físico. Finalmente, expresó que debe ser operado para neutralizar la rotación externa del pie y que existe un alto grado de probabilidad de desarrollar una artrosis tibio-astragalina, todo lo cual hubiera podido evitarse de haber recibido el tratamiento adecuado en su oportunidad. Como consecuencia de lo anteriormente

expuesto, reclama una indemnización de \$226.800 comprensiva de los siguientes rubros: a) lucro cesante (\$24.000); b) gastos por tratamiento quirúrgico (\$20.000) y kinesioterápico (\$2.000); c) daño moral (\$20.000); d) riesgo quirúrgico y anestésico (\$20.000); e) pérdida de chance (\$20.000); f) daño biológico (\$10.000); g) daño estético (\$10.000); y, finalmente, d) daño emergente (\$100.800). A fs. 80 la Justicia Nacional Civil remitió las actuaciones a este fuero. A fs. 88/106 vta. contestó demanda la Ciudad. En primer lugar, atribuyó la actual incapacidad del actor al abandono del tratamiento indicado, lo cual entiende configura culpa de la víctima que la exime de su responsabilidad. En segundo lugar, adujo que, independientemente del tratamiento elegido, la incapacidad del actor obedece a factores ajenos a la actividad de los médicos. En tercer lugar, y sin perjuicio de considerar que la demanda debía ser rechazada, la Ciudad cuestionó los rubros indemnizatorios reclamados por la accionante. A fs. 280/290 dictó sentencia el magistrado de la instancia anterior haciendo lugar a la demanda interpuesta. Para así resolver, tuvo por acreditado que la Ciudad resulta responsable de los daños reclamados por la parte actora. En este sentido, expresó que el daño que padece el actor pudo haber sido evitado si la indicación dada en el Hospital Vélez Sarsfield el día 09/1/1998 hubiera sido el tratamiento correcto para el caso. Asimismo, otorgó una indemnización comprensiva de los siguientes rubros: (i) lucro cesante (\$6.000); (ii) daño emergente por gastos médicos —futura operación y gastos kinesiológicos posteriores— (\$3.673,53); (iii) daño emergente por daño físico —biológico y estético— (\$40.320); y (iv) daño moral (\$20.000). Desestimó en cambio los rubros pérdida de chance y riesgo quirúrgico. A fs. 297 apeló la parte demandada, expresando agravios a fs. 306/315. En primer lugar, la accionada cuestionó la imputación de responsabilidad a la Ciudad con base en los siguientes argumentos: (i) el juez valoró incorrectamente el informe pericial; (ii) resulta falso lo afirmado por el juez de la anterior instancia en el sentido de que no se haya advertido al actor de la gravedad de la situación; (iii) la fractura sufrida por el actor no necesariamente requería tratamiento quirúrgico; (iv) existió culpa de la víctima por cuanto no cumplió con el tratamiento indicado. Finalmente, la demandada se agravia de la admisión de los rubros resarcitorios y de los montos de la condena. A fs. 317/318 vta. la parte actora contestó los agravios de la parte demandada. A fs. 320/320 vta. emitió dictamen la Sra. Fiscal ante la Cámara. A fs. 321 se elevaron los autos al acuerdo de la Sala.

II. En primer lugar, la Ciudad cuestionó que el a quo la haya responsabilizado por las secuelas que actualmente padece el actor por el inadecuado tratamiento de la fractura sufrida. En este sentido, adujo que el juez efectuó una incorrecta valoración del informe pericial, toda vez que de él surge que el daño deriva de la fractura sufrida y no, como contrariamente entiende el a quo, de la atención médica recibida en el Hospital Vélez Sarsfield. Asimismo, con relación a la supuesta falta de advertencia al accionante respecto a la gravedad de la situación, expresó que el propio actor en su escrito de demanda reconoció que se le practicaron estudios radiológicos y que le diagnosticaron fractura de tibia y peroné. Sostuvo, además, que el actor no cuestionó la falta de información de los médicos que lo atendieron el 09/1/1998. Por otra parte, la Ciudad indicó que la intervención quirúrgica no era el único modo de tratar la fractura del actor. En efecto, expresó que, de acuerdo al informe pericial, el tratamiento debía ser quirúrgico mientras que, para la Asociación Argentina de Ortopedia y Traumatología, ello no era la única y exclusiva solución ante casos similares. Agregó que la atención médica brindada el 09/1/1998 fue la correcta, esto es, efectuó al actor una radiografía, colocó un yeso, prescribió un calmante e indicó una interconsulta con el Servicio de Traumatología. Ahora bien, de las constancias de esta causa surge que el 09/1/1998 el Sr. Horacio Fernando Solari sufrió una fractura de extremidad distal de tibia y peroné izquierdos con participación articular (tibio-astragalina), y que ese mismo día recibió atención médica en el Servicio de Guardia del Hospital Vélez Sarsfield (conf. informe pericial de fs. 186/190 vta., respuesta 1 de la prueba por la parte actora). Dichas lesiones fracturarias, según el perito, han curado con secuelas anátomo-funcionales y, actualmente, el actor presenta una grave fractura conminuta (de muchos fragmentos) metafisiaria distal de la tibia con trazos articulares, que ha ocasionado una grave alteración de los ejes de la pierna que deja al pie con un vicio de posición en varo, rotación externa y recurvatum. La

situación descrita provocó: alteraciones en la marcha; limitación de la flexoextensión; atrofia muscular; y edema en la pierna y pie izquierdos. Tales secuelas ocasionan al actor una pérdida de su integridad física del 40%, lo cual importa una alteración (de tipo parcial y permanente) para afrontar los requerimientos personales, sociales y laborativos, en un porcentaje similar (conf. informe pericial de fs. 186/190 vta., punto III “Discusión y consideraciones medicolegales”). Asimismo, el citado perito sostuvo que las fracturas del pilón tibial con trazos articulares que desplazan los fragmentos fracturarios, tal como la que padeció el actor, son de indicación preferentemente quirúrgica (conf. informe pericial de fs. 186/190vta., respuesta 14 de la prueba de la parte demandada, y contestación de la impugnación de la pericia de fs. 216/219, punto 4 de la prueba de la parte demandada). Si bien la Asociación Argentina de Ortopedia y Traumatología informó que en algunos casos el tratamiento quirúrgico puede sumar lesiones y complicaciones a la lesión inicial (cfr. informe de fs. 141/143, respuesta 12), el perito médico señaló que: “la opinión de la Sociedad de Ortopedia y Traumatología es genérica, y a la cual me adhiero totalmente. Pero esta opinión no está referida a casos con fragmentos fracturarios articulares desplazados, como el caso que nos ocupa. Reitero y ratifico el concepto: el tratamiento quirúrgico está especialmente indicado en las fracturas con fragmentos fracturarios intraarticulares desplazados” (conf. contestación de la impugnación de la pericia de fs. 216/219, punto 4 de la prueba de la parte demandada). No advierto, entonces, contradicciones entre el citado informe y la pericia médica pues, en el primero, se brinda una respuesta genérica y, en el segundo, una opinión particular basada en el caso de autos. En efecto, resulta importante destacar que el perito médico tuvo oportunidad de revisar al actor y de observar radiografías de su pierna y tobillo izquierdos, las que se hallan agregadas al expediente en sobre reservado. A mayor abundamiento, el perito ha señalado que, si bien las fracturas de pilón tibial con frecuencia presentan leves deseos o pequeños acortamientos y limitaciones parciales de los movimientos —que no superan los 5º—, tales deseos o limitaciones no constituyen complicaciones por cuanto, en general, son bien tolerados funcionalmente, de modo que la deformación que presenta el actor es, según se infiere de la pericia médica, una secuela del tratamiento médico defectuoso y no del accidente en sí mismo sufrido por aquél (conf. contestación de la impugnación de la pericia de fs. 216/219, punto 2 de la prueba de la demandada). Hasta aquí, entonces, resulta claro que el modo en que fue tratada la fractura padecida por el actor no fue el adecuado y que ello es la causa de las secuelas anteriormente descriptas. Sentado lo anterior, debe resaltarse que se encuentra acreditado y reconocido por la propia demandada que el día del accidente, 09/1/1998, el actor fue atendido en el Hospital Vélez Sarsfield (cfr. contestación de demanda de fs. 88/106 vta. e informe pericial de fs. 186/190 vta., respuesta 1 de la prueba de la parte actora). A ello debe agregarse los testimonios del Sr. Víctor Hugo Ellena y del Sr. Daniel Luis Arroupe, de los cuales surge que el actor continuó tratándose en el Hospital Vélez Sarsfield hasta el mes de abril del año 1998. En efecto, el primero manifestó que “el día del accidente no lo acompañé al hospital pero con posterioridad si, la semana siguiente del accidente lo acompañé tres o cuatro veces al hospital [Vélez Sarsfield] ... lo trasladábamos nosotros en nuestros autos, lo llevábamos a la sala de traumatología, lo dejaba en la puerta y lo esperaba tomando algo en la cafetería del hospital hasta que saliera ...la semana anterior [al 19/4/1998] se lo sacaron al yeso en el hospital ... seguí con el procedimiento de llevarlo al Vélez Sarsfield no se si una, dos o tres veces hasta el mes de abril” (cfr. fs. 147/147vta.). Por su parte, el Sr. Arroupe manifestó que “yo viví todo el proceso junto con el Sr. Solari desde los primeros días de enero hasta mediados de abril, que duró toda su curación, lo acompañé al hospital Velez Sarsfield ... Yo lo llevaba al hospital y lo llevaba en silla de ruedas a la sala de rayos y traumatología. Yo he ido acompañándole en todas sus curaciones, pude no haber ido a alguna pero siempre estuve con él. En el hospital muchas cosas no le hacían, le sacaban placas radiográficas y volvía a la sala de traumatología. Lo atendían muchas veces ni siquiera en la sala de traumatología, muchas veces en la sala que aplican yesos. Entrábamos en el hospital, en su entrada principal, siguiendo derecho donde comienza la escalera del primer piso, hacia la derecha, se encuentra con un pasillo ancho, en mano izquierda a los 5 o 10 metros comienza la sala de

traumatología y al final de dicha sala hay una habitación donde es la sala de yesos, la sala de radiología está sobre la entrada principal, antes de la salida por la puerta trasera del hospital, sobre mano izquierda, está la sala de rayos” (cfr. fs. 147 vta./148). Por otra parte, el deficiente modo en que fue confeccionada la historia clínica del actor en el Hospital Vélez Sarsfield, cuyas omisiones no aportan claridad al caso de autos, no puede perjudicar al actor. En efecto, “es criterio jurisprudencial prevaleciente que omitir asientos en la historia clínica origina presunciones hominis desfavorables al médico, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarla, prueba que debe ser, apreciada con criterio riguroso (CNCiv, sala H, 21/6/95; sala J, 29/9/94, ambos en JA, 1998-I; sección síntesis: CNCiv, sala I, 19/2/97, JA, 1998-I-461)” (CNCiv, SalaF, 15/11/2004, “A., M. S. F. c. Clínica Dussaut S.R.L. y otros”, DJ 30/03/2005, 804). En el mismo sentido, se sostuvo que “Las ausencias, omisiones o pérdida de las constancias existentes en la historia clínica no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica y no al paciente en atención a la situación de inferioridad en que se encuentra” (CNCiv., Sala I, 26/04/2005, “Román de Colombres, María N. c. G., R. G.”, RCyS 2005-IX,1012). Por tanto, la falta de cumplimiento de tales recaudos configura una presunción en contra de la demandada que, sumado a los concordantes testimonios de los Sres. Víctor Hugo Ellena y Daniel Luis Arroupe, y al indubitable hecho de que el 09/1/1998 el actor fue atendido en el Hospital Vélez Sarsfield, permite concluir que las secuelas del accidente sufrido por el actor el 09/1/1998 obedecen al incorrecto tratamiento recibido en el Hospital Vélez Sarsfield. IV. La accionada también sostuvo que existió culpa de la víctima por cuanto no habría cumplido con el tratamiento indicado. En este sentido, aduce que el actor no realizó la interconsulta indicada con el Servicio de Traumatología del Hospital Velez Sarsfield; retiró el yeso por sus propios medios; e incumplió el tratamiento de kinesiología indicado en el Hospital Rocca ya que asistió a una sola sesión. Al respecto advierto que, contrariamente a lo sostenido por la recurrente, de los testimonios del Sr. Víctor Hugo Ellena (cfr. fs. 147/147vta.) y del Sr. Daniel Luis Arroupe (cfr. fs. 147vta./148) surge: (i) que el actor continuó tratándose en el Hospital Velez Sarsfield hasta el mes de abril del año 1998, (ii) que concurría a la sala de traumatología, y (iii) que fue en dicho hospital donde le retiraron el yeso en el mes de abril del año 1998. Asimismo, en cuanto al tratamiento de kinesiología indicado en el Hospital Rocca, surge de la prueba que dicho tratamiento no habría evitado las secuelas que actualmente padece el actor. En este sentido, el perito sostuvo que “la fractura se presume que ya estaba consolidada porque el paciente estaba sin yeso y tenía indicada la rehabilitación. En esta etapa, consolidada la lesión ósea con las desviaciones señaladas, la prescripción de rehabilitación kinesiológica resulta superflua, habiendo debido indicarse la intervención quirúrgica. Consolidadas las lesiones, las mismas no pueden corregirse con tratamiento de rehabilitación kinesiológica ni obtenerse un resultado funcional mejor” (cfr. acta de audiencia de fs. 235/235 vta., pregunta 22). En consecuencia, los agravios esgrimidos por la accionada tendientes a demostrar la culpa de la víctima deben ser rechazados. V. Demostrada la improcedencia de los agravios ensayados por la accionada tendientes a demostrar la inexistencia de un deber reparatorio a su cargo, corresponde a continuación analizar las quejas vertidas de manera subsidiaria en relación al quantum del resarcimiento reconocido por el sentenciante de grado. VI.1- La demandada controvierte el monto indemnizatorio reconocido en concepto de daño emergente, comprensivo de los gastos médicos (futura operación y gastos kinesiológicos posteriores) y del daño físico (biológico y estético). Gastos médicos En su memorial, la demandada sostiene que el tratamiento quirúrgico no está necesariamente indicado y, con respecto al tratamiento de rehabilitación, entiende que éste era necesario al tiempo en que fue indicado por los médicos del Hospital Rocca. Debe recordarse que la prueba pericial es, en principio, el medio más idóneo para aclarar cuestiones de una especialidad técnica ajena al conocimiento judicial. Esta se produce a través del perito, que es un sujeto ajeno a las partes, con conocimientos técnicos de los que carece el juez o, por lo menos, no está obligado a conocer, ya que su deber se circunscribe al conocimiento del derecho. Se trata de un auxiliar del órgano judicial, con conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (cfr. art. 363, CCAyT; Fenchietto, Carlos Eduardo, Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con los códigos provinciales, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 2, pág. 644 y ss.). En cuanto al tratamiento a seguir, el perito médico informó que las deformaciones que actualmente padece el actor deberán tratarse quirúrgicamente a corto plazo para corregir las desviaciones constatadas y evitar el desarrollo de nuevas alteraciones anatómico-funcionales a nivel del tobillo y del pie del actor. Mas aún, señaló que para corregir la secuela deformante el procedimiento quirúrgico es la única opción (cfr. informe pericial de fs. 186/190vta., respuesta 13 de la prueba por la parte actora y contestación de la impugnación de la pericia de fs. 216/219, punto 6 de la prueba de la demandada). Por lo expuesto, la necesidad de efectuar una intervención quirúrgica en el futuro, obliga a hacer lugar al resarcimiento por este concepto. Con respecto al tratamiento de rehabilitación, el perito expresó que "En esta etapa, consolidada la lesión ósea con las desviaciones señaladas, la prescripción de rehabilitación kinesiológica resulta superflua, habiendo debido indicarse la intervención quirúrgica. Consolidadas las lesiones, las mismas no pueden corregirse con tratamiento de rehabilitación kinesiológica ni obtenerse un resultado funcional mejor" (cfr. fs. 235 vta.). En consecuencia, estimo que corresponde hacer lugar parcialmente a este agravio y revocar la sentencia de la instancia anterior en cuanto concede una indemnización de \$240 en concepto de gastos kinesiológicos. Daño físico Conforme fue expuesto supra, el actor ha sufrido un daño físico cuya causa fue la inadecuada atención médica recibida, cabe, entonces, analizar el quantum por el que procedió, a fin de determinar si resulta razonable en relación a las secuelas que generó. A los fines de calcular los montos indemnizatorios deben evaluarse una serie de circunstancias que son particulares de cada caso, a saber: actividad laboral de la víctima, disminución de sus posibilidades, edad, cultura, estado físico, y todo aquello que se trasunta en la vida de relación. En efecto, "A los fines de proceder a la cuantificación del "valor vida" (en el caso, la cuantificación del daño físico) debe adoptarse un criterio que en cada caso pondere las específicas características de la víctima, especialmente las referidas a la edad, su preparación intelectual o capacitación para el trabajo y el nivel socio-económico en el que se desenvolvía, aunque también deben ponderarse aquellas condiciones personales de los beneficiarios que constituyen igualmente variables futuras, que incidirán en la definitiva cuantificación del resarcimiento" (Cf. CNApel. en lo Civil, Sala A, 17/02/2005, "Amstutz, Ana María y otros c/ Campero, Ramón Alejandro", DJ, 11/05/2005, 100). En el sub examine, el actor contaba con 54 años de edad a la fecha del accidente y se dedica a realizar trabajos de herrería. Asimismo, se puso de resalto, según las constancias de la causa, que el accionante tiene como secuela una pérdida de su integridad física del 40%, la cual también importa una alteración (de tipo parcial y permanente) para afrontar los requerimientos personales, sociales y laborativos, en un porcentaje similar (conf. informe pericial de fs. 186/190 vta.). Teniendo en cuenta todo lo anterior, considero que el quantum del resarcimiento por este concepto debe ser reducido a la suma de \$ 25.000. VI.2.- Por otra parte, la Ciudad se queja por la suma otorgada en concepto de lucro cesante pues sostiene que el tiempo en que el actor estuvo incapacitado no fue a consecuencia de la conducta médica sino del accidente sufrido. Asimismo, cuestiona el plazo de incapacidad tomado en cuenta para calcular el lucro cesante y, finalmente, aduce que el a quo incurrió en una superposición de rubros indemnizatorios toda vez que, además de indemnizar el lucro cesante, reconoce una indemnización por incapacidad sobreviniente. En primer lugar, es necesario destacar que, para que este rubro resulte procedente, es imprescindible la demostración de que, al momento de ocurrir el suceso dañoso, la víctima realizaba una tarea remunerada. A tal fin, es posible recurrir a indicios o aún a presunciones, en la medida en que éstas fueran idóneas para demostrar que la accionante percibía ingresos. A fs. 28, la empresa Pintesol S.R.L. informa que "el actor ha realizado trabajos de herrería para la obra de la calle Céspedes 2324 Capital, por un monto de \$ 1.600 en el mes de febrero de 1996; en la obra de la calle Olleros 2969 Capital, por \$ 1.200 en marzo de 1996; en la obra de la calle Maipú 250 Avellaneda, durante los meses de abril, mayo y junio de 1996, por un monto total de \$ 9.500; en los meses de julio y agosto del mismo año en la obra de la calle San José 445 Capital, por un monto de \$ 3.500; en los meses de febrero y marzo de 1997 en la obra de la calle Virrey del Pino 1845 Capital, por \$ 1.200, en los meses de agosto y septiembre del mismo año en

la obra de la calle Santa Rita y Thompson, Villa Loma Hermosa, Partido de Tres de Febrero, por un total de \$ 3.200 y por último en la obra de la calle Alicia M. de Justo 2030 oficina 316 Capital, por un total de \$ 2.800 durante los meses de octubre y noviembre de 1997". Así pues, es dable concluir que el accionante se dedica a prestar trabajos de herrería. En segundo lugar, en cuanto al plazo, el a quo computó el tiempo transcurrido entre la fecha del accidente —09/1/1998— y hasta un mes después desde que fue sacado el yeso —15/5/1998—. La Ciudad niega que el yeso hubiera sido retirado en tal fecha, no obstante, de acuerdo a los testimonios del Sr. Víctor Hugo Ellena (cfr. fs. 247/247vta.) y del Sr. Daniel Luis Arroupe (cfr. fs. 147vta./148), el yeso fue retirado al actor en el Hospital Vélez Sarsfield en el mes de abril del año 1998. En tercer lugar, advierto que no existe una superposición de rubros indemnizatorios pues no surge del expediente que el actor padezca una incapacidad laboral permanente que le impida reanudar sus tareas. En este sentido, adviértase que, por un lado, el perito señaló que las secuelas ocasionan al actor una pérdida de su integridad física del 40% y que, por el otro, su estado mejorará luego de la intervención quirúrgica. Cabe destacar que la jurisprudencia ha dicho que "el lucro cesante sólo es resarcible en forma autónoma de la incapacidad sobreviniente si el evento dañoso produce una interrupción de la actividad laboral y siempre que la víctima se reintegre a su trabajo" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 13/6/2000, "Coradini, Marcos A. c. Prefectura Naval Argentina", LL, 2000-F, 577). En sentido contrario, se ha sostenido que "Cuando está demostrada la incapacidad laboral con carácter permanente, no es posible indemnizar en forma separada el lucro cesante, desde que éste supone una imposibilidad transitoria de obtener ganancias que luego de superado el trance la víctima estará en condiciones de obtener" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 11/5/2001, P., D. c. V., M.M., ED, 195-97). Dado que no se ha probado que la incapacidad del demandante sea total, resulta lógico entonces que, por un lado, se indemnice al actor los días en que se vio privado de trabajar a causa de la colocación del yeso y que, por el otro, se indemnice la incapacidad parcial que el actor padece. En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el agravio de la parte demandada y confirmar la sentencia de la instancia anterior. VI. 3. Finalmente, la Ciudad cuestiona la indemnización otorgada en concepto de daño moral toda vez que, a su entender, la suma fijada resulta excesiva y configura una fuente de lucro que no se condice con las sumas reconocidas por este concepto en la jurisprudencia de este fuero. Por mi parte, considero que el daño moral constituye una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir, por una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho y anímicamente perjudicial, que debe ser reparado con sentido resarcitorio (PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño Moral", Ed. Hammurabi, 1996, pág. 47). El daño moral para ser resarcible debe ser cierto —es decir, que resulte constatable su existencia actual, o cuando la consecuencia dañosa futura se presente con un grado de probabilidad objetiva suficiente—; y personal —esto es, que solamente la persona que sufre el perjuicio puede reclamar su resarcimiento—; debe derivar de la lesión a un interés extrapatrimonial del damnificado —la afectación debe recaer sobre un bien o interés no susceptible de apreciación económica— y; finalmente debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido. En caso de concurrir estos presupuestos, el daño moral se torna indemnizable y, a tal efecto, resulta indiferente que éste se origine en el marco de una relación contractual, o bien que derive de un vínculo de naturaleza extracontractual. A su vez, por aplicación del principio general previsto en el artículo 301 del CCyT, la acreditación sobre la concurrencia de los presupuestos que hacen procedente el resarcimiento del daño moral está, lógicamente, a cargo de la parte que invoca el perjuicio y pretende su reparación (PIZARRO, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 563). Determinado el marco en el que habrá de analizarse el agravio planteado y, teniendo en consideración que la Ciudad no cuestionó la procedencia de este rubro sino únicamente su monto, resulta necesario —a continuación— determinar si, de acuerdo con las constancias obrantes en el expediente, la suma fijada por el magistrado de la instancia anterior resulta excesiva. Ahora bien, apreciadas las constancias obrantes en el expediente bajo las reglas de la sana crítica —artículo 310 del

CCAyT—, la suma reconocida en la anterior instancia al litigante por este rubro (\$20.000) aparece como excesiva en relación con las sumas reconocidas por otros conceptos, de manera que corresponde su reducción a la suma de \$7.000. VII. En cuanto al momento a partir del cual la suma resarcitoria habrá de devengar intereses y, asimismo, cuál es la tasa que corresponde aplicar a efectos de su cálculo, corresponde estar a lo resuelto en la anterior instancia dado que ninguna de las partes expresó agravios respecto de este punto específico y, por tanto, la decisión del a quo en este aspecto ha quedado firme. VIII. Por las consideraciones que anteceden propongo al acuerdo que, en caso de compartirse este voto, se haga lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la accionada y, en consecuencia: 1) se reduzca el monto de la indemnización reconocida al actor en concepto de daño emergente (daño biológico y estético) a la suma de \$ 25.000; 2) se deje sin efecto la indemnización reconocida al actor en concepto de daño emergente (tratamiento kinesiológico); 3) se reduzca el monto de la indemnización reconocida al actor en concepto de daño moral a la suma de \$ 7.000. Finalmente, en lo que respecta a las costas, toda vez que la suma reclamada en la demanda asciende a la suma de \$ 226.800 y que la demanda prosperó por la suma de \$ 41.433,53 y que, por tanto, existen vencimientos parciales y mutuos, estimo que corresponde imponerlas en ambas instancias en el orden causado (artículo 65, CCAyT).

A la cuestión planteada, el Dr. Horacio G. Corti dijo:

I. Adhiero al relato que efectúa el Dr. Carlos Balbín en el considerando I de su voto, con excepción de los agravios planteados por la demandada, los que, a efectos de mayor claridad expositiva, expondré a continuación.

II. Contra el pronunciamiento de primera instancia, la demandada presentó, sustancialmente, los siguientes planteos: a) la sentencia es arbitraria, puesto que no es el resultado de ningún elemento probatorio incorporado a la causa, y, por tanto, no hay nexo causal entre el accionar médico y las secuelas de la lesión (fs. 304/311); b) no debieron concederse los rubros indemnizatorios ni los montos de la condena (fs. 311/313).

III. A fin de examinar los agravios de la demandada conviene efectuar de forma preliminar algunas aclaraciones respecto de los hechos sobre los que versa este caso. Prácticamente nada de lo sucedido está fuera de discusión. Lo único no controvertido es que el Sr. Solari, el día 9/1/1998, fue atendido por el servicio de guardia del Hospital Vélez Sarsfield; le tomaron una radiografía y le colocaron un yeso (cfr. fs. 39, 90 y 307). La actora y la demandada difieren diametralmente en el relato del resto de los hechos relevantes a efectos de la resolución de este litigio. Según la parte actora lo ocurrido fue lo siguiente. En la guardia se le diagnosticó fractura de tibia y peroné, al día siguiente volvió porque la pierna se le había edematizado y el yeso estaba muy apretado. Se le efectuó un corte al yeso para disminuir la compresión y se lo citó para el lunes siguiente al Servicio de Ortopedia del Hospital (fs. 39). A continuación –cumpliendo los requerimientos de los médicos que lo atendían– se presentó en numerosas oportunidades en el hospital, y los médicos se habrían limitado a tomar nuevas radiografías, controlar el yeso, y, en su caso, reforzarlo hasta que el 15/4/1998 le quitaron el yeso encontrándose ya con el pie lateralizado (fs. 39/39 vta.). La demandada efectúa el siguiente relato de lo acontecido. El Sr. Solari ingresó a la guardia con un traumatismo de tobillo izquierdo, los profesionales que lo atendieron detectaron –a través de las radiografías que le tomaron– una fractura del pilón tibial, en consecuencia, lo enyesaron, le dieron un calmante y le indicaron que debía efectuar una interconsulta con el Servicio de Traumatología. El paciente nunca regresó por dicha afección a cumplir con las indicaciones dadas (fs. 90/91, y 306/308). Sólo se presentó el día 13/4/1998 sin el yeso; el profesional médico que lo atendió le indicó que debía realizar rehabilitación y tomarse radiografías de ambas caderas y rodillas. Con posterioridad, el paciente sólo se presentó a una sesión de kinesiología el día 30/4/1998 (fs. 90 vta., fs. 309).

IV. De acuerdo con el expediente, lo único que podemos afirmar con seguridad es que el Sr. Solari se presentó el día 9/1/1998 a la guardia del Hospital Vélez Sarsfield, le tomaron una radiografía y le colocaron un yeso. Resulta claro que si la parte actora pretendía que se considerara responsable al hospital por tener el pie lateralizado debió haber acreditado su versión de los hechos. Al respecto, esta Sala ya ha señalado en numerosas oportunidades que la carga de la prueba corresponde, tal como lo dispone el art. 301 CCAyT, a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido: (“Es sobre el accionante que pesa la carga de aportar los elementos que el juez evaluará y no éste quien debe pedirlos a las partes. El principio dispositivo ritual que emana del art. 301, CCAyT pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión”; ver “Cesaltina Palma Dos Santos de Bruno c/GCBA s/recurso de apelación c/decisiones de DGR”, exp. RDC nº 58, sentencia del 10/9/2003; el mismo criterio puede verse en la Sala II: “Oronoz de Bigatón, Celina c/GCBA s/amparo”, sentencia del 26/2/2001). De manera que si el Sr. Solari pretendía que se le reconociera el derecho a obtener una reparación por supuestos daños padecidos debía lograr que se incorporaran elementos de convicción que avalaran su relato. En efecto, quien tenía aquí, en principio, la carga de la prueba era el Sr. Solari. Él debía probar los hechos que fundamentaban su pretensión (la responsabilidad del hospital y con ello de la Ciudad); si ello se verificaba, entonces sí la carga probatoria se trasladaba a la demandada, que debía probar hechos que la eximieran de responsabilidad o la atenuaran. En el presente caso, no hay manera de establecer una conexión causal entre los padecimientos del Sr. Solari y la actuación de los profesionales del Hospital Vélez Sarsfield, por el simple hecho de que no se puede establecer que fue lo que ocurrió (ver fs. 217). Por ello es que asiste razón a la recurrente cuando afirma que la sentencia no se basó en los elementos probatorios incorporados a la causa y que no puede afirmarse la responsabilidad de la Ciudad. Por tanto, su planteo tiene recepción favorable. V. El relato anterior muestra a mi juicio con claridad que, en el caso, no se ha planteado de forma adecuada una demanda de daños y perjuicios sobre la base de la responsabilidad del Estado. El actor sólo dice que ha sufrido un daño causado por el Estado, como si dicha enunciación generara automáticamente responsabilidad, sin que fuera necesario efectuar una argumentación que recorra, punto por punto, las diferentes condiciones que debe acreditarse para que el Estado responda por ello (“Ketzelman, Ernesto Daniel c/G.C.B.A. s/empleo público”, exp. 2637/0). Veo aquí un obstáculo procesal insalvable, porque las demandas de daños y perjuicios deben contener, como mínimo, una justificación jurídica consistente sobre cada aspecto de la responsabilidad (hecho dañoso, relación causal, etc.). Nada de eso se verifica en el caso. Agrego que ya en la causa “Toledo” (“Toledo, Ramona Nelsa c/GCBA s/emp. púb, exp. 4224”), destacué que el relato circunstanciado de los hechos exigido por la generalidad de los códigos procesales no se satisface cuando el actor se limita a mencionar una cuestión fáctica, sino que debe señalar los aspectos que resulten esenciales a fin de fundar adecuadamente la demanda (cfr. art. 269, CCAyT). Como señala Zavala de González, en un juicio de responsabilidad por daños y perjuicios, “son esenciales los siguientes hechos: a) Los que denotan la legitimación del actor como damnificado (o sucesor de éste) con derecho a accionar (por ejemplo: la calidad de dueño o de usuario del automotor, para reclamar reparación por los perjuicios sufridos en el vehículo), así como la legitimación del demandado como responsable por el daño (por ejemplo, su carácter de principal con respecto del dependiente autor del perjuicio) . b) Los referidos al hecho fuente del daño, tanto desde su perspectiva material básica (efectiva ocurrencia del suceso), como desde la que denota la injusticia del perjuicio padecido por la víctima y la mediación de un factor de atribución contra el demandado. c) Los que evidencian la relación causal entre el hecho y el daño d) Los vinculados con la existencia, composición y magnitud del daño mismo” (cfr. Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños 3. El proceso de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 2ª edición, 1997, pp. 45/6).

VI. La admisión del planteo precedentemente examinado torna abstracto el tratamiento de los restantes, por tanto, considero que corresponde que se revoque la decisión de primera instancia, imponiéndose las costas al actor vencido.

VII. Sin perjuicio de lo expuesto, a mayor abundamiento y a fin de resguardar al máximo el derecho de defensa del actor, debe recordarse que el núcleo de la discusión lo constituyó la cuestión de determinar si el tratamiento médico prescripto era o no el correcto. De acuerdo con el expediente, existían dos cursos de acción posibles a adoptar en este caso. En primer lugar, de conformidad con el perito, la intervención quirúrgica –tratándose de una fractura del pilón tibial con trazos articulares que desplazan los fragmentos fracturarios– era sólo una opción preferente: “Las fracturas del pilón tibial con trazos articulares que desplazan los fragmentos fracturarios son de indicación preferentemente quirúrgica” (fs. 189 vta. y 218) En segundo lugar, la Asociación Argentina de Ortopedia y Traumatología concede que para este tipo de casos es preferible un tratamiento conservador – como la colocación de un yeso– antes que la intervención quirúrgica. En efecto, considérense las respuestas que la referida institución brindó a las preguntas pertinentes formuladas (fs. 142/143): “12. Si en este tipo de fracturas se prefiere el tratamiento conservador a los tratamientos quirúrgicos, que puedan sumar lesiones y complicaciones a la lesión inicial”, contesta. Dependiendo del tipo de fractura sí, ya que cuanto mayor es la cantidad de fragmentos de la fractura peor es el resultado, aún con la fijación quirúrgica, y aumenta el riesgo de necrosis de los fragmentos intermedios.; 13. Si en el caso de un paciente con fractura de pilón tibial, que cursa la sexta década de vida, el tratamiento quirúrgico puede traer complicaciones (como ser infecciones y retiro de materiales de osteosíntesis, osteomielitis crónica, necrosis tegumentarias, retardo de consolidación, pseudoartrosis, etc.) que pueden incluso llevar a la indicación de amputación del miembro afectado. Es posible.; c) Si una intervención quirúrgica es la única y exclusiva indicación para el tratamiento de fractura de pilón tibial. No.”. Es decir, surge con claridad del expediente que el proceder médico del hospital no está contraindicado para este tipo de casos.

VIII. Dicho esto, cabe destacar que en el marco del debate aquí planteado, los médicos sólo resultan responsables cuando generan un daño como consecuencia de seguir o aplicar un tratamiento equivocado. Me remito al análisis que ya efectuó Bustamante Alsina sobre los deberes de los médicos referidos a los “diagnósticos” y “tratamientos” y a los casos en los cuales su elección excluye la responsabilidad de aquellos: “1395. c) Diagnóstico. El error de diagnóstico responsabiliza al médico por los daños que sufre el paciente como consecuencia de haber seguido por ello un tratamiento inadecuado, o haberse sometido a una intervención quirúrgica innecesaria, o no haberse atendido debidamente. Desde luego que el error debe ser grave e inexcusable. 1396. No responde el médico por un error de diagnóstico, cuando se trata de una materia ajena a su especialidad, y ha actuado fuera del terreno al que ha podido limitar sin negligencia, sus investigaciones. 1397. d) Tratamiento. Igualmente el médico es responsable en el caso de haber aconsejado un tratamiento equivocado por error grave e inexcusable. 1398. En cambio no responde el médico en cuanto al método de curación prescripto si se trata de uno de los sistemas aceptables, pues el criterio dominante en esta materia es que el profesional sólo debe poner en juego el caudal de preparación que el título acredita, salvo casos de negligencia grave, ignorancia inexcusable o falta grosera. 1399. Así el médico actúa, en su conducta profesional, eligiendo el método más adecuado para obtener el éxito de su tarea; su diligencia o culpa debe ser merituada con toda ponderación. Por lo tanto, si el médico actuó poniendo su celo profesional, el fracaso del método elegido no puede serle imputable. 1400. Siempre que estén divididas las opiniones científicas respecto de cierto problema de medicina, el juez no puede tomar partido en esas controversias, y, por lo tanto debe ser rechazada la responsabilidad profesional.” (Bustamante Alsina, Jorge: Teoría General de la Responsabilidad Civil; 1972, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 400). Para ilustrar la tendencia señalada, puede verse la reseña casuística que efectúa Bueres, quien luego de exponer la jurisprudencia extranjera sobre la cuestión destaca lo siguiente: “Los tribunales argentinos siguen cauces similares. Así, se dijo que el médico no es responsable del fracaso de un método curativo, si el mismo constituye uno de los que se aceptan en el medio científico y profesional del que forma parte el galeno. Tampoco se responsabilizó a un facultativo que eligió un método adecuado poniendo todo su celo en ello. La justicia –además– sostuvo que siempre que

existan opiniones divididas sobre un problema médico, el juez no ha de tomar partido en la controversia adjudicando responsabilidad al profesional. Leonardo A. Colombo resume gráficamente la directiva cuando afirma –recogiendo una cita– que ‘la culpa comienza donde terminan las discusiones científicas.’ (Bueres, Alberto J.: Responsabilidad civil de los médicos, tomo 2, 1994, Hammurabi, Buenos Aires, págs. 150/151). En esa misma línea, en la jurisprudencia argentina se encuentran casos en los que se ha señalado que, aunque para los peritos existieran otros métodos alternativos más eficientes, si el profesional trató a la paciente de acuerdo a uno de los métodos conocidos y defendible por la doctrina médica, el juez no puede valorar su actitud profesional como deficiente, inepta o incorrecta (CNCiv., Sala II: “Navarrete, Irma N. y otro c. Daruiz, Julio y otra”, sentencia del 16/3/1994). También se ha subrayado que “...la valoración de si existió error en el tratamiento no puede hacerse ‘a posteriori’, sino que tanto el juez como los peritos deben ubicarse en la misma situación en que se encontraba el médico al momento de realizarlo. Si como resultado de la terapéutica resulta que el escogido no era el más indicado, ello por sí solo no compromete la responsabilidad del profesional en la medida que el elegido haya estado entre los aconsejados por la ciencia médica” (CNCiv., Sala I: “A., G. O. C. Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S. A. y otro”, sentencia del 6/7/2001).

IX. De lo expuesto surge que, más allá de cómo, en definitiva, ocurrieron los hechos, y admitiendo por hipótesis, la existencia de un daño, no ha sido probado en el caso un accionar ilegítimo por parte del sistema hospitalario de la Ciudad, en la medida en que, de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina citada, relevante en atención a los términos de la prueba producida (pericial e informe técnico), no se dan las condiciones para que surja la responsabilidad médica. X. Lo dicho es suficiente para dar por cerrada la discusión planteada y afirmar que no se encuentran dados los recaudos que tornan procedente la responsabilidad estatal en el caso (y esto, claro, con independencia del encuadramiento que se le otorgue a de dicha responsabilidad según la clasificación del derecho privado, contractual y extracontractual). Debe, entonces, hacerse lugar al recurso del Gobierno y rechazar la demanda, con costas, en virtud del principio objetivo de la derrota. En este sentido dejo expresado mi voto.

El Dr. Esteban Centanaro, por las consideraciones expuestas por el Dr. Balbín, adhiere a su voto.

Por lo expuesto, y oído el Ministerio Público, el Tribunal RESUELVE: I) hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la accionada y, en consecuencia: 1) reducir el monto de la indemnización reconocida al actor en concepto de daño emergente (gastos médicos) a la suma de \$ 3.433,53; 2) reducir el monto de la indemnización reconocida al actor en concepto de daño emergente (daño biológico y estético) a la suma de \$ 25.000; y 3) reducir el monto de la indemnización reconocida al actor en concepto de daño moral a la suma de \$ 7.000; II) confirmar la indemnización concedida al actor en concepto de lucro cesante; y III) imponer las costas de ambas instancias en el orden causado en atención a que existen vencimientos parciales y mutuos (artículo 65, CCAyT). Regístrese. Notifíquese. Oportunamente devuélvase. Carlos F. Balbín Horacio G. Corti (en disidencia) Esteban Centanaro