

En la ciudad de SANTA ROSA, capital de la Provincia de La Pampa, a los 28 días del mes de junio de 2019, se reúne en ACUERDO la SALA 3 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería para resolver el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: "C., M. V. C/ PROVINCIA DE LA PAMPA Y OTRO S/ Ordinario" (Expte. Nº 20749/18 r.C.A.), venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nº 5 de la Ira. Circunscripción Judicial y existiendo unanimidad (art. 257 CPCC), la SALA, dijo:

I. Sentencia recurrida:

Mediante sentencia obrante a fs. 927/947vta., la magistrada de Primera Instancia rechazó las excepciones de prescripción y de falta de legitimación pasiva entabladas por la tercera citada "FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS S.A.", con costas; haciendo lugar a la demanda interpuesta por la Sra. M. V. C. por sí en concepto de pérdida de chance y daño emergente; y en representación de su hijo menor de edad J.I.M. (nacido el 20.01.2003 cfr. fs. 627) en concepto de incapacidad sobreviniente, daño moral y daño psicológico, contra la Provincia de La Pampa. Hizo extensiva la condena a la aseguradora e impuso las costas a la parte demandada vencida y a la tercera citada, regulando los honorarios a los profesionales intervenientes.

Para hacer lugar a la acción por daños y perjuicios, la jueza confirmó la veracidad de las afirmaciones en demanda, estableciendo como hechos probados que J.I.M. ingresó a la Guardia del Hospital de General Pico con un diente en su oído izquierdo, que ni él ni su madre habían intentado sacar, siendo atendidos en esa circunstancia por el médico generalista F. C., quien utilizando pinzas no aptas para la extracción del cuerpo extraño, sin lograr su cometido, produjo un sangrado en el oído y en definitiva la lesión sufrida, ordenando luego su derivación al Hospital de Santa Rosa.

Consideró que hubo responsabilidad civil de índole contractual directa en cabeza del médico estatal por el daño causado y responsabilizó a la Provincia demandada en razón de la inadecuada atención médica brindada en el hospital público, considerando tras su argumentación, que para ello era determinante estarse a la prueba pericial obrante en el expediente, de la que, según el pronunciamiento emitido, se desprende la impericia médica, la ausencia de instrumental adecuado y la falta de capacitación del Dr. C., todo ello concordado con la respectiva historia clínica.

En resumen, el Juzgado de la instancia anterior tuvo por probado que el daño (rotura de la membrana timpánica) fue causado por el tratamiento médico deficiente realizado por el Dr. C, en el Hospital Gobernador Centeno de General Pico.

Finalmente, en lo atinente al análisis de los rubros reclamados y a su cuantía, la jueza a quo declaró procedente en su caso los rubros incapacidad sobreviniente, pérdida de chance, daño emergente y daño moral. También la reparación por daño psicológico, rechazando sin embargo el rubro daño moral pretendido por la propia M. V. C..

En cuanto a la extensión de la condena a "FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS S.A." no hizo lugar a su defensa de falta de legitimación pasiva, en tanto expresó que no hubo desconocimiento de la documental acompañada por la demandada, con el Dr. C como asegurado a la época del siniestro en el marco del contrato de seguro celebrado entre la compañía aseguradora y la Provincia de La Pampa como tomador.

Este decisario es apelado en autos por la parte demandada -Estado Provincial- (fs. 956), quien presentó sus agravios a fs. 1009/1016, siendo respondidos a fs. 1018/1025 por la actora.

Asimismo, consta la apelación de la tercera citada -Federación Patronal Seguros S.A.- (fs. 968), quien presentó sus agravios a fs. 1040/1047, los que fueron contestados a fs. 1051/1059 por la demandante.

II. Los recursos de apelación:

a) de la demandada:

Como parte apelante la Provincia de La Pampa en su primer agravio (a.i) critica lo resuelto en la Primera Instancia, en tanto allí se tuvo por probada su responsabilidad con causa en la intervención médica culpable de un profesional dependiente del Estado Provincial. Con respecto al hecho dañoso, la recurrente puntualmente manifiesta que el menor de edad fue atendido correctamente por el personal del Centro Asistencial "Gobernador Centeno" y del Centro Asistencial "Dr. Lucio Molas". Y argumenta en sostén de su apelación, que la actora debió necesariamente acreditar los cuatro elementos básicos de la responsabilidad civil (enumerando el daño, el factor de atribución, la relación de causalidad, y la relación o vínculo de dependencia). En lo sustancial, la agraviada entiende que no existió culpa médica alguna, en ninguna de sus facetas. En su segundo agravio (a.ii), la recurrente cuestiona la pérdida de chance sentenciada, entendiendo que la decisión es incongruente, toda vez que el reclamo se canalizó sólo como pretensión propia del menor para luego ser sentenciado dicho concepto en favor de la madre por derecho propio.

En tercer lugar (a.iii) la demandada se agravia respecto a la porción del fallo de la instancia anterior que alude al daño psicológico, expresando que el requerimiento indemnizatorio giraba en torno a un rubro autónomo distinto de aquel que fue concedido, sentenciándose así en modo condenatorio -e incongruente según expone- aquellos costos de los futuros tratamientos que el menor de edad deberá realizar.

En su último planteo (agravio a.iv) la queja discurre concretamente sobre el importe que la jueza a quo asigna a la reparación del daño moral, reputándolo excesivo, abultado, desmedido e infundado, máxime teniendo en cuenta que los niños -alega- en sus juegos sufren cotidianamente caídas, torceduras y dolores propios de la edad.

b) de la tercera citada -Federación Patronal Seguros S.A.-:

Al delinear su primer agravio (b.i), la aseguradora apelante centralmente cuestiona la atribución de responsabilidad juzgada, en la medida que -refiere- no surge de la historia clínica constancia alguna de intento de extracción de cuerpo extraño por parte de los galenos del hospital, siendo claro el diagnóstico de perforación timpánica al momento de la solicitud de derivación, lo cual evidencia -según su propia visión- que el hecho dañoso reclamado no es concordante con los registros de la historia clínica ni de la pericia médica realizada.

Asimismo, se queja de los montos indemnizatorios establecidos en el pronunciamiento de condena (b.ii); también del tratamiento que da el a quo a la aplicación de los intereses en la sentencia (b.iii); agraviándose finalmente de la condena extendida a Federación Patronal Seguros S.A. (b.iv).

III. Tratamiento de los recursos:

Las apelaciones se abordarán en el sucesivo orden en que fueron interpuestos los respectivos recursos, el de la demandada a fs. 956, y el de la tercera a fs. 968. No obstante, en la medida que corresponda a una misma cuestión traída a revisión a esta instancia, los agravios serán en tal caso referenciados y entendidos en su tratamiento bajo mirada y motivación conjunta y complementada (v.g., agravios a.i. y b.i.; agravios a.ii. y b.ii.).

a) En lo que atañe al Estado Provincial, el primero de sus planteos recursivos referido a la responsabilidad civil que le fue adjudicada (agravio a.i.), se observa que la memoria no acierta en demostrar error alguno en dicho juzgamiento y pese a que la recurrente se esfuerza en recorrer los distintos presupuestos que deberían verificarse para la procedencia eventual de una acción en el derecho de daños, la crítica se encuentra cercana a la deserción. En efecto, su apelación relativa a la inexistencia de demostración de la culpa o impericia en cabeza del médico dependiente del Estado, queda circunscripta al terreno común de una mera discrepancia, al no hacerse cargo de la sólida fundamentación desplegada en la sentencia, en lo particular, cuando la sentenciante señala que el médico clínico que atendió en el Hospital de General Pico intentó sin éxito la extracción del

diente, con pinzas e instrumental no aptos para ello, produciéndose un sangrado que provocó la derivación a Santa Rosa, lugar al que arribó el paciente con edema y lesión sangrante del conducto auditivo. Quedó por lo demás correctamente meritada aquella prueba testifical que señala que el profesional del Hospital Gobernador Centeno (Dr. C, en General Pico) no utilizó una técnica profesional adecuada, a lo que corresponde adicionar como argumento no rebatido de la propia sentencia, que hubo de parte del médico de mención, un reconocimiento al hecho que el niño pudo lastimarse mientras se efectuaba el primer intento de extracción. Y para la mala praxis médica que la jueza a quo consideró, tuvo precisamente en cuenta la pericial médica obrante en autos a fs. 789/790, dictaminándose allí que hubo perforación timpánica (post traumática en este caso) y que la lesión se produjo en ocasión de la consulta y por presentar el niño, un cuerpo extraño en su oído izquierdo. Y además, que el mencionado Dr. C no pudo extraer el cuerpo extraño por no tener la capacitación ni el instrumental adecuado, conforme surge de la HC del paciente y demás documentos compulsados en [el] expediente. De modo tal que, surge claro que los datos probatorios quedaron en autos bien ponderados, con apoyo en la opinión experta de un especialista en otorrinolaringología, quien emitió su informe en modo relacionado con la documental relevante a la que también se alude, tal el caso de la historia clínica por la que se consideró a fs. 936vta., que consta al tiempo de internación, que el niño arribó al Hospital Lucio Molas con la lesión.

Si es que al Estado Provincial le corresponde responder -como lo plantea en hipótesis el propio memorial de la demandada- en la medida en que se demuestre daño padecido por el obrar culposo de cualquiera de sus médicos dependientes, dicha prueba es la que pudo recrearse en modo suficiente y adecuado en estos obrados, precisamente cuando a partir de un análisis prudente y bajo el prisma de la sana crítica, la jueza determinó en su fallo -en apreciación de hechos y prueba con la que concordamos- que puede afirmarse sin hesitación que la lesión del niño J.I.M. no fue provocada por él mismo y que el abordaje médico deficiente en el Hospital Gobernador Centeno fue el que produjo la rotura de la membrana timpánica.

Lejos entonces estuvo el profesional que dio la primera atención médica, del alegado actuar diligente, estando así demostrado que el daño sufrido por la actora tuvo en verdad causa eficiente en la actuación del galeno dependiente del Estado Provincial, i.e. quien frente al cuadro, salió a brindar la primera respuesta médica.

Ahora bien, distinta es la suerte de la segunda crítica contenida en el recurso de la parte demandada (agravio a.ii) vinculada al rubro pérdida de chance sentenciado, debiendo revocarse la sentencia de la primera instancia en ese aspecto. Ciertamente, asiste razón a la accionada Provincia de La Pampa cuando pone en evidencia el poco claro pronunciamiento sobre el rubro pérdida de chance (demandado iure propio para J.I.M. a fs. 66) a un valor nominal histórico que ajustado ascendería en la actualidad nada menos a que una suma aproximada a los \$ 300.000. De haber querido adjudicarse dicho rubro en favor de la progenitora como pareciera desarrollarlo la sentencia (apoyándose para ello en doctrina que alude a “dificultades que el peso de los años hace más gravoso superar por sí mismo y en soledad” y a derecho judicial que erradamente vincula este asunto al supuesto de muerte de un hijo), ciertamente la pretensión actoral no estuvo planteada en esos términos en la demanda, siendo palmariamente incongruente la decisión. Por el contrario, si la sentenciante aludía a la pérdida de chance propia del hijo menor de edad (al referir vía cita doctrinaria a “pérdida de una probabilidad u oportunidad futura”), es evidente que ha equivocado su construcción decisora, pues para este caso concreto y particular, el concepto se convierte en puramente conjetal y sin apoyo en material probatorio alguno que en esta causa permita sentenciar con esos alcances.

La tercera queja en apelación (agravio a.iii) deberá ser parcialmente desestimada, pues si bien la sentenciante rotuló inicialmente el rubro como “daño psicológico de J.I.M.”, lo cierto es que

también lo completó con la leyenda “daño emergente”; dejándose luego en claro que no se hacía lugar a la reparación autónoma del daño en su aspecto extrapatrimonial (subsumible como bien lo apunta la recurrente dentro del resarcimiento por agravio moral), sino más bien al resarcimiento del daño emergente acreditado por vía de informe experticial, i.e. para todo aquello que desde el punto de vista terapéutico insumirá erogaciones, siendo evidente que son estos desembolsos futuros de orden patrimonial los que fueron adjudicados (específicamente, los que se dictaminan en el punto -f- del peritaje a cargo de Licenciado en Psicología, a fs. 786/787).

Cabe remarcar que, si bien podría cuestionarse la técnica utilizada para desagregar la realización de los tratamientos y sus importes, en esencia en la sentencia se hizo lugar al daño emergente como costo cierto que en razón del aspecto psicológico sobrevendrá. Y a fs. 70 la parte actora es indudable que demandó gastos terapéuticos presentes y futuros "orientados al restablecimiento de la integridad psicofísica". No obstante, el monto adjudicado no parte de la prueba producida, sino que se advierte que la jueza determinó un importe por reglas de equidad, sana crítica y por el camino de aquellas facultades iuspositivas que habilita la norma contenida en el art. 157 del CPCC, resultando de ello una cuantificación exagerada y que a nuestro criterio -por las mismas pautas de apreciación- es justo y prudente reducirla, ubicando en definitiva esa reparación sucedánea, en el cincuenta por ciento del importe estimativo demandado a fs. 70, esto es, la suma de \$ 4.070 como establecida al 03.02.2011 más interés de ajuste a tasa mix.

Finalmente, la argumentación crítica del monto justipreciado por daño moral (agravio a.iv), planteada en los términos del mero disenso que devela la memoria, no puede prosperar, correspondiendo sin más su rechazo y a lo que cabe remarcar que la justicia del caso no pasa por el análisis del cómo o por qué llegó el diente al oído del niño, sino de los acreditados padecimientos, dolores y sufrimientos del menor de edad, como víctima de una práctica extractiva efectuada con instrumental inadecuado y básicamente en modo inicial negligente, según se desprende del material probatorio rendido en autos y que a tales fines la jueza a quo ponderó con arreglo a derecho.

b) Con relación a la apelación de la aseguradora, sus agravios preseñalados como (b.i), serán desestimados, por las mismas razones y motivaciones con las que se da respuesta a los agravios (a.i) de la parte demandada; y parcialmente los agravios (b.ii) los que como queda precedentemente motivado en esta pieza, en su caso, conducen a la confirmación del juzgamiento de la responsabilidad y a la revocación total (pérdida de chance) y parcial (daño psicológico) de los rubros pretendidos por la parte actora. Y además de lo ya considerado para dar respuesta al memorial de agravios de la Provincia demandada, con fundamento en la propia pericia obrante a fs. 789/790, diremos que palmariamente surge probado que el facultativo dependiente del Hospital de General Pico fue quien incontrovertidamente intervino en la atención primaria, inobservando reglas o principios que hacen al ejercicio o desempeño profesional en las circunstancias, obrando ostensiblemente de forma negligente, pues como también se indica en el peritaje respectivo (ver acápite "g" a fs. 790) "El citado profesional debió haberlo derivado al evaluar que no podría resolver el problema, sin provocar un problema mayor. [Que sin embargo] derivó al paciente con posterioridad a las lesiones provocadas y sin resolver la extracción del cuerpo extraño".

Los rubros y su cuantificación, quedarán confirmados en la forma y por las razones preseñaladas, a lo que agregamos que la indemnización por incapacidad fue determinada en base a datos y parámetros ciertos y objetivos vinculados a la víctima; que el monto por daño moral resulta justo, prudente y razonable en función de las particularidades del caso; y que el daño psicológico fue sólo sentenciado -como ya se explicó para los agravios de la accionada-, para la pretensión indemnizatoria de las erogaciones por futuro tratamiento.

El tercer agravio (b.iii) relacionado con el tratamiento que da el a quo a la aplicación de los

intereses en la sentencia será rechazado, por cuanto la sentencia (pese a que también podría haber determinado importes de rubros a indemnizar con expresión cuántica calculada a la fecha del propio pronunciamiento), estableció acertadamente valores nominales históricos consolidados para cada supuesto, cristalizándolos a la fecha del daño, con derecho a devengamiento de accesorios de ajuste de la deuda por cada rubro (arg. art. 1748 CCC), mediante utilización de la tasa de uso forense local que elabora Caja Forense de La Pampa (tasa mix hasta el efectivo pago). No se trata de aquellos intereses "moratorios" a los que alude el memorial de la recurrente y que el ordenamiento habilita como concebibles para los incumplimientos obligacionales de orden puramente contractual, sino de tasas (aquellas a las que la jurisprudencia local, en alguna oportunidad, aludió como "interés compensatorio judicial"), que esencialmente vienen a compensar o reexpresar un capital sentenciado como crédito ajeno (que corresponde además aquí reparar en modo pleno), readecuando los valores y permitiendo con ello el legítimo reajuste al tiempo en que se produce finalmente el pago y cuya fijación genéricamente tenemos habilitada legalmente los jueces (arg. art. 767 del CCC parte final).

Por último, sobre la queja relativa a los alcances de la condena a FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS S.A. (b.iv), el recurso se encuentra desierto, por ausencia de agravio, en la medida que la sentenciante a quo inequívocamente ya se pronunció a fs. 947vta., haciéndola extensiva a la tercera citada "en los términos del contrato de seguro celebrado."

En razón de la suerte corrida en esta instancia para los diferentes recursos y sus implicancias de orden económico en el marco de un proceso en el que se acciona por daños y perjuicios, las costas de Alzada serán soportadas en el orden causado (art. 62 segunda parte del CPCC).

Por ello, la SALA 3 de la Cámara de Apelaciones,

R E S U E L V E:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido a fs. 956 por la parte demandada Provincia de La Pampa, con los alcances dados en los considerandos.

II.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 968 por la tercera citada, por la motivación expresada precedentemente.

III.- Imponer las costas de Alzada en todos los casos en el orden causado, por los fundamentos preexpresados, regulando los honorarios del Dr. Raúl Andrés TAVERNA en el 30%, de las Dras. Alina ACEBAL y Leticia GONZÁLEZ en forma conjunta, en 28% y los de los Dres. Luciano ALBA y María Evangelina RAMIS en forma conjunta, en el 27%, porcentajes a calcularse sobre lo regulado en la instancia anterior (art. 14 de la L.A.), con más el IVA de así corresponder.

Regístrese, notifíquese (art. 461 CPCC). Oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.

Fdo. Dr. Guillermo S. SALAS - JUEZ DE CAMARA - Dra. Laura CAGLIOLO - JUEZ DE CAMARA

SUSTITUTA -

Dra. Miriam Nora ESCUER - Secretaria de Cámara .-