

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Partes: C. S. A. c/ GCBA s/ responsabilidad médica

Sala II

19 marzo 08

Fallo:

Ciudad de Buenos Aires, de marzo de 2008.-

VISTAS: las actuaciones del epígrafe, que se encuentran en estado de dictar sentencia, de cuyas constancias **RESULTA:**

I.- A fojas 1/8 se presenta el actor, por medio de su letrado apoderado y deduce demanda contra el GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES con el objeto de obtener el pago de la suma de \$ 175.000 (pesos ciento setenta y cinco mil) con más sus intereses y costas, en concepto de resarcimiento por daños y perjuicios.

Relata que en el año 2002 en el Hospital de Agudos "Dr. Cosme Argerich" le diagnosticaron un cáncer de mama y debido a ello fue sometida a una mastectomía, continuando luego con un tratamiento de quimioterapia.

Afirma que el 27 de diciembre de 2002, con motivo de los ciclos de quimioterapia, en una de las aplicaciones endovenosas sufrió una extravasación en la mano izquierda, producto de una mala praxis en el servicio de oncología del nosocomio mencionado.

Mayo 2008

www.afamse.org.ar

En tal sentido, destaca que la enfermera que le administró la droga, "rompió la vena y el medicamento provocó una quemadura" (v. fs. 2 del escrito de inicio). Alega que el 28 de abril de 2003, el médico oncólogo del Hospital Argerich, Dr. Aldo G. Armando, al ser consultado por la lesión sufrida en la mano izquierda, le diagnosticó "lesión dorso de mano izquierda por extravasación de Paclitaxel". Asimismo, sostiene que el especialista de mención la derivó con un médico en Traumatología y Ortopedia, consulta a la que concurrió el 7 de julio de 2003, siendo atendida por el Dr. Fulvio A. Mazza, quien le diagnosticó "secuela de lesión neuromuscular en mano izquierda." (v. fs.2 vta).

Destaca que como consecuencia de la lesión sufrida padece una incapacidad física del 25% (veinticinco por ciento) y del 100% (cien por ciento) en el ámbito laboral.

En tal sentido, sostiene que tiene 54 años de edad y que se encuentra imposibilitada de realizar tareas vinculadas a su oficio de costurera.

Asimismo, agrega que su situación se ve agravada toda vez que tiende a servirse naturalmente de la mano y lado izquierdo del cuerpo.

Por otro lado, alega que se encuentra desocupada y que sus únicos ingresos provienen de la ayuda familiar.

Sostiene que la lesión en su mano izquierda, se produjo como consecuencia de la extravasación de una droga denominada Paclitaxel. Menciona las precauciones y recomendaciones indicados por los laboratorios Labinca y Richmond, con respecto a la administración de la droga mencionada. Asimismo, cita "pautas de acción de enfermería en farmacología antineoplásica" (v. punto 6, fs. 3 vta.).

En tal sentido, menciona los principales signos de extravasación y sus métodos preventivos.

Por último, define la extravasación como "la salida de líquido intravenoso hacia el espacio perivascular." (v. fs. 4).

A continuación, especifica que la reparación pretendida se integra de la siguiente manera: la suma de \$ 100.000 (pesos cien mil) en concepto de daños materiales; \$ 20.000 (pesos veinte mil) en concepto de daño moral; \$ 15.000 (pesos quince mil) en concepto de daño psíquico; \$ 40.000 (pesos cuarenta mil) en concepto de lucro cesante (v. punto 7, fs. 8 y 9).

A fin de probar sus dichos, ofrece prueba documental, informativa, testimonial y pericial. Finalmente, solicita que se haga lugar a la demanda, con costas.

II.- Habilitada la instancia judicial, de conformidad con el dictamen fiscal de fojas 64, a fojas 65 se corrió el traslado de la demanda.

III.- A fojas 146/165 se presenta el GCBA y contesta la demanda, solicitando su rechazo con costas.

En primer lugar, niega todos y cada uno de los hechos invocados por la demandante.

Seguidamente, realiza un pormenorizado relato y análisis de los hechos.

En tal sentido, manifiesta que la extravasación es un riesgo propio del tratamiento oncológico.

A continuación, efectúa consideraciones médico legales vinculadas a las medidas preventivas, lesiones y tipos de tratamiento en caso de extravasación.

Sostiene que según la actora la extravasación se produjo el 27 de diciembre de 2002. Manifiesta que, sin embargo, la Sra. Altamirano "consulta recién el 23 de enero de 2003 (.), es decir 27 días posteriores a la ocurrencia de la instilación no intencionada del medicamento administrado por vía endovenosa" (v. fs. 154 vta.).

Asimismo, manifiesta que "no existen constancias de que la actora en oportunidad del suceso, hubiese realizado manifestación alguna ni a la enfermera, ni tampoco al facultativo a cargo de su seguimiento. Recién cuando se presenta a control de su patología oncológica, casi un mes después, comenta al Dr. Armando que presentaba una lesión en su mano izquierda".

En tal sentido destaca que la actora no actuó con la premura necesaria a fin de adoptar las medidas terapéuticas para que tuviesen eficacia y disminuyeran los efectos negativos de las drogas administradas durante la sesión de quimioterapia.

Alega que no consta en la historia clínica que el 27 de diciembre de 2002, la actora hubiese manifestado durante la administración del Paclitaxel molestia, picor, quemazón, dolor, tumefacción en la zona de punción (v. fs.154 vta.) Pone de resalto, que "si la actora hubiera manifestado entre las veinticuatro a cuarenta y ocho horas o a la semana de producida la extravasación y de haber estado hospitalizada, el tratamiento hubiera sido inmediato" (v. fs 155).

Afirma, en consecuencia, que la actora no ha cumplido con su deber de colaboración, impidiendo de ese modo a los médicos alcanzar el verdadero y oportuno diagnóstico. Sostiene que todo ello, configura la culpa de la víctima prevista en el artículo 1111 del Código Civil. Cita doctrina y jurisprudencia en sustento de su postura.

Por otro lado, afirma que el hecho de autos encuadra dentro del caso fortuito, previsto en el artículo 514 del Código Civil, toda vez que -según alega el demandado- el desenlace no pudo preverse, ni evitarse. En tal sentido, manifiesta que "la aparición del cuadro descrito superó el curso normal de lo que debe suceder y sus consecuencias inevitables eximen de responsabilidad a quienes en forma infructuosa pero poniendo todo el celo y la responsabilidad que es dable exigir, intentaron preservar la integridad y salud de la paciente" (v. fs. 157).

Seguidamente, realiza algunas consideraciones respecto de los rubros indemnizatorios pretendidos por la actora y cuestiona la prueba acompañada por este último a los efectos de probar los daños alegados. Finalmente, ofrece prueba, formula la reserva del caso federal y solicita, en suma, que se rechace la demanda con costas.

IV.- A fojas 186, mediante escritura pública, la actora Lidia de Jesús Altamirano, cede y transfiere a favor de su hijo, señor S. A. C. , los derechos y acciones respecto de los autos por ella iniciados, que tramitan en este tribunal.

V.- El acta de fojas 188/189 da cuenta de la celebración de la audiencia prevista en el artículo 288 del CCAT, en la cual se dispuso la apertura de la causa a prueba y se proveyeron las probanzas ofrecidas por las partes. Finalizado el período probatorio, se colocaron las actuaciones a los fines previstos en el 390 del CCAT (v. fs. 335). Atento a que las partes no hicieron uso de su derecho a alegar, en ese estado de las actuaciones, a fojas 338 se llamaron los autos para dictar sentencia.

CONSIDERANDO:

I.- En el presente caso se debate la responsabilidad del Estado local por los daños oportunamente invocados por la señora Lidia Altamirano, como consecuencia de la mala praxis que atribuye a los profesionales que la atendieron en el Hospital General de Agudos "Dr. Cosme Argerich", dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Como encuadre general, conviene advertir que en autos se alega en definitiva, una falta de servicio, imputable al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Este tipo de responsabilidad encuentra su fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código Civil, conforme al cual el

cumplimiento irregular de obligaciones legalmente impuestas genera responsabilidad estatal. Al respecto, se ha dicho que dicha disposición es una norma de reenvío, que remite a las disposiciones de derecho público que regulan el cumplimiento de la actividad administrativa (v. Reiriz, María Graciela, Responsabilidad del Estado, en la publicación colectiva: El Derecho Administrativo argentino, hoy; Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, pág. 220, especialmente pág. 227).

II.- Por razones de orden metodológico, en forma previa al análisis de los presupuestos de responsabilidad, corresponde efectuar algunas consideraciones con respecto a la cesión de los derechos litigiosos transferidos en escritura pública por la señora Lidia Altamirano a favor de su hijo, señor S. C.

En tal sentido, cabe destacar que el artículo 1444 del Código Civil sienta la regla general sobre la cesión de créditos. Al respecto, la doctrina ha sostenido que la expresión correcta para llamar al contrato hubiera sido "cesión de derechos" y no "cesión de créditos", habida cuenta de que su objeto es amplio y excede el límite de los derechos creditorios. En efecto, el principio que se establece es que todo derecho es cesible salvo excepción (v. Bueres, Alberto (dirección) - Highton, Elena (coordinación), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, tomo 4, vol. A, pág. 58 y ss.).

En consecuencia, se ha entendido que "[d]entro del amplio concepto consagrado por esta norma, quedan comprendidos en el objeto posible de la cesión todos los derechos personales, reales o intelectuales, así como las acciones que se deriven de esos derechos" (v. Bueres, Alberto (dirección) - Highton, Elena (coordinación), op. cit., tomo tomo 4, vol. A, pág. 58).

Por otro lado, cabe tener en cuenta que el artículo 1446 se refiere particularmente a los derechos litigiosos entre los derechos cesibles. En efecto, la mención se refiere a los derechos o créditos cuya dilucidación es objeto de una contienda judicial. Asimismo, cabe resaltar que como principio general para el contrato de cesión se exige la forma escrita, salvo en las cesiones de derechos litigiosos, que por imperio del artículo 1455 del Código Civil, requiere de su instrumentación por escritura pública o por acta judicial hecha en el respectivo expediente.

En tal sentido, cabe destacar que la aprobación judicial de la cesión, es innecesaria, por tratarse de un contrato que las partes pueden celebrar libremente. Sentado ello, y atento a que -en el caso de autos- los derechos litigiosos de la actora fueron cedidos mediante escritura pública (v. fs. 186), con lo cual se dio cumplimiento a la única exigencia de forma establecida por el artículo 1455, corresponde ingresar al análisis de los presupuestos de responsabilidad.

En este sentido, cabe señalar que el cesionario deviene en titular de los derechos y se coloca en la posición de la cedente en cuanto a los derechos que le puedan ser reconocidos en esta causa.

III.- Ahora bien, efectuadas las consideraciones precedentes será necesario evaluar si se verifican los presupuestos de responsabilidad. La doctrina menciona como elementos de la responsabilidad los siguientes: la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad entre el daño y el hecho y los factores de imputabilidad (v. Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pág.108).

III.1- En primer lugar, es menester aclarar que en el sub lite se encuentra acreditada la existencia de los daños invocados por la actora. En tal sentido, de la historia clínica y de las constancias de atención emanadas

de la Sección de Oncología Clínica (v. fs. 31) y de la Sección de Ortopedia y Traumatología del Hospital "Dr. C. Argerich" (v. fs. 38) se desprende que la actora sufrió una lesión en la mano izquierda "por extravasación de paclitaxel".

III.2.- Ahora bien, el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción (v. Bustamante Alsina, op. cit., pág. 267). En este sentido, la actora ha construido su pretensión resarcitoria sobre la base de alegar la mala praxis de los profesionales del Hospital General de Agudos "Dr. C. Argerich". En tal sentido, en su escrito alegó que "una enfermera rompió la vena y el medicamento provocó una quemadura. La enfermera vio que colocó mal la aguja, intentó corregir la ubicación de ésta, pero continuó con el goteo" (v. fs. 2).

Al respecto, cabe destacar que se encuentra acreditada la mala praxis alegada. En efecto, de los dichos del testigo Armando -médico del Hospital Argerich- se desprende que la Sra. Altamirano sufrió una lesión en su mano izquierda a causa de una extravasación. Ello, con motivo de los ciclos de quimioterapia que requerían aplicaciones endovenosas (v. respuesta a las preguntas 5 y 6, fs. 239). Asimismo, el testigo declaró que "luego de la aplicación de quimioterapia la paciente quedó] con una cierta impotencia funcional, con dificultad para realizar algunos movimientos que luego recupera con el tiempo" (v. respuesta a la pregunta 7, fs.239).

Asimismo, manifiesto que la aplicación la hizo una enfermera, en el servicio de oncología del Hospital Argerich (v. respuestas a las preguntas 14 y 15, fs 239 vta.). Por otro lado, la testigo Sal, se refirió a las circunstancias de modo y lugar del hecho demandados en autos. En tal sentido, manifestó que "la actora tuvo un accidente en la mano" (v. respuesta a la pregunta 3, fs. 231). Sostuvo, que aquel se produjo en un

hospital, donde "la pincharon mal y (.) le arruinaron la mano izquierda" (v. respuesta a la pregunta 4).

Agregó que tuvo la mano así hasta que falleció.

Sin perjuicio de las precedentes apreciaciones, existen agregados a la causa otros medios probatorios que permiten corroborar el acaecimiento del hecho. En efecto, de la historia clínica de la actora, se desprende que el 27/12/02 (día del acaecimiento del hecho) fue atendida en el servicio de oncología clínica del Hospital General de Agudos "Dr. Cosme Argerich", donde se le practicó una aplicación endovenosa que tuvo como consecuencia una extravasación en el dorso de la mano izquierda.

En suma, la prueba aportada a la causa corrobora que el día 27 de diciembre de 2002 la actora sufrió una lesión en la mano izquierda que tuvo como causa la mala praxis en el servicio de oncología clínica del Hospital General de Agudos "Dr. Cosme Argerich".

IV.- Sentado ello, corresponde ahora examinar la responsabilidad del Estado local y, en particular el título por el cual pueden ser imputadas las consecuencias dañosas de los hechos descriptos en el escrito de inicio.

IV.1.- En orden a esta cuestión, el ya recordado artículo 1112 del Código Civil prevé que los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, constituyen fuente de responsabilidad.

Al respecto, se ha dicho que se trata de una norma de reenvío, que remite a las disposiciones de derecho público que regulan el cumplimiento de la actividad administrativa. Partiendo de esta cláusula, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desarrollado la noción de falta de servicio, conforme a la cual "quien contrae la obligación de prestar un servicio

público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o su irregular ejecución" (Fallos 182:5, 306:2030, 312:1656, 315:2865, entre muchos otros).

En este orden de consideraciones, cabe señalar que la Cámara del fuero ha sostenido que "toda vez que la responsabilidad por omisión no ha sido objeto de una expresa regulación en el ámbito local, corresponde, por aplicación analógica, recurrir a las normas del Código Civil. Así, el artículo 1112 del Código Civil establece la responsabilidad patrimonial del Estado por '(.) las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas (.)' Según esta norma, cuando el perjuicio que sufre el particular deriva de la ejecución irregular de las obligaciones legales a cargo de los agentes públicos actuando en el ejercicio de sus funciones, es decir, como órganos de la administración, corresponde imputar al Estado la obligación de resarcir los daños ocasionados" (v. Cám. CAyT, Sala I, in re "Arovi, Elvira Petrona c/ GCBA y otros s /daños y perjuicios", del 07/07/04, considerando II del voto del Dr. Balbín).

En el caso, las normas que rigen la prestación de la salud en el ámbito local (en particular, en lo que aquí interesa la Ley N° 153) se entrecruzan con las específicas del arte de curar, aplicables tanto en el sector público como en el privado. En tal sentido, cabe aclarar que en este tipo de responsabilidad "no es necesario individualizar al autor material del daño, sino que es el servicio en su totalidad el que, funcionando irregularmente, produce daño (v. Reiriz, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", en AAVV, El Derecho Administrativo hoy, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, pág. 226).

En suma, en el caso habría que considerar que si existió un funcionamiento irregular del servicio de salud del Hospital "Dr. C. Argerich", a cargo del Estado local y, por lo tanto, imputable a éste. En este orden de ideas, cabe advertir que, del examen del plexo probatorio,

no se aportan elementos de juicio que permitan establecer las precauciones adoptadas por el servicio de oncología clínica, a cuyo cargo se encuentran las sesiones de quimioterapia, para evitar que se produjera el hecho dañoso. En consecuencia, el título de imputación de tal responsabilidad es la falta de servicio (art. 1112 del Código Civil).

V.- Establecido el factor de imputación y, por lo tanto, la responsabilidad de la demandada, corresponde pronunciarse sobre el monto de la indemnización que habrá de percibir el demandante.

V.1.- El primero de los rubros reclamados por la iniciadora de estos actuados es el que denomina daños materiales, cuyo monto evalúa en \$100.000 (pesos cien mil) (v. pto. VII del escrito de inicio).

En tal sentido, cabe poner de resalto que el monto de los rubros reclamados se efectúa sobre la base de la incapacidad que alega la actora, esto es, 25% de incapacidad física y 100% de incapacidad laboral. La doctrina ha definido a la incapacidad como "la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales".

Entraña la pérdida o la aminoración de potencialidades de que gozaba el afectado, teniendo en cuenta de modo predominante sus condiciones personales (v. Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños. Daños a las personas. Integridad sicofísica, Tomo 2a, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, págs. 290 y 303).

Al respecto, cabe señalar que a los efectos del análisis del daño por incapacidad resulta relevante el dictamen pericial. Ello, por tratarse de una materia técnica que requiere ineludiblemente de la opinión de expertos. En tal sentido, se ha dicho que "el peritaje tiene importancia no sólo para mensurar la índole de las lesiones y su gravitación negativa en la capacidad del sujeto, sino también con el objeto de esclarecer la

relación causal con el accidente, dicha prueba puede ser en los hechos insustituible en caso de lesiones diferidas, es decir, no concomitantes (.) al suceso motivo de responsabilidad" (v. Zavala de González, Matilde, op. cit., pág. 303). Sentado ello, cabe destacar que si bien a fojas 305/307 obra el informe del experto, atento al fallecimiento de la actora, devino materialmente imposible para aquél responder a los puntos de pericia propuestos por las parte. En particular, el perito no pudo examinar a la iniciadora de estos actuados, para poder determinar la incapacidad anatomo-funcional que se alegaba en el escrito de inicio (v. presentación de fs. 271). Si bien en su informe de fojas 305/307 respondió algunos de los puntos de pericia (que coadyuvan a establecer la existencia del hecho dañoso y su vínculo causal con el obrar de la Administración), lo cierto es que no se pudo determinar el tipo de incapacidad (y su porcentaje) específicamente atribuible al hecho de autos. En tales condiciones, no cabe la mera invocación de la sana crítica o del prudente arbitrio judicial, toda vez que la materia debatida en autos importa el conocimiento de aspectos técnicos y científicos que exigen la apreciación del profesional correspondiente.

En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que "la pericia médica constituye la prueba más importante en los juicios por mala praxis médica (.) donde se dilucidan cuestiones que escapan al ordinario conocimiento de los jueces." (v. C N Civ, Sala A, in re "Quintana, Marta Mabel c. A., A. y otro, del 27/12/2007, LA LEY 2008-A, 337).

En consecuencia, la ausencia de una explicación detallada de los puntos de pericia, en definitiva de un dictamen pericial en los términos del 379 del C C A y T torna imposible determinar el grado de incapacidad derivado específicamente de la lesión sufrida. A mayor abundamiento, corresponde destacar que, si bien en el caso de autos, se aportaron elementos de juicio que acreditan la lesión de la actora, no es suficiente para concluir que "toda lesión es incapacitante".

En efecto, se ha sostenido que "[d]e la gravedad de la lesión (.) no deriva necesariamente la existencia de una merma residual permanente, que para dar lugar a la indemnización perseguida, debió ser objeto de la debida comprobación que requiere conocimientos técnicos que plantean como ineludible la prueba pericial." (v. CNCiv., Sala B, del 9/11/74 LL, 1975 -B-133).

En suma, no se advierte del plexo probatorio la magnitud de la lesión, las secuelas de ésta, ni el grado de minoración producido por la lesión sufrida por la iniciadora de estos autos. Por lo expuesto, ante la insuficiencia del dictamen pericial (por causas, cabe aclarar, ajenas al experto), la falta de elementos de juicio que permitan establecer y cuantificar la incapacidad alegada y teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia reseñada, corresponde desestimar la indemnización solicitada por el rubro "daño material".

V.2.- La actora originaria también solicitó que se la indemnizara por el daño moral, que estimó en la suma de \$ 20.000 (pesos veinte mil).

V.2.1.- Cabe recordar que conforme surge de fojas 4 y 5 del escrito de inicio, la señora Altamirano, reclamó una reparación por el agravio moral sufrido como consecuencia del hecho dañoso. Luego como ya se señaló a fojas 186, cedió y transfirió mediante escritura pública, los derechos litigiosos -a dilucidarse en esta causa- a favor de su hijo S. A. C. Sentado ello, corresponde señalar que lo que aquí cabe dirimir es la indemnización por daño moral sufrida por la actora como damnificada directa

En tal sentido, cabe destacar que el artículo 1078 del Código Civil sienta el carácter personal de la acción para reclamar el daño moral en vida de la víctima. Sin embargo, a pesar de lo señalado, es casi unánime la doctrina y la jurisprudencia en que, si la víctima ha ejercido en vida la acción, ésta se transmite a los herederos. Ello es así, debido a lo previsto

por el artículo 1099 del Código Civil, conforme "[s]i se tratare de delitos que no hubieran causado sino agravio moral, como las injurias y la difamación, la acción no pasa a los herederos o sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto". En consecuencia, se ha sostenido que la acción del daño moral sería intransmisible por regla y transmisible por excepción (v. Zavala de González, op. cit., pág.492).

En tal sentido, la jurisprudencia -en coincidencia con la doctrina mayoritaria antes reseñada- ha sostenido que "[l]a norma según la cual la 'indemnización por daño moral sólo compete al damnificado directo', debe entenderse en el sentido de que no corresponde el resarcimiento si la acción no la ha intentado aquél, pero si la hubiere iniciado y luego muriese por causa ajena al accidente, pueden continuarla sus herederos" (CNCiv, Sala B, del 13/9/73, JA, 21-1974-27, citado por Zavala de Gonzalez, op. cit., pág. 494). Asimismo, precedentes en igual sentido, han sido afianzados en un fallo plenario. "La acción en curso por reparación del daño moral puede ser continuada por sus herederos" (CNCiv. en pleno, sentencia del 7/3/77, LL, 1977-B-84 y ED, 72-320, citado por Zavala de González, op. cit., pág. 494).

Esta conclusión resulta aplicable en el sub specie. Si bien la doctrina y jurisprudencia reseñadas se refieren a la situación en que los derechos se transmiten mortis causa, este criterio puede extenderse a los casos de transmisión por actos inter vivos, como acontece en una cesión de derechos.

V.2.2.- Ahora bien, aclarada esta cuestión, corresponde señalar que a los fines de determinar si procede la indemnización solicitada por daño moral, corresponde valorar los padecimientos o perturbaciones anímicas que el hecho dañoso ocasionó a la señora Altamirano.

En este sentido, la doctrina ha definido al daño moral como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físicos, inquietud o

agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimiento insusceptibles de apreciación pecuniaria (cfr. Bustamante Alsina, op. cit., pág. 239). En tal sentido cabe destacar que, pese a no haberse determinado el grado de incapacidad de la lesión sufrida por la demandante, es presumible que cualquier minoración, aún transitoria, en sus aptitudes físicas supone destruir o alterar el equilibrio espiritual necesario para llevar adelante su proyecto de vida. Máxime, si se tiene en cuenta las particulares circunstancias del caso vinculadas a la víctima.

En orden a esta cuestión, cabe tener en cuenta la edad al momento del hecho (53 años), el ya delicado estado de salud de la señora Altamirano concomitante a la lesión (pues padecía de carcinoma de mama que estaba siendo tratado), el grupo familiar a cargo (madre de tres hijos) y la incidencia que el accidente pudo haber tenido en la realización de sus tareas cotidianas debido a las limitaciones en la movilidad del miembro lesionado.

Las circunstancias aludidas, sin duda debieron provocarle dolor, ansiedad, angustias y molestias que corresponde que sean resarcidos en virtud de lo dispuesto por el artículo 1078 del Código Civil. Señala Zavala de González, "tratándose del daño resarcible, existe un sujeto en calidad de víctima y que, por tanto el modo de estar de dicha persona como consecuencia del hecho es fundamental para determinar la naturaleza y función de su daño. Para medir el resarcimiento no debe mirarse tan sólo la gravedad de la ofensa causada por el hecho (.) y sí, acentudamente, el daño mismo (consecuencia, efecto o repercusión sufrido por la víctima). Como lo advierte esta autora, el "sufrimiento" que se procura resarcir lo es en un sentido jurídico, el cual no equivale siempre a "sufrimiento" psíquico. Así señala, lo que trasciende ampliamente la órbita de las efectivas sensaciones afectivas de la persona" (v. Zavala de González, op. cit., pág. 484; lo destacado está en el original).

Por consiguiente, haciendo mérito de los padecimientos de la señora Altamirano derivados del accidente sufrido en las circunstancias de tiempo, lugar y forma en que tuvo lugar, la suma pretendida en el escrito de inicio no resulta excesiva. Por consiguiente, cabe reconocer al actor la suma de \$ 20.000 (pesos veinte mil) en concepto de daño moral sufrido por la víctima.

V.3- La demandante original también solicitó que se la indemnizara por daño psíquico, que estimó en la suma de \$ 15.000 (pesos quince mil). Conviene señalar, en primer lugar, que el daño psíquico debe ser tratado en forma independiente del daño moral. En realidad el daño psicológico debe ser considerado una especie del daño patrimonial, que importa un menoscabo a la integridad psicofísica de la persona. Al respecto, se ha señalado que "[s]i bien el daño psíquico reposa predominantemente en la subjetividad de la persona, trasciende en actitudes y comportamientos (a veces, tiene también manifestaciones somáticas) y el avance de la ciencia posibilita su constatación a través de los estudios científicos pertinentes" (v. Zavala de González, Matilde, op. cit., pág. 225). En tal sentido, tal como se ha expresado al tratar el punto V.1, si bien a fojas 299/300 obra el informe de la perito psicóloga, la experta no ha podido entrevistar a la actora -atento al fallecimiento de esta- por lo que no han sido evacuados los puntos centrales de la pericia. En efecto, la doctrina ha entendido que "mientras que en los casos usuales o más típicos de daño moral el juicio presuntivo sobre su realidad y adecuación con el hecho no representa demasiadas aristas conflictivas, en las lesiones síquicas (como fuente de daño moral y, eventualmente, patrimonial) el estudio pericial médico es de rigor, a fin de detectar e individualizar la situación patológica del sujeto" (v. Zavala de González, Matilde, op. cit., pág. 211).

Por otro lado, se ha sostenido que la lesión psíquica implica un desequilibrio patológico, diagnosticable y más o menos clasificable por la ciencia médica.

Por lo expuesto, se estima que el informe pericial, único instrumento apto para merituar los aspectos mencionados, resulta insuficiente. Ello, toda vez que la experta solo pudo pronunciarse en forma genérica pero no pudo brindar precisiones acerca de la salud psíquica de la actora por no haber podido entrevistarla. En consecuencia, corresponde desestimar la indemnización solicitada por el rubro "daño psíquico".

V.4.- Asimismo, la señora Altamirano solicitó que se la indemnizara por el rubro "lucro cesante", ítem que estimó en la suma de \$ 40.000 (pesos cuarenta mil) (v. pto. 7 del escrito de inicio). Al respecto, la doctrina ha señalado que "la prueba de las lesiones a la integridad sicofísica y de la consecuente inmovilización de la víctima, por sí sola no permite concluir en la producción de un lucro cesante. Es que la demostración debe tender a poner de relieve el daño mismo (las ganancias frustradas) y no sólo la situación lesiva que constituye su génesis" (v. Zavala de González, Matilde, op. cit., pág. 263).

Sentado ello, cabe señalar que, si bien el hecho dañoso resultó probado con las constancias aportadas a la causa, no se produjo prueba para acreditar la procedencia del rubro en cuestión, ni su monto. En particular, no se han demostrado cuáles eran los ingresos habituales de la actora y la merma en ellos que puede vincularse al hecho de autos.

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que "[e]l lucro cesante para que sea compensable debe ser cierto y probado, requiriendo una prueba adecuada sobre la entidad de la labor frustrada, la ganancia no percibida o el lapso de inactividad, la que si no llega a ser con suficiencia cabal e incuestionable, por lo menos debe alcanzar ciertos límites mínimos que permitan al juez establecer la suma a indemnizar" (v. CCivil y Com. Lomas de Zamora, Sala I, in re "Giorachini, María c.Hernandez, Rogelio y otros", del 27/08/1996 - LLBA, 1997-1030). Por lo expuesto, corresponde desestimar la indemnización solicitada por el rubro "lucro cesante".

VI.- Atento a las conclusiones precedentes, se estima insuficiente la prueba producida para determinar (y cuantificar) los rubros daño material, daño psicológico y lucro cesante pretendidos en el escrito de inicio. Más allá de la acreditación de algunos de los extremos de la responsabilidad estatal, tal falencia permite descartar la procedencia de tales rubros.

En consecuencia, la demanda sólo prospera por el daño moral, a tenor de las consideraciones efectuadas en el sub considerando V.2. La suma reconocida por este rubro (\$20.000; pesos veinte mil) debe llevar intereses, para lo cual habrá de tomarse en cuenta la fecha en que sucedió el hecho dañoso, esto es, el 27/12/2002. Con ese fin, siguiendo el criterio de la Cámara de Apelaciones del fuero, a la suma total determinada (\$ 20.000 - pesos veinte mil) deberán adicionarse los intereses que surjan de aplicar la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina desde la fecha señalada.

Por las razones expuestas **FALLO:**

1) Haciendo lugar parcialmente a la demanda deducida por la señora Lidia de Jesús ALTAMIRANO contra el GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS. En consecuencia, se condena a éste a abonar al cesionario de aquella, señor S. A. C., en virtud de las cesión de derechos efectuada, la suma de \$ 20.000 (pesos veinte mil) comprensiva únicamente del daño moral, desestimándose los demás rubros. La suma total indicada llevará intereses de conformidad con las pautas indicadas en el considerando VI.

2) Imponiendo las costas al demandado GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES vencido, en atención al principio objetivo de la derrota (art. 62 CCAyT). La regulación de honorarios de los profesionales intervinientes se efectuará una vez que quede firme el presente decisorio.

Regístrese y notifíquese a las partes y al perito y oportunamente, archívese.-

Mayo 2008

www.afamse.org.ar