

En la ciudad de General Roca, a los 23 días de noviembre de 2023. Habiéndose reunido en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro con asiento en esta ciudad, con la presencia de la señora Secretaria actuante, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**CARRASCO RODOLFO ADRIAN C/ HOSPITAL DE CHOELE CHOEL S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)**" (**Expediente CH-59650-C-0000**), venidos del Juzgado Civil nro.31, previa discusión de la temática del fallo a dictar procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

**EL SR. JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO DIJO:** Se han elevado los presentes autos, para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva de fecha 14 de marzo de 2023, por parte de la Dra. Daiana Reynoso, de fecha 21 de marzo de 2023 , como apoderada de la Provincia de Río Negro, concedido en fecha 30 de marzo de 2023 y con efecto suspensivo. El recurso ha sido sostenido en esta segunda instancia por la demandada y también resistido por la parte actora.-

1.,. La sentencia recurrida, en lo esencial había dispuesto que “Choele Choel, 14 de marzo de 2023. ... RESUELVO: I.- Hacer lugar a la demanda interpuesta por el señor Rodolfo Adrián Carrasco contra el Hospital de Choele Choel , condenando abonar al actor la suma de \$2.018.526,82 dentro de los diez (10) días de notificados de la presente, con más los intereses determinados en los considerandos, y en mérito a los fundamentos allí expuestos. II.- Atribuir las costas a la parte demandada, en los términos del art. 68 del CPCC, por el principio objetivo de la derrota. III.- Regular los honorarios de los Doctores Hernán Ariel Zuain, Santiago Parrou y Ezequiel Hernán Zuain, en carácter de apoderados del actor, por su actuación conjunta, en la suma de \$ 480.409,37 -tres etapas- (Arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 20 y 39 de la ley de aranceles N° 2.212) Monto Base \$ 2.018.526,82. Notifíquese a la Caja Forense y oportunamente Cúmplase con la ley N° 869. IV.- No se regulan honorarios del Doctor Pablo Alejandro Forte y Daiana Reynoso, en el carácter de letrados apoderados de la Fiscalía de Estado, en atención a la condena en costas, en virtud de lo establecido por el Art. 17 de la Ley K N° 88, Art. 2 de la Ley 2.212 y Art. 19 -inc. ñ- de la Ley 3.550. V.- Regular los honorarios del Doctor Ismael Hamdan, en la suma de \$ 100.927 ( Art. 09 de la Ley 5069) ...”.- Dra. Natalia Costanzo. Jueza.-

2.- Los dos agravios formulados contra la sentencia definitiva de primera instancia del 04 de marzo de 2023, por parte de la Fiscalía de Estado, en primer lugar se dirigen a cuestionar la responsabilidad del centro de salud, determinada en el fallo, y en segundo lugar, apuntan al resarcimiento otorgado por el daño extrapatrimonial -moral- que por una parte considera inválido por haberse incurrido en “ultra petita”, y por la otra, al considerar que el importe en cuestión -\$1.000.000,00.- resulta muy elevado para el caso.-

En prieta síntesis, he de reseñar los fundamentos centrales de la apelación de la demandada, dejando a salvo que quien resulte interesado en una lectura más detallada de la misma, podrá hacerlo en el registro propio obrante en el sistema PUMA.-

2.1.- Es así que la parte demandada se encuentra agraviada por la responsabilidad determinada en el caso, dado que atribuye a la magistrada interviniente una deficiente apreciación de la prueba.-

Dice en particular que “... 1).- Primer Agravio: ARBITRARIEDAD MANIFIESTA EN LA VALORACIÓN PROBATORIA – EXISTENCIA DE CONCURRENCIA CAUSAL- El primero de los fundamentos de la apelación, que se intenta es poner de resalto que la magistrada ha valorado de manera deficiente la prueba, teniendo presente parcialmente. Dice la Jueza: Del examen físico, surge que se encontraba lúcido, orientado en tiempo, reconoce el espacio, Glasgow 15/15, y con fractura de la primera falange del primer dedo de la mano derecha. Se realiza consulta telefónica con ortopedia y traumatología quien indica la internación para tratamiento.....EV y toilette quirúrgica. Es internado en el Hospital de Choele Choel por el Doctor Gustavo R. Altamiranda con diagnóstico presuntivo de fractura expuesta del primer dedo. Se le realizaron RX de Cráneo, de columna cervical y de mano derecha. A su vez, se le indicó tratamiento con plan de hidratación parenteral con Diclofenac, Ranitidina y Desametasona por vía endovenosa y Control de signos vitales. Del informe de enfermería surge que el paciente ingresa a las 15:30 hs al servicio desde la guardia por fractura expuesta y que a las 19:30 hs. se retira de la unidad acompañado por su esposa, quien manifiesta que se lo va a llevar a IMEPA. Se explica motivo de internación y se niega a seguir internado, habla con el médico de guardia. De la historia clínica emitida por el Instituto Médico Patagónico (IMEPA S.A.) tengo acreditado que en fecha 29/06/2020 a las 22.00 hs. ingresa el actor, siendo asistido por el Médico traumatólogo Doctor Francisco Herrera, siendo el motivo de internación traumatismo de cráneo y de

mano derecha. En el diagnóstico se señala que el paciente sufre caída de 4 metros de altura con pérdida del conocimiento y amnesia de episodio con amputación parcial del primer dedo de mano derecha por lo que se interna para control y tratamiento. Herida grave de pulgar con fractura expuesta Gustilo III B, de 10 (diez) horas de evolución sin tratamiento quirúrgico. Se indica TAC de Cerebro. Laboratorio. Grave herida de pulgar derecho con amputación traumática parcial con fractura expuesta y lesión vascular. El paciente tuvo tratamiento, recibió la atención primaria y se realizó el servicio de salud. Luego sostiene otro extracto de la pericia la cual cito textualmente: “Al ser consultado si la amputación de pulgar que actualmente padece el actor podría haberse evitado si recibía una intervención y/o tratamiento distinto al recibido; o con una celeridad distinta al recibido; refiere el facultativo que no es posible asegurar si con una adecuada y rápida asistencia podría haberse evitado la amputación del dedo pulgar dado que en la práctica médica han existido casos (con lesiones graves) que a pesar de una inmediata, buena y adecuada atención, se termina realizando una amputación por una mala evolución de la lesión misma.” Nos agraviamos atento conforme el 377 y 386 del Código Procesal Civil y Comercial no queda acreditada la causa de la supuesta falta de servicio médico o irregular prestación de servicio y el daño. No obstante no haberse impugnado y o solicitado explicaciones en la pericia oficial, se ha dicho en autos, “NUÑEZ, Patricia Viviana c/SAEZ, Adolfo y Otros s/DAÑOS Y PERJUICIOS s/CASACION” (Expte. N° 26996/14-STJ-), .... El perito opina que existe una concurrencia de factores que inciden en la producción del resultado final nocivo (amputación falange distal de dedo pulgar), a saber: Por un lado el mismo accidente provoca lesiones graves que de por sí mismas pueden llevar a la amputación (por el propio daño tisular); b) y por otro lado el prolongado tiempo transcurrido sin la atención médica traumatológica adecuada y oportuna provoca una mayor desvitalización de los tejidos ya dañados por el accidente y ello no favorece para la recuperación de los mismos (pérdida de chance para la curación). Del proceso la Jueza tiene por probado de acuerdo a la documental obrante que “Del informe de enfermería surge que el paciente ingresa a las 15:30 hs al servicio desde la guardia por fractura expuesta y que a las 19:30 hs. se retira de la unidad acompañado por su esposa, quien manifiesta que se lo va a llevar a IMEPA. Se explica motivo de internación y se niega a seguir internado, habla con el médico de guardia. De la historia clínica emitida por el Instituto Médico Patagónico (IMEPA S.A.) tengo acreditado que en fecha 29/06/2020 a las 22.00 hs. ingresa el actor” ... No se configuró una FALTA DE SERVICIO NI UN ERROR EN

LA PRESTACIÓN DE SALUD BRINDADA que opere como factor de atribución, para responder por aquellos daños. El servicio ha funcionado regularmente; sus dependientes han cumplido con los deberes a su cargo, que no existió una irregularidad en el servicio. En suma, no se configuró una FALTA DE SERVICIO que opere como factor de atribución, para endilgarle los daños padecidos por el actor. Que resta entonces considerar la responsabilidad que se atribuye a la entidad hospitalaria. Sabido es que la responsabilidad del Estado por falta de servicio se configura cuando, en definitiva, el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente, debiendo valorarse la relación causal entre la mala organización del servicio y el daño infringido.- ... La Jueza del aquo arbitrariamente a fundado en la única prueba que considero y la hizo relevante de acuerdo a la conveniencia de forzar la imputación, dado que más allá de que el perito sostuvo inicialmente citando nuevamente el extracto “ refiere el facultativo que no es posible asegurar si con una adecuada y rápida asistencia podría haberse evitado la amputación del dedo pulgar dado que en la práctica médica han existido casos (con lesiones graves) que a pesar de una inmediata, buena y adecuada atención, se termina realizando una amputación por una mala evolución de la lesión misma.” Para contradecirse posteriormente, al responder los puntos de pericia propuestos por la demandada y al ser consultado si existe un déficit de prestación médica en el presente, refiere que ha existido una falta de prestación médica adecuada y oportuna, dado que han pasado varias horas, desde su internación en el Hospital de Choele Choel, hasta que fue asistido por un médico traumatólogo y proceder a la resolución quirúrgica como correspondía. Nos agraviamos cuando sostenemos la concurrencia causal, y por tanto la exclusión de la responsabilidad total sobre el daño, y la limitación al porcentaje concurrente. Al sostener “Respecto de la incapacidad permanente de la actora con relación al total vida, acorde al Baremo General para el Fuero Civil –Tablas orientativas para el cálculo de incapacidades de Jose L. Altube – Carlos A. Rinaldi, 2da. ed. 2020, Editorial “García Alonso”, Rodolfo Adrian Carrasco de 35 años al momento del accidente, le asignó los siguientes porcentajes de incapacidad: amputación dedo pulgar mano derecha (dominante) a nivel interfalángico: 18 %; Cicatriz de piel de la cara (Factor total – pag, 66/67): 13 %; INCAPACIDAD TOTAL ESTIMADA, por sumatoria total: 31,00 % (Siendo la CAPACIDAD RESTANTE (Método Balthazard): del 71,34 %, con una INCAPACIDAD TOTAL por éste método de: 28,66 %). El perito opina que existe una concurrencia de factores que inciden en la producción del resultado final nocivo (amputación falange distal de dedo pulgar), a saber: Por un lado el mismo

accidente provoca lesiones graves que de por sí mismas pueden llevar a la amputación (por el propio daño tisular); b) y por otro lado el prolongado tiempo transcurrido sin la atención médica traumatológica adecuada y oportuna provoca una mayor desvitalización de los tejidos ya dañados por el accidente y ello no favorece para la recuperación de los mismos (perdida de chance para la curación).” Funda arbitrariamente el decisorio al tomar la prueba parcial de la pericia medica como asi tambien de la Informativa toda vez que Si bien, el facultativo explica que las lesiones graves que padeció el actor por sí mismas pueden llevar a la amputación, afirma que el tiempo transcurrido sin la atención médica traumatológica adecuada y oportuna provoca una mayor desvitalización de los tejidos ya dañados y ello no favorece para la recuperación de los mismos. Ello, me permite inferir que fue deficiente la atención médica prestada por el nosocomio local, lo que derivó en el actor una perdida de chances en las posibilidades de recuperación y en la amputación de la falange distal o primera falange del dedo pulgar de mano derecha (conforme historia clínica de IMEPA). En todo caso, al advertir médicos del nosocomio la imposibilidad de brindar una asistencia médica adecuada al paciente, debería haber ordenado su derivación inmediatamente a otro establecimiento hospitalario, cosa que tampoco ocurrió en autos. No considero las 3hs en que el Sr. Carrasco no se encontro en ningun Instituto medico asistido por voluntad propia, generandose ese tambien una causa existente y concurrente de causalidad en el peor de los resultados. En principio cada uno debe probar aquello que afirmó y como la actividad probatoria está considerada una carga para las partes, su inactividad acarrea la pérdida del beneficio y favorece a la contraria. Sin embargo, el aludido principio, como toda regla general no es absoluto y ello responde básicamente a que han variado sustancialmente las reglas otrora sacramentales en relación al proceso. Tal es así que la CSJN en el precedente “Baiadera” estableció que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y las características del asunto sometido a decisión, principio este que encuentra relación con la necesidad de dar prioridad, -por sobre la interpretación de las normas procesales- a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal. ....Así, en este sentido no puede dejar de mencionarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas elaborada por Peyrano ... Por último y sin desmedro de lo antedicho, resulta necesario recordar que los jueces no tienen obligación de analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (Fallos; 258:304;

262:222; 265:301; 272:225) como así tampoco, con idéntico fundamento, es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas (CS, Fallos 274:113; 280:320; 144:611). En base a la reseña efectuada no advierto que el hospital público haya faltado al deber de atención y de seguridad que le es propio. En todo momento el Sr. Carrasco fue debidamente atendido por todos los profesionales de los que se disponía, con especialidades médicas adecuadas, mediante la realización de estudios apropiados y con derivaciones oportunas. Advierto entonces que el Estado, a quien se pretende responsabilizar, ha adoptado prestaciones positivas dirigidas a la asistencia médica y terapéutica, sin que pueda, en el caso, endilgarse falta de servicio, por cuanto ha cumplido de manera regular los deberes u obligaciones que le fueran impuestos a través de los distintos profesionales que intervinieron en la atención de la actora. ... , razones a mi entender por demás suficientes para rechazar el planteo efectuado contra la Provincia de Río Negro y/o en el peor de los resultados establecer una concurrencia causal a los fines de llegar al resultado final.-

2.2.- El segundo agravio, está dirigido como antes dije al cuestionamiento del resarcimiento por el daño extrapatrimonial.-

En particular dice que "... Nos agraviamos dado el excesivo importe, fijado en concepto de indemnización por "daño moral", siendo que no se corresponde con el importe reclamado por el actor. La sentencia recurrida se encuentra viciada de una grave incongruencia por haber condenado al pago su una suma indemnizatoria superior a la reclamada en la demanda. Realizando una conceptualización doctrinaria y jurisprudencial del daño moral, reclaman la suma de \$350.000 por tal concepto, olvidando alegar las circunstancias fácticas del caso concreto, vinculadas a este daño. Respecto de los demandantes en sí mismo. El mismo exacto pasaje de demanda, podría aplicarse para cualquier persona que accionara. La sentencia de primera instancia violó los arts. 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional, dado que tales normas garantizan la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad y el derecho de defensa en juicio. El principio de congruencia exige que, entre lo que se reclama y la sentencia, exista identidad en el hecho que se juzga, es decir, que el sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales despliegan su necesaria actividad procesal de lo contrario estamos ante la violación al art. 18 de la Constitución Nacional. ... La indemnización que se acordase por este rubro, en caso de acreditarse padecimientos que la justifique, debe reducirse a razonables límites. La naturaleza extra patrimonial del daño moral, veda la

posibilidad de acceder por esta vía a un beneficio económico que se traduzca en un enriquecimiento, en una renta, en una ganancia con todas las características de patrimonialidad. La indemnización del daño moral debe quedar librada al arbitrio judicial pero ponderando especialmente el carácter razonable que debe tener el pretius doloris, y ello hace que deba determinarse con suma cautela, dentro del mayor grado de equidad, tratando de que no se constituya en una fuente de enriquecimiento indebido o un abuso de derecho (Cfr. C1°, B. Blanca, DJJBA, T° 60 pág. 13). Frente a ello, la exorbitante suma condenada, deberá reducirse máxime cuando no se alegan padecimientos concretos para acreditar que hubieran sufrido a causa del hecho, rechazando en caso contrario el rubro, o en su defecto, reduciendo su procedencia a justos límites. .... Se ha dicho que el daño moral es toda modificación disvaliosa del espíritu, toda alteración del bienestar psicofísico de una persona. No se ha demostrado por ningún valor probatorio la afección causada teniendo en suma consideración que no todos los seres humanos responden de igual modo o afrontan las adversidades de la vida con el mismo padecimiento. Nos agraviamos dado que la sentencia se encuentra viciada de incongruencia por haber condenado “ultra petita”, encontrándose en contravención con los arts. 34 inc. 4 y 165 inc. 6 del CPCCyCOM, la cual lesiona los derechos a la propiedad, art. 17 CN y la defensa en juicio y el debido proceso, art. 18 C.N . En consecuencia, por lo antes expuesto es que solicitamos V.S que el monto de la sentencia por la Jueza del a quo sea rechazado y/o reducido, de acuerdo a la congruencia y razonabilidad que se merecen...”.-

3.- La contestación de la parte actora, extractada en lo esencial, ha sido en los siguientes términos “... II.- A saber, se agravia la demandada al considerar que la jueza incurrió en ARBITRARIEDAD MANIFIESTA EN LA VALORACIÓN PROBATORIA; y seguidamente trae a colación los medios probatorios que tuvo presente la jueza -que por una cuestión de celeridad, remito a ellos- para finalmente concluir la contraria que del análisis de los mismos "...no queda acreditada la causa de la supuesta falta de servicio médico o irregular prestación de servicio y el daño...”.- Así se aprecia que la conclusión del apelante esta viciada de subjetividad, y además, a los fines de su fundamentación, solo trajo a colación los pasajes de la pericia médica obrante en autos que le eran funcionales a su postura, pero omitió otros detalles esenciales y que permiten comprender cabalmente la decisión cuestionada.- En tal sentido, la a-quo valoró la prueba documental acompañada por ésta parte, y que no fue desconocida por

demandada, como así también la prueba informativa producida en autos, y como consecuencia de ello, tuvo por acreditado que: "...el Sr. Carrasco fue atendido por guardia aproximadamente a las 14:15 hs. por traumatismo craneo encefálico y lesión traumática de pulgar de la mano derecha el día 29/06/2020, siendo derivado al hospital de Choele Choel...[...]'.. que el día 29/06/2020 a las 15.00 hs. aproximadamente es asistido por el servicio de emergencias siendo el motivo de la consulta: paciente derivado de Lamarque por fractura expuesta de primera falange del primer dedo de mano derecha [...]' Se realiza consulta telefónica con ortopedia y traumatología quien indica la internación para tratamiento.....EV y toilette quirúrgica. Es internado en el Hospital de Choele Choel por el Doctor Gustavo R. Altamiranda con diagnóstico presuntivo de fractura expuesta del primer dedo. Se le realizaron RX de Cráneo, de columna cervical y de mano derecha. A su vez, se le indicó tratamiento con plan de hidratación parenteral con Diclofenac, Ranitidina y Desametasona por vía endovenosa y Control de signos vitales. Luego consta que a las 19:50 hs. el paciente se retira con alta voluntaria con su señora, quien suscribe la historia clínica. [...]'manifiesta que se lo va a llevar a IMEPA." Seguidamente, por prueba informativa rendida, la a-quo tiene por acreditado que "el actor fue asistido en Instituto Médico Patagónico (IMEPA S.A.) en fecha 29/06/2020 a las 22.00 hs., siendo asistido por el Médico traumatólogo Doctor Francisco Herrera, siendo el motivo de internación traumatismo de cráneo y de mano derecha. En el diagnóstico se señala que el paciente sufre caída de 4 metros de altura con pérdida del conocimiento y amnesia de episodio con amputación parcial del primer dedo de mano derecha por lo que se interna para control y tratamiento. Herida grave de pulgar con fractura expuesta Gustilo III B, de 10 (diez) horas de evolución sin tratamiento quirúrgico. Se indica TAC de Cerebro. Laboratorio. Grave herida de pulgar derecho con amputación traumática parcial con fractura expuesta 1Entrecomillado me corresponde a los fines de sintetizar.- y lesión vascular. [...], consta que a las 23.00 hs. es intervenido quirúrgicamente por el Dr. Herrera, le realiza toilette mecánica y quirúrgica, sutura del tendón flexor, piel y vendaje.[...]' El 30/06/20 consta que se le realiza TAC de CEREBRO, de resultado normal, sin alteraciones del parénquima encefálico. RX. de Cráneo, Macizo facial, de Columna Cervical y Femur derecho sin evidencias de lesiones óseas traumáticas. RX. de mano derecha, se identifica trazo fracturario completo con desplazamiento en falange distal del dedo pulgar en mano derecha. El día 02/07/20 es intervenido quirúrgicamente por el Dr. Herrera con anestesia de bloqueo troncular y sedación bajo normas COVID 19, se le realiza

amputación de segmento de pulgar necrótico, muñón, lavado y cierre por planos se realiza colgajo

en zona distal. El día 03/07/20, se le realiza curación de la herida quirúrgica y se le otorga el alta sanatorial." Ahora bien, una vez acreditada la secuencia de los hechos, la a-quo - con razón- le otorga relevancia al análisis de la pericia médica obrante en autos, elaborada por el Dr. Ismael Hamdan, la cual no ha recibido objeciones, impugnaciones ni pedidos de aclaraciones por las partes oportunamente. En su informe, el Dr. Hamdan indica que el Sr. Carrasco presenta las siguientes secuelas: 1: Amputación de la falange distal o primera falange del dedo pulgar de mano derecha 2: Cicatriz de muñón sobre el extremo de la falange proximal del pulgar de mano derecha debido a la amputación. 3: La mano derecha ha quedado con un déficit funcional. 4: Cicatriz de herida contusa-cortante de 1,5 cm. x 0,3 cm ubicada en la piel y la mucosa labial del labio superior del lado derecho. Seguidamente, y en cuanto resulta relevante para la solución de la Entremillado me corresponde a los fines de sintetizar.- presente, el experto resalta que "el médico traumatólogo del sanatorio IMEPA, Dr. Francisco Herrera, ha clasificado la lesión del Sr. Carrasco como "Herida grave de pulgar con fractura expuesta Gustilo III-B, de 10 (diez) horas de evolución, sin tratamiento quirúrgico", y explica "que se llama "fractura expuesta" cuando se produce la ruptura de la piel y las partes blandas subyacentes que generan una comunicación entre el hueso fracturado y el medio externo, situación que hace a la lesión especialmente vulnerable a procesos infecciosos y múltiples complicaciones. Señala las fracturas expuestas (o abiertas) son una emergencia médica y deben ser tratadas como una urgencia, siendo muy importante, para la evolución de las mismas, el manejo inicial y un tratamiento lo más temprano y rápido posible. Los objetivos principales del tratamiento son prevenir la infección, estabilizar la fractura, conseguir la consolidación y restaurar la función; para ello es indispensable la instauración de una profilaxis antibiótica y un manejo adecuado de los tejidos blandos. Las fracturas expuestas (o abiertas) se clasifican según el mecanismo de lesión, la gravedad de lesión de los tejidos blandos, la configuración de la fractura y el grado de contaminación; siendo la más utilizada la clasificación de Gustilo y Anderson por su utilidad terapéutica." Aquí ya se puede advertir la deficiente atención por parte de la accionada, en primer lugar, porque el experto refiere la necesidad de recibir atención temprana y rápida; pero no obstante, el actor entre las 15.00 hs. y las 19.30 hs, no recibió atención; y en segundo lugar porque queda en evidencia que en ningún momento recibió tratamiento antibiótico ni un manejo adecuado de los tejidos blandos; solo tenía

un vendaje, inundado de sangre.. Por otra parte, al ser consultado si la amputación de pulgar que padece el actor podría haberse evitado si recibía una intervención y/o tratamiento distinto al recibido; o con una celeridad distinta al recibido; el experto explica "que no es posible asegurar si con una adecuada y rápida asistencia podría haberse evitado la amputación del dedo pulgar dado que en la práctica médica han existido casos (con lesiones graves) que a pesar de una inmediata, buena y adecuada atención, se termina realizando una amputación por una mala evolución de la lesión misma." ... Pero en relación a éste caso en particular, y que es lo que aquí importa, el galeno manifiesta que: "..el tiempo transcurrido entre el accidente (en su casa) y la intervención por traumatología (en IMEPA) ha sido muy prolongado y eso no ha ayudado para que exista una buena recuperación del daño lesional en el pulgar. En este caso en particular, cuando se logró practicar la reparación quirúrgica que se realizó en IMEPA, ya habían pasado unas 10 horas aproximadamente del hecho. El paso de las horas sin una adecuada y oportuna atención médica ha contribuido a que los tejidos se desvitalicen, lo cual no ha favorecido para la recuperación del dedo lesionado, terminado el día 02/07/20 con la amputación quirúrgica de la falange distal del pulgar derecho, sin que haya existido en este caso complicaciones infecciosas." Vale aclarar, que la recurrente desliza que el Sr. Carrasco estuvo tres (3) horas sin encontrarse en ningún ente asistencial; eso no fue así; el actor egreso del Hospital de Choele Choel y fue directamente al Instituto Médico Patagónico; allí fue asistido y recién a las 22 horas es entrevistado por el Traumatólogo Dr. Herrera. Otro punto en donde se advierte al deficiente atención por parte del nosocomio demandada, es en cuanto a aquellos estudios médicos que se le debe requerir a un paciente que presente las lesiones del actor. En tal sentido, el perito oficial, indica que dichos "estudios son radiografías, laboratorio, cultivos e iniciar el tratamiento antibiótico tan pronto como sea posible, realizar el desbridamiento de la herida tantas veces como sea necesario, se tiene que estabilizar la fractura (en medio quirúrgico) y después, en la medida de los posible, hacer el cierre definitivo de la herida (que se realiza dentro de la primera semana tras el traumatismo)." Finalmente, el experto es directo y concreto, al responder los puntos de pericia propuestos por la demandada y al ser consultado si existe un déficit de prestación médica en el presente, refiere que: "...ha existido una falta de prestación médica adecuada y oportuna, dado que han pasado varias horas, desde su internación en el Hospital de Choele Choel, hasta que fue asistido por un médico traumatólogo y proceder a la resolución quirúrgica como correspondía". Indicando que "..la historia

clínica del hospital de Choele Choel, en donde no existe constancia de haberse hecho una evaluación, objetivación, descripción y diagnóstico médico del dedo lesionado, durante las 4 hs. de internación hasta el alta voluntaria (ni del médico de guardia, ni de un médico traumatólogo)." ... III.- En segundo lugar, la accionada se agravia por considerar excesivo el monto otorgado en concepto de daño moral.- En este sentido, el mismo debe rechazarse in-limine, pues el monto otorgado encuentra su fundamento en los fallos análogos resueltos en la jurisdicción y siguiendo los criterios de Vuestra Excelentísima Cámara de Apelaciones. Además de ello, en un país como el nuestro, que afronta un período de inflación altísima, que venga el propio estado a plantear que la sentencia se encuentra viciada de incongruencia por haber condenado "ultra petita", es una falta de respeto, máxime cuando han quedado acreditados los graves daños físicos que el Sr. Carrasco deberá sobrellevar durante toda su vida. Que pretende la accionada? Que se otorguen por tal concepto las sumas reclamadas y valuadas al momento de interponer la demanda" En aquel momento, cumpliendo con el Art. 1741, se solicitó se haga lugar a la indemnización por daño moral en la suma de \$ 350.000, ponderando satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar dichas sumas; ¿cree la accionada que dicha suma actualmente procura la misma satisfacción? Cree que sería una justa reparación del daño causado? En aquel momento con \$ 350.000 compraba 6.175 litros de nafta super de YPF, actualmente alcanzaría para comprar 1.886,79 litros; a eso le llama ultra petita la demandada??? Esta parte entiende que las sumas otorgadas en concepto de daño moral, encuentran su fundamento en los fallos análogos que se vienen reconociendo en la jurisdicción, por lo que debe rechazarse dicho agravio y confirmar la sentencia apelada..."-.

4.- Habiendo dado atenta lectura a las constancias de autos, entiendo que el recurso planteado por la demandada no logra conmover los fundamentos de la sentencia condenatoria; que desde mi perspectiva debiera ser confirmada.-

En líneas generales, y como se ha dicho reiteradamente "los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino tan sólo pronunciarnos acerca de aquellas que estimemos conducentes para sustentar nuestras conclusiones (CS, doctrina de fallos 272:225; 274:113; 276:132; 280:320).-

En el caso convocante, y dando por reproducida la secuencia fáctica ocurrida, como surge de los capítulos previos, resulta claro -por lo menos desde mi punto de vista- que la demandada carece hoy de fundamentos para discutir la condena.-

En un punto critica la valoración de la prueba que ha realizado la magistrada, pero no se hace cargo de que su parte consintió la pericia médica que ha considerado que en el caso ha existido falta de servicio; como también se mantiene ajena a una realidad incontrastable del trámite, que permite ver que las partes desistieron de las pruebas confesionales y testimoniales, con lo cual el plexo probatorio que ha tenido la magistrada a disposición, se ha visto disminuido.-

Ahora bien, lo que tenía que probar la actora, entiendo que lo ha probado, puesto que ha quedado acreditado que hubo una demora en la atención adecuada para el actor en el hospital de Choele Choel, y que esa demora ha sido posible causa del desenlace final, que ha sido la amputación parcial del dedo pulgar de la mano derecha del actor.-

Tal como surge de las constancias antes enunciadas, en el día del hecho, el actor fue revisado a las 15 hs. Diciéndole el médico de guardia que iba a ser evaluado por un profesional traumatólogo, para determinar los pasos a seguir, ante la conmoción cerebral y -fundamentalmente- ante la fractura expuestas del dedo mencionado, y esa atención médica nunca se produjo en el nosocomio demandado; resultando que por iniciativa propia de la esposa del actor, lo retiró e hizo internar en el Sanatorio “IMEPA”, en el cual se le dió la atención necesaria, interviniéndolo quirúrgicamente y de modo consecuente con el ya irreversible escenario de la amputación.-

El Dr. Hamdam, en su pericia, reconoce la falta de servicio y si bien deja a salvo que una temprana atención no es garantía absoluta de no amputación, también dice que las demoras incurridas en perjuicio del actor, ante una fractura expuesta, en la que el hueso queda a la luz, y sin protección de la piel y demás tejidos, complicaron severamente las chances de evitar una infección como la que generó la posterior necesidad de amputación. -

El demandado no impugnó la pericia, y no ofreció prueba que ponga en crisis la procedencia de la condena, y sumado a ello, la carencia de otras pruebas para intentar contrarrestar la mencionada, tornan inocuo el reproche en esta segunda instancia.-

En el registro del SEON, de fecha 11 de mayo de 2021, el perito médico, Dr. Ismael Hamdam, dijo en lo sustancial “... ANTECEDENTES DE ENFERMEDAD ACTUAL GLOSADOS EN AUTOS: Acorde a la hoja de derivación de Hospital de Lamarque (consta en la HC de Choele Choel). Rodolfo Adrian Carrasco fue asistido el día 29/06/2020 por el Médico generalista Dr. Eugenio C. Arri, en dicho Hospital con diagnóstico de: Traumatismo craneoencefálico y de mano derecha. Ha caído de una altura de aprox. 3 metros. Examen neurológico normal con pérdida de la memoria

reciente. Herida con pérdida de tejido en labio superior. TA 140/90 mmHg. FC: 84x'; con antecedentes de hipoacusia congénita. Diagnóstico Presuntivo: TCE (traumatismos craneo encefálico) con pérdida del conocimiento. Fractura de la 1era. Falange de mano derecha. Herida con pérdida de tejido en labio superior. Tratamiento: hidratación parenteral con solución fisiológica y Ketorolac inyectable. Acorde a la Historia clínica del Hospital de Choele Choel, fue asistido el día 29/06/2020, siendo aprox. las 15,30 hs. en el Servicio de Emergencias siendo el motivo de consulta: paciente derivado de Lamarque por Fractura expuesta de primera falange del primer dedo de mano derecha. No recuerda el accidente. Refiere el médico derivador que cayó de altura. Al examen físico, lúcido desorientado en tiempo, reconoce el espacio, Glasgow 15/15, Fractura de la 1era. Falange del 1er. Dedo de la mano derecha. Se realiza interconsulta con ortopedia y traumatología quien telefónicamente indica la internación para tratamiento, ..... EV y toilette quirúrgica. Es internado en el Hosp. de Choele Choel por el Dr. Gustavo R. Altamiranda con Diagnostico presuntivo de: Fractura expuesta del 1er. Dedo. Se le realizaron RX. de Cráneo, de Columna Cervical y de Mano derecha. Se ha indicado tratamiento con Plan de hidratación parenteral con Diclofenac, Ranitidina y Dexametasona por vía endovenosa y Control de signos vitales. A las 19,50 hs. del 29/06/2020, el paciente se retira con alta voluntaria con su señora quien firma la historia clínica. Siendo las 22,00 hs. del mismo día (29/06/2020), ingresa al Instituto Médico Patagónico (IMEPA) y fue asistido por el Médico Traumatólogo Dr. Francisco Herrera, con diagnostico de paciente que sufre caída de 04 metros de altura con pérdida del conocimiento y amnesia de episodio con amputación parcial del primer dedo de mano derecha por lo que se interna para control y tratamiento. Herida grave de pulgar con fractura expuesta Gustilo III B, de 10 (diez) horas de evolución sin tratamiento quirúrgico. Se indica TAC de Cerebro. Laboratorio. Diagnostico: Grave herida de pulgar derecho con amputación traumática parcial con fractura expuesta y lesión vascular. A las 23,00 hs. es intervenido quirúrgicamente por el Dr. Herrera, se le realiza toilette mecánica y quirúrgica, sutura del tendón flexor ..... piel y vendaje. Paciente compensado con buena función cardiovascular y respiratoria se realiza anestesia general de acuerdo a normas COVID 19. El 30/06/20 se le realiza TAC de CEREBRO, de resultado normal, sin alteraciones del parénquima encefálico. RX. de Cráneo, Macizo facial, de Columna Cervical y Femur derecho sin evidencias de lesiones óseas traumáticas. RX. de mano derecha, se identifico trazo fracturario completo con desplazamiento en falange distal del dedo pulgar en mano derecha. El día 02/07/20 es

intervenido quirúrgicamente por el Dr. Herrera con anestesia de bloqueo troncular y sedación bajo normas COVID 19, se le realiza amputación de segmento de pulgar necrótico, muñón, lavado y cierre por planos se realiza colgajo en zona distal. El día 03/07/20, se le realiza curación de la herida quirúrgica y se le otorga el alta sanatorial. Al examen semiológico actual: Del accidente propiamente dicho, Rodolfo A. Carrasco no tiene recuerdo, solo lo conoce por la referencia de sus compañeros de trabajo y refiere que el día 29/06/2020, siendo las 13,00 hs. aproximadamente, se hallaba con 2 empleados trabajando en la construcción de su casa pegando ladrillos en el piso superior y en un momento se rompe el larguero de la escalera y cae al suelo de una altura aproximada entre 3 y 4 metros (golpeando con el lado derecho del cuerpo), sufriendo traumatismo de cráneo con pérdida del conocimiento, una herida cortante en labio superior derecho y una herida grave en el dedo pulgar de mano derecha, muy probablemente por atrición o aplastamiento con las maderas de la escalera. Inmediatamente fue trasladado al Hospital de Lamarque donde fue asistido por el Dr. Arri quien realiza la higiene y desinfección de las heridas y un vendaje que protege toda la muñeca y mano derecha y se decide su derivación al Hospital de Choele Choel, donde es recibido e internado por el Dr. Altamiranda. Manifiesta que durante su internación en el Hosp. de Choele Choel solo ha recibido asistencia de controles por enfermería y que nadie le quitó el vendaje para ver la lesión en su mano, ni tampoco le suturaron la herida contusa-cortante que presentaba en el labio superior. Viendo el paso del tiempo y que el traumatólogo convocado no llegaba deciden retirarse del Hospital y se lo comunican al Dr. Altamiranda y firman a las 19,50 hs. el alta voluntaria. Se le había prometido su traslado en ambulancia hasta la clínica IMEPA pero luego de una espera eso no sucedió y decidió ir por sus propios medios. Cuando llega al Sanatorio IMEPA los profesionales se encontraban frente a una emergencia y es atendido por el Director de la clínica, Dr. Vargas quien le quita el vendaje de la mano y observa la gravedad de la lesión en el pulgar y convoca a los especialistas. El médico cirujano Dr. Rojo le realiza la sutura de la herida en el labio superior y el médico traumatólogo Dr. Herrera atiende el dedo pulgar y lo interviene quirúrgicamente. Se presenta al examen actual, con buen estado clínico general de salud, buen desarrollo óseo muscular, en buen estado de nutrición. Peso: 84 Kg. – Talla: 1,72 m. Se alimenta bien. No fuma, niega ingestas de bebidas alcohólicas y consumo de tóxicos. No practica deportes. Al examen físico actual su miembro hábil superior, dominante, es el derecho y en los lugares de traumatismo presenta: 1)- Amputación de la falange distal o 1era. Falange del dedo

pulgar de mano derecha (amputación parcial del pulgar a nivel interfalángico). Cicatriz de muñón sobre el extremo de la falange proximal del pulgar. Se trata de un muñón con buena y normal cicatrización, acolchado, no doloroso, cubierto por los propios tejidos del dedo. La mano derecha ha quedado con un déficit funcional dada la facultad de oposición que tiene el pulgar en relación con los otros dedos de la mano por lo cual nos permite manipular objetos de nuestro entorno. El pulgar derecho del Sr. Carrasco ha quedado reducido anatómicamente a su falange proximal y con ella logra realizar con limitaciones y esfuerzo movimientos flexión-extensión y anteposición (abducción) y retroposición (aducción) para la oposición del pulgar logrando solo llegar a la pinza digital con el dedo índice y medio (actividad fina y de precisión). No puede realizar la pinza digital con los dedos anular y meñique (de fuerza y firmeza). 2) Presenta una cicatriz de herida contusa-cortante de 1,5 cm. x 0,3 cm ubicada en la piel y la mucosa labial del labio superior del lado derecho. Es una cicatriz normal, que ha evolucionado bien sin complicaciones. Si bien es cicatriz reducida, es una marca indeleble que se hace notoria en el rostro. 3) Manifiesta que ha tenido raspones y hematomas especialmente del lado derecho pero con el tiempo transcurrido se han curado y desaparecido sin dejar evidencias de los mismos. Resto del examen sin alteraciones objetivas y dentro de los parámetros de la normalidad. DETERMINACIÓN DE INCAPACIDAD: Se evalúan las lesiones sufridas por Rodolfo Adrian Carrasco, acorde al Baremo General para el Fuero Civil –Tablas orientativas para el cálculo de incapacidades- de Jose L. Altube – Carlos A. Rinaldi, 2da. ed. 2020, Editorial “Garcia Alonso” (de 35 años al momento del accidente), asignando los siguientes porcentajes de incapacidad: Amputación dedo pulgar mano derecha (dominante) a nivel interfalángico: 18 % Cicatriz de piel de la cara (Factor total – pag, 66/67): 13 % INCAPACIDAD TOTAL ESTIMADA, por sumatoria del: 31,00 % (Siendo la CAPACIDAD RESTANTE (Método Balthazard): del 71,34 %, con una INCAPACIDAD TOTAL por éste método de: 28,66 %). ... 3) Indique si las lesiones que presentaba a su ingreso, ameritaba que se adopten especiales cuidados médicos; en su caso, cuales; Se llama “fractura expuesta” cuando se produce la ruptura de la piel y las partes blandas subyacentes generan una comunicación entre el hueso fracturado y el medio externo, situación que hace a la lesión especialmente vulnerable a procesos infecciosos y múltiples complicaciones. Las fracturas expuestas (o abiertas) son una emergencia médica y deben ser tratadas como una urgencia, siendo muy importante, para la evolución de las mismas, el manejo inicial y un tratamiento lo más temprano y rápido posible. Los objetivos principales del

tratamiento son prevenir la infección, estabilizar la fractura, conseguir la consolidación y restaurar la función; para ello es indispensable la instauración de una profilaxis antibiótica y un manejo adecuado de los tejidos blandos. Las fracturas expuestas (o abiertas) se clasifican según el mecanismo de lesión, la gravedad de lesión de los tejidos blandos, la configuración de la fractura y el grado de contaminación; siendo la más utilizada la clasificación de Gustilo y Anderson por su utilidad terapéutica. En este caso en el médico traumatólogo del sanatorio IMEPA, Dr. Francisco Herrera, ha clasificado la lesión del Sr. Carrasco como “Herida grave de pulgar con fractura expuesta Gustilo III-B, de 10 (diez) horas de evolución, sin tratamiento quirúrgico”. <https://www.binasss.sa.cr/revistas/rmcc/619/art26.pdf> Clasificación de Gustilo (Gustilo y Anderson, 1976) - Tipo III: Fractura abierta con laceración, daño o pérdida amplia de tejidos blandos; o bien fractura segmentaria abierta, o bien amputación traumática. También heridas por arma de fuego de alta velocidad, fracturas abiertas causadas por heridas deformantes, fracturas abiertas que requieren una reparación vascular, fracturas abiertas de más de 8 h. Sutipo III B: Pérdida amplia de tejido blando con despegamiento del periostio y exposición del hueso (generalmente se asocia a una contaminación masiva). 4) Si la amputación de pulgar que actualmente padece el actor podrían haberse evitado si recibía una intervención y/o tratamiento distinto al recibido; o con una celeridad distinta al recibido; No es posible asegurar si con una adecuada y rápida asistencia podría haberse evitado la amputación del dedo pulgar dado que en la práctica médica han existido casos (con lesiones graves) que a pesar de una inmediata, buena y adecuada atención, se termina realizando una amputación por una mala evolución de la lesión misma. En el presente caso, se puede decir que el tiempo transcurrido entre el accidente (en su casa) y la intervención por traumatología (en IMEPA) ha sido muy prolongado y eso no ha ayudado para que exista una buena recuperación del daño lesional en el pulgar. En este caso en particular, cuando se logró practicar la reparación quirúrgica que se realizó en IMEPA, ya habían pasado unas 10 horas aprox. del hecho. El paso de las horas sin una adecuada y oportuna atención médica ha contribuido a que los tejidos se desvitalicen, lo cual no ha favorecido para la recuperación del dedo lesionado, terminado el día 02/07/20 con la amputación quirúrgica de la falange distal del pulgar derecho, sin que haya existido en este caso complicaciones infecciosas. ..., Asimismo otros aspectos importantes son la realización de radiografías, laboratorio, cultivos e iniciar el tratamiento antibiótico tan pronto como sea posible, realizar el desbridamiento de la herida tantas veces como sea necesario, se tiene que estabilizar la

fractura (en medio quirúrgico) y después, en la medida de lo posible, hacer el cierre definitivo de la herida (que se realiza dentro de la primera semana tras el traumatismo). INCAPACIDAD TOTAL ESTIMADA, por sumatoria del: 31,00 % (Siendo la CAPACIDAD RESTANTE (Método Balthazard): del 71,34 %, con una INCAPACIDAD TOTAL por éste método de: 28,66 %). 9) Relación de causalidad o concausalidad con los hechos de autos; En opinión de este perito, considero que existe una concurrencia de factores que inciden en la producción del resultado final nocivo (amputación falange distal de dedo pulgar), a saber: a) Por un lado el mismo accidente provoca lesiones graves que de por sí mismas pueden llevar a la amputación (por el propio daño tisular); b) y por otro lado el prolongado tiempo transcurrido sin la atención médica traumatológica adecuada y oportuna provoca una mayor desvitalización de los tejidos ya dañados por el accidente y ello no favorece para la recuperación de los mismos (perdida de chance para la curación)...”.- 1Puntos de Pericia de la Parte Demandada: 1.- Determine si existe un déficit de prestación médica en el presente, funde su opinión. Más que un “déficit” de prestación ha existido una falta de prestación médica adecuada y oportuna, dado que han pasado varias horas, desde su internación en el hospital de Choele Choel, hasta que fue asistido por un médico traumatólogo y proceder a la resolución quirúrgica como correspondía. El fundamento de ésta apreciación se encuentra plasmado en la historia clínica del hospital de Choele Choel, en donde no existe constancia de haberse hecho una evaluación, objetivación, descripción y diagnóstico médico del dedo lesionado, durante las 4 hs. de internación hasta el alta voluntaria (ni del médico de guardia, ni de un médico traumatólogo). En la historia clínica solo hay constancia de la asistencia por parte de personal de enfermería y la única asistencia médica anotada es al momento de su ingreso al hospital en donde el Dr. Altamiranda decide su internación para ser valorado por ortopedia y traumatología. ... “.- (el subrayado me pertenece).-

Las conclusiones de la pericia médica son determinantes en el sentido en que hubo falta de servicio en el hospital de Choele Choel, y que esa demora en la atención ha sido una causa que ha coadyuvado a la producción de la consecuencia conocida, que ha sido la amputación parcial del dedo pulgar de la mano derecha del actor.-

En el aßejo precedente “GULLOTA, Nicolás c/CLINICA VIEDMA S.A. y Otro s/CASACION” (Expte. N° 21307/06-STJ-), del 14 de agosto de 2008, había dicho el STJ que “... IV) CARGA DE LA PRUEBA. PRESUNCIONES INCUMPLIMIENTO. CULPA. Resulta esclarecedor sobre el punto lo sostenido por el doctor Alberto J.

Bueres como integrante de la CNCiv., Sala D, quien se pronunció en los siguientes términos: “... he dicho reiteradamente (in re: “Guevara v. Centro Médico Lacroze”, L. 164091, 28.02.96) que en materia de responsabilidad médica, y a consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de “actividad”, en principio incumbe al paciente (pretensor) la carga de demostrar la culpa de aquél (demandado). Esta conclusión, hoy en día parece estar afianzada en el derecho vigente, tras un fructífero debate doctrinal de más de tres lustros, puesto que en las aludidas obligaciones de actividad, cuya infracción genera responsabilidad subjetiva, el “incumplimiento”, cuando menos en el plano “funcional”, se conforma con la culpa, razón por la cual la demostración de ésta entraña tanto como hacer patente aquel incumplimiento -al cual prima facie debe ser dirigida la prueba- (Jordano Fraga, Francisco, “La responsabilidad contractual”, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 170 y ss.).-”No basta, pues, con revelar la mera infracción “estructural” o sea, la causación del daño médico, para deducir sic et simpliciter el elemento subjetivo (culpa), aunque tal transgresión al alterum non laedere provoque antijuricidad, que es asunto diverso. A menos que la ley estableciera lo contrario, cosa que no sucede en el derecho positivo, sentando por sola presencia del daño una presunción “relativa” de culpa que desplazase hacia el demandado la carga de probar su no culpa (o falta de culpa) o bien el caso fortuito ...” (conf. CNCiv., Sala D, Julio 16, 1998, “Contretars, Juan C. c/ Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.”, JA, 1999-II-496/501, LL. 1999,C-794; idem CNCiv., Sala F, 19.12.2005, “Repetto, Héctor C. c/I.S., P.”, en Revista de “Responsabilidad Civil y Seguros”, La Ley, Año VIII, N° VI, junio de 2006).- En la vinculación contractual entre médicos y pacientes se ha destacado que la obligación principal de los primeros, consiste en brindar una atención diligente e idónea del enfermo, sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución, conforme a los principios científicos que el título presupone, pero sin asegurar que el resultado perseguido se va a lograr, pues a los facultativos les está legalmente prohibido anunciar o prometer la curación fijando plazos, o la conservación de la salud o anunciar agentes terapéuticos de efecto infalible (art. 20, incs. 1\*, 2\* y 5\* de la Ley 17.132). Así se ha recordado que nuestra jurisprudencia tiene resuelto que el médico no se compromete a curar al paciente, sino sólo a proceder con la diligencia común, conforme a las reglas y métodos de su profesión (conf. TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad Civil de los Médicos por el Empleo de Cosas Inanimadas en el Ejercicio de su Profesión”, La Ley, 1981-B-762). De allí que el mero hecho de la no obtención del resultado esperado,

pero no prometido, no habrá de implicar necesariamente la responsabilidad del médico, sino que corresponderá a quien pretenda la reparación la prueba de que la no obtención de ese resultado perseguido obedeció a que el profesional no se condujo con la mesura, diligencia e idoneidad debidas o que medió un comportamiento defectuoso de su parte. De ahí que se ha dicho que no basta la existencia de un resultado desafortunado para considerar responsable al médico interviniente, sino que es necesario acreditar que ese resultado dañoso se produjo por su negligencia, imprudencia o impericia, en definitiva por su culpa (conf. CNCiv., Sala M, 30/08/2001, “T., H.A. y otro c/L., V. y otro”, Lexis N° 30012226, y doctrina citada; idem CNCiv., Sala F, 19.12.2005, “Repetto, Héctor C. c/I.S., P.”, en Revista de “Responsabilidad Civil y Seguros”, La Ley, Año VIII, N° VI, junio de 2006).- Sin embargo, no puede desconocerse hoy la gran difusión y aplicación de lo que se dió en llamar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, cuya concepción se atribuye a PEYRANO (en tal sentido ver Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio, “Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas”, La Ley, 1991-B-1034; Peyrano, Jorge W., “El Derecho Procesal Postmoderno”, La Ley, 1991-A,915; del mismo autor, “Procedimiento Civil y Comercial, T I, p. 77, Ed. Juris, Santa Fe, 1991; “El Proceso Atípico”, Ed. Universidad de Buenos Aires, 1991, p. 140, y “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”, Ed. Zeuz, Rosario, 1983, p. 125), o, como lo postula MORELLO, de la efectiva colaboración en base al principio de solidaridad (Morello, Augusto M., “¿Hacia una Visión Solidarista de la Carga de la Prueba?”, ED, 132-953; del mismo autor, “En Torno a la Carga de la Prueba”, La Ley 1990-E, 1071; “La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso”, JA, 1991-III-552; “La Prueba, Tendencias Modernas”, p. 185, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1991, p. 58 y sig.; “El Proceso Justo”, Ed. Platense, Bs. As., 1994, ps. 265, 267 y sig.; “El derecho a probar, su perfil constitucional”, ED, 159-259; “Nuevos Daños, nuevas técnicas procesales de protección” en Derecho de Daños, 2da. parte, homenaje al Prof. Félix Trigo Represas; conjuntamente con Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Bs. As. y de la Nación”, T. V-A, p. 140), según la cual el peso de la prueba se adjudica a quien está en mejores condiciones de aportarlas - fáctica, técnica, económica o jurídica-, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el cumplimiento del deber de cooperación en el esclarecimiento de la verdad (conf. Galdós, Jorge Mario, en Rev. del Colegio de Abogados de la Plata, año XXXV, n° 56; CNFed, Civ. y Com., Sala II, 08.09.2005, “Sambiase de Craviotto, Myrtha A. c. Hospital Británico de Buenos Aires y Otro”, Revista de “Responsabilidad Civil y

Seguros”, Ed. La Ley, Año VIII, abril de 2006, p. 112).- En definitiva, en materia de responsabilidad médica, queda comprometida la del profesional si se prueba que éste no ha cumplido con la actividad en forma prudente o diligente, es decir, que obró con culpa (conf. CNCiv., Sala M, del 03.03.1997, “S. de M., H. c/Hospital San Juan de Dios y otros”, La Ley, 1997-C, 956).- ...”.-

En definitiva, nada ha aportado la parte demandada para eludir la responsabilidad que se le ha endilgado, ni ha dado tampoco una respuesta para justificar las razones del “bache temporal” entre la admisión del paciente en el hospital y el alta voluntario firmado por la esposa; tiempo que en opinión del perito médico ha coadyuvado para la generar el dañoso resultado final.-

Me expido en consecuencia por el rechazo del agravio.-

5.- El segundo y último agravio de la parte demandada, está dirigido al cuestionamiento del daño extrapatrimonial, fijado en \$ 1.000.000,00.-

En el fallo se ha sostenido sobre el particular y en lo esencial que, “... En esta tesitura, a los fines de cuantificar ese menoscabo económico, y teniendo presente que se trata de una deuda de valor; y procurando siempre en la medida de lo posible, verificar que los importes que se establezcan guarden relación con los fijados en casos anteriores tal como sostuviera esta cámara con

voto de los Dres. Peruzzi y Sosa, hace ya más de dos décadas en el recordado precedente “Painemilla c/ Trevisan” (J.C. T°IX, págs. 9/13); por lo que he de estimar el perjuicio teniendo presente lo resuelto por la Excma. Cámara de Apelaciones de General Roca respecto a éste tópico en autos RIVA RIVAS (Sentencia de fecha 15/03/2021, correspondiente al Expte. RO-1210-C3-17), por una incapacidad del 13% representadas por secuelas de un dedo anular derecho, con intervención quirúrgica se le reconoció la suma de \$ 682.000. -al 01/11/2020.- y he de establecerlo en la suma de \$1.000.000 con más intereses a la tasa del 8% anual desde el día del infortunio -29/06/2020- hasta la fecha de la presente sentencia, y a partir de entonces y hasta el momento del pago efectivo deberán calcularse intereses de conformidad con la tasa establecida por el Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino en operaciones de hasta 72 cuotas mensuales conforme doctrina legal sentada por el STJRN en los autos "Fleitas Lidia Beatriz c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente de Trabajo" ...”.-

Debo decir que los fundamentos de la apelación no resultan desde mi punto de vista

precedentes.-

Por una parte, la cuestión de la supuesta incongruencia entre el monto demandado y el determinado en la condena, no resulta de posible acogimiento en el caso.-

Tiene dicho nuestro S.T.J., el día 16 de agosto de 2022, en los autos "CALBUCOY BUSTOS, JOSE FRANCISCO C/EDERSA S.A. S/SUMARISIMO S/CASACION" (Expte. N° RO-71750-C-0000), que "... este Superior Tribunal de Justicia tiene dicho que "En lo relativo a la cuantificación de dicho daño (moral) los Jueces de mérito son soberanos para establecer las cuantías indemnizatorias y han expresado las razones sobre las cuales se adopta un determinado importe sin que se advierta irrazonabilidad alguna en dicha decisión, menos aun que se hayan apartado de lo reclamado por el actor en la demanda. Ello así pues, si bien por una parte como señala el recurrente en la demanda al momento de peticionar el rubro daño moral el actor no dejó librado su determinación "a lo que en más o menos resulte de la prueba"; por otra no se puede desconocer que en la parte final del punto IV -Indemnización reclamada por los daños-, informa que el monto total reclamado es estimativo y sujeto "a lo que en más o menos resulte de las probanzas de autos"." (STJRNS1 - Se. 20/21 "Escudo Seguros S.A."). Igual suerte corre el planteo de la recurrente en el que alega que la Cámara compensa dos veces la supuesta pérdida del valor real del daño moral. De un repaso de las sentencias precedentes se puede advertir que al momento de justipreciar dicho rubro en Primera Instancia se toma como parámetro lo resuelto en otra causa similar y luego se otorga la suma estimada por el propio usuario y que ascenderá a la de \$ ..... con más los intereses que deberán ser calculados desde el hecho generador -02-03-17- y hasta la fecha del dictado de esta sentencia a un interés puro anual del 8% y a partir de allí y hasta su efectivo pago, conforme doctrina legal del STJ dictada en autos "Jérez"/"Guichaqueo"/"Fleitas". Seguidamente la Cámara confirma dicha decisión del grado entendiendo que la suma reconocida no excede mayormente el importe reclamado en la demanda en valores reales. Evidentemente no se observa en esa determinación del quantum indemnizatorio, una doble compensación sino que, por el contrario, lo que se advierte es que los sentenciantes, siguiendo el criterio sostenido por este Superior Tribunal de Justicia, han cuantificado el rubro en cuestión al momento de la sentencia y a partir de allí se le aplicó a dicha suma una tasa pura de interés, desde el momento en que el perjuicio se produjo y hasta la fecha de la sentencia de Primera Instancia; ya que está destinada a retribuir el uso del capital. Así se ha sostenido que "Los intereses de una indemnización de daños deberán computarse desde la producción del perjuicio

hasta el pronunciamiento apelado a una tasa del 8% anual, como tasa pura, dado que resulta suficientemente compensatoria ante una deuda de valor fijada a valores actuales, (...)." (cf. CNACiv. Sala I, 27/06/2014, La Ley Online, AR/JUR/38821/2014 - STJRNS1 - Se. 100/16 "Torres"). Tampoco puede prosperar la alegada falta de acreditación del daño por parte del actor. El daño moral se caracteriza por los padecimientos de quienes lo sufren y surge de los hechos mismos. Esto es, consiste en el desmedro o desconsideración que el daño pueda causar en la persona agraviada o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualquier otra molestia que pueda ser consecuencia del hecho perjudicial. En autos, la Jueza de Primera Instancia ha tenido por configuradas las lesiones de índole espiritual del actor en base a extremos que no han sido desvirtuados por la demandada, tales como: dignidad, destrato, afectación al derecho de propiedad, incertidumbre, de falta de seguridad, de confianza, de respuestas concretas y adecuadas, de angustias, molestias que le han generado la multiplicidad de reclamos en todos los órdenes..."-.

Cabe agregar que el superior tribunal provincial se había expedido en anterior integración en fecha 28 de septiembre de 2010, a través del conocido precedente "Bueri" - "BUERI, William y BUERI, María Graciela c/SOSA, Juan Carlos s/SUMARIO s/CASACION" (Expte. N° 24403/10-STJ)- en los que se dijo ya desde esa oportunidad, que "... Ahora bien de estos actos procesales, se pueden extraer dos conclusiones: a) Por una parte que el monto inicialmente peticionado por la parte actora, guardaba naturaleza provisoria, sujeto a lo que en más o en menos resultare de la prueba a producir; b) y por otra, que evidentemente establecer los daños causados por el demandado -de los cuales surgiría el monto real de reparación- dependía de una serie importante de pruebas técnicas, que incluso incluyeron informes de tipo geológico. Es decir, que no se puede tomar a la suma de \$ 5000, expresada al comienzo de la acción, como tope de la indemnización requerida, ya que dicho monto fue una mera estimación supeditada a las pericias a practicarse en el curso de actuaciones que -como se ha demostrado- tenían un alto grado de complejidad técnico- científica.- Además, también resta aclarar que en el caso sub examine, de haberse determinado un monto diferente al estimado de forma provisoria por la actora, no redundaría en una violación del derecho de defensa en juicio del demandado, ya que el mismo estuvo en condiciones de disentir y acreditar en forma adversa el monto pretendido, que -a criterio de la actora- surgiría de las diversas pericias efectuadas en los presentes autos. En efecto, siempre que no quede afectada la inviolabilidad de la defensa en juicio, o que de los autos no resulte

que la reticencia o ambigüedad del actor constituya una manifestación de conducta procesal, violadora del principio de lealtad (que no es solamente exigible al demandado) o del de igualdad, la indeterminación inicial puede estar justificada. En este sentido, no creemos que la cuestión pueda quedar resuelta sólo por aplicación del principio de que “los jueces no pueden, válidamente, otorgar más de lo pedido”, que según parece, constituiría el sustrato de la fundamentación de algunos fallos, porque justamente lo que se trata de esclarecer aquí es si el litigante que se cubre con la fórmula “o lo que más o menos resulte” (de la prueba, de los autos, etc.), cumple o no la exigencia de configurar debidamente la petición. En otros términos: si esas locuciones delimitan la petición, el juez, al acceder a ellas no estaría otorgando más de lo pedido. Cuando no media conducta procesal del actor, debe concluirse que las ya citadas fórmulas que permiten a la petición una flexibilidad que la adecua a la realidad, no producen la consecuencia de ubicar el caso en el ámbito restrictivo del art. 163 porque es cierto que el juez no puede otorgar más de lo pedido, pero no lo es menos que tampoco puede exigírsele al litigante el poder mudar la naturaleza de las cosas, de prever lo imprevisible o de munirse de datos que exigen un tiempo de que no dispone. El ordenamiento procesal debe acoger, con las debidas limitaciones, el principio de la inexigibilidad de otra conducta, en alguna medida supralegal pero de validez indiscutible a menos que no se atribuya a la realidad de gravitación que siempre ha de tener. Tampoco sería totalmente admisible que la cuestión quedara eludida obligando a establecer una cantidad cualquiera, librándola a un azar que impondría al litigante una exageración para no perjudicarse. (Conf. Carlos J. Colombo-Claudio M. Koper, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T\* III, págs. 529/530).- También en este sentido se ha dicho que: “El hecho de que se condene al demandado a pagar una indemnización mayor que la peticionada en la demanda no viola su derecho de defensa en juicio si estuvo en condiciones de disentir y acreditar en forma adversa el monto pretendido o la inexactitud de la cuantificación del peritaje sobre el valor de las reparaciones necesarias para lograr poner en condiciones aptas el inmueble dañado, siendo que el actor amplió el monto al momento de presentar el alegato y anticipó que los importes reclamados eran provisorios y que había dejado subordinado el monto resarcitorio definitivo a lo que en más o menos resultara de la prueba a rendirse.” (Conf. Cámara 8ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Se. del 17/03/2009, in re: “Caprara /c. Indacor”, Cita Online: Ar/Jur/3541/2009).-

De todo esto se extrae que no hay incongruencia cuando se condena, como en el caso de

autos, por una suma mayor a la peticionada en la demanda, porque se trata de una deuda de valor, que se estima con la demanda, sujeta a la prueba ha producirse en autos, y se cuantifica con la sentencia definitiva, como se hizo en el caso.-

Superada esta cuestión, tampoco se aprecia que el monto determinado para el resarcimiento del rubro resulte elevado.-

Por cierto en el precedente "OLIVERO, NATALIA SOLEDAD C/ ZAVALA POBLETE, DAVID ELIAS Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) " (Expte. N° 7900-J21-14), con fecha de sentencia de primera instancia del 04 de noviembre de 2019, para una persona de igual edad al momento del hecho y porcentaje de incapacidad que en este caso, se fijó igual suma de \$ 1.000.000,00.- de indemnización por daño extrapatrimonial. Esa suma, traída a la fecha de la sentencia de primera instancia dictada en estos autos, con aplicación de la calculadora de inflación, de aplicación que venimos utilizando, permite arribar a un importe de aproximadamente \$ 4.890.000,00.- con lo cual no hay márgenes para considerar que el resarcimiento del daño extrapatrimonial es alto.-

Por otra parte, en el expediente "PONZANESI LUCAS GERARDO C/SPANU JULIAN SILVIO Y OTRA S/ORDINARIO" (Expte. N° A-2RO-1074-C1-16), con sentencia de primera instancia de fecha 23 de abril de 2018, para una persona de 30 años de edad y un 27 % de incapacidad, se otorgó indemnización por \$ 550.000,00.- que a valores de la sentencia de primera instancia en los presentes -de fecha 14 de marzo de 2023- , importarían una indemnización a valores de la última fecha de \$ 5.300.000,00.- aproximadamente.-

Evidentemente, los valores referenciados determinan que muy lejos podemos estar de considerar a la indemnización otorgada en el caso como elevada; por lo que sin más corresponde proponer el rechazo del rubro.-

6.- Por todo lo expuesto, me expido por el rechazo de la apelación de la parte demandada, con costas a su cargo, en función del art. 68 del CPCC, proponiendo al acuerdo regular los honorarios de segunda instancia del Dr. Santiago Parrou, por la actora, en el 30 % de los fijados a la representación letrada de la misma parte actora, en la sentencia recurrida -arts. 6 y 15 de la ley G-2212-. ASI VOTO.-

**EL SR. JUEZ DR. DINO DANIEL MAUGERI DIJO:** Que compartiendo los fundamentos expuestos por el Dr. SOTO, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

**EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ DIJO:** Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (artículo 271 C.P.C.).

Por ello y en mérito al Acuerdo que antecede la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería

**RESUELVE:** 1.- Rechazar la apelación de la parte demandada, confirmando la sentencia del 14 de marzo de 2023, con costas a la misma demandada, en función del art. 68 del CPCC, de acuerdo a los considerandos.-

2.- Regular los honorarios de segunda instancia del Dr. Santiago Parrou, por la actora, en el 30 % de los fijados a la representación letrada de la parte actora, en la sentencia recurrida -arts. 6 y 15 de la ley G-2212-; de acuerdo a los considerandos.-

Regístrese, notifíquese de conformidad con lo dispuesto en la Acordada 36/22 Anexo I art. 9 del STJ y oportunamente vuelvan.

Se deja constancia que el Dr. SOTO no firma la presente Sentencia por encontrarse en uso de Licencia, habiendo participado del Acuerdo.Conste.-