



CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA II SECRETARÍA UNICA
NERIS MARIA VERONICA CONTRA GCBA SOBRE RESPONSABILIDAD MEDICA

Número: EXP 31433/2009-0

CUIJ: EXP J-01-00056071-1/2009-0

Actuación Nro: 10937922/2017

En la Ciudad de Buenos Aires, a los días del mes de diciembre de dos mil diecisiete, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dictar sentencia en los autos caratulados “NERIS MARÍA VERÓNICA C/ GCBA S/ RESPONSABILIDAD MÉDICA”, Expte. N° 31433/2009-0, y habiéndose practicado el sorteo pertinente, resulta que debe observarse el siguiente orden: CARLOS F. BALBÍN, ESTEBAN CENTANARO Y MARIANA DÍAZ.

A la cuestión planteada el juez CARLOS F. BALBÍN dijo:

1. La señora María Verónica Neris, mediante la representación legal del Dr. Gustavo R. Di Martino, T°44, F°473 del C.P.A.C.F., demandó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA), con el objeto de obtener una indemnización por los daños y perjuicios que sufrió como consecuencia de su internación en el Hospital General de Agudos Dr. Parmenio T. Piñero (en adelante, hospital Piñero).

En el escrito de inicio refirió que el lunes 5 de marzo de 2007 comenzó a sentir contracciones, producto de su embarazo, por lo que se dirigió al nosocomio a fin de que fuese atendida.

Indicó que le practicaron una cesárea y que nació su hija a la 1:30 hs. de la madrugada. Agregó que cuando recibió el alta médica el jueves 8 de marzo de 2007, le manifestó al personal del hospital que sentía fuertes dolores abdominales, quienes finalmente le explicaron que era una sensación normal por el tipo de intervención quirúrgica que había recibido.

Manifestó que el domingo 11 de marzo de 2007 concurrió al hospital Piñero en donde le prescribieron la ingesta de cefalexina y la derivaron al Centro de Salud y Acción Comunitaria N°31, para que se realizase las curaciones de la herida de la cesárea.

Expresó que, esa misma noche, su madre decidió llamar al SAME por cuanto los dolores que padecía eran cada vez más intensos. Finalmente, relató que los médicos decidieron internarla de urgencia en el hospital y que a los tres días la intervinieron quirúrgicamente, efectuándole una histerectomía total, anexotomía izquierda y salpingectomía derecha, con conservación del ovario derecho.

Señaló que durante los 16 días de internación atravesó una situación de angustia y desesperación por encontrarse separada de su hija recién nacida y no poder amamantarla. En este contexto explicó que luego de la operación recibió la triste noticia de que no podría concebir más hijos como consecuencia de la extracción de su útero y demás órganos intrabdominales.

En este contexto, individualizó al patógeno intranosocomial estafilococo aureo meticilino resistente como generador del perjuicio y endilgó responsabilidad al GCBA por incumplimiento de la obligación de seguridad en el cuidado de los pacientes y deficiencia en la organización hospitalaria.

En punto a los rubros indemnizatorios, cuantificó el daño físico en la suma de setenta mil pesos (\$70.000); el moral en ciento diez mil pesos (\$110.000); el psicológico en veinte mil ochocientos pesos (\$20.800) y el estético en veinte mil pesos (\$20.000), totalizando la pretensión indemnizatoria en la suma de doscientos veinte mil ochocientos pesos (\$220.800).

Finalmente, ofreció prueba, fundó en derecho su postura, solicitó la adición de los intereses desde la producción del perjuicio y la imposición de costas a la contraria.

Corrido el pertinente traslado, el GCBA contestó la demanda de modo extemporáneo. Por lo tanto el *a quo* tuvo por no presentado el escrito de fs. 38/61 (ver fs. 65).

Una vez producida la prueba y presentado únicamente el alegato de la parte actora, el magistrado de grado dictó sentencia y condenó al GCBA a abonar a la señora Neris la suma de cientos setenta mil pesos (\$170.000).

Para decidir de ese modo, en primer lugar, explicó que debido a que el hecho dañoso y el agotamiento de sus consecuencias habían acaecido con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial unificado y de la ley de responsabilidad del Estado N°26.944, sus disposiciones no resultaban aplicables para dirimir la controversia. En consecuencia, ciñó su análisis de conformidad con lo estatuido en la Constitución de la CABA, la ley básica de salud local N°153 y el Código Civil.

En segundo lugar, refirió que el Estado local es el responsable de brindar el servicio de salud a la población, por lo tanto, su deficiente prestación importaba analizar el vínculo jurídico desde la órbita de la responsabilidad extracontractual. En este contexto hizo alusión a lo esbozado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSN) en Fallos 317:1921; 322:1393 -entre otros- y a lo decidido por esta Cámara en el fallo plenario “Meza Lorena c/ Salomone Sandra y otros s/ daños y perjuicios”, expte. N°27.230/0, del 28 de diciembre de 2010.

Por otra parte, definió los alcances del concepto de infección intrahospitalaria, analizó la prueba aportada en la causa -en especial el peritaje médico- y concluyó que estaban configurados los presupuestos necesarios para responsabilizar al GCBA por la falta de servicio en la atención de la paciente.

En especial, hizo hincapié en que la demandada no había acreditado que actuase de un modo regular, empleando las medidas necesarias para evitar el contagio o prevenir la infección sufrida por la actora. A mayor abundamiento señaló que la ausencia de prueba por parte de la demandada -por haber contestado la demanda extemporáneamente- sumada a la afirmación categórica del perito médico -en cuanto a que no surgía de la causa cuáles fueron las medidas tomadas en el hospital para evitar el riesgo de contagio- demostraban el obrar irregular del GCBA en la prestación del servicio de salud.

Asimismo, tuvo por acreditados el daño padecido por la actora (de conformidad con lo informado por el perito médico) y la relación de causalidad entre el obrar omisivo y el perjuicio (aplicando la teoría de la causalidad adecuada conforme lo dispuesto en el art. 901 del Código Civil).



CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA II SECRETARÍA UNICA
NERIS MARIA VERONICA CONTRA GCBA SOBRE RESPONSABILIDAD MEDICA

Número: EXP 31433/2009-0

CUIJ: EXP J-01-00056071-1/2009-0

Actuación Nro: 10937922/2017

Con relación a la cuantificación de los perjuicios, meritó en la suma de setenta mil pesos (\$70.000) la indemnización por daño físico e incapacidad sobreviniente. A tal efecto tuvo en consideración el porcentaje de incapacidad dictaminado por el médico forense.

Respecto del perjuicio moral, estimó pertinente otorgarle la suma indemnizatoria de cien mil pesos (\$100.000). En ella subsumió lo reclamado por el daño estético, en virtud de que no había sido acreditado que, como rubro autónomo, incidiese en actividades laborales o sociales de la actora.

En lo atinente al daño psicológico decidió rechazar su reparación en tanto no había quedado demostrado que la señora Neris sufriera una perturbación patológica de su personalidad.

Finalmente, fijó la tasa de interés de conformidad con lo establecido en el fallo plenario de esta Cámara “Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)”, expte. N°30.370/0, del 31 de mayo de 2013, aclarando que los montos indemnizatorios fueron determinados a valores históricos; impuso las costas a la demandada vencida y difirió la regulación de los honorarios hasta que se encontrase firme la decisión.

2. Notificada la sentencia a las partes, ésta fue apelada por el GCBA a fs. 406/406 vta. y por la actora a fs. 407.

A fs. 420/422 vta. obra el escrito memorial de la demandante. Allí, se agravio de que no se hubiera considerado autónomo el perjuicio estético y se lo hubiera englobado en la reparación del daño moral. Al respecto esgrimió que la cicatriz que le había quedado le atravesaba de punta a punta su abdomen y que debía repararse que, de acuerdo con lo dictaminado en el peritaje médico, padecía de un siete por ciento (7%) de incapacidad por esta lesión. Citó jurisprudencia para fundar su postura y solicitó que se revocara la sentencia en este punto.

En segundo lugar, criticó el monto indemnizatorio concedido por daño moral. En este sentido resaltó que los padecimientos que vivió, como consecuencia de ser una madre primeriza que se vio obligada a estar separada de su hija al nacer, la imposibilidad de amamantar y de no poder volver a concebir, sumados a la incertidumbre de la evolución de su salud, eran extremos que debían ser estimados para concederle la totalidad del monto demandado.

Por su parte, el GCBA expresó agravios a fs. 424/437.

En lo que aquí interesa resaltar, consideró que el sentenciante valoró arbitrariamente la prueba aportada en la causa. Ello por cuanto, a su entender, había quedado demostrado que los médicos que atendieron a la paciente habían adoptado las medidas

preventivas necesarias. Sin perjuicio de lo cual, la infección se produjo porque se trataba de un virus irresistible.

Apuntó que debió valorarse que los profesionales de la salud le prescribieron a la actora el antibiótico adecuado; que el riesgo de contagio de ese virus era inevitable; que se trató de un microorganismo que se encontraba en la paciente y no en el nosocomio; que la cesárea fue una intervención quirúrgica que se le efectuó a la paciente para salvar su vida y la de la niña y que, como todo acto invasivo, tiene mayor posibilidad de contagio. Adicionalmente arguyó que se trató de un caso de estado de necesidad que ameritaba correr un riesgo para evitar un mal mayor.

Con relación a la falta de prueba que acreditase el cumplimiento de las medidas preventivas de contagio y asepsia, recordó lo explicado por el médico forense en cuanto a que todos los hospitales cuentan con un comité de infecciones en los que se trabaja para prevenir infecciones y reducir riesgos de contagio. A su entender, el juzgador debió suplir la ausencia probatoria con el dictado de una medida para mejor proveer, a fin de conocer la verdad de los hechos.

En consecuencia, a su entender la condena resultaba infundada y configuraba un supuesto de exceso ritual manifiesto.

En esa misma tesitura petitionó que este tribunal de alzada dictase una medida para mejor proveer para esclarecer la verdad de los hechos.

Por otra parte, se agravio de los montos otorgados en la condena. En este sentido solicitó que fueran reducidos en atención a que, en caso de que se lo considerase responsable, debía responder por la pérdida de chance de la actora y no por la totalidad del perjuicio.

A fs. 438 fue rechazada la medida para mejor proveer petitionada por la demandada.

A fs. 439/443 vta., la actora contestó el traslado conferido y solicitó que se rechazara el recurso del GCBA.

A fs. 444 los autos pasaron al acuerdo.

A fs. 445 se hizo saber la nueva integración de la Sala (confr. cédulas de fs. 446/446 vta. y 447/447 vta.), y se ordenó la suspensión del trámite, con reanudación automática de los plazos procesales, al quedar consentida dicha providencia.

3. En este estado corresponde recordar que, a fin de resolver las cuestiones sometidas a la consideración de la alzada por la vía recursiva, no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, bastando que lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más Alto Tribunal Federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la resolución del caso (Fallos: 278:271).

4. En primer lugar, trataré los agravios del GCBA toda vez que de prosperar el recurso, resultará innecesario resolver el planteo de la parte actora. Ahora bien, primero se analizará el agravio relativo a la ausencia de responsabilidad por la infección que la actora contrajo en el hospital. Sobre el punto, la demandada señaló que la infección intrahospitalaria que contrajo la actora era inevitable a pesar de que se había cumplido con las reglas de asepsia correspondientes. Por otra parte hizo alusión al instituto del estado de necesidad para que operase como causa justificante de su actuar. Asimismo-



CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA II SECRETARÍA UNICA
NERIS MARIA VERONICA CONTRA GCBA SOBRE RESPONSABILIDAD MEDICA

Número: EXP 31433/2009-0

CUIJ: EXP J-01-00056071-1/2009-0

Actuación Nro: 10937922/2017

mo, refirió a lo dictaminado por el perito médico en cuanto a que los hospitales cuentan con comités de prevención y control de infecciones intrahospitalarias. En consecuencia, arguyó que era la actora quien debió probar la falta de cumplimiento de las normas de asepsia y de control de infecciones, por cuanto, a su entender había “...*quedado acreditado que los médicos que atendieron a la paciente adoptaron las medidas necesarias, a pesar de lo cual, por resultar irresistible, se produjo la infección que generó los daños sufridos por la actora*” (ver fs. 424 vta., segundo párrafo).

En el contexto que precede, cabe resaltar que el GCBA no ha controvertido el carácter intrahospitalario de la infección (más allá de intentar eximirse de responsabilidad), ni tampoco ha desconocido los daños sufridos por la actora (ver la referencia efectuada en el párrafo *ut supra*).

Sin embargo, ha intentado quebrar el nexo de causalidad arguyendo la inexistencia de vínculo aglutinante entre la referida infección y los daños toda vez que, conforme surgiría del dictamen pericial médico, la infección es un riesgo propio de las cirugías cuyas heridas favorecen el ingreso del virus en el torrente sanguíneo.

Así las cosas, corresponde recordar que la infección hospitalaria, infección intrahospitalaria, infección nosocomial, o en un sentido más amplio infección asociada al cuidado de la salud (IH - IACs), es “*toda infección adquirida durante la internación y que no estuviese presente o incubándose al momento de la admisión del paciente [...]. En el caso de las heridas quirúrgicas la infección puede manifestarse luego del alta del paciente, hasta 30 días o un año dependiendo de la colocación o no de prótesis*” (Dr. Lossa Guillermo, Ing. Laura Fernández; Ing. Roberto Giordano Lerena; Lic. María de los Ángeles Cabral; Ing. Carolina Díaz; P.U. Diego Arcidiácono; “Infecciones Hospitalarias. Una afección endemoepidémica grave de alcance mundial”; p. 2, Programa Nacional de Vigilancia de Infecciones Hospitalarias de Argentina (VIHDA), Mar del Plata, Enero 2010, información disponible online en el sitio: <http://www.vihda.gov.ar/Sitio%20VIHDAII/archivospublicaciones/INFECCIONES%20HOSPITALARIAS%20UNA%20ENDEMOEPIDEMIA%20DE%20ALCANCE%20MUNDIAL.pdf>).

A su vez, el riesgo de contraer una infección hospitalaria depende de “*distintos factores, entre otros: 1. Endógenos: propios de cada persona y 2. Exógenos, a) atribuibles a la institución, por ejemplo, carencia de programa de prevención y control, insuficiente asignación de los recursos indispensables (humanos, físicos y financieros), fallas edilicias, ausencia de normas o incumplimiento de las mismas, fallas en la educación continua del personal, etc.; b) debidos a las prácticas que se realizan para recuperar la salud de los pacientes y/o salvarles la vida*” (Lossa Guillermo y demás autores ya mencionados; ob. cit., p. 2).

En particular, se ha dicho que son factores endógenos, entre otros, los siguientes: la portación de la infección por parte del paciente; la inexistencia de un antibiótico-terapia suficiente para el tratamiento de la infección cuando los gérmenes o las bacterias se han autoinmunizado y los factores de riesgo intrínsecos que aumentan el riesgo de contaminación endógena, tales como edad, obesidad, tabaco, EPOC, insuficiencia cardíaca, enfermedades vasculares periféricas, hipertensión arterial, diabetes, estado de nutrición, presencia de focos infecciosos a distancia del ISQ, presencia de microorganismos endógenos en las mucosas, alteración de la respuesta inmune, estancia preoperatoria, severidad de la enfermedad de base (Mariona, Fernando G.; Responsabilidad civil por infecciones hospitalarias (Infecciones posquirúrgicas -ISQ- e infecciones asociadas al cuidado de la salud -IACS-), RCyS 2012-IV, 36).

Y entre los factores exógenos: la incorrecta limpieza del quirófano, una inadecuada esterilización del material quirúrgico, una incorrecta limpieza de los filtros de aire acondicionado o una desaprensiva preparación del paciente, así como el desarrollo de cualesquiera de esas actividades por personal no idóneo, la clasificación de la herida, duración de la cirugía, sitio y complejidad del procedimiento, preparación del paciente, remoción del pelo/vello, infección preoperatoria, lavado de manos quirúrgico, preparación de la piel, profilaxis antibiótica, tiempo de administración de la profilaxis, elección del antibiótico, duración de la profilaxis, destrezas del cirujano/técnico, espacios muertos, antisepsia, superficies del medio ambiente, estancia preoperatorio, esterilización del material quirúrgico, drenajes quirúrgicos y cuidados postoperatorios (Mariona, Fernando G., op. cit.).

También se ha dicho que la infección hospitalaria es *“controlable pero difícilmente erradicable. Esto significa que hay y siempre habrá, independientemente de la calidad asistencial y de la tecnología de los establecimientos, pudiendo haber en algunos menos y en otros más dependiendo eso de las medidas de prevención y control que cada uno implemente, de los procesos sistemáticos de vigilancia y de la correspondiente y permanente intervención”* (Lossa y otros, op. cit., p. 1).

5. Efectuada la aclaración que antecede, cabe concluir que la infección en cuestión ha sido del tipo hospitalaria (causas exógenas). Pues bien, en el dictamen pericial médico se informó que *“...este microorganismo se encuentra como el principal causante de las infecciones nosocomiales [...] habita tanto en las mucosas como en la piel de los seres humanos, lo que permite que a través de las heridas quirúrgicas pueda penetrar en el torrente sanguíneo del paciente por medio del contacto directo o indirecto con el personal sanitario, con un objeto contaminado o incluso con otro paciente [...] aunque se tomen las medidas para evitar o minimizar el riesgo, la presencia de este virus, es imposible desecharla [...] puede haber autoinfección por cepas que el individuo ha portado en las fosas nasales, en la piel o en ambos sitios...”* (ver fs. 172 vta./173, acápite VI, VII y VIII).

De lo expuesto, surge que es factible la presencia de una infección intrahospitalaria, como complicación de una cirugía sin por ello representar una deficiencia en la atención del paciente.

Del informe efectuado por la Dirección de Medicina Forense surge que el concepto de infección nosocomial o intrahospitalaria consiste en la infección contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta de esa infección o una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento de la inter-



CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA II SECRETARÍA UNICA
NERIS MARIA VERONICA CONTRA GCBA SOBRE RESPONSABILIDAD MEDICA

Número: EXP 31433/2009-0

CUIJ: EXP J-01-00056071-1/2009-0

Actuación Nro: 10937922/2017

nación. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, que se manifiestan con posterioridad al alta médica y aquellas ocupacionales del personal del establecimiento, siendo las más frecuentes las de heridas quirúrgicas, vías urinarias y respiratorias inferiores (ver fs. 329/329 vta.).

En lo atinente a las medidas preventivas para evitar o minimizar el riesgo de contagio, la Dirección indicó que consisten en identificar los reservorios, detener la transmisión y modificar el riesgo para el huésped (ver fs. 330 con cita de la guía práctica de la prevención de las infecciones nosocomiales, G. Ducel).

Posteriormente refirió que no surgía de la causa qué medidas habrían sido implementadas en el Hospital Piñero en el momento en que la actora fue operada. Y si bien fue indicado que en las instituciones médicas dependientes del GCBA existen Comités de Infecciones -cuyo objetivo consiste en la prevención y control de infecciones-, lo cierto es que dicho extremo no importa *per se* que efectivamente se hubieran llevado a cabo los procedimientos, las medidas de prevención y los programas de supervisión de infecciones.

Por estas consideraciones es que resulta de aplicación al caso la teoría de las cargas dinámicas probatorias, recayendo sobre el demandado la obligación de acreditar tales circunstancias -esto es, el cumplimiento de las medidas de prevención y control-, eximiéndose en tal caso de responsabilidad. Es evidente que si bien el Gobierno no puede garantizar que la paciente no fuese a contraer una infección en caso de internación, sí debe cumplir con las medidas de prevención y control -según los estándares científicos exigibles- y, en el contexto del caso judicial, es él quien debe probar el cumplimiento de tales extremos porque se encuentra en mejores condiciones de hacerlo.

Contrariamente, exigirle al paciente que pruebe que su contraparte no cumplió con tales presupuestos supone colocarlo en un estado de indefensión. De modo que en casos como el presente el Gobierno se exime de responsabilidad si prueba causas endógenas o exógenas no atribuibles a él. Esto último ocurriría si se hubiera probado que cumplió con los estándares de control y prevención.

6. Si bien, en principio, cada parte debe probar los hechos que alega como sustento de su pretensión, ya sean éstos constitutivos, impositivos o extintivos -artículo 301 del CCAYT-, este criterio general se ve morigerado, a su vez, por la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según el cual, cuando una de las partes esté en mejores condiciones fácticas para producir cierta prueba vinculada a los hechos controvertidos de la causa, es ésta quien debe probarlo. Así, cuando por las circunstancias del caso o las constancias documentales, surge evidente que uno de los litigantes se encuentra en una posición dominante o privilegiada en relación con el ma-

terial probatorio -ya sea porque se encuentra en posesión del instrumento probatorio o por el rol que desempeñó en el hecho litigioso-, su deber procesal de colaboración se acentúa, al punto de atribuírsele una carga probatoria más rigurosa que a su contraparte (conforme mi voto en “Banco Río de la Plata S.A. c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cám. de Apelaciones”, RDC 138/0, del 2 de septiembre de 2003, “Leiva Quijano Modesto José y otros c/ GCBA y otros s/ responsabilidad médica”, EXP 4382/0, del 20 de marzo de 2012 y “Perez García, Fidelia y otros c/ GCBA y otros s/ responsabilidad médica”, EXP 24027/0 del 26 de septiembre de 2017, entre otros).

En este contexto, tal como señalé en el punto anterior, es plausible sostener que la demandada se encontraba en mejores condiciones de acreditar el cumplimiento de las reglas y los procedimientos de asepsia al tiempo de la infección hospitalaria, de conformidad con la legislación vigente. En particular, el GCBA debió describir y acreditar las medidas que adoptó para reducir la transmisión de la bacteria de una persona a otra (descontaminación de las manos, higiene personal, ropa protectora, mascarillas, guantes), prevenir la transmisión por el medio ambiente (limpieza del entorno hospitalario, desinfección del equipo empleado para el paciente, esterilización) y registrar y controlar su cumplimiento. Pero lo cierto es que el GCBA no ha incorporado ningún elemento probatorio en este sentido. De hecho, su contestación de demanda fue declarada extemporánea (conf. fs. 65); decisión que ha sido confirmada por esta Sala (fs. 87/87 vta.).

7. Sentado lo expuesto, corresponde examinar si el GCBA cumplió -en el presente caso- con el deber de minimizar el riesgo de infección.

En primer lugar, debe advertirse que, por tratarse de una cirugía no programada -recuérdese que la parte actora asistió al nosocomio a fin de tener un parto natural- no puede exigírsele a la demandada el cumplimiento del deber de información previa sobre la posibilidad de contraer una infección hospitalaria ni sobre las medidas de prevención que la paciente hubiera debido adoptar.

En segundo lugar, los medios de prueba de la causa no se dirigen a acreditar el cumplimiento de las medidas de prevención y control; las cuales ciertamente no se agotan en aquellas que corresponde adoptar a los médicos que intervienen en el acto quirúrgico (ello es así pues los recaudos a cargo de la Ciudad se refieren también, entre otros aspectos, a la esterilización y desinfección, la prevención y controles de infecciones por el personal y la prevención de infecciones en los distintos espacios en los que se opera y aloja al paciente). En consecuencia, en atención a que el cumplimiento de las condiciones de asepsia -razonables y plausibles- no se encuentra acreditado en autos, corresponde rechazar el agravio del GCBA.

8. El punto siguiente a evaluar es la solicitud efectuada por el GCBA vinculada a la reducción de los montos indemnizatorios concedidos. Al respecto indicó que debió meritarse el hecho de que era necesaria la intervención quirúrgica efectuada a la paciente y que eso conllevó el riesgo de contraer una infección hospitalaria. Por lo tanto, consideró que la responsabilidad en el acaecimiento del hecho dañoso solo podría imputársele por la pérdida de chance de la señora Neris y no por la totalidad del daño padecido.

En tal sentido, cabe resaltar que tal como indicó el GCBA, la prestación médica que recibió la actora -cesárea- era necesaria para salvaguardar su vida y de la niña



CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA II SECRETARÍA UNICA
NERIS MARIA VERONICA CONTRA GCBA SOBRE RESPONSABILIDAD MEDICA

Número: EXP 31433/2009-0

CUIJ: EXP J-01-00056071-1/2009-0

Actuación Nro: 10937922/2017

que estaba por nacer. Ello en tanto la señora Neris ingresó al nosocomio a fin de dar a luz su hija mediante parto natural y, por las particularidades del caso, culminó realizándosele una intervención quirúrgica.

En su recurso el GCBA deslizó que la cesárea era necesaria y que este tipo de cirugía lleva ínsito un riesgo propio. Por lo tanto, a su entender, era desatinado que se le condenara a indemnizar la totalidad del daño siendo -en todo caso- pertinente que resarciera la oportunidad verosímil de impedir la pérdida o la chance de evitar ese perjuicio. Adicionalmente recordó que en el dictamen de la perito médica se indicó que era imposible desechar la presencia del virus con el que se contagió la actora (ver fs. 173, punto VII). Por lo tanto, su actuación solo pudo limitarse a reducir el contagio lo que no implicaba que la actora no se infectase en la operación de cesárea.

Cuadra señalar que le asiste razón al GCBA en cuanto a que su obligación radica en aminorar las posibilidades de contagio de infecciones en el ámbito hospitalario, puesto que el cabal cumplimiento de las reglas sobre prevención y control de infecciones no asegura la inmunidad de los pacientes. Pero lo cierto es que, en este particular supuesto, la demandada siquiera intentó acreditar que se hubieran adoptado las medidas preventivas. Por lo tanto, la imputación causal del daño al GCBA aparece ineludible en tanto no quedó demostrado que se hubiesen arbitrado los medios necesarios para evitar el contagio.

Por lo expuesto, considero que el agravio debe ser rechazado.

9. Despejado lo anterior, cabe abordar el tratamiento del recurso de apelación de la parte actora.

En primer lugar se agravio de que el sentenciante subsumiese la reparación del daño estético en la indemnización concedida por daño moral.

Al respecto cabe señalar que, tal como lo he expresado en los autos “Raimondo, Inés B. c/ GCBA s/ daños y perjuicios”, expte. N°1679/0, del 26 de marzo de 2004, entre otros, las lesiones a la estética pueden generar, según la índole de los intereses afectados y de las proyecciones patrimoniales o no de sus consecuencias, un daño patrimonial, un daño moral, o ambos a la vez, pero nunca un daño autónomo que no encuadre en ninguna de las categorías antes enunciadas (conf. Bueres, “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida en relación y a la persona en general”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1992, n° 1, p. 267; Lorenzetti, “Las normas fundamentales de derecho privado”, p. 411; Zavala de González, “Resarcimiento de daños. Daños a las personas (integridad psicofísica)”, t 2, p. 161 y ss.). Así, también se ha dicho al respecto que *“el llamado daño estético no es un concepto autónomo. La corriente doctrinaria, con eco en algunos fallos, que lo independiza, confunde el bien extrapatrimonial afectado –integridad física, derecho a la personali-*

dad- con las repercusiones que pueda tener en el damnificado. Cuando las cicatrices provocan una merma de posibilidades de ingresos (caso de artistas, modelos publicitarios, deportistas profesionales, etc.) comportan daño patrimonial indirecto; de lo contrario son resarcibles a título de daño moral” (Zanonni, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil”, 2ª ed., p. 160 y ss.; énfasis agregado).

Ello sentado, cabe referir que la Dirección de Medicina Forense señaló que la actora presentaba alteraciones de carácter estético consistentes en cicatrices a nivel abdomino pelviano (mediana infraumbilical de 14 cm. de longitud x 1 cm. de ancho en su extremo superior y de 2 cm. en su extremo inferior, distrófica, de superficie deprimida e hiperpigmentada; dos cicatrices para medianas infraumbilicales, planas e hiperpigmentadas de 0.5 x 0.5 cm. correspondientes a drenajes quirúrgicos; cicatriz suprapúbica horizontal, distrófica y discrómica), con una incapacidad de un siete por ciento (7%) como consecuencia de las cicatrices producto de la anexohisterectomía total (ver fs. 325 vta., 330 vta., punto XIII y 331, punto XVI).

Ahora bien, en primer lugar debe repararse que la actora, a fin de solicitar la indemnización por este rubro, omitió acreditar que el perjuicio estético le hubiese afectado el normal desarrollo de alguna actividad con proyección patrimonial. Por otro lado, tampoco surge de la causa que efectuase alguna tarea en la cual su imagen tuviese una incidencia relevante (recuérdese que las marcas se ubican en el sector abdominal).

Por otra parte, tanto de los relatos testimoniales cuanto de los argumentos de la actora, se desprende que el perjuicio estético aludido ha tenido incidencia en el estado anímico y espiritual de la señora Neris (ver fs. 143 y 144), mas no le ha representado un desmedro patrimonial.

En virtud de lo expuesto, considero que debe rechazarse este agravio.

10. Resuelto lo anterior, corresponde tratar la crítica formulada por la demandante respecto de la cuantía de la indemnización por daño moral.

Tal como ha sostenido reiteradamente este tribunal, el daño moral constituye una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir, por una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho y anímicamente perjudicial, que debe ser reparado con sentido resarcitorio (PIZARRO, Ramón Daniel, “Daño Moral”, Ed. Hammurabi, 1996, pág. 47).

A su vez, el daño moral para ser resarcible debe ser cierto -es decir, que resulte constatable su existencia actual, o cuando la consecuencia dañosa futura se presente con un grado de probabilidad objetiva suficiente-; personal -esto es, que solamente la persona que sufre el perjuicio puede reclamar su resarcimiento-; lesionar un interés extrapatrimonial del damnificado -la afectación debe recaer sobre un bien o interés no susceptible de apreciación económica- y, finalmente, existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido. En caso de concurrir estos presupuestos, el daño moral se torna indemnizable. Asimismo, por aplicación del principio general previsto en el artículo 301 del CCAT, la acreditación sobre la concurrencia de los presupuestos que hacen procedente el resarcimiento del daño moral está, lógicamente, a cargo de la parte que invoca el perjuicio y pretende su reparación (PIZARRO, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 563). La jurisprudencia ha señalado que *“al fijarse el daño moral deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso vinculadas con las características del accidente, la naturaleza de las lesiones, el lapso de incapacidad y*



CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA II SECRETARÍA UNICA
NERIS MARIA VERONICA CONTRA GCBA SOBRE RESPONSABILIDAD MEDICA

Número: EXP 31433/2009-0

CUIJ: EXP J-01-00056071-1/2009-0

Actuación Nro: 10937922/2017

término que demandó la curación de ellas, los presuntos padecimientos y molestias naturales que de todo cabe inferir” (CNCiv., Sala C, 6/11/73, LL, 156-862, S- 31.946, citado por Zavala de Gonzalez, Matilde, “Resarcimiento de daños, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1991, tomo 2.a, p. 468).

Determinado el marco en el que habrá de analizarse el agravio planteado resulta necesario, a continuación, determinar si, de acuerdo con las constancias obrantes en el expediente, la ponderación efectuada por el magistrado de grado resulta ajustada con el perjuicio de índole personal originado en el evento dañoso. Sin perjuicio de que la valoración de un perjuicio personal resulta una tarea compleja, las singularidades que presenta este caso ameritan una ponderación casi ineludible.

En primer lugar se trata de una mujer de tan solo 23 años de edad a la fecha del hecho dañoso, quien era madre por primera vez, que se encontró atravesando una intervención quirúrgica inesperada, cuyo resultado le implicó la imposibilidad de concebir nuevamente en su seno.

Por otra parte, se encontró separada de su hija recién nacida por más de diez días e imposibilitada de amamantarla y cuidarla. Asimismo debe repararse en que una persona que ha sido sometida a una intervención quirúrgica -de las características de las que se le realizó a la señora Neris- se encuentra reducida en su destreza física para cuidar de un neonato. Asimismo, la actora se encontraba atravesando el denominado período puerperio del postparto. En consecuencia, la afección espiritual al recibir la noticia de que no podría volver a quedar embarazada, debió ser distinta -y de mayor impacto- a la de una persona ajena a esa etapa o que, en su caso, hubiese sido advertida de las consecuencias posibles de la infección.

A mayor abundamiento se destaca que de los testimonios de las tres personas que se presentaron en la causa es posible advertir que la actora era una persona alegre cuyo estado de ánimo cambió, que comenzó a tener conflictos en su vínculo matrimonial, que se sintió frustrada por no poder amamantar a su hija y abatida porque su proyecto familiar no podría cumplirse.

En este contexto entiendo apropiado aclarar que el monto peticionado en la demanda por la parte actora no resulta un óbice para tomar esta decisión. Ello así por cuanto, en primer lugar, el resarcimiento debe ser justipreciado en virtud de la prueba producida en la causa. En segundo lugar, en atención a que resulta una prerrogativa del sentenciante calificar la cuestión en la litis (confr. art. 27, inc. 5 del CCAyT), y que la lesión estética ha tenido una proyección extrapatrimonial en la vida de la actora, nada empece a que los montos indemnizatorios reclamados -por los daños moral y estético- sean aunados para su resarcimiento.

En consecuencia, teniendo en consideración lo manifestado en el apartado 9 respecto del perjuicio estético, entiendo prudente hacer lugar al agravio de la parte ac-

tora y modificar el monto indemnizatorio concedido por daño moral en la suma de ciento treinta mil pesos (\$130.000).

11. Finalmente, por no existir razones suficientes para apartarse del principio objetivo de la derrota, considero que las costas por la actuación ante esta instancia deben ser impuestas al GCBA vencido (conf. art. 62 CCAyT).

Por las razones expuestas, propongo al acuerdo que, en caso de compartirse este voto, **I)** se haga parcialmente lugar al recurso interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, se eleve el monto indemnizatorio en concepto de daño moral a la suma de ciento treinta mil pesos (\$130.000); **II)** se rechace el recurso interpuesto por el GCBA; y **III)** se impongan las costas ante esta instancia a la demandada vencida (conf. art. 62 del CCAyT).

A la cuestión planteada el juez Esteban Centanaro:

1. Coincido con el relato de los hechos y con la solución propiciada por el DR. CARLOS F. BALBÍN en su voto. Sin embargo, discrepo respecto del tratamiento dado al agravio introducido por la parte actora en su presentación de fs. 420/422 vta., con relación a la cuantía de la indemnización por daño moral.

2. Ahora bien, sobre ese particular, cabe recordar que la parte actora criticó la suma establecida por el Sr. juez de grado en concepto de daño moral. En este contexto, manifestó que los padecimientos sufridos como consecuencia de ser una madre primípara de veintitrés años de edad al momento del parto, así como el distanciamiento de su hija recién nacida al que forzosamente debió incurrir y la posterior imposibilidad de concebir, eran situaciones que debieron ser merituadas por el *a quo* al momento de expedirse con respecto al rubro.

En función de ello, pidió que el monto cuestionado debía ampliarse hasta el límite solicitado en su escrito de demanda –esto es, ciento diez mil pesos (\$110.000)–, toda vez que en la instancia de grado se dispuso uno inferior –cien mil pesos (\$100.000)–.

3. Expuesto lo que antecede, corresponde determinar si resulta ajustado a derecho el monto indemnizatorio fijado por el Sr. magistrado de grado por aquél concepto.

Como es sabido, la fijación del importe por daño moral es de difícil determinación, ya que está sujeta a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuren en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante (CNCiv. Sala F “*Pescio, Lucía María c/ MCBA s/ daños y perjuicios*” 30/04/01).

Inútil es aclarar que la suma a establecer por este rubro no colocará a la parte actora en la misma situación en que se encontraba con anterioridad al suceso. De todas formas el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización; no se trata de compensar dolor con dinero, sino que pretende otorgar a la damnificada cierta tranquilidad



CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA II SECRETARÍA UNICA
NERIS MARIA VERONICA CONTRA GCBA SOBRE RESPONSABILIDAD MEDICA

Número: EXP 31433/2009-0

CUIJ: EXP J-01-00056071-1/2009-0

Actuación Nro: 10937922/2017

de espíritu en algunos aspectos materiales de su vida a fin de mitigar sus padecimientos.

La doctrina nacional predica el carácter resarcitorio y auspicia su amplia aplicación con independencia del factor de atribución correspondiente (tal como se sostuvo en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan 1984; V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario 1971 y VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires 1979).

En este sentido se ha dicho que la noción de daño moral está íntimamente relacionada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica, que no son equiparables a las simples molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que puede llegar a producir un incumplimiento contractual, toda vez que estas vicisitudes son propias de cualquier contingencia contractual. Pensar de otro modo llevaría a la absurda conclusión que cualquier incumplimiento sería viable para producir un daño moral resarcible (CNCom., sala C, junio 22-1993, *ED*, 157-164).

Para fijar el *quantum* del daño moral, entonces, deben ponderarse diversos factores, entre los que pueden citarse, a modo de ejemplo, la gravedad de la culpa del autor del hecho, la cuantía de los perjuicios materiales —si existiesen—, las condiciones personales de aquél y de la víctima, etc., factores todos que quedan librados al prudente arbitrio judicial (CNCiv. Sala H “*Mendoza de Lallera, Adelfina J. c. MCBA y otros*” sentencia del 24/10/94).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que rige el principio de reparación integral, que en realidad debe ser leído como de reparación plena. En el caso de autos, deben ponderarse sus especiales características: la edad de la Sra. Neris al momento tanto del parto de su niña como de la intervención quirúrgica que culminó con la extracción de su órgano reproductor —la cual es preciso poner de resalto que la imposibilitó para concebir hijos en el futuro—, así como el período que se vio compelida a permanecer en el nosocomio separada de su bebé. Todo aquello debió conllevar para la actora sentimientos de desasosiego, intranquilidad y desamparo, así como la alteración del ritmo normal de vida que todo lo reseñado razonablemente origina.

De este modo, es indudable que todo ello debió provocarle padecimientos de una entidad tal que permiten concluir que la suma fijada a fin de lograr su resarcimiento (cien mil pesos —\$ 100.000—) resulta ajustada a derecho. Es por ello que, también a este respecto, el agravio deducido habrá de ser rechazado y, en consecuencia, habrá de confirmarse el monto impuesto en concepto de daño moral.

En consecuencia, propongo al acuerdo que —en caso de que sea compartido mi voto—: **I)** se rechace el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte actora como por el GCBA y, en consecuencia, se confirme la sentencia de grado; **II)** se im-

pongan las costas ante esta instancia a la demandada por resultar sustancialmente vencida (conf. art. 62 del CCAyT).

Así voto.

A la cuestión planteada la jueza Mariana Díaz dijo:
Adhiero al voto del Dr. Esteban Centanaro.

En mérito a las consideraciones vertidas, jurisprudencia citada y normas legales aplicables al caso, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE: I.** Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora como por el GCBA y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado; **II.** Imponer las costas a la parte demandada por resultar sustancialmente vencida (art. 62, del CCAyT).

Regístrese. Notifíquese. Oportunamente, devuélvase.

Esteban Centanaro
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Mariana Díaz
Jueza de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Carlos F. Balbín
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires