



NEUQUEN, 17 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"DI NARDO MARIANA CELIA ALICIA C/ MONTERO SANDRA Y OTROS S/ D. Y P. - MALA PRAXIS"**, (Expte. N° 431193/2010), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Cecilia **PAMPHILE**, por encontrarse separada de la causa la Dra. Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- La sentencia de fs. 405/421 hace lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia condena a la Sra. Sandra Montero, Policlínico Neuquén, Instituto de Diagnóstico y Tratamiento Sociedad Anónima y SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., a pagar la suma de \$20.000 con más sus intereses y las costas del juicio.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs.440/457, y cuyo traslado es respondido a fs. 459/465.

II.- En primer lugar se agravia la quejosa por el rechazo del daño por incapacidad física.

Al respecto, entiende que lo decidido se aparta de las conclusiones de la pericia médica, y contradice las constancias de la causa, además de carecer de lógica.

En ese sentido, afirma que se cuestionó el erróneo diagnóstico inicial, y como consecuencia de ello, en vez de ser operada por una apendicitis fue intervenida por una peritonitis que es una operación mayor y que, inclusive, exigió una operación a cielo abierto.



Alude luego a la medida de la incapacidad, expresando que se ha acreditado el daño en las aptitudes físicas de un 10% y del 9% en el plano psicológico, y por ello, debe concederse resarcimiento por daño material y ponderar que lo que se trata de enjuagar es el riesgo actual de la minusvalía económica en que la víctima queda frente a la vida, por lo que la reparación debe tener en cuenta todos aquellos elementos demostrativos de la concreta influencia negativa de la minoración física en el campo laboral.

Afirma que el error de diagnóstico le ha provocado una lesión mayor a la esperable, a su integridad física, configurándose un daño biológico, vulnerándose el derecho a la integridad psicofísica y moral, y las proyecciones perniciosas de la lesión se dirigen a la faceta no patrimonial del individuo, citando precedentes a su favor en relación al tema.

Postula, más adelante, la aplicación al caso de la ley 24240 y que ante el error de diagnóstico el daño causado consiste en la pérdida de las chances de supervivencia o en el daño a la integridad psicofísica, en los términos a que antes aludiera.

El segundo agravio se refiere al rechazo del daño emergente derivado del reintegro de los gastos de reparación de la cicatriz que le quedó como consecuencia de la operación que le practicaron, remarcando la diferencia entre la operación de apendicitis y la de peritonitis que le realizaran, y sus distintas consecuencias.

En otro agravio puntualiza que se ha prescindido del daño psicológico, pese a la existencia de una pericia que los detalla.



Asimismo, cuestiona el rechazo del daño estético y que aun aceptando que no tiene entidad autónoma, lo cierto es que el daño la afectó como madre y esposa.

Se explyra luego sobre el monto del daño moral, detallando las consecuencias que padeció y, en tal sentido, postula un monto mayor al acordado.

Por último, cuestiona que la sentencia no condene a los demandados al pago de la tasa de justicia, contribución del colegio de abogados y gastos por edictos.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, entiendo pertinente señalar que la sentencia concluye que existió un error de diagnóstico por parte de la médica que atendió en primer término a la actora, y esa cuestión no se encuentra controvertida, por lo que ha quedado firme.

Asimismo, tampoco se discute lo actuado tanto por los médicos tratantes como por el policlínico, que la atención médica posterior fue la adecuada, y que era necesario operar a la actora por la existencia, en ese momento, de una peritonitis.

Dichos hechos tampoco resultan cuestionados por las partes, y así lo ha señalado expresamente la actora.

Expresado lo anterior, surge clara la responsabilidad de los demandados en relación a su obligación de reparar el daño causado.

Ahora bien, tal como indica la jueza, la actora reclamó por daños derivados de su incapacidad física, el daño material de las cirugías estéticas, el daño estético, el daño moral y el psicológico.

Con respecto al daño estético y psicológico como autónomos cabe recordar que, esta Sala, desde hace tiempo, ha



señalado que los mismos no tienen dicha categoría y que, por ende, no constituyen daños que deban ser reparados en forma independiente, sin perjuicio, claro está, que deban ser considerados y ponderados según que incidan en el daño patrimonial o moral.

Así dijimos:

*"Respecto a la falta de autonomía del daño psicológico con relación al daño moral, hemos sostenido en la causa **"VALDEBENITO"** (Expte. n° 350755/7, entre tantas otras).*

"Esta Sala ha desestimado en reiteradas oportunidades el reclamo del daño psicológico como daño autónomo, sin perjuicio de valorarlo dentro del daño moral o patrimonial según corresponda."

"Así hemos dicho en la causa 325778/5: "Respecto a la cuestión del daño psicológico, la sentencia apelada recepta la doctrina de esta Sala respecto a no reconocer su carácter autónomo."

"...El daño psíquico no tiene entidad autónoma distinta del daño material y moral. Además de generar daño moral por lesionar la espiritualidad del sujeto, que es lo que se repara con la indemnización por daño moral, puede ocasionar lucro cesante si afecta la capacidad para obtener ganancias en una actividad lucrativa. Cuando ello no ocurra se trata de un daño extrapatrimonial que debe considerarse para la fijación del daño moral (Cfe. CNCiv., Sala G 22-3-95, DJ del 7-2-96). Si bien no se desconoce la existencia de posturas contrarias a la aquí expuesta, destaco que esta Cámara no las comparte (PS.-94-I-157-Sala II). Es que debe tenerse en cuenta que el hombre es un compuesto de cuerpo y alma pero que no interviene un tercer componente y que, la psiquis, en definitiva constituye una manifestación de su espíritu cuyas lesiones se encuentran compensadas por el daño moral." (OBS. DEL SUMARIO:



P.S. 1996 -III- 421/427, SALA II, CC0002 NQ, CA 932 RSD-421-96 S 4-7-96, Juez GIGENA BASOMBRIO (SD), CABRERA RAMON CARLOS c/ EMPRESA EL ÑANDU S.R.L. Y OTRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS, MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIO - GARCIA)."

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala I, al indicar en la causa sentenciada el 15 de diciembre de 2015, expediente N° 398329/2009:

Además: "según insistimos más adelante, emplazar un daño psíquico, estético u otro biológico como resarcible per se, con abstracción de secuelas vitales, conduciría a automatizar las indemnizaciones, que se fijarían sin más, según la gravedad intrínseca de la patología, pero ignorando indebidamente como incide en la situación concreta de la víctima... (cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95)". (cfr. MONSALVEZ GABRIELA ELIZABETH C/ SANTAMARINA RAUL HORACIO Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP N° 395793/9. Ver también criterio de esta Sala en "PARRA MATIAS c. VICTORIA ZAMORA ESTEBAN s/ D.Y P.", EXP N° 411950/10, "BARAVALLE MIGUEL c. DELGADO ACUÑA JORGE S/ D. y P., EXP N° 351035/7, "JARA JAIME c. NAVARRO RUBEN S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (EXP N° 321577/5).

Como se observa, la comprensión del tema exige recurrir a una distinción: la lesión -en el caso, detrimento psicológico- y sus consecuencias, patrimoniales o morales. Estas últimas configuran, propiamente, el daño resarcible y sus especies. Debe discriminarse la materia afectada por el hecho y la materia sobre la cual versa el resarcimiento, la cual consiste en un resultado de aquélla (cfr., ob. cit., p. 257).

En esta línea, como ha señalado la Sala II: "el daño psíquico y otros cuya autonomía parte de la doctrina



reclama -los daños estéticos, sexuales "al proyecto de vida"- encuentran adecuada proyección al ámbito de lo patrimonial o de lo moral, sin que para su justa compensación se requiera su conceptualización autónoma.

Así: "La pretendida autonomía de estas categorías deviene (en nuestra opinión) de una incorrecta valoración del concepto de daño, ya que apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados y, especialmente, a las consecuencias que genera la lesión" ("Daño Moral" Ramón Daniel Pizarro- Hammurabi- pág. 71)..." (cfr. autos "Defrini" 19/08/2008).

Por estas consideraciones, que son trasladables al caso, entiendo que la ponderación de la afectación psicológica incidirá en el plano moral, pero su resarcimiento en forma autónoma, en términos generales, determinaría una duplicación indemnizatoria sin causa y por lo tanto, injusta.

7.2. Como lo adelantara, el hecho de que no pueda propiciarse una duplicación de las indemnizaciones, no significa que no deba meritarse bajo un correcto encuadre como daño moral.

Porque, en definitiva, si se otorga una indemnización por un daño que no sufrió, aquél que percibiera la indemnización estaría enriqueciéndose sin causa. Pero igualmente claro es que la indemnización a otorgar por los daños sufridos debe ser la del perjuicio realmente sufrido; no más, pero tampoco menos. (la negrita me pertenece).

En tal sentido, los agravios dirigidos a cuestionar la postura de la jueza en relación al tema no tendrán andamio, sin perjuicio de examinar su incidencia con respecto a la posible afectación en el ámbito patrimonial o extra patrimonial.



Ahora bien, conforme los argumentos que expone la quejosa, debe examinarse si resulta procedente la petición tendiente a que prospere el reclamo por incapacidad física.

Al respecto se advierte que, pese a los esfuerzos que se realizan en la pieza recursiva, la misma no tendrá andamio, debiendo señalarse que, a mi entender y conforme los argumentos expuestos, considero que los mismos están dirigidos a sustentar la incidencia de la lesión en el ámbito extra patrimonial.

Tal como resulta de las constancias de la causa y la postura de las partes, lo cierto es que la actora debió ser operada en función de la dolencia que padecía.

La diferencia es que, mientras la actora afirma que debió ser intervenida por una apendicitis, la realidad y el error de diagnóstico inicial, hizo que lo fuera por una peritonitis.

Con ello se quiere decir que en ambos supuestos la operación era inevitable.

Cierto es también que es más riesgosa una operación por peritonitis que una por apendicitis, pero en ambas existe riesgo y requieren una intervención.

De la pericial médica, que por cierto aparece como escasamente fundada, no se dictamina que diferencia concreta existente entre una u otra operación, y cabe recordar que la prueba de la existencia del daño y sus consecuencias constituye una carga probatoria a cargo de quien demanda la reparación de los perjuicios que le habrían sido ocasionados.

Así se ha dicho que:

"Sin daño no hay indemnización y, como elemento integrante de la responsabilidad civil, debe acreditarse su existencia. Constituye un principio básico en esta materia que



quien lo alega tiene la carga de la prueba de la existencia. El fundamento de la carga probatoria radica en que el damnificado no debe enriquecerse a expensas del responsable y la reparación debe limitarse a restablecer el equilibrio del patrimonio sin que represente fuente de lucro para la víctima", (CNCiv., Sala D, voto del Dr. Bueres en autos "Luque, Juan Miguel c. Cuadrado, Roberto", 10/06/2003, AR/JUR/7697/ 2003) ("GATTI ELIZABETH PAOLA CONTRA PAEZ MARIO CESAR Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP N° 386632/9, "ROBLEDO ROBERTO ALEJANDRO C/ PAREDES FIGUEROA ADOLFO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", EXP N° 354963/2007).

Así, y pese a las afirmaciones que se vierten en la expresión de agravios, ninguna prueba existe que permita afirmar que para la apendicitis hubiera bastado una laparoscopia y no una laparotomía, diferencia que el perito en modo alguno explica y que, si bien, el juez no tiene por qué saber ya que excede el ámbito de su competencia, la podemos encontrar buscando en internet, pero allí también se indica que dicha intervención tampoco está exenta de riesgos y que de todas formas se requiere una incisión, por lo cual y a mi entender, queda claro que ambas producen una cicatriz, y que en todo caso la diferencia va a estar dada por su tamaño.

En realidad, el perito expresa que de haberse operado correctamente y por una apendicitis, la cicatriz no hubiera sido mayor a cinco centímetros, pero en momento alguno dice el tamaño de la cicatriz existente como derivada de la operación que se le efectuara y ella tampoco surge de las posteriores intervenciones cuya reparación reclama, según resulta de la documental que adjuntara al denunciar los hechos nuevos y la informativa producida en relación a ello, de manera tal que solamente puede suponerse que la cicatriz fue mayor.



De todas formas, estaba a cargo de la reclamante demostrar cual fue la incidencia de una cicatriz, (que era inevitable ya que debía ser operada), en el ámbito patrimonial y al respecto no existe prueba alguna sobre tal incidencia.

Y por cierto que resulta irrelevante que la reclamante se desempeñe en el ámbito laboral o como ama de casa, ya que la incidencia patrimonial resulta una consecuencia necesaria en ambos supuestos.

Al respecto, la pericial médica que ya señalé resulta claramente insuficiente para acreditar este extremo, sin que la parte actora hubiera hecho diligencia alguna tendiente a subsanar dicho déficit; indica, entonces, sin sustento, que produjo una incapacidad física del 10% y un 9% por estrés postraumático.

Con relación a este último ítem, el perito carece de competencia, toda vez que dicha consecuencia resulta ajena a su ámbito profesional, y en todo caso y si ello no se compartiera, tal conclusión luce ausente de todo fundamento.

Si bien la parte ha insistido en que el juez, en principio debe respetar el dictamen médico, ello es así en la medida en que el mismo tiene fundamento en los términos del artículo 476 del Código de rito, y dichos recaudos lucen ausentes en el caso.

Así, se ha dicho en postura que se comparte en autos EXP N° 442397/11 de la Sala I:

*Es que, como sostuvo la Dra. Pamphile en el precedente citado, "[...] debe recalcar que no basta que el perito adquiera convicción sobre lo que es materia de su dictamen debiendo, por el contrario, **suministrar los antecedentes y explicaciones que lo justifiquen, pues su función es asesorar a los jueces**", los cuales no se*



desarrollaron en el informe analizado para avalar sus conclusiones conforme alega la recurrente.

Ello, teniendo en cuenta que: "[...] el valor del dictamen está relacionado con la seriedad de sus conclusiones, los métodos científicos empleados, el nexo lógico entre las premisas y las conclusiones, su coherencia, la calidad de sus fundamentos y el grado de su concordancia con los demás elementos de prueba. Elementos estos que no se configuran en el supuesto de autos."

"Las irregularidades detectadas en la pericia, consistentes en la ausencia o deficiencia de los fundamentos dados por el experto, la falta de claridad, de precisión y lógica de las conclusiones, permiten la descalificación probatoria de la prueba en cuestión", ("TOLEDANO GLADYS RAQUEL CONTRA PREVENCIÓN ART S.A. SOBRE RECURSO ART. 46 LEY 24557", EXP N° 413196/2010).

Y por otro lado, y con relación al tema, en postura concordante de esta Cámara se ha sostenido en el **389523/2009** de la Sala I con cita de la Sala III:

"5. Y en cuanto a la incapacidad determinada por el síndrome de estrés postraumático, en nada varía el análisis que vengo haciendo en cuanto a la deficiencia de la pericia.

Pese a que en el informe pericial se consigna que los actores manifiestan diversas dolencias, ninguna prueba se ha ofrecido en autos, sino que las referencias se reducen a los dichos de los accionantes.

En este punto creo pertinente transcribir lo sostenido por la Sala III de esta Cámara, en cuanto entiendo es aplicable al presente. Así señaló:

"...acerca de la acreditación del daño cerebral orgánico y síndrome postconmocional, considero que para



valorar y concluir en una incapacidad permanente y estimarla, además de la certera vinculación causal con el accidente, se impone la adquisición de informes médico psiquiátricos y psicológicos, estudios y test específicos para determinar tales afecciones, sumándolas a informaciones o antecedentes del sujeto, resultando insuficiente a tal fin una mera entrevista o la apoyatura en un solo método técnico de evaluación, fundamentalmente por el carácter subjetivo de los síntomas somáticos y emocionales, de tal forma que no queden dudas respecto a que la disfunción analizada esté presente en el caso.

Como pauta orientativa del síndrome postconmocional, considero útil reproducir lo que explica Ma. José Muñoz Cenjos (Departamento de Psicología Básica -Proceso cognitivo de la Facultad de Psicología de la universidad Complutense de Madrid <http://www.servicodc.com/congreso/congress/pass/conferences/Muñoz-Cenjudo.html> 12/5/2003 02:29:02 II Congreso Internacional de Neuropsicología en Internet):

"...Con respecto a la evaluación, algunos autores recomiendan que se realice de forma individualizada, utilizando una batería neuropsicológica que incluya distintas pruebas en función de las necesidades de cada paciente.

En cuanto a los cuestionarios que evalúan y cuantifican la sintomatología, habría que decir que permiten sistematizar y cuantificar la información obtenida. Son útiles para valorar la evolución y realizar estudios de seguimiento. Citamos entre otros:

1.- Cuestionario de síntomas postconmocionales de Rivermead. Se utiliza para cuantificar la gravedad de los síntomas postraumáticos. Tiene 16 ítems que valoran síntomas en una escala de gradación de 0 (no presente) hasta 4 (muy



intenso), siempre estableciendo una comparación con el estado previo al accidente. Tiene una buena fiabilidad intra e interjueces demostrada (King y cols., 1995; citado en 2).

2.- Cuestionario de síntomas postconmocionales. Adaptado a partir de la entrevista semiestructurada elaborada por Levin y cols., en 1987 (citado en 2) para estudio de los TCE leves. Recoge en 17 ítems los síntomas sensoriales, somáticos, cognitivos y afectivos más referidos por estos pacientes. Tiene una gradación de 0 (no presente) hasta 4 (grave o muy intenso) y siempre se comparan los resultados con el estado previo del accidente.

3.- European Brain Injury Questionnaire (EBIQ) (citado en 2). Tiene 63 preguntas dirigidas al paciente y a los familiares, que valoran las siguientes escalas: somático, cognitivo, motivación, impulsividad, depresión, relaciones sociales, estado físico, trastornos del lenguaje y problemas generales. Martin y cols., en 1996 (citados en 2) documentan la vulnerabilidad a la simulación y/o los intentos de sobreestimación de los síntomas de estos instrumentos si los comparan con test neuropsicológicos como: Multi-digit Memory Test, Dot Counting Test y Digit Span Test.

Una evaluación más exhaustiva de factores emocionales y psicopatológicos podríamos realizarla haciendo uso de entrevistas semiestructuradas y baterías compuestas del tipo:

- Escala Neuroconductual de Levin (Levin y cols., 1987; citado en 2).
- SCL-90 R.
- SCID (27).
- Entrevista Psiquiátrica Polivalente Estandarizada (Lobo y cols., 1993; citado en 2).



- *Present State Exam* (28).
- *SCAN*. Cuestionario para la evaluación clínica en Neuropsiquiatría (29). O bien utilizar escalas de evaluación (Wetzler y cols., 1991; citado en 2) en función de las necesidades de cada caso, como por ejemplo:
 - Escalas de ansiedad: Hamilton; Zung y STAI.
 - Escalas de depresión: Zung; Beck; Hamilton; Montgomery-Asberg.
 - Escalas de TEPT: Trauma Symptom Inventory; Impact of Events Scale; Self Rating Scale de Carlier (Briere y cols., 1997; Horowitz y cols., 1979 y Carlier y cols., 1998; citados en 2).
 - Escalas de fatigabilidad: Escala Analógica Visual para la fatiga; Fatigue Severity Scale (autoadministrada); Fatigue Impact Scale (autoadministrada) (La Chapelle y cols., 1998; citados en 2).
 - Tests proyectivos: Rorschach y TAT.
 - Evaluación de la personalidad premórbida: PAS de Tyrer; IPDE de Loranger; SCID-II de Spitzer y Williams; SIDP-IV de Pfohl; Millon Clinical Multiaxial Inventory.
 - Cuestionario de estrategias de afrontamiento. *Wais of Coping* (23).
 - Cuestionario multifásico de personalidad de Minnesota (MMPI). Nos aporta información que completa el estudio de la psicopatología del SP y nos orienta respecto a la etiopatogenia. Muestra una relación inversa entre puntuaciones elevadas de hipocondría, depresión e histeria y la gravedad del traumatismo. Según Lezak en 1995 (citado en 2), no es apropiado para la valoración neuropsicológica porque no fue construido para tal propósito.



Con respecto a los instrumentos para la valoración de los trastornos cognitivos y concretamente, a la evaluación del déficit de atención y de velocidad de procesamiento de información, existen varias pruebas entre las cuales destacamos:

1-. Subtests "dígitos inversos" y "clave de números" del WAIS.

2-. Symbol Digit Modalities Test.

3-. Test de Trazado (Trail Making Test) forma B.*

4-. La tarea de suma seriada auditiva en pasos (Paced Auditory Serial Addition Task, PASAT; Gronwall y cols., 1997; citados en 1). Es el test más utilizado en TCE leves y SP, porque es muy sensible a la hora de valorar estos déficit.

5-. Test de colores y palabras (Test de Stroop). Los pacientes con SP hacen más lentas las tareas que los controles, pero no se observa un marcado efecto de interferencia. Se ha modificado la prueba original incluyendo una condición adicional que hace más compleja la tarea; encuentran que esta condición adicional incrementa la sensibilidad de la prueba con pacientes con SP (Bohnen y cols., 1992; citados en 1).

6.- Test de rendimiento continuado (Continuous Performance Test; CPT). Permite valorar la tendencia del paciente a la distractibilidad -de esta forma valoramos la capacidad del paciente de mantener la atención de forma sostenida-, cuando lleva a cabo tareas que requieren mantener la concentración durante unos minutos, para una ejecución adecuada. Existen actualmente distintas versiones informatizadas de pruebas de rendimiento continuado, aunque también pueden utilizarse pruebas de papel y lápiz, como por ejemplo, el Test de Toulouse-Pierón.



7.- Test de atención cotidiana. Concretamente, la atención alternante -selectiva (13) sería apropiado medirla a través de las siguientes pruebas: Test de Stroop, test de dígitos y símbolos de Smith y Trailmaking formas A y B. La evaluación de las funciones ejecutivas (13) puede realizarse atendiendo a la necesidad de aplicación de alguna o algunas de las siguientes pruebas. Para medir la espontaneidad-productividad mental sostenida, podemos utilizar, por ejemplo, el Test de Fluidez verbal y/o el Test de Fluencia no verbal (Gotman-Milner). Para evaluar la planificación son convenientes los siguientes tests: el Test de las Torres (Londres, Toronto, Hanoi), el Test de Laberintos de Portens y el de Ejecución de la Figura compleja de Rey. Con respecto a la flexibilidad conceptual, podríamos hacer uso del Test de Clasificación de cartas de Wisconsin (WCST) y/o el Test de las categorías de Halstead-Reitan. La evaluación del pensamiento abstracto podemos realizarla a través de los subtest de historietas, aritmética, comprensión y semejanzas del WAIS, los test de palotes de Goldstein-Scheerer, el test de formación de conceptos de Hanfmann-Kasanin o el Test de Abstracción de Shipley.

En cuanto a la evaluación del tiempo de reacción, habría que decir que se utilizan aparatos diferentes o baterías computarizadas que evalúan el tiempo de reacción simple (ante un único estímulo damos una única respuesta en el menor tiempo posible) y el tiempo de reacción de selección de respuesta (ante un estímulo, hay varios, damos una respuesta, hay varias, en el menor tiempo posible).

Con respecto a la evaluación de la destreza motora o motricidad fina, se utilizan instrumentos como el Grooved Pegboard (Lowell y Cols., 1998; citados en 2) y el Finger Tapping Test, también utilizado para evaluar la fatigabilidad (La Chapelle y cols., 1998; citados en 2).



Las pruebas utilizadas para evaluar la memoria y el aprendizaje tienen distintas características entre las cuales destacamos, la de que intentan minimizar la influencia de los déficit de atención, valoran el aprendizaje y la memoria del material nuevo, la flexibilidad mental y el razonamiento abstracto y evalúan los distintos procesos funcionales de la memoria: registro y codificación, retención, evocación y reconocimiento. Serían algunas de ellas:

- 1.- Test de retención visual de Benton.
- 2.- Test auditivo - verbal de Rey. (Apr. Verbal)*.
- 3.- Test de recuerdo selectivo de Buschke. (Apr. Verbal).
- 4.- Test de Aprendizaje verbal de California (CVLT)*.
- 5.- Test de Rivermead de Memoria Conductual (cotidiana) o Rivermead Behavioural Memory Test.
- 6.- Figura Compleja de Rey (recuerdo; evalúa memoria visual)*.

(*) los más sensibles.

Otras pruebas que pueden contribuir a ofrecer una imagen global del posible déficit presentes en el SP son:

Test de Clasificación de cartas de Wisconsin (WCST).

Test de Categorías"

Que en igual sentido los Dres. C. Pelegrín Valero (Servicio de Psiquiatría. Hospital "Miguel Servet". Zaragoza), S. Fernández Guinea (Departamento de Psicología Universidad de Jaén), J. Tirapu Ustarroz (Servicio de Neuropsicología. Fundación Argibide. Pamplona) y JM. Muñoz-Céspedes (Facultad



de Psicología. Universidad Complutense de Madrid. España, al desarrollar la conferencia "DIAGNOSTICO DIFERENCIAL DEL SINDROME POSTCONMOCIONAL"... (cfr. Sala III, "POBLETE PEDRO WALTER Y OTRO CONTRA SUCESORES DE DIGIORGIO HILMAR S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" Expte. N° 350143/07).

Por ende, resulta evidente que en estas actuaciones no se encuentra acreditada la existencia del daño a que se alude, por lo que debe ser desestimado.

En cuanto a la incapacidad física, ya se indicó que la actora necesariamente debía ser operada, que ello tenía como consecuencia la existencia de una cicatriz, cuya diferencia en extensión no se ha demostrado y que estaba a su cargo la demostración de su incidencia en el ámbito patrimonial.

Ahora bien, entiendo que los elementos de la causa en modo alguno demuestran que como consecuencia de ella, la cicatriz, se haya podido producir una merma en el aspecto patrimonial, y ello reitero con independencia de si trabajaba o no.

Por el contrario, al describir el examen físico el médico señala que la actora presentaba un buen estado general, se desviste y se moviliza sin limitación funcional y al responder al punto 8 ofrecido por la propia actora señala "no hay consecuencias físicas...", para luego añadir al responder al punto 9 que "las secuelas físicas no pueden evaluarse porque se realizaron dos cirugías mas en la zona operada".

Cabe recordar que el punto 8 requería el experto que informara sobre las consecuencias físicas y psicológicas para la accionante y su hija -ver fs. 33.

Así, se ha indicado en autos EXP N° 390037/2009 de la Sala I:



En el caso, como bien apunta la magistrada de grado, no se ha acreditado que el daño estético apareje repercusiones económicas, por lo que solo cabe ponderar su incidencia en el ámbito espiritual, pues en definitiva se trata de una nueva fisonomía que no existía antes del suceso dañoso.

Nótese que si bien el perito aludió a la presencia de una cicatriz mediana infraumbilical y a nivel lumbar derecho, no surge de dicho informe que aquéllas representen alteración funcional, ni deformidad anatómica notoria, como tampoco que generan incapacidad física. Por lo que, reitero, es correcto el análisis realizado por la magistrada, al centrarse en la magnitud de la indemnización que, en el ámbito del daño moral, corresponde acordar.

Es por todo ello, y compartiendo lo manifestado por la sentenciante, que considero que el recurso no puede prosperar.

Tampoco resulta posible acceder al reclamo por el costo de las operaciones posteriores, toda vez que en el caso la responsabilidad se sustentó en la existencia de un error de diagnóstico inicial, se estuvo de acuerdo en la intervención posterior y por cuanto en ambos supuestos, y conforme ya se señalara, necesariamente iba a tenerse como consecuencia la existencia de una cicatriz, sin que se haya demostrado el tamaño o importancia de la efectivamente existente en comparación con la que hubiese existido de haberse operado por apendicitis.

Es por ello, y dado el déficit probatorio de la accionante, que no puede tener andamio el reclamo que se formula.

Queda por considerar la cuantía del daño moral.



Al respecto, hemos dicho en la causa 456334/2011, y en reiteradas oportunidades,

"...reúne el mismo carácter resarcitorio que el daño material, y la fijación del importe tendiente a resarcirlo no es de fácil determinación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas del perjudicado, a los padecimientos que experimenta y a la incertidumbre sobre su restablecimiento, en síntesis, a los agravios que se configuran en el ámbito espiritual de la víctima, que no siempre resultan claramente exteriorizados. Su monto debe quedar librado a la interpretación que haga el sentenciante a la luz de las constancias aportadas a la causa, tratando siempre de analizar, en cada caso, sus particularidades, teniendo siempre presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o enriquecimiento injusto, pero que debe satisfacer, en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho, compensando y mitigando las afecciones espirituales sufridas. La relación entre el monto establecido para reparar el daño moral y material ha sido desestimado, generalmente, por nuestra doctrina y jurisprudencia como base para fijar el monto indemnizatorio" (JUBA7-NQN- Q0000405).

Asimismo, que:

"...para determinar la cuantía del daño moral, debe descartarse la posibilidad de su tarifación, su proporcionalidad con el daño material, que llegue a conformar un enriquecimiento injusto y que su determinación se supedite a la mera prudencia. En cambio hay que atenerse a su diferenciación según la gravedad del daño, a las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse



dentro del contexto económico del país y el general "standard de vida". Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite " la índole del hecho generador" en función del factor de atribución (culpa, dolo, responsabilidad objetiva o refleja -arg. arts. 1069 y 502 del Código Civil)" (JUBA7-NQN-Q0000470).

En el mismo sentido, y estando involucrado un menor, sostuvimos en la causa ya aludida, que "Si bien, respecto al daño moral es lugar común referir las dificultades que importa su cuantificación, los síntomas por los cuales se expresa la aflicción, el dolor y la angustia que lo caracterizan generan pautas que resultan observables dependiendo circunstanciadamente de las características propias de los damnificados..."

Asimismo, señala Orgaz en la obra antes citada que: "...el dinero no desempeña en la reparación de los daños morales el mismo papel que en la indemnización de los daños materiales: en estos últimos puede aceptarse que su finalidad es la de establecer una equivalencia, más o menos completa, entre el daño y al reparación. Con respecto al daño moral, en cambio, la indemnización representa un papel diferente, no de equivalencia sino de compensación o satisfacción: no se trata en efecto de poner "precio" al dolor o los sentimientos, pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas." (ob. citada pág. 226).

En una reflexión oportuna, en orden a determinar pautas para determinar el quantum se ha dicho que: "...la magnitud del bien jurídico lesionado, la intensidad del dolor, la gravedad del padecimiento espiritual, la repercusión del agravio en el ser existencial. También manifiestan que a los fines de valorar la gravedad del padecimiento, debe tomarse en cuenta, en principio, el sufrimiento que a cada persona común



ocasiona normalmente el hecho (criterio objetivo o abstracto) y en casos particulares la repercusión concreta generada en la víctima misma en función de su personalidad (criterio subjetivo o en concreto)..." ("La cuantificación del daño moral. Un abordaje novedoso y ejemplificador" Graciela Ritto-L.L 2008-B,334).

De este modo, y teniendo también en cuenta los precedentes de esta Sala, y tomando en consideración lo que resulta de la pericial psicológica, así como las consecuencias del error de diagnóstico, es que considero que la suma fijada debe ser elevada al importe de \$30.000.

Finalmente, y en lo que se refiere a la no inclusión de los gastos a que se alude en el último agravio, cabe recordar que se encuentran comprendidos dentro de la condena en costas, por lo que el agravio alegado no puede prosperar por falta de existencia.

IV.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia en lo sustancial, modificándose el monto de condena el que se fija en \$30.000. Costas de Primera Instancia a la demandada y las de Alzada en el orden causado, difiriéndose la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II,**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 405/421 en lo sustancial, modificándose el monto de condena el que se fija en la suma de PESOS TREINTA MIL (\$ 30.000).



II.- Imponer las costas de Primera Instancia a la demandada y las de Alzada en el orden causado (art. 68 y cdtes., CPCyC).

III.- Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia para su oportunidad (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan a la instancia de grado.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. CECILIA PAMPHILE
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria