



NEUQUEN, 3 de noviembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**GARCIA ROSA AMELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO**", **EXP N° 407940/2010**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori** dijo:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva de fecha 04.08.2015 que rechazó la demanda (fs. 761/769), expresando agravios a fs. 793/800; pide se la revoque y se haga lugar a la acción con costas a la contraparte.

En primer punto denuncia el error de fundamentación, arbitrariedad e incongruencia en la que incurre la juez de grado, estableciendo como premisa un criterio de restricción en la atribución de responsabilidad y que el error de diagnóstico para poder considerarlo como factor imputable de responsabilidad, debe obedecer a una apreciación grosera por parte del médico que atendió al hijo de la actora, cuando está probado e incluso admitido, el origen del traumatismo -caída- y el estado de alcoholismo o el cursado de una intoxicación enólica fue conocida por el galeno, y su yerro debe atribuirse a una lectura ligera y apresurada de la prueba rendida, y ello implicaba que debía extremar los recaudos.

En segundo lugar, cuestiona la incorrecta valoración y contradecir los informes periciales cuando ninguno de los peritos médicos informó que una complicación neurológica en la primera atención, y que las reglas del arte indicaban que frente al cuadro de un TEC debían haberse hecho otros estudios omitidos, que es precisamente lo debatido, es



decir el apego o no a las reglas del arte del galeno en aquella ocasión, que tuvo como punto de partida una caída de altura; en contrario a lo resuelto, el médico legista es lapidario que frente al cuadro clínico debía realizarse una radiografía de cráneo y una TAC para poder observar si existían lesiones, y si en la sala o centro periférico de atención primario no estaban preparados para esos casos, se debía derivar al paciente en forma inmediata.

En última crítica considera un agravio autónomo que se haya utilizado doctrina legal contenida en sentencias que fueron dictadas hace más de 50 años, que lo persuade de falta de actualización del a quo, cuando lo que se está juzgado es el apego o desapego de un galeno a las reglas del arte y un error de diagnóstico para un paciente traumatizado, mientras que la TAC que señala el perito debió realizarse no se había inventado como técnica al momento del dictado del fallo que se cita (1965), y que la ciencia médica es quizás la más dinámica aún que la jurídica, y así como la aplicación de un método médico científico caduco puede ser fuente de responsabilidad fundar una sentencia en un fallo dictado hace 50 años tampoco aparece como de buena praxis.

Como colofón resalta que el hijo de la actora no recibió la atención adecuada y que existió un error de diagnóstico, y sólo queda indagar si el mismo pudo tener una relación causal directa con los gravísimos daños y evitarlos, y a ello le ha dado respuesta el médico forense que si se le hubiera realizado cirugía descompresiva probablemente se hubiera evitado, y que la presencia de secuelas neurológicas post traumáticas y su gravedad está ligada no sólo a la magnitud del trauma inicial sino al lapso de tiempo transcurrido entre el evento y la asistencia médica recibida, cuando la búsqueda de una lesión ocupante del espacio craneano debe ser el objetivo inicial en un trauma craneal y su



identificación indicar la intervención quirúrgica en la forma más urgente posible.

Finalmente planeta reserva del caso federal (art. 14 ley 48).

Sustanciado el recurso (fs. 801 -30.10.2015), responde la demandada a fs. 803/808), pide se lo rechace con costas; denuncia incumplimiento de los recaudos del art. 265 del CPCyC, por no especificarse ni desarrollar algún error en la sentencia y que no procede presuponer un yerro genérico estructurando una endeble teoría basada en relativa prueba; señala que la decisión aplica criterios de razonabilidad y doctrina legal pacífica unánime y vigente y correcto el juzgamiento que se focalizó en el servicio médico prestado y recibido, no debiendo recurrirse a presunciones ni a reiteraciones caprichosas, sin hacerse cargo de la falta de prueba sobre la caída de una altura considerable, ni que ello haya sido informado al ingresar en el centro de salud.

II.-Abordando la cuestión traída a entendimiento, anticipo que, a los fines de la tarea interpretativa y de aplicación de las normas para atender los agravios de la actora, habré de seguir aquellas argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales de la litis, y así lo dicta de nuestro Máximo Tribunal (CSJN-Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", Tº I, pág. 824, Edit. Astrea); a su vez, que se considerarán aquellos elementos aportados que se estimen conducentes para la comprobación de los hechos controvertidos, atento a que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN-Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, autores y obra citados, pag. 466).



Que partiendo de la sentencia de grado, resulta que rechaza la demanda de la actora por la que, con fundamento en la responsabilidad del Estado, reclama la indemnización por daños y prestaciones por derecho propio y en calidad de curadora de su hijo B., derivadas de afecciones sufridas e incapacidad total irreversible que afecta a este último derivado de la deficiente y precaria atención médica que recibió por el servicio público de salud luego de una caída de altura, y que de haberse manejado médica, clínica y quirúrgicamente de manera diferente, otro hubiera sido el resultado.

Que centrado el marco fáctico en lo acontecido el día 02 de agosto de 2003, en ocasión que F.B.N. fue hallado lesionado frente a su casa y la atención que recibiera en la Sala de Atención "Progreso" que en dicho barrio posee el Ministerio de Salud Provincial, se puede advertir que a pesar del profuso desarrollo documental en sede policial y jurisdiccional evidenciado en el proceso "Cría.21 s/Inv.Ptas.lesiones Vma.F.B.N." -Expte. AFGAP IPP 13551/3 - agregado por cuerda- no se ha aportado la historia clínica, y de ello que a los fines de obtener la necesaria información acerca de la condición de salud evaluada y la asistencia con motivo del episodio acontecido en la unidad de atención primaria, sólo quede recurrir a los testimonios de los protagonistas.

Así el médico guardia que atendió a F.B.N., describe: "Que el día 02-08-03 a las 03:55 hora aproximadamente es llevado un hombre con una herida cortante en el arco superciliar derecho, totalmente alcoholizado. Estaba acompañado de un amigo que fue el que informó que el herido se llamaba O.F. Que se lo suturó, con un poco de resistencia de parte de él, ya que se quería ir y tuvo que ayudarlo a sujetarle la cabeza un enfermo llamado R. así como una enfermera de nombre N. Que una vez suturado el deponente



le entrega al amigo de este muchacho medicación para que tomara por el término de una semana. Siendo estos antibióticos y antiinflamatorios, que normalmente se hacen como profilaxis." Al preguntársele sobre si B. le había hecho alguna manifestación, contestó que no; "Que el único que habló fue su amigo, diciendo que se lastimó cuando intentó ingresar a su casa, como su madre no lo deja entrar porque estaba borracho, subió a una verja o a un paredón y luego se cayó provocándose este corte", y sobre si la lesión se condecía con el relato del amigo, contestó que sí **"efectivamente es compatible con la de una caída.** Que esta persona estaba borracha siendo del tipo enólico, o sea con vino. Que a pesar de que no hablaba el paciente, su estado era normal, no presentaba compromisos neurológicos, no estaba soporoso, estuporoso o comatoso. Que en realidad esta persona balbuceaba algunas palabras como "me quiero ir" y su amigo lo calmaba diciéndole que se quedara quieto. Que luego de ser asistido, se paró y caminando con su amigo, ambos se retiraron en la ambulancia que los había llevado. Que a los dos días el deponente se enteró que nuevamente es llevado por una ambulancia a este hombre F al Hospital Heller y luego derivado al Castro Rendón".

Luis Vázquez, vecino que esa madrugada vio a la policía frente al domicilio de F.B.N., relata éste que estaba tirado en el suelo, en la entrada del garaje pero en el interior de la propiedad, que **"uno de los agentes le menciona que B. se había tirado del techo"**, que llamaron a la ambulancia y que lo acompañó a la salita de Progreso porque presentaba una **herida cortante en el ojo derecho bastante grande por donde perdía mucha sangre.** El médico de guardia lo suturó y una ambulancia lo trasladó hasta el domicilio, que cuando le hablaba se quedaba tranquilo pero que no le constaba, estaba muy ebrio, porque es habitual que así estuviera. Agregó que "le pareció raro el corte y le preguntó



al médico por esto, contestándole que ese corte no es por una caída", y que por señas le insinuó la posibilidad que se derivaran de la actuación de los policías; que le entregó calmantes y antiinflamatorios, y que en ambulancia lo llevaron hasta el domicilio donde le abrió la puerta su hermana e ingresó (fs. 52/53).

Cristian A. Vázquez el policía que primero llega al lugar relata que a F.B.N. lo encuentra sentado, apoyado contra la pared, inconsciente, con signos de ebriedad, que por el pelo no se podía observar de dónde venía, pero sangraba y que se había formado una mancha en el suelo, que allí fue cuando se presentó el vecino, Luis Vazquez, que intentaron despertarlo y no lo lograron, que llamaron a la casa y no los atendió nadie (fs. 31/32) en el mismo sentido Lucas Rodriguez describe además que la sangre era mucha (fs. 15/16).

También el vecino Monsalvez que poco antes de llegar el móvil policial lo observó sentado contra el paredón del otro vecino, y como episodios frecuentes relata que F.B.N. para ingresar a la vivienda B. se trepaba allí o a su reja lo que le permitía acceder a la ventana porque la familia no le abrían (fs. 56), proceso que también informan las vecinas Leiva (fs. 35/36) y Ruixo (fs. 40/41).

Que a fs. 117/123 obra el croquis del lugar dónde fue hallada la víctima, específicamente en el frente y acceso la vivienda, en cuyo piso de cemento se observa una macha de color anaranjado claro, lo que permite ubicar el lugar de la caída y sangrado, conforme la mecánica habitual que tenía la víctima para ingresar a su vivienda, y a tenor de los testimonios expuestos, y fundamentalmente el del vecino Vazquez que lo acompañó al hospital.

Conforme también lo relatado por los testigos, resulta que a la hora 05,00 aproximadamente fue conducido a su casa acompañado del vecino Vazquez, donde lo recibe su hermana que ve que se va a su dormitorio y ser hallado recién



a la hora 11 tirado en el piso rodeado de una importante mancha de sangre (fs. 4 y 55), y a requerimiento de éste ser conducido por una ambulancia hasta el Hospital Castro Rendón, centro de salud que informa el 05/08/2003 (fs.57):

1.-B.N.F.G, internado en la Unidad de Terapia intensiva del Hospital Castro Rendón desde el día 02/08/03, fue examinado en el día de la fecha, por el Dr. J.F.F. de conformidad a lo requerido mediante oficio de referencia.

2. Del examen clínico practicado y los antecedentes presentados por los médicos tratantes, ha sido posible constatar:

-Herida contuso cortante, con excoriaciones, frontotemporal derecha (suturada) de 5cm.

-Traumatismo encéfalo craneano grave, en estado de coma con respuesta confusa al estímulo motor.

-TAC: Hematoma subdural frontotemporoparietal derecho con desviación de la línea media y signos de compresión de tronco (enclavamiento).

-Fractura del hueso occipital.

-Midriasis derecha fija (paralítica).

Se efectuó craneotomía descomprensiva.

-Mal pronóstico.

-Herida quirúrgica extensa en zona frontoparietoccipital derecha.

3.El mecanismo de producción es compatible con fuere traumatismo con o contra superficie roma y de consistencia dura.

4.Está en peligro real la vida

5.El tiempo para su curación es indeterminado.

Lo informado con mayor detalle coincide con el diagnóstico del ingreso inmediato informado a fs. 2: "Traumatismo encéfalo craneal grave - Hematoma subdural posterior - Hematoma subdural tèmpero parietal derecho -



Ingres a neurocirugía - lesión cortante en región superciliar derecho suturado de 5 cm.".-

Que las pericias médicas producidas en estas actuaciones, destacan sobre dicho ingreso: "en situación de coma, con un puntaje de GCS (Glasgow Como Scale) de 7 puntos, es intubado (tubo indotraqueal) y puesto en asistencia respiratoria mecánica, (ARM), la TAC craneal indica la presencia de una, LOE; (lesión ocupante de espacio) para el caso, hematoma subdural fronto temporal parietal derecho, con contusión hemorrágica parenquimal temporal, y edema hemisférico. Se realizo extensa craneotomía descompresiva, evacuación del hematoma subdural, colocación de dispositivo para monitorización de PIC (Presión intracraneana); posteriormente es necesario realizar traqueostomía; se incluye toda la intervención de UTI, para control de su edema cerebral, por medios farmacológicos, asistencia respiratoria y cardiovascular, para mantener presión arterial; a través de ulteriores estudios de TAC se verifica la ocurrencia de Hidrocefalia, lo que requiere el uso de sistemas derivativos, válvula de derivación ventrículo peritoneal, para drenar el LCR del sistema ventricular al peritoneo; eventualmente y en razón de infección del mismo es necesario retirar, efectuar drenaje externo del LCR, tatar con ATB vía parenteral y,o intratecal, y recambiar los dispositivos de drenaje en cinco oportunidades por infecciones múltiples de los miso, se agrega tratamiento médico de infecciones pulmonares, renales y sepsis" (fs. 429).

En relación al abordaje o tratamiento indicado para un caso de lesión ósea (fractura de cráneo), explica que "pueden ocurrir en base o en la bóveda craneal, estas últimas pueden ser identificadas por radiografía de cráneo, la primeras, de la base, requieren el uso de TAC craneal, con ventana ósea, si son multifragmentarias, deprimidas requieren intervención quirúrgica, sin son lineales, no es necesario, y



su hallazgo es un indicador de la magnitud del traumatismo, y un señal de alarma de la posible producción de hematomas intracraneanos en los minutos inmediatos al trauma o en forma más lenta o diferida. De cualquier forma la presencia de una lesión ocupante de espacio intracraneano, hematoma extradural, o subdural, o intracerebral, que constituye la lesión secundaria posttraumática, es tan deletérea sobre el tejido cerebral, que su búsqueda (diagnóstico) debe ser el objetivo inicial en el manejo de un trauma craneal y su identificación indicar la intervención quirúrgica en la forma más urgente posible. La cirugía para estas lesiones está muy reglada técnicamente, para el caso de edema cerebral concomitante se usa una amplia craneotomía, como se efectuó en el Sr., B.F., dejándose un dispositivo para el control de la presión intracraneana. Bajo estas condiciones la evolución de un paciente traumatizado craneal, en cuanto a supervivencia o presencia de secuelas neurológicas pos-traumáticas cuya gravedad está ligada no solo a la magnitud el trauma inicial, sino al lapso de tiempo transcurrido ente el momento traumático y la asistencia médica efectiva sobre el paciente." (fs.429vta).

Agrega: "las lesiones ocupantes de espacio intracraneano, (Hematomas post-traumáticos agudos), como el caso del Sr.B.F. deben ser detectadas los más precozmente posible, ya que no solo la cirugía para evacuar la lesión debe ser de indicación inmediata, sino los tratamientos de índole médico (no quirúrgico), deben ser utilizados para tratar el edema posttraumático focal y difuso del tejido encefálico, como asimismo la hipertensión Endocraneana consecutiva, cuyo efecto deleterio sobre la perfusión del tejido cerebral es bien conocido, conllevando ello la aplicación de monitoreos de las funciones vitales, gases en la sangre, Presión Arterial Media, Presión Intra Craneana, y demás intervenciones apropiadas realizada en UTI." (fs. 429vta/430)



Sobre la atención recibida, considera que -como había mencionado antes- "si bien hay caso en que la lesión traumática es muy grave de entrada, la estricta aplicación de una normatización en todos los centros de atención médica, seguramente contribuirá a disminuir la tasa de morbimortalidad del traumatismo craneano" (fs. 430).

Respecto al curso de su evolución sostuvo que: "Presentó convulsiones repetitivas (epilepsia post-traumática) bajo tratamiento continuo y que una vez egresado, su ocurrencia requirió de la reinternación en múltiples oportunidades. Para su nutrición se procedió a la colocación de un dispositivo de gastronomía, y su recambio en tres oportunidades. Siempre asistido con kinesioterapia respiratoria y motora desde los primeros períodos. Como complicaciones presento escaras sacras y trocántereas extensas y profundas. Su estado clínico-neurológico no varió, permaneciendo en estado vegetativo, con muy escasas respuestas motoras y sin ninguna evidencia de actividad mental psicológicamente comprensible. (fs. 429 y vta).

Sobre el estado actual de F.B.N explica: "se puede resumir en Estado Vegetativo (E.V.) Permanente, secundario a coma por traumatismo encefalocaraneano. Inicialmente y frecuentemente consecutivo a una lesión encefálica grave, seguida de coma prologando se establece una etapa denominada Estado Vegetativo Persistente en el cual un paciente no demuestra ningún tipo de actividad consciente, ni respuesta a estímulos externos ni comunicación, las funciones vegetativas, como actividad respiratoria, presión arterial, regulación térmica, ciclos sueño vigilia, se encuentran intactas, ocasionalmente el paciente ríe, llora o emite sonidos sin que ello implique que presente una actividad consciente voluntaria, bajo estas condiciones se denomina Estado Vegetativo Persistente cuando está presente a partir de un mes de la lesión desencadenante en adelante. Se denomina



Estado Vegetativo Permanente a partir de los 3 meses si la causa es anoxia u otro mecanismo no traumático, si la causa es un traumatismo craneal deben transcurrir 12 meses antes de que pueda considerarse Estado Vegetativo Permanente. Estado Vegetativo Permanente es un pronóstico e implica irreversibilidad. Excepcionalmente algunos pacientes pueden demostrar escasa recuperación, pero esto se suele ver casi únicamente en sujetos asistidos por coma no traumático. En el E.V.P. el Tronco Encefálico se encuentra mayormente preservado, mientras que la sustancia gris y blanca de ambos hemisferios cerebrales está amplia y severamente dañada, correlativamente la tasa metabólica cerebral sufre una caída de hasta un 40-50% de su valor normal, resultado de la degeneración Walleriana y trans-sináptica progresiva, visible en estudios de IRM cerebral como pérdida tisular difusa (como es visible en los estudios del Sr. B.N.F.) la relativa preservación del metabolismo del tronco encefálico, y estructura afines como hipotálamo, y formación reticular ponto peduncular, es característico del E.V.P. y explican la conservación de las funciones autónicas en estos pacientes. (fs. 430)

Finalmente, respecto a los cuidados médicos que demanda el cuadro y su costo, reseña que "requiere asistencia permanente por equipo multidisciplinario, que incluya fisioterapeuta, clínico, nutricionista, neurólogo, gastroenterólogo, infectólogo, enfermería y eventualmente en caso de complicaciones, internación cirujano general, neurocirujano, cardiólogo, terapeuta. El costo no puedo determinarlo pero si se puede estimar en muy alto, dadas las características del caso" (fs. 429vta).

El perito médico legista informa que "Ante un traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento debe realizarse una radiografía de cráneo y una TAC para poder observar si existen lesiones óseas y si hay hemorragias,



hematomas o masas ocupantes en cráneo. Si la atención se realiza en una sala o centro periférico de atención primaria, que no están preparados para estos casos, deben derivar al paciente en forma inmediata a un centro de complejidad suficiente para la atención." y "Si al paciente se le hubiera practicado la cirugía descompresiva en forma inmediata o con más premura, probablemente se hubiera evitado el evento dañoso" (fs. 461 y vta).

Respecto a la incapacidad del actor, la estima en el 100% (fs.461), al igual que el neurólogo que se remite al Baremo General para el Fuero Civil Altube Rinaldi, Item 13. Daño Cerebral orgánico, Pag. 116.117. Requiere supervisión permanente" (fs. 428vta).

Que el memorial de la actora importa la crítica a la decisión que libera de responsabilidad al Estado que, a través de un establecimiento médico asistencial, asumió la obligación de seguridad frente a los pacientes que concurren a él, resultando correcto entender que aquella comprende la garantía de que no sufrirán daños por una deficiente prestación.

Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular, y la idea objetiva de la falta de servicio -por acción o por omisión- encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil, sin que se trate de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser



considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas. (CSJN, Reynot Blanco, Salvador Carlos c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios. Sent.12.08.2008 Nro.Fallo: 08000186-Mayoria: Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Argibay Voto: Disidencia: Lorenzetti, Petracchi Abstencion).

Y si bien es directa la responsabilidad de la demandada, se requiere examinar si existió culpa o negligencia del profesional médico al que se le había asignado la tarea asistencial, imponiendo ello comparar la conducta cumplida con la esperable de un profesional diligente, prudente que pueda ser considerada como derivada de una conducta normal.

Respecto de los alcances del régimen de la responsabilidad regido por el C.Civil al momento de los hechos, la doctrina jurídica sostenía que la culpa médica, como la de cualquier profesional carece de autonomía, consiste en la omisión de diligencias exigidas por la naturaleza del deber profesional asumido de acuerdo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del espacio (cf. art. 512). Por lo demás éste es uno de esos casos en que se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes (art. 909), y finalmente, el criterio de culpabilidad resultará de la comparación del comportamiento obrado por el médico, con el que habría realizado un médico prudente colocado en las mismas condiciones externas que aquel, atendiendo a las exigencias del deber incumplido y a las circunstancias particulares. Cuando de esa comparación surja un juicio de reproche adverso al médico actuante éste deberá ser declarado culpable." (Llambias, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones IV-B, p. 144 y 145).

Que los elementos fácticos y jurídicos expuestos habilitan concluir que la correcta evaluación del caso derivado del traumatismo en el cráneo sufrido por el actor que



había evidenciado por un importante corte de 5 cm en el área frontotemporal derecha del que emanaba mucha sangre y originado en una caída de un muro o reja, tal como le fue informado al médico tratante a través del testigo y los policia que habían concurrido a auxiliarlo, le imponía al galeno, al menos, prescribir la realización de una radiografía del área que hubiera permitido detectar fracturas o hematomas; o a través de una tomografía computada, tal como lo indican los peritos cuando se aborda un trauma en el cráneo.

De tal forma que, luego de la sutura -que bien podía ser el tratamiento para que deje de emanar sangre- si el establecimiento no contaba con equipamiento para realizar aquellos estudios que requerían equipamiento, debió haberlo derivado a aquel de mayor complejidad (Hospitales Heller o Castro Rendón) encontrándose acreditado que contaba con medios de transporte -ambulancia- para concretarlo en forma inmediata.

De todas formas, también la mayor atención o cuidado lo define el desconocimiento de la cantidad de sangre que el actor había perdido y su estado (alcoholizado), al estar impedido de transmitir con palabras su condición o dolencias, extremos que con el antecedente de una caída, y todo ello habilitaba presumir el ocultamiento de otras afecciones, tanto como, que no se garantizaba tratamiento alguno al enviárselo a la casa con medicamentos cuando se desconocía quién podía administrárselos o si le darían cuidados (familiares), y un error suponer como suficiente las indicaciones de pautas a su acompañante sin verificar su compromiso (art. 471vta).

No caben dudas respecto este análisis que se apoya en el devenir normal de las cosas y la propia opinión médica del perito oficial, quedando a la luz la falta de asistencia apropiada por omisión de la dedicación personal y la aplicación de la ciencia y arte de curar, prudencia y



diligencia propias de la profesión, acreditándose de modo fehaciente la relación de causalidad entre el obrar culposo del profesional y el daño actual, al concretarse aquellos riesgos que eran predecibles.

Resulta ajustado entonces que el titular del servicio responda por tales consecuencias negativas atento a que se ha acreditado que la acción esperada a la que estaba obligada el Estado hubiera evitado probablemente el resultado dañoso, y acreditado el nexo causal porque el acto que debió realizarse tuvo incidencia directa en el acaecimiento de lo injusto.

Volviendo a aquel episodio inicial, que se trataba de un "golpe de caída" lo admite incluso el mismo médico tratante cuando declara en esta causa (décimo primera), aunque no recuerde qué recaudos tomó con el actor (décima segunda-fs. 471vta).

Y si bien pudo haber relativizado lo relacionado con la caída por el comentario vinculado a posibles apremios policiales (testigo Vazquez, fs.52/53), o que los enfermeros de la ambulancia no le hubieran colocado un cuello cervical (Décimo séptima-fs. 472), no se justifica la insuficiente atención, porque en su caso se le imponía tratarlo como un politraumatizado, habiendo respondido que desde la sala se hacían derivaciones para efectuar estudios de alta complejidad en los casos de duda en pacientes con golpes en la cabeza (ampliación Décimo Octava-fes. 472vta).

Aún así todos los testigos inmediatos del episodio informan que se trataba de una herida muy importante, por su dimensión y sangrado (Rodriguez, Vazquez y Luis Vazquez -fs. 15/16, 31/32 y 52/53).

Frente a ello, y ausente todo registro (historia clínica), de ninguna prueba resulta que se le haya hecho al actor una evaluación suficiente y adecuada en relación a lo acontecido, antes de darle el alta; sobre ello, mientras el



galeno no recuerda (Décimo primera), antes había afirmado que en situaciones en que un paciente se golpea la cabeza, y para definir si ello requiere de estudios de mayor complejidad o no, " se hacen pruebas, a partir del análisis de los síntomas como vómitos, mareos, somnolencia, irritación o excitación, fiebre" (Novena-fs. 471vta).

De todas formas, ello difícilmente lo hubiera podido concretar atendiendo al estado de obnubilación derivado del estado alcohólico de la víctima.

Luego confunde describiendo una posterior caída (Décimo cuarta-fs. 472), y lo cierto es que ella no fue acreditada, como tampoco lo relativo a los apremios ni que las lesiones resultaran de una riña en el barrio (fs.8, 34, 31/32, 15/16).

En definitiva, cabe atribuir responsabilidad a la demandada por los daños sufridos y actual estado de salud del actor, que pudieron haberse evitado o mitigado su gravedad, al conectarse causalmente con la impericia en que incurrió al prestar el servicio que estaba a su cargo, concretamente en el insuficiente diagnóstico de la afección de aquel derivado de omitir actuar con cuidado y suficiente previsión, comprendido en la garantía de salud asumida, que derivó en la demora de otorgarle el eficaz tratamiento que correspondía (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 512, 902, 909, 1.068, 1.069 y 1.109 del Cód. Civil; y 377 y 386 del Cód. Procesal).

III.-En relación a los rubros reclamados por el actor F.B.N., cabe distinguir:

A.-Que en primer punto persigue la reparación integral del daño sufrido, el que, manifiesta, abarca la disminución de rendimiento funcional para el trabajo, sino también todas aquellas manifestaciones intelectuales, económicas y sociales que se han visto perjudicadas, presentando el actor una incapacidad absoluta (100%),



encontrándose inhabilitado para satisfacer sus propias necesidades mínimas, sino también por no tener contacto con su entorno social, ni poder vivir como lo haría cualquier ser humano, conforme los pronósticos negativos respecto a que su estado vegetativo es irreversible.

Que en la causa "CERVERO ROCAMORA ROSER Y OTRO C/HIDALGO CLAUDIA ELIZABETH Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C-LESION O MUERTE" (Expte. N°422099/2010, Sent. 28.06.2916), sostuve que: *"respecto a la reparación del daño sufrido, cabe atender que el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral está expresamente garantizado en el art. 5° de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que tuvo recepción legislativa a través de la Ley N° 23054, y adquirió la misma jerarquía que las propias cláusulas de la Constitución Nacional por imperio de su art. 75, inc. 22), conforme reforma del año 1994.*

"Constituye un derecho no enumerado y garantizado implícitamente por la Constitución Nacional (art. 33), que la víctima de un menoscabo a bienes jurídicamente tutelados, como en el caso, la integridad psicofísica, perciba una compensación económica por el daño sufrido si se da el supuesto de que resulta imposible volver las cosas a su estado anterior.

"La CSJN ha inferido el derecho a la reparación del principio general de no dañar a otro (alterum non laedere) también ínsito en el primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional ("Santa Coloma" Fallos, 308:1160, "Aquino" Fallos 327:3753), así como en sus arts. 17 y 18 C.N.

"La reparación de los daños sufridos lícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el ejercicio de sus derechos, sea que ésta provenga de particulares o del Estado. Este derecho básico a la



autonomía e inviolabilidad de la persona subyace a la lista del art. 14 y al principio enunciado en el artículo 19, mientras que el derecho a reclamar su protección se encuentra establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional" (CSJN, "Diaz, Timoteo" Fallos 329:473 Voto Dra. Argibay).

"Los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica". (CSJN "Günter"-Fallos 308:1118).

"Oscar Puccinelli expresa que el derecho a la reparación es un derecho perfectamente extraíble de las normas que explicitan algunos de sus contenidos, ya sea por la vía de los arts. 17 y 41; la del art. 75, inc. 22 (por los tratados sobre derechos humanos jerarquizados); o la del art. 33, que haría confluir a todas ellas a la vez. También entiende que la existencia concreta y palpable de un derecho fundamental a la reparación, surge de lo establecido en el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Derecho constitucional a la reparación", E.D. 167-969).

"La Corte Suprema ha señalado que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento (Fallos 283:212, "Aquino" Fallos 327:3753-Petrachi-Zaffaroni, "Cuello" Fallos 330:3483, Lorenzetti).

"La acción enderezada a obtener la reparación por la lesión al derecho personalísimo como lo es la integridad psicofísica, está contemplada tanto en el C.Civil como en el actual CCyC dentro de la genérica función resarcitoria regulada por la responsabilidad civil, antes extracontractual



y contractual, ahora unificada, comprensiva de la reparación del daño moral, y que actualmente con mayores alcances fue regulado bajo la denominación "consecuencias no patrimoniales".

"El deber genérico de no causar daño a otros en su persona y en sus bienes, "alterum non laedere", con rango de "deber jurídico" latente en el C.Civil (arts. 1066, 1068, 1072, 1086, 1109, 1113), es confirmado en la nueva redacción del art. 1716 del CCyC al imponer de manera más categórica, bajo el título "Deber de reparar", que "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código", y particularmente en punto al recaudo de la antijuridicidad, al disponer en su art. 1717 que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada, superando los alcances del anterior art. 1066 del C.Civil que la equiparaba con la transgresión de una prohibición expresa dispuesta por una norma.

"Por ello, atendiendo al fundamento constitucional de la función reparadora del daño, el nuevo CCyC ha unificado ambas órbitas de responsabilidad - contractual y extracontractual- y ha incorporado importantes cambios dirigidos a ampliar la caracterización y mejorar la enunciación de los elementos de la responsabilidad civil, siempre en relación al daño resarcible (art. 1737), los factores de atribución (arts. 1721 y 1724), la antijuridicidad (art. 1717), y el nexo de causalidad (art. 1726), se han mantenido los mismos recaudos que se exigían bajo el régimen del C.Civil y que, por otra parte, fueron aplicados en la sentencia de grado.

"Con mayor precisión, respecto a la indemnización del daño, el actual art. 1738 del CCyC prescribe que aquella comprende: "la pérdida o disminución del patrimonio de la



víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances.

"Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

"Mientras el C. Civil sobre el daño patrimonial estipulaba que: "Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades" (art. 1068) , el actual art. 1737 del CCyC prescribe que lo hay "cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

"Por ende, el daño patrimonial reside en un resultado económico, y no en la preexistente lesión del derecho o del interés que genera ese resultado. ¿Acaso se dirá que un hecho sin consecuencia económica disvaliosa (perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria) produce daño patrimonial? El daño patrimonial provendrá de la lesión de un interés económico vinculado con la preservación de un bien (patrimonial o extrapatrimonial); pero la lesión del interés no es el daño sino su causa generadora. ..no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho(en el caso, las ocasionadas a la integridad somática y síquica de la persona) con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona.

"El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o



resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima. No siempre surge un perjuicio resarcible a pesar de la causación de determinadas lesiones. Por ejemplo, no existe daño material alguno, a pesar del menoscabo de la integridad sicofísica, para quien ha visto cubiertos sus gastos terapéuticos por un ente mutual, no ha sufrido pérdida de ganancias durante el período de curación y no experimenta secuelas incapacitantes o aminorantes ulteriores." (p. 48 vta. y 73 Matilde Zabala de Gonzalez, Resarcimiento de daños 2a, daños a las personas, integridad sicofísica).

"El actual ordenamiento, a partir del art. 1746 da un paso significativo adoptando los criterios que la doctrina y jurisprudencia ya sostenían cuando se demandaba la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, permanente, total o parcial, señalando que debía ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.

"También receptaba lo sentado respecto que deben presumirse los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

"... Finalmente, el nuevo ordenamiento en su art. 1740 impone que la reparación del daño debe ser plena y que ello consiste en restituir la situación de la víctima al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, pudiendo aquella optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero."

Conforme las consideraciones expuestas, llega incólume sin cuestionamiento la cuantificación de la



incapacidad que afecta al actor, del 100%, y en orden al porcentaje a reparar se habrá de atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/Accidente" (Sentencia N° 89.654 - Sala III de la CNAT) cuando sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera que exige el nuevo art. 1746 del CCyC, y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina" (Sentencia N° 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo "Arostegui" (28/04/2008), reconociendo la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama "posibilidad futura de ascenso en su carrera", que debe estar comprendido en todo valor indemnizable.

En "Mendez" si bien para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad (antes en la fórmula Vuotto era de 65 años) y reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo original.

Luego en tanto la fórmula contempla el porcentaje de incapacidad -100%- , la edad de la persona, que en el caso contaba con 32 años, y el salario mensual que debe ser multiplicado por 13 (inclusivo del SAC), respecto a este último se habrá de adoptar la pauta del Mínimo Vital y Móvil vigente al momento del accidente que ascendía a \$260,00, toda vez que no se ha aportado información sobre los ingresos del actor que justifique uno mayor (conf. Decreto N° 388/2003).



En consecuencia, aplicando a la fórmula "Méndez $C=a*(1-Vn)*1/i$ donde: $Vn = 1/(1+i)^n$; $a =$ salario mensual x (75/ edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad; $n = 75 -$ edad del accidentado; e, $i = 4\% = 0,04$, se obtiene la suma de \$129.099,91.

En conclusión, atendiendo al análisis precedente que justifica la incapacidad física del 100%, el monto de la indemnización a favor del actor asciende a \$129.099,91, suma a la que se adicionarán intereses desde la fecha de acaecido el daño hasta el 31.12.2007 a la tasa promedio del Banco de la Provincia del Neuquén, y a la activa de la misma entidad hasta el 14 de agosto de 2015, y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar aquella hasta que la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. n° 1701/06).

B.-Reclama también se condene por los gastos orientados al restablecimiento o cuidado de la integridad psicofísica de la víctima, que no pose obra social, de tal forma que se le provea en forma mensual: Medicación y equipamiento descartable o renovable: cama especial, pañales, jeringas, sondas, apósitos, cremas medicinales, tampón gástrico; Atención médica; Internaciones periódicas por complicaciones y Transportes especiales; Enfermería con vigilancia las 24 horas para suministrarle medicamentos alimentación cuidados e higiene.

Reclama como gastos futuro aquellos necesarios por tratamientos curativos y para afrontar las necesidades psicofísicas.

A los fines de fijar su monto, postula que se fije una suma (\$600.000) en concepto de capital que bajo una



técnica liquidatoria produzca rentas periódicas a favor del actor.

Destacaré que la procedencia de los gastos futuros invocados por tratamientos médicos y provisión de medicamentos e insumos como el alimento y la higiene, así como el necesario para el cuidado personal se funda en que "el actor tiene derecho a que el responsable de las consecuencias de la conducta antijurídica se haga cargo no solo de resarcir el daño ya causado sino también de que tome sobre si el costo de las medidas necesarias para cohibir la agravación del daño en tanto relacionado causalmente con el hecho por el que debe responder" (Autos: TARDON VICTOR CECILIO C/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DEL INTERIOR GENDARMERIA NACIONAL S/ DAÑOS Y PERJUICIOS. CAUSA N° 2549/98. - Magistrados: VOCOS CONESA - MARIANI DE VIDAL - Fecha: 20/10/2000).

Coincido asimismo en que "El daño emergente "futuro" es un daño cierto que se producirá con posterioridad a la sentencia.

En el caso, puede perfectamente suponerse que a consecuencia del estado en que queda, la víctima requiera en el futuro nuevas operaciones, tratamientos permanentes, etc. Estos daños son futuros y además ciertos.

Ellos deben ser reconocidos ya que nada autoriza a aceptar la indemnización de lucro cesante "futuro" cierto y negar la indemnizabilidad del daño emergente, también cierto, aunque fuere futuro.

La certidumbre del daño constituye una cuestión librada a las pruebas -en su caso periciales- que el reclamante deberá producir "y en tal caso corresponderá estimar y tasar o liquidar al momento de la sentencia, la cuantía patrimonial del perjuicio cierto que representará erogaciones o gastos para atender, en el tiempo, la reparación del daño. - (Conf. Zannoni, "Temas de Responsabilidad Civil - Indemnización, P. 123)" (CASTRO, CARLOS A. c/ZAZ, ISIDORO



s/SUMARIO S/CASACION S STRNSC VIEDMA 00CC 000180 17-11-93 SD
LEIVA).

Que en relación a este rubro, la demandada, acredita que en la actualidad es la que le provee al actor de todo lo necesario para su subsistencia, tal como lo denunciara en el punto VI (fs.31vta y 32).-

Al respecto la documental aportada a fs. 237/245, 298/323, 355/377, 406/412, 442/446, 546/550, 606/634 y 707/755, así como lo informado por los peritos designados en la causa, dan cuenta que la actual atención integral brindada ha resultado suficiente y adecuada, comprobándose que fueron renovándose y adecuándose los tratamientos e insumos a la evolución considerando su estado y en todas las especialidades, no resultando acreditado en la causa que bajo otro prestador ello pueda mejorar o representar una mejora.

Que el médico neurólogo explicitó que el actor: "requiere asistencia permanente por equipo multidisciplinario, que incluya fisioterapeuta, clínico, nutricionista, neurólogo, gastroenterólogo, infectólogo, enfermería y eventualmente en caso de complicaciones, internación cirujano general, neurocirujano, cardiólogo, terapeuta. El costo no puedo determinarlo pero si se puede estimar en muy alto, dadas las características del caso" (fs. 429vta) y el médico legista la importancia de cuidados médicos para evitar infecciones, escaras y la desnutrición (fs.461vta).

En consecuencia la modalidad y condiciones hasta aquí concretadas se habrán de mantener, ello sin perjuicio de que los órganos del área de la demandada y bajo la modalidad de contratación que estime adecuada, y en orden a la asistencia permanente de un equipo interdisciplinario que fue prescripto, procede que la obligada incorpore las siguientes prácticas regulares:

1.-Atención personal durante una hora, tres veces por semana con enfermeros de la especialidad, satisfaciéndolo



prioritariamente con los de la especialidad que sea demandada en cada oportunidad.

2.-Atención personal dos veces por semana, durante una hora con un profesional, satisfaciéndolo prioritariamente con los de la especialidad que sea demandada en cada oportunidad.

A tal fin las partes coordinarán semanalmente la actividad específica, a cuyo fin se llevará el registro correspondiente.-

Finalmente, en el rubro enderezado a satisfacer un daño cierto y futuro incluirá una suma destinada a la erogación del costo de la asistencia diaria de una persona constatado el Estado Vegetativo Permanente que constatan los expertos, con el fin de colaborar en los quehaceres de asistir al actor en su higiene personal, la ropa -incluso de cama- y el ambiente donde se encuentra.

Previendo una asistencia diaria no inferior a cuatro horas, la demandada abonará en forma mensual un Salario Mínimo Vital y Móvil, el que será anticipado trimestralmente a la actora, contra entrega del comprobante de pago del servicio.-

En relación a la particular modalidad de cumplimiento de la prestación que se le impone a la obligada, estimo que es la que mejor se adecúa a las circunstancias acreditadas, y de acuerdo a lo previsto en el nuevo art. 1740 del CCyC, cuando se dispone que la reparación del daño debe ser plena y que ello consiste en restituir la situación de la víctima al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, pudiendo aquella optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.-



IV.-Demanda la actora la indemnización del daño moral por la afección de sus sentimientos con motivo del deterioro vital que padece su hijo, postulando una fórmula de cálculo, y por la perturbación psicológica que le ha generado dicho estado que ha debido afrontar.

Que el testigo Luis Vazquez, luego e describir el estado vegetativo en que se encuentra F.B.N. declara que lo están llevando constantemente al hospital, porque sufre "picos", se pone mal, y queda internado otra vez, va y viene, que lo cuidan en la casa la mamá y su hermana, toda la familia; que la madre está muy mal anímicamente, hace semana atrás fue operada del corazón (fs. 220vta).-

El informe de la perito en psicología aporta respecto de la vida de la actora se detuvo a partir del episodio que sufrió su hijo, que dedica todo su tiempo a cuidarlo, dejó de trabajar, provocándole dificultades en las relaciones con sus otros hijos y con su pareja, al ver que ellos siguen con su vida; que en su psiquis hay un gran monto de angustia sin disponer de herramientas para confrontarlo; puede inferir que posee una organización de funcionales tal que comprometen a su pensamiento y a sus afectos y la claridad del pensamiento se ve alterada.

Que de las pruebas resulta que toda su subjetividad está avocada al cuidado de su hijo y al padecimiento que le produce saber que está vivo pero que ya no es el mismo, y además que no se recuperará; y que aparecen indicadores de depresión.-

En relación a los rubros reclamados, describe alteraciones psíquicas, con indicios de un grado moderado de trastorno depresivo mayor, e indica tratamiento psicológico para elaborar la situación que vive con su hijo, mediante 2 sesiones individuales semanales, durante el primer año, 1 semanal, durante el segundo año, una sesión individual



quincenal durante el tercer año, con un costo por sesión de \$100,00 (fs.500/503).-

De lo informado resulta que la actora ha visto truncado su proyecto de vida, ha dejado de trabajar, y su realización como persona ha quedado sujeta a la condición en que se encuentra su hijo, derivándose conflictos con el resto del grupo familiar, carente de herramientas para superarlo, a los que se suman signos de depresión, y que su abordaje es a través de prestaciones especializadas.-

En cuanto a la autonomía consagrada en relación a los rubros: "daño psicológico y daño moral" diré que si bien ambos afectan el equilibrio espiritual del damnificado, su diferencia radica en que el primero reviste connotaciones de índole patológica. Por otra parte cabe expresar que mientras el daño moral esta dirigido a compensar los padecimientos, molestias y angustias sufridas por la víctima a consecuencia del accidente, el psicológico apunta a las efectivas disfunciones y trastornos que alteran la personalidad integral de la víctima y su vida de relación.

Parte de la Jurisprudencia sobre éste tema ha dicho que: "No procede integrar en un mismo rubro el daño moral y el daño psicológico atento a la diferencia existente entre ellos, puesto que el daño moral afecta los sentimientos en cuanto al dolor que experimenta la víctima o los familiares de esta como consecuencia de un agravio; mientras que el daño psíquico es susceptible de ser apreciado científicamente por sus síntomas que se exteriorizan mediante diferentes formas, pero que evidencian siempre una situación traumática" (L.D.T. Autos: ALUCEN MARCELO C/ SEGURADO EDUARDO S/ SUM. MURUA NORMA C/SEGURADO EDUARDO S/ SUM. - Mag.: GUERRERO - ARECHA - Fecha: 16/02/1996) y "El daño psicológico se diferencia del daño moral por cuanto, mientras aquél compromete una función, éste altera un estado. Lo psíquico comprende las áreas intelectual, afectiva y volitiva del



hombre, que a su vez representan funciones que son por lo general las que gobiernan todas sus actividades físicas. Es a la vez independiente del daño cerebral -cuyo tratamiento queda reservado al psiquiatra o al neurólogo o a ambos a la vez- en tanto las alteraciones psíquicas pueden obedecer a un sinnúmero de causas que nada tienen que ver con la lesión orgánica. Tal el caso de la angustia que diagnostica la experta o de los miedos, que por lo común derivan de experiencias negativas vividas y no elaboradas ni superadas, totalmente ajenas a una afección de orden físico, siendo ésta, precisamente, el área de incumbencia de los psicólogos. (L.D.T. autos: "José, Alfredo Iván C/ Bartolomé, Miguel Angel Y Otros S/ Daños Y Perjuicios").

1.-Que el reclamo por daño psicológico formulado por derecho propio en base a la previsión del art. 1079 del Código Civil por el que la reparación de los efectos perjudiciales de un delito alcanzan no solo al damnificado directo sino también a quien sufre un daño por repercusión o reflejo, esto es, el damnificado indirecto quien invoca un daño propio (Conf: Fallos:318:2002, 318:2003, entre muchos otros).

Estimo en consecuencia que procede admitir el reclamo que se persigue como resarcimiento del costo médico apropiado para cubrir el tratamiento aconsejado con el fin de restituir el equilibrio emocional de la actora.

Se ha sostenido que es improcedente indemnizar un daño psíquico o psicológico y el tratamiento respectivo, ya que debe concederse uno u otro cuando la psicoterapia tiene probabilidades serias de remitir la patología psíquica derivada del accidente, ya que de otra forma se duplicaría el resarcimiento. En sentido análogo C.Nac.Civ., Sala C, "Cisneros, Evaristo y otro c/ González, Mario C.", del 3/12/98; C.Nac.Civ. Sala C, "Morinigo Díaz, Pedro c/ Arquing S.A. y otros" del 15/12/98". 12.361/2000. "García, Ricardo c/



Alto Paraná S.A. y otro s/ Accidente-ley 9688". Fecha: 16/07/2004 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo., Sala III., Porta. Guibourg. Ficha Nro.: 000007529).

Por ello, y atendiendo al dictamen de la experta respecto a la periodicidad y estimando el actual valor de la sesión, se justipreciará el rubro en la suma de \$57.600, importe que devengará intereses a computarse desde el dictado de la sentencia hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar la activa del Banco de la Provincia del Neuquén hasta que la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. n° 1701/06).-

Se ha sostenido: "Con respecto a los gastos de tratamiento psicológico y de acompañante terapéutico, los intereses se deberán devengar solo a partir de la fecha de ese pronunciamiento, pues se refiere a erogaciones que aun no se han realizado (conf. Corte suprema, fallos 311:744, esta sala, causa 3755/93, del 27.6.96, Entre otras)." (Autos: MULERO OMAR ENRIQUE C/ ESTADO NACIONAL ARMADA ARGENTINA S/ ACCIDENTE EN EL AMBITO MILITAR Y F. SEGURIDAD. CAUSA N° 7036/94. - Magistrados: DE LAS CARRERAS - PEREZ DELGADO - FARRELL - Fecha: 12/05/1998) cita de lex doctor.

2.-En relación al daño moral, cabe destacar que mientras el art. 1078 C.Civil, luego de la reforma de la ley 17711 admitió reparar la afectación de la esfera espiritual de la persona, el nuevo art. 1741 CCyC prevé de manera más amplia la "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales", legitimando a título personal, según las circunstancias, a los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían o recibían trato familiar ostensible del damnificado directo, si del hecho resulta su muerte o sufriera gran discapacidad; para finalmente dirigirse



al aspecto cuantitativo: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".-

Que en la causa "M.,J. C. y O. C/ D.,J.D. y O. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSB. CONTRACT. ESTADO" (Expte. N° 353226/7-Sent. 03.09.2012), ante el reclamo por la afección moral por parte de las hermanas de un niño fallecido en ocasión de un acto ilícito, propicié se declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.Civil por limitar el acceso a la reparación de este daño en caso de muerte sólo a los damnificados indirectos que detentaran la calidad de herederos forzosos, entendiendo que con ello se vulneraba el derecho constitucional a no ser dañado y en caso de serlo, a obtener una reparación integral del daño sufrido; y que tal interpretación guardaba plena armonía con el espíritu de nuestra Constitución Nacional y permitiría enlazar fluidamente los derechos y garantías reconocidos en su parte dogmática con aquellos que se han incorporado a través de los pactos internacionales sobre derechos humanos con igual jerarquía.-

El daño moral posee esencia subjetiva. Lo formal y externo no debe tener cabida sino como base de una 'presunción' de determinada realidad espiritual. Lo fundamental es la efectiva configuración de esta última". Debe efectuarse una "apreciación cuidadosa de las circunstancias que debe aportar el actor, a fin de arribar a la convicción judicial sobre un efectivo daño moral", lo que determina que deberá analizarse en cada caso sobre la procedencia del mismo y en función de la prueba rendida en la causa (Zavala de González, Matilde, "Daños derivados de la muerte del concubino o concubina", en "Responsabilidad por daños", homenaje a Jorge Busta-mante Alsina, 1990, Ed. Astrea, p. 121 y ss., "Resarcimiento de daños. Daños a la persona" cit., p.661 y ss.).



Vigente la citada previsión al momento del acaecimiento de los hechos objeto de esta causa, estimo que también en los presentes ha derivado inconstitucional por afectar el derecho de igualdad reconocido en los arts. 16 de la Const. Nacional y Const. Provincial, al resultar inadmisibile que el mismo régimen reparador reconozca legitimación al damnificado indirecta cuando se trata de daños patrimoniales, tal la previsión del art. 1079, y lo desconozca en el supuesto del extrapatrimonial, conforme su art. 1078.-

La S.C.B.A. al admitir la procedencia indemnizatoria por daño moral a los padre de un menor que quedó en estado vegetativo como consecuencia de la inhalación de anestesia y con una situación irreversible, el Superior Tribunal de la Provincia de Buenos Aires, en voto del Dr. Negri, sostuvo "que dado el profundo sufrimiento de los padres de S., por las circunstancias del caso, los coloca en la categoría de damnifica-dos directos. Entender que su mortificación es refleja, es ir en contra de lo probado, agrega "los padres están sufriendo por ellos mismos". En tal sentido, expresa que "el carácter directo de su damnificación no puede ser abolido por la unicidad del hecho dañoso. Un hecho puede dañar directa y moralmente a más de una persona", agregando que cuando la ley dice: "la acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo", se está refiriendo al que por sí mismo sufre ese daño." ("C., L. A, y otra contra Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros s/D. y P." (Exte. C. 85.129-Sent. 16/05/2007).-

En lo que resulta de interés en los presentes, no ha perdido vigencia lo sostenido por la Dra. Matilde Zavala de Gonzalez al señalar que "cualquiera sea la concepción que se siga a propósito de la esencia del daño moral (atentado a un bien de la personalidad, menoscabo de intereses extrapatrimoniales o alteración del equilibrio espiritual del sujeto) siempre las lesiones contra la intangibilidad



psicofísica de un ser humano desencadenarán un daño moral." para continuar acerca de la evaluación de su importancia e indemnización a acordar que "si se parte del criterio que podríamos denominar abstracto, que atiende al derecho o interés motivo de ataque, intrínsecamente considerados, la reparación debía ser más o menos igualitaria frente a lesiones similares. Es que resulta evidente que la integridad personal encierra análogo valor espiritual cualquiera sea el sujeto de que se trate. En cambio, si lo relevante son, en concreto, las repercusiones subjetivas de la lesión en las afecciones de la víctima, averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias del caso a fin de esclarecer de qué modo y con qué intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual. Esta última opinión, que compartimos, es la que sigue de modo prevaeciente la jurisprudencia"(Resarcimiento de daños, Tomo 2ª, Edit. Hammurabi, 2da. Edic. ampliada Pag. 547/548).-

Que el daño moral ahora receptado en el nuevo art. 1741, bajo la denominación de "no patrimonial", equivalente al "extrapatrimonial", tampoco ha sido definido en la norma, mas si se han fijado pautas para cuantificarlo.-

Que en su análisis y cuantificación resultan relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar su entidad supone una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de qué modo y con qué intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto de naturaleza objetiva como subjetivas, pudiéndose enunciar entre las primeras las relativas al hecho mismo (sufrimiento físico y psíquico en el



momento del suceso), a la curación y convalecencia (el dolor de la etapa terapéutica), y secuelas permanentes (lesión estética); sin descuidar las segundas que hacen a la particular personalidad del sujeto, conforme sexo, edad, etc. La prueba específica operará normalmente por vía de presunciones judiciales y hominis, es decir, por inferencia efectuada a partir de otros elementos, atento la imposibilidad de mensurar este daño de la misma forma material, perceptible a los sentidos que en el daño patrimonial.

Por ello, cuando se dice que este daño no requiere acreditación, en general se está aludiendo a la imposibilidad de prueba directa, pero las presunciones que emergen de determinadas situaciones constituyen un medio probatorio indirecto. Las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenan siempre un daño moral, resultando relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de que modo y con que intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

Que en tanto tal cuantificación constituye una "consecuencia de la relación jurídica" que no se hallaba firme al momento de la entrada en vigencia del CCyC -conforme expresa previsión del art. 7- quedó sujeta al nuevo régimen que estipula a tal fin que "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

"Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su



cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia. En este sentido se afirma: "No hay inconveniente en aplicar el nuevo CCyC a los juicios pendientes para cuantificar los daños (v.gr. ver art. 1746 CCyC). "Por qué no aplicar así los mecanismos de cuantificación previsto por la nueva ley? (art. 165 parr. 3° CPCCN y CPCCBA)" Una sentencia coincide con esta afirmación con fundamento en que "el artículo 1746 únicamente sienta una pauta para su liquidación. Otros votos afirman sin tapujos la aplicación inmediata. Dice el Doctor Sebastián Picasso: "A diferencia de lo que sucede con el resto de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, el artículo 1746 del nuevo Código resulta aplicable en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino a las consecuencias de ella (art.,. 7°, CCyC). En efecto, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima: únicamente sienta una pauta para su liquidación". De allí que las sentencias dictadas con posterioridad al 1° de agosto de 2015, aunque se trate de juicios comenzados antes, deberían contener las bases cuantitativas y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine." Jalil sostiene que "el modo de cuantificación de los daños se rigen por la ley vigente al momento de los hechos y no cuando esa liquidación se realiza"; la palabra "modo" no es aquí del todo clara pues luego afirma: "cualquier regla del CCyC, que imponga un aumento, atenuación o modificación (art. 1750) no es de aplicación inmediata a los daños producidos con anterioridad. La norma citada no está referida a un modo de liquidación; solo expresa que fijado el momento (por el modo que correspondía), puede ser atenuado. (Aida Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. Pag. 234/235).

Que el C.Civil, en su art. 1078, no señaló pautas para cuantificar el daño moral, dejándolo librado a la



prudente valoración jurisdiccional que admitía recurrir al auxilio de algunas guías cualitativas, dependiendo de la concepción que se le otorgara en cada supuesto, esto es, su función sancionatoria o resarcitoria, deteniéndose en la gravedad de la falta o la reparación de la víctima, respectivamente.

Lo cierto es que el nuevo art. 1741 del CCyC, al establecer expresamente que "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas", ha delimitado la actividad jurisdiccional y acentuado su funciones reparatoria.

Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma aluden al denominado "precio del consuelo" que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias"; se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado", de permitirle "acceder a gratificaciones viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales".

Agregó el Alto Tribunal que "aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido... El dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o



tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida".

En definitiva: se trata de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona (comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc). Este criterio había tenido amplia aceptación en la jurisprudencia (El daño moral contractual y extracontractual-Jorge Mario Galdó <http://www.nuevocodigocivil.com/wpcontent/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractual-extracontractual.-Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf>).

Que a través de la pericia y testimonio transcriptos, se informa suficientemente acerca de la grave afección emotiva y espiritual que experimentaron la actora, que han derivado en sentimientos de angustia y depresión, repercutiendo en su estabilidad personal, la percepción de sí misma y modo de vincularse, situación a la que se ha visto expuesta a largo de más de una década, y la somete a la ansiedad de ignorar su desenlace.

Por lo expuesto estimo ajustado fijar el monto de la condena a la suma a favor de la actora por el daño no patrimonial a la suma de \$50.000, que le permitirá obtener una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento que



podrá aplicar a la realización de un viaje de esparcimiento por un mes para percibir con mayor perspectiva su rol, o la obtención de bienes que la gratifiquen y mejoren la realización de actividades habituales, o en su caso, la adecuación de su situación habitacional.-

A dicho el monto se adicionarán intereses desde la fecha de acaecido el daño hasta el 31.12.2007 a la tasa promedio del Banco de la Provincia del Neuquén, y a la activa de la misma entidad hasta el 14 de agosto de 2015, y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar la última hasta que la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. n° 1701/06)).-

V.-Por todo lo expuesto propiciaré al acuerdo que, haciendo lugar parcialmente al recurso, revocar la sentencia de grado, y condenar a la demandada a pagar a la actora la suma de \$112.600 reclamada por derecho propio y al actor F.B.N., la suma de \$129.099,91, con más los intereses fijados, y a cumplir con las prestaciones a favor del último conforme se establece en el punto B del capítulo III.-

Considerando la forma en cómo se decide, al prosperar en su mayor parte todas las pretensiones de los actores, las costas de ambas instancias se impondrán a la demandada en su calidad de vencida (art. 68 del CPCyC), debiéndose dejar sin efecto la regulación honoraria, y proceder a una nueva conforme la base que resulte de la liquidación a practicarse comprensiva de capital e intereses (art. 20 de la L.A.), estimando ajustado aumentar los importes que resulten en un 30% como retribución por el rubro que prospera como obligación de hacer.-

TAL MI VOTO.-

El Dr. Ghisini dijo:



Adhiero a la solución propiciada en el voto que antecede.-

Por ello, esta **SALA III**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar parcialmente al recurso, revocar la sentencia de grado, y condenar a la demandada a pagar a la actora la suma de \$112.600 reclamada por derecho propio y al actor F.B.N., la suma de \$129.099,91, con más los intereses fijados, y a cumplir con las prestaciones a favor del último conforme se establece en el punto B del capítulo III.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada en su calidad de vencida (art. 68 del CPCyC).

3.- Dejar sin efecto la regulación honoraria, y proceder -en el juzgado de origen- a una nueva conforme la base que resulte de la liquidación a practicarse comprensiva de capital e intereses (art. 20 de la L.A.), estimando ajustado aumentar los importes que resulten en un 30% como retribución por el rubro que prospera como obligación de hacer.

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo que se establezca en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

5.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los presentes al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini-Juez

Dr. Marcelo Juan Medori-Juez

Dra. Audelina Torrez-

SECRETARIA