



NEUQUEN, 14 de junio de 2023.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"MUÑOZ MABEL ERCILIA C/ PREVENIR S. A. Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO PROFESIONAL (MALA PRAXIS)"**, (JNQCII EXP N° 500025/2013), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- La sentencia dictada el día 13 de octubre de 2022 -a fs. 1.137/1.144vta.-, que rechaza la demanda entablada contra Alicia Elena Obiol, José Ignacio Lagomarsino y Prevenir S.A., extendiendo el rechazo a las respectivas aseguradoras -citadas en garantía-, es apelada por la parte actora a fs. 1.146, expresando agravios a fs. 1.160/1.173vta. -ingreso web n° 7182-. Sustanciado el recurso, contesta el demandado Lagomarsino a fs. 1.175/1.178vta. -ingreso web n° 406300-.

Asimismo contestan el traslado del memorial Seguros Médicos S.A. a fs. 1.179/1.181vta. -presentación web n° 406979-, la demandada Alicia E. Obiol y la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., a fs. 1.182/1.188 -ingreso web n° 7339-.

Por su parte la demandada Obiol y la aseguradora Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. apelan por altos a fs. 1.147/1.148 -ingreso web n° 368459- todos los honorarios profesionales. Respecto de los honorarios de los peritos alegan que, no obstante que no resultaron condenados en costas -debido al rechazo total de la demanda-, puede serles requerido su pago, ya que a tales auxiliares les asiste el derecho de perseguir su cobro contra cualquiera de los litigantes, aún contra el no condenado en costas.

En el mismo escrito -"otrosi digo"- el letrado W. J. D., por derecho propio, apela sus honorarios por bajos.

II. a) La actora, en su memorial, se queja del rechazo de la demanda.

Invoca que quedó acreditada la relación causal ente el obrar profesional y el perjuicio sufrido por su parte porque entiende que los médicos demandados no utilizaron los medios a su alcance, destinados a su curación, poniendo su ciencia, diligencia y prudencia en el tratamiento, y que ninguna prueba se ha producido para abonar el eximente de responsabilidad de los demandados.

Considera que los accionados Obiol y Lagomarsino no hicieron lo que debían hacer, y que esto está probado ya que no previeron las consecuencias que eran previsibles: el proceso infeccioso en su mano derecha.

Señala como prueba de la relación causal entre los actos médicos y el daño producido, dos situaciones: a) la omisión de ordenar la resonancia magnética en el mismo acto de atención -o inmediatamente-, ya que fue prescripta recién el 28/10/2010. Expresa que debieron ordenarla porque era el único medio certero de diagnóstico "exacto" por sus resultados, para evitar las consecuencias posteriores -inutilidad de la mano derecha-; recordando que así lo afirmó el perito médico legista; b) la prescripción de un antibiótico erróneo -el día 1/11/2010- en un cuadro de celulitis consolidada, y que recién el día 5/11/2010 propusieron interconsulta con el infectólogo, y el día 8/11/2010 con el especialista Maletti.

Indica que la radiografía originaria fue inocua, haciendo equivocar el diagnóstico, con su consecuencia dañosa.

Cuestiona que, a pesar de que la jueza de grado destacó el mal proceder del perito médico traumatólogo, sólo lo sancionó con la pérdida del derecho a cobrar honorarios, cuando



correspondía, además, descartar esa dictamen pericial y dar preeminencia a la restante pericia médica.

Critica que la juzgadora de primera instancia se apartó de la pericia médico legal porque consideró que existen elementos probatorios que controvierten las conclusiones del dictamen, cuando la presencia de esquirlas que refirió el experto está detalla en la historia clínica y también en el informe de fs. 340 -manifestaciones de la médica Obiol en respuesta al auditor de la ART-.

Defiende el contenido del informe del perito Aroca y sostiene que sus explicaciones se encuentran debidamente fundadas y que, por ello, no pueden ser desestimadas, no existiendo ningún elemento probatorio con aptitud de provocar el apartamiento de sus conclusiones.

Manifiesta que los profesionales demandados no prestaron atención al estado de la actora como consecuencia del accidente de trabajo, habiéndole examinado la mano derecha a pesar del importante hematoma que se visualizaba -conf. fotografías numeradas 1, 2, 3 y 4-, y que debieron representarse la posibilidad del hallazgo de la resonancia magnética, calificando tal accionar de negligente.

Dice que según lo informado por el perito Aroca, las esquirlas constituyeron la causa de la infección, cuerpo extraño detectado en la resonancia realizada recién y tardíamente el día 30/10/2010. Agrega que, según el experto, este cuerpo extraño fue lo que provocó la infección por la bacteria "estafilococo aureus", ya que quedó alojado en las partes blandas entre 3° y 4° MTC, concluyendo que si se hubiese advertido precozmente, podría haber sido extraído y evitado la infección, complicaciones y secuelas.

Sigue diciendo que, constatado el hematoma y mucho edema era indispensable la indicación inmediata de RMN, alegando

que el hematoma sólo se infecta si entra en contacto con alguna bacteria o germen, produciendo la celulitis.

Describe la cronología de la atención médica que tuvo la actora, y transcribe declaraciones de los testigos Muñoz, Gómez, Luqui y Torres, señalando que sus dichos fueron claros, concluyentes y confirmatorios de lo expuesto en la demanda y en la pericia del médico Aroca.

Precisa algunas respuestas de los testigos Maletti y Gallardo Martínez en torno a la realización de la toilette en la mano de la actora y al cambio de tratamiento antibiótico. También refiere que el perito médico legista no formuló sus conclusiones en el marco de la probabilidad, como interpretó la sentenciante de grado, sino que lo hizo con la certeza afirmativa de lo expuesto, resaltando que no se le realizó un seguimiento diario a la paciente, y que de haber sido precoz el diagnóstico, y oportuno el tratamiento, las secuelas se hubieran disminuido.

Alega que existe nexo causal entre el estado de la actora y el accidente de trabajo (y sus lesiones) con las secuelas del evento, pero que estas secuelas fueron causadas por el obrar negligente de los profesionales involucrados. Resalta la demora en ordenar la resonancia, cuando ya habían observado la evolución desfavorable de la mano, conforme las fotografías acompañadas.

Vuelva sobre la conducta de los médicos Obiol y Lagomarsino, sosteniendo que omitieron las diligencias que exigía la atención adecuada de la actora -arts. 512 y 902 del CC-, y que, teniendo la obligación de haber obrado con mayor responsabilidad, lo hicieron en forma negligente.

Solicita se revoque la sentencia y se haga lugar a la acción entablada.

II. b) Al contestar el traslado del memorial, el demandado Lagomarsino solicita se declare desierto el recurso en los términos del art. 265 del CPCyC, porque considera que los

agravios no están identificados con claridad -siendo todo el escrito un solo agravio-, lo que le impidió ejercer cabalmente su derecho de defensa.

Subsidiariamente contesta lo que considera único agravio de la actora.

Acerca del apartamiento de la pericia del médico Aroca, rebate que la actora transcribió todo su contenido, a excepción de las respuestas que no le son favorables y cita la enumerada bajo el punto 5), en la cual el perito señaló que las posibles causas de las consecuencias que sufre la demandante pueden obedecer a que la toilette fue incompleta o insuficiente, o que la agresividad del germen, sumado a la administración de un antibiótico no específico, haya complicado la evolución clínica. Dice que este olvido del impugnante parcializa su análisis de la pericia.

Indica, en referencia a lo que el perito responde a fs. 715vta., que ninguna de las maniobras estuvieron a cargo de José Lagomarsino, y que el tema de la agresividad del germen demuestra que la evolución estuvo fuera de la previsibilidad.

Alega que su parte ha quedado fuera del momento en que el experto encuentra los errores de tratamiento y que, sin embargo, la recurrente se empeña en responsabilizar a él y a la médica Obiol, aun cuando tuvieron diferentes participaciones, funciones y responsabilidades en el proceso de cura.

Señala que las conclusiones del perito fueron oportunamente impugnadas, y que los testimonios que ofreció la actora han pretendido demostrar cómo cambió la vida de la señora Muñoz desde el accidente que le provocó las incapacidades que tanto los informes de la comisión médica como de los peritos han determinado que padece.

II. c) En la contestación de los agravios Seguros Médicos S.A. expresa que la actora enarbola el contenido de la

pericia médica del perito Aroca, pero omite las razones por las cuales fue desestimada, en parte, por la jueza de grado.

Sostiene que la jueza de primera instancia ha citado, para su decisión, conclusiones del perito Ginobilli en cuanto dictaminó que hubo cumplimiento de los protocolos de la especialidad en ortopedia y traumatología frente al caso de la actora, y que la incapacidad indicada en el dictamen obedece a la evolución tórpida de la patología, y no a la praxis médica; como así también que dicha prueba científica no fue refutada por prueba en contrario, y sí respaldada por las declaraciones testimoniales de Maletti y Gallardo.

II. d) Por su parte y en su responde, los demandados Alicia Obiol y la aseguradora Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. señalan que quedó demostrado que la atención de la actora fue correcta, y que no surge de la pericia médica realizada en la causa que se haya incurrido en una práctica médica incorrecta, o que se hayan omitido acciones puntuales en la atención de la señora Muñoz.

Ponen en duda la intencionalidad de la declaración testimonial de la hermana y del cuñado de la actora, alegando que si bien reafirman el relato de la demanda, los dichos no fueron corroborados por pruebas objetivas, producidas en el transcurso del proceso.

Dicen que la información brindada por los testigos - parientes y vecinos de la accionante- no modifica la conclusión del decisorio de grado: las complicaciones que afrontó la actora no resultan extrañas o ajenas a las patologías que presentaba.

Siguen diciendo que la resonancia magnética y demás estudios realizados fueron indicados conforme el cuadro clínico que presentó la paciente en cada consulta, y que se cumplieron con todas las intervenciones acordes a la patología que aquella presentaba: internación, cirugía, evaluación por infectólogo, cultivos, administración de antibiòticoterapia.

Expresan que no existen constancias en la causa que indiquen que el tratamiento recibido no fue el adecuado, puesto que el mismo perito actuante indica que él hubiera procedido de la misma manera, es decir, inmovilización con yeso del brazo y luego, al no lograr la reducción esperada, hubiera colocado una clavija por cirugía, procedimiento éste en el que tampoco se asegura una evolución sin incapacidad, puesto que depende de muchas circunstancias: eventualidades de la cirugía, rehabilitación, características personales de la paciente, infecciones.

Califican como disconformidades a las afirmaciones de la apelante en cuanto a las supuestas deficiencias de la atención médica impartida, ya que el fallo de grado ha determinado la ausencia de responsabilidad médica, en base a los únicos elementos objetivos del expediente: las pericias y las actuaciones de la comisión médica.

Manifiestan que existe consenso general en que la culpa subjetiva que exige el caso no queda configurada por el simple hecho de elección de un tratamiento o práctica entre varias posibles, de acuerdo a la ciencia médica, y que la regla es la libertad del demandado o deudor y su coacción, la excepción, conforme nota al art. 745 del CC.

Agregan que en medicina, el tratamiento refiere a la suma de medios a emplearse para la conservación de la vida, el mejoramiento de la salud, o, a veces, sólo para el alivio del dolor del paciente, en tanto que solamente existe responsabilidad cuando se ha aconsejado un tratamiento equivoco por error grave o inexcusable.

Hacen reserva del caso federal.

III.- Preliminarmente, y dada la pretensión del demandado Lagomarsino en orden a la deserción del recurso, entiendo que el memorial es claro acerca de los aspectos de la sentencia recurrida que causan agravio, razón por la cual no corresponde



acceder a lo peticionado, ya que la queja reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

IV.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de la parte actora, tenemos que la sentencia de primera instancia rechaza la demanda por entender que no se encuentra probado que el resultado dañoso final es consecuencia de la atención de los médicos demandados.

La queja de la actora gira, entonces, sobre esta relación de causalidad entre el daño sufrido en su mano derecha a raíz del accidente laboral acaecido el día 19 de octubre de 2010, y la atención médica brindada por los galenos demandados, invocando conductas y omisiones que considera han probado el nexo causal que permite responsabilizarlos civilmente.

Llega firme a esta instancia tanto el marco jurídico aplicado -Código Civil de Vélez Sarsfield-, como la calificación de la obligación profesional de los médicos demandados como de medios, encontrándose en cabeza de la actora la demostración de la culpa de los galenos.

En tal sentido y en la causa "Navarro Quezada c/ Policlínico Neuquén S.A." (expte. jnqci5 n° 459.800/2011, 1/8/2017), entre otras, sostuve: "Alberto Bueres señala que la prueba de la culpa médica no genera, per se, una presunción de causalidad entre dicha culpa y el resultado. La prueba de la relación de causalidad incumbe a la víctima -en este caso, sus hijos-, sin perjuicio de que pueda existir, de acuerdo a las circunstancias del caso, un aligeramiento de esa prueba en torno de la imputación material y a la adecuación de las consecuencias, o de ciertas consecuencias (cfr. aut. cit., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, 1991, T. 1, n° 22)".

La discrepancia de la apelante reside en la valoración del material probatorio, con especial referencia a la pericia médica, sosteniendo que la atención médica prestada por los

demandados no fue lo diligente, sobre todo en el tiempo, que requería el cuadro de la actora.

Indudablemente el informe pericial es, en acciones como la presente, la prueba fundamental; sin perjuicio de la consideración de otros elementos probatorios que puedan resultar de utilidad para la resolución de la litis.

La actora sufrió un accidente de trabajo -laborando para la Clínica San Agustín como personal de limpieza- que le provocó un traumatismo contuso de mano derecha. La atención inicial, brindada en la misma clínica, estuvo a cargo de la médica Obiol, siendo luego atendida por el médico traumatólogo Lagomarsino.

El perito médico legista explica, en su dictamen de fs. 682/685vta., que la demandante desarrolló una infección de tejidos blandos llamada celulitis, que fue diagnosticada el día 29 de octubre de 2010 y que como consecuencia de ello presenta: rigidez de la muñeca derecha, rigidez del primer dedo mano derecha con conservación de la función de oposición, rigidez del segundo, tercero, cuarto y quinto dedos de mano derecha, todos con pérdida de la función de pinza, lesión nervio radial M4-S2, lesión nervio mediano distal al 1/3 de antebrazo M4-S4, lesión nervio cubital distal al 1/3 de antebrazo M4-S2, e importantes cicatrices.

El dictamen pericial sostiene que el tratamiento realizado (inmovilización) es el indicado para el tipo de traumatismo que presentaba la actora, surgiendo de la historia clínica que la paciente demandaba un seguimiento clínico más estricto que el que se le brindó, insistiendo en la falta de seguimiento estricto de las lesiones sufridas durante los primeros días, a la vez que señala que el diagnóstico precoz y el tratamiento oportuno disminuyen las secuelas. Agrega que también ha existido demora desde que se detecta la complicación infecciosa y

hasta la posterior intervención de los médicos infectólogo, y especialista en mano.

Sin embargo, y yendo a las omisiones que indica el memorial, la no indicación de una resonancia magnética en la primera atención médica de la actora por parte de la demandada Obiol -19/10/2010- y por parte del demandado Lagomarsino -21/10/2010-, o inmediatamente después, no es un reproche a realizar a la conducta de los médicos, ya que no surge que ello constituya una conducta culposa de los mismos, ni en la pericia médica legista, ni en las respuestas a los pedidos de explicaciones -fs. 682/687vta., 710/711vta. y 716/718-.

El perito traumatólogo, en coincidencia con su par legista, al contestar las explicaciones solicitadas por el demandado Lagomarsino, sostuvo que frente a un traumatismo "nunca se solicita en principio resonancia magnética" y que tampoco se encuentra indicado para la primera consulta en el caso concreto de autos (conf. preguntas n° 8 y 9 y sus respuestas n° 5 y 6), resultando ajenas a esta cuestión la impugnación y el pedido de explicaciones que formuló la actora a dicho informe pericial.

En cuanto a la restante omisión alegada, no encuentro elementos de juicio que permitan colegir que los antibióticos prescritos por la médica Obiol resultaron erróneos, en atención a lo que surge de la historia clínica (conf. fs. 252, 254, 309, 311 y 1.052) y de la declaración de los testigos Gallardo y Maletti.

El testigo Gallardo -médico infectólogo, audiencia de fs. 810 videofilmada- explicó que en oportunidad de la interconsulta que se le efectuó por el caso de la actora aconsejó: "aumentar la dosis del antibiótico que venía recibiendo y sumar un antibiótico más...entendí que la dosis era baja a la que venía recibiendo y que por el sitio del proceso infeccioso justificaba aumentar la dosis y agregar otro antibiótico que tiene mejor acción en lugares cerrados".



Por su parte, interrogado el testigo Maletti -médico traumatólogo, audiencia de fs. 810 videofilmada- acerca de qué tipo de antibióticos se les suministra a los pacientes con lesión de las características de la de la actora, respondió: *"...el manejo de los esquemas antibióticos habitualmente lo hacen los médicos infectólogos. A grosso modo la cobertura que se hace con los esquemas antibióticos en los traumatismos, en las hematomas, es para cubrir los gérmenes que están en la piel, que son los gérmenes que suelen ser los que causan infecciones en el cuerpo, los más frecuentes son el esquema antibiótico inicial que nosotros llamamos antibióticoterapia empírica, que es cuando no sabemos qué bacteria está afectando. En caso de una bacteria al paciente se inicia con un antibiótico empírico, es decir se le da antibióticos que habitualmente son efectivos para la mayoría de las bacterias que suelen generar esas infecciones. Eso es un tema de estadística digamos. Eso lo manejan bien los infectólogos. Hay esquemas empíricos, siempre se empieza con eso y si en algún momento se detecta un germen, ya sea por una muestra o por una muestra de sangre o por lo que sea, se ajusta el tratamiento antibiótico al germen específico, pero generalmente con los tratamientos empíricos es suficiente para este tipo de lesión"*.

Surge, entonces, de la prueba aportada a la causa que el tratamiento brindado a la actora fue correcto y acorde al cuadro que presentaba la paciente: se inmovilizó, se aplicó antibióticoterapia empírica, luego ajustada por el médico infectólogo, como así también se realizó toilette quirúrgica con el objeto de remover los tejidos necrosados y drenar la zona de la lesión. Y por ello la cuestión relativa a las esquirlas y si ellas fueron o no causa de la infección no es relevante para la resolución de la apelación.

Sin embargo, y en esto disiento con la jueza de grado, existe un reproche a la conducta médica aquí implicada y que refiere, conforme lo ha señalado el perito médico legista, a los



tiempos de la atención brindada. El perito Aroca ha sido claro respecto a que el seguimiento de la situación de la actora no fue el que requería la lesión y su evolución posterior y que, además, también fueron tardías (el dictamen habla de demora) la interconsulta con el médico infectólogo y la derivación con el médico especialista en mano.

De acuerdo con la historia clínica de fs. 1.052/1.076, la actora sufre el accidente laboral el día 19 de octubre de 2010, y recibe atención médica por parte de la médica Obiol en esa misma fecha, indicándose que volviera el día 21 de octubre de 2010. En esta consulta la atiende el demandado Lagomarsino, y si bien advierte mucho edema en la mano y la inmoviliza con yeso -antes tenía férula-, cita a la paciente para control para el día 25 de octubre de 2010.

No consta que haya existido atención de la actora el día 25 de octubre de 2010, pero el día 28 de octubre de 2010 se solicita una RMN, la que se realiza el día 31 de octubre de 2010, constando también que el día 29 de octubre de 2010 comienza con aumento del edema en la mano que se extiende hasta 1/3 del antebrazo derecho, fiebre y manchas violáceas, con diagnóstico de celulitis, corroborado con ecografía, siendo en esta oportunidad atendida por guardia por la médica Obiol, quién solicita interconsulta con infectología y "NC con trauma hoy". Se indica próxima visita para el día 1 de noviembre de 2010.

El día 8 de noviembre de 2010 la médica Obiol solicita un turno urgente con especialista en mano, internándosela el día 11 de noviembre de 2010 para toilette quirúrgica, a cargo del médico Maletti.

De lo dicho se sigue que se realiza la toilette quirúrgica 23 días después del accidente y la primera atención, y 13 días después de diagnosticada la infección, a la vez que mediaron 2 días entre la primera atención y el primer control, y 8

días entre este primer control (que indicó la existencia de mucho edema) y el segundo, donde se diagnostica la infección y el avance sobre el antebrazo.

Entiendo que los lapsos temporales, conforme lo indica el perito médico legista, no son acordes al cuadro que presentaba la actora, sobre todo el existente entre el primer control y la atención por guardia el día 29 de octubre de 2010, momento en el que se advierte la existencia de celulitis y su importante avance sobre el antebrazo. Va de suyo que la aparición de la infección y la invasión del antebrazo podría haberse detectado precozmente, si no hubieran transcurrido 8 días sin control sobre la lesión.

De igual modo, entiendo que dada la gravedad de la situación, tampoco tendría que haberse esperado 13 días para realizar la toilette quirúrgica.

Llama la atención el importante avance de la infección en oportunidad en que ésta es diagnosticada, ya que de situarse la lesión inicial en el dorso de la mano, entre los dedos medio y anular, cuando se advierte la celulitis la infección había llegado al antebrazo, afectando un tercio de esta zona. Ello pone de manifiesto que hubo una conducta negligente por parte de los profesionales médicos en el control de la lesión, ya que de haberse éste realizado con la frecuencia acorde a la situación de la actora, la infección tendría que haber sido advertida en su etapa inicial, y no cuando su avance ya afectaba el antebrazo de la paciente.

Igual sucede con la toilette quirúrgica, llevada a cabo trece días después de diagnosticada la celulitis. El perito médico legista ha sostenido que "Es peligroso dejar tejido desvitalizado, debe ser removido a la brevedad" (fs. 684). No paso por alto que la realización de este procedimiento estuvo a cargo del médico especialista en mano, quién no ha sido demandado en autos, pero la demora en el drenaje de la lesión y remoción de los

tejidos necrosados es, en parte, responsabilidad de los accionados, porque la intervención del profesional especialista no fue requerida en tiempo oportuno, demora que, a su vez, retardó la toilette quirúrgica.

Ricardo Luis Lorenzetti explica: *"Las coordenadas espacio-temporales cobran suma importancia cuando el juez debe considerar la culpa.*

*"En lo que hace al tiempo, se tomará en cuenta en primer lugar el tiempo cronológico o histórico. Ello porque no se puede juzgar a un médico actuante en una clínica de grandes proporciones en una gran ciudad con los mismo criterios que se aplicaban al médico de la familia del siglo XIX. Es imprescindible una actualización de las pautas de evaluación, no sólo jurídicas sino también sociológicas de que dispone el juzgador.*

*"En segundo lugar deberá considerarse el tiempo psicológico. Es el tema de la urgencia en la prestación invocada como atenuante de una conducta negligente, situación en la que no se adoptaron todas las precauciones por la premura del caso. Es necesario estar muy atentos para el juzgamiento de tales estados.*

*No se debe olvidar que la urgencia es moneda corriente en la prestación de salud y no se trata de una situación que absorba la atención del facultativo de manera tal que justifique el olvido de las precauciones; el médico está acostumbrado a la urgencia" (cfr. aut. cit., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. II, pág. 94/95).*

Carlos A. Calvo Costa precisa que un ineficaz seguimiento y control del tratamiento indicado -que implica la necesidad de que el médico siga de cerca el cuadro de evolución del paciente-, compromete la responsabilidad del profesional del arte de curar (cfr. aut. cit., "La responsabilidad civil ante el error médico", TR LL AR/DOC/3306/2007).

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia ha determinado la responsabilidad de los profesionales médicos por la infección que padeció el actor y que desembocó en la amputación de una de sus piernas, ya que ello fue resultado del obrar imperito de los profesionales, puesto que el riesgo era previsible y también evitable (cfr. Sala I, "Godoy c/ Gobierno de la Provincia del Chaco", 9/4/2013, TR LL AR/JUR/9164/2013).

En autos, la infección de la lesión era previsible, y por ello en la atención inicial se le indicó a la actora tratamiento antibiótico, más luego se incurrió en negligencia en el control del tratamiento indicado, permitiendo que la infección avanzara, y, además, detectada esta última, no se actuó con la urgencia que la situación exigía, demorando la intervención del médico especialista en mano y la realización de la toilette quirúrgica. Negligencia que adquiere caracteres de gravedad, en tanto la atención de la paciente se llevó a cabo en un centro médico que contaba con la infraestructura suficiente como para que se llevara a cabo una atención temporalmente adecuada de la dolencia de la demandante. Y, de tal modo, el obrar de los accionados resulta reprochable de conformidad con la disposición del art. 902 del CC en cuanto determina que "Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos"

Lo dicho determina que he de propiciar la revocación de la sentencia de primera instancia, en tanto existe responsabilidad de los médicos demandados, derivada de su obrar negligente.

V.- Sentado lo anterior, corresponde analizar la extensión de la responsabilidad de los demandados.

En la ya citada causa "Navarro Quezada c/ Policlínico Neuquén S.A." dije: "*La Suprema Corte de Justicia de la Provincia*



de Mendoza -Sala I-, con primer voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, señaló que la culpa médica puede provocar un daño que no consiste en la muerte ni la invalidez del paciente, sino en la pérdida de chances ciertas de prolongar una vida útil -al privarlo de chances de sobrevivir o vivir con una incapacidad menor- (autos "Marchena c/ Dimensión S.A.", 23/6/2003, JA 2004-I, pág. 494).

"Se explica en el precedente señalado en el párrafo anterior, y luego de una extensa reseña de las posiciones doctrinarias -extranjeras y nacionales- y de la jurisprudencia, que: "La primera conclusión es afirmar la existencia del llamado daño intermedio. Me parece evidente que, a veces, la culpa médica (por omisión o por comisión) está en relación causal con un daño que no es la muerte ni la invalidez en sí misma, sino las chances ciertas de prolongar una vida útil. En estos casos, cuando el paciente se encuentra en una situación en que el ejército de los malos, las fuerzas de la enfermedad de las que habla Luis González Morán, tienen posibilidades de ganar la guerra, pero las fuerzas de la salud tienen altas probabilidades de prolongar la vida útil del paciente, posibilidades que se pierden por culpa médica, no reconocer este daño puede conducir a una solución injusta, cualquiera sea las alternativas por las que se opte.

"Si no se indemniza, el ordenamiento no da respuesta a un verdadero daño, culposamente causado; así, el médico que culposamente no detecta un cáncer en su estadio inicial, priva al paciente de chances de sobrevivir o de vivir con una incapacidad menor...Si se condena al médico a indemnizar la muerte o la incapacidad, se repara un porcentaje superior al daño efectivamente causado, pues lo cierto es que esas fuerzas del mal también tienen su propia capacidad de reacción; por esta vía, la de la indemnización integral de la muerte o la invalidez, se camina decididamente a la teoría de la indiferencia de la concausa, o a la teoría de la *conditio sine qua non*, ambas, de resultado injusto".

*"Ricardo Luis Lorenzetti sostiene que en la responsabilidad médica es muy importante la discriminación de lo que produce el actuar galénico y lo que causa la enfermedad a fin de determinar la autoría causal. Explica el autor citado: "El paciente llega enfermo y su enfermedad tiene su propio curso causal: llega dañado y puede empeorar si la enfermedad continúa, o curarse. Hay entonces un curso causal determinado por la enfermedad...El médico puede no desarrollar ninguna prestación, debiendo hacerlo. En este caso no causó directamente ningún daño, ya que no hay un obrar comisivo sino una abstención. Esta omisión resulta dañosa porque priva al paciente de la chance de curación" (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 214/215).*

*"La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, afirmó, en autos "F., K.E. c/ Clínica Cruz Celeste S.A." (LL AR/JUR/79531/2014) que en materia de responsabilidad médica se plantea claramente la pérdida de chance ya que la omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o de sanar. Resulta indudable, continúa diciendo el tribunal citado, que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente".*

Trasladando estos conceptos al caso bajo examen, la infección de la lesión sufrida por la actora es un riesgo previsible y, por ello -reitero-, en la primera atención se le indicó tratamiento antibiótico. Ahora bien, el perito médico legista sostiene que el diagnóstico precoz y el tratamiento oportuno disminuyen las secuelas, y en estas actuaciones el negligente control de la evolución de la paciente impidió tanto el diagnóstico precoz como el tratamiento oportuno.

Sin embargo, no puede achacarse a los médicos demandados la producción de la infección en tanto, insisto, es un



riesgo propio de toda lesión y que puede de todos modos aparecer, más allá de los cuidados recibidos y antibióticos suministrados, como así también que esa infección tiene una evolución natural que depende de muchos factores. La Organización Mundial de la Salud define a la infección como la entrada, desarrollo y multiplicación de un agente infeccioso en el cuerpo de una persona o animal, y por ello y a pesar de la atención médica, puede ese agente infeccioso ingresar al organismo, desarrollarse y multiplicarse. Este último es un hecho notorio, conocido por la sociedad en la actualidad.

Tampoco podría, dado las características de la obligación de los profesionales médicos -obligación de medios- exigírseles la evitación total de la infección. Pero sí, el inadecuado control del tratamiento indicado a la paciente ha producido que ésta se viere privada de la oportunidad que la infección se curara, con o sin secuelas incapacitantes, y en este último caso, que dichas secuelas fueran menores a las que tiene actualmente.

No conocemos cuál habría sido el resultado obtenido de habersele brindado un seguimiento adecuado del tratamiento, o de haberse intervenido, una vez detectada la infección, con la premura que el caso ameritaba, pero razonablemente se puede presumir que si la conducta de los demandados hubiera sido diligente la actora hubiera tenido chances ciertas de curación sin incapacidad o con una incapacidad sensiblemente menor.

Y es esta pérdida de chance lo que corresponde indemnizar en el sub lite.

En la causa "Soto c/ Provincia del Neuquén" (expte. jnqci2 n° 512.329/2016, 2/11/2022) adherí al voto de mi colega de Sala, quien sostuvo: *"En ese sentido, a partir de la posibilidad cierta de infecciones luego de la cirugía, como así también que ese hecho fue puesto en conocimiento de la actora pues en su declaración confesional reconoció haber firmado el consentimiento*



informado, aun cuando la pretensión se haya calificado de otra manera, en la medida que el tema se haya tratado y se encuentre acreditado, es posible que la indemnización se otorgue a título de pérdida de chance pues es esa la circunstancia que está probada.

"La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha señalado al respecto: "... Si bien la pérdida de chance -del francés: ocasión o posibilidad- como tal, no se encuentra estrictamente solicitada en autos, es la idea que cabe aplicar en el caso (...). Ello, ante la facultad para la aplicación de las normas le es otorgada al sentenciante por aplicación del principio contenido en el aforismo *iura novit curia*: el conflicto debe ser resuelto según correspondiere por ley (art. 153, inc. 6° del CPCCN) (...). En ese orden de ideas, la amplitud de poderes de los magistrados, permite seleccionar de entre varias soluciones posibles, la que se estima más adecuada a la realidad juzgada; todo juez tiene el deber de conocer el derecho que ha de aplicar para la solución del conflicto, con base en los hechos expuestos como litigiosos; y con prescindencia de la denominación o encuadramiento jurídico dado por los litigantes a sus pretensiones" (CNCom, Sala A, "Epet S.A. c. Banco de Crédito Argentino", fallo del 27/12/2007, La Ley Online). En el mismo sentido: "La fijación de una reparación en concepto de 'pérdida de chance de ganancia' pese a haber el actor solicitado otra reparación -en el caso, lucro cesante-, no afecta el principio de congruencia, pues a los jueces le incumbe la determinación del derecho aún prescindiendo de las articulaciones jurídicas hechas por las partes" (CNCiv. Com. Fed., Sala II, "Hawk Air S.A. c. Estado Nacional", fallo del 26/10/2000, La Ley Online). Concordemente, ha dicho el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba: "No resulta lesiva al principio de congruencia la sentencia que por aplicación del principio '*iura novit curia*' proyecta una alteración del nomen juris, en tanto no afecta los términos de la litis, por cuanto modifica la indemnización del rubro lucro cesante pretendida por el actor, por

*la reparación de la pérdida de chance económica" (TSCórdoba, Sala civil y comercial, "Poratti, Ana M. c. Gianre, Héctor L. Y otros/rec. de casación", fallo del 16/9/2004, LLC, 2005-170). (voto del Dr. Li Rossi en T., A. R. y otro c. Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux. • 11/05/2012 CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA A-AR/JUR/25171/2012)".*

Dado que los demandados no han de responder por el 100% del daño ocasionado a la demandante, corresponde graduar el porcentaje a asignar a la responsabilidad de los profesionales médicos en el acaecimiento de las consecuencias dañosas.

Teniendo en cuenta el informe pericial producido por el médico legista, y de acuerdo con los argumentos desarrollados en oportunidad de determinar la existencia de responsabilidad civil derivada de la actuación de los médicos demandados, estimo que las oportunidades o chances de curación de la actora sin incapacidad o con una incapacidad menor, de no haber mediado el obrar negligente de los accionados, hubieran sido del 70% y, por ende, la parte demandada debe responder por dicho porcentaje.

VI.- De acuerdo con los términos de la demanda, la actora reclama la indemnización por daño físico, daño moral, lucro cesante, gastos futuros, daño estético y daño psicológico.

Comienzo el análisis por la indemnización por daño físico.

El informe pericial médico ha determinado que la actora presenta una incapacidad del 87%.

Aclaro aquí que elijo el método de la suma directa, y no el de Balthazar, dado que nos encontramos en el ámbito del derecho civil, y no en la acción de la ley 24.557, donde obligadamente corresponde utilizar el segundo de los métodos señalados. Ello así porque la acción promovida por la parte actora busca la reparación integral del daño producido, a diferencia de lo que sucede en la acción de la Ley de Riesgos del Trabajo donde

solamente se resarce la incapacidad para el ámbito laboral, además de justamente por utilizarse la metodología de la capacidad restante, el porcentaje de minusvalía laboral debe ser complementado por los factores de ponderación -ausentes en autos-.

De acuerdo con el recibo de haberes obrante a fs. 19 del expediente jnaqla4 n° 500.514, que obra agregado por cuerda, el salario de la actora al momento del accidente era de \$ 3.344,19 (salario bruto de \$ 3.240,13 más descuento por falta injustificada de \$ 104,06); en tanto que la edad de la demandante al momento del hecho dañoso era de 33 años. Por aplicación de la fórmula "Méndez", adoptada por esta Cámara de Apelaciones para supuestos similares, la indemnización por daño físico correspondiente a la actora asciende a \$ 1.388.139,45, y conforme el alcance de la responsabilidad de los demandados, éstos responden por la suma de \$ 971.697,62.

Llegado a este punto, corresponde que determine los intereses que devengará este capital. Al fallar la causa "Lafit c/ Centro de Medicina Integral del Comahue S.A." (expte. jnqla6 n° 511.164/2017, 17/11/2022) esta Sala II señaló lo siguiente: "*...la judicatura tiene la obligación de encontrar medios que permitan mantener el poder adquisitivo de la moneda, sobre todo en el marco de procesos inflacionarios como el que hoy se vive en el país, de modo tal que el acreedor no vea disminuido (o licuado) su crédito por el incumplimiento culpable (mora) del deudor, ya que tal proceder es contrario a la ética de las relaciones humanas, que indica que no puede estar en mejor posición o ser favorecido aquél que incumple la ley o la palabra contractualmente comprometida.*

*"Conforme lo sostienen Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos la inflación tiene consecuencias graves desde la perspectiva jurídica pues afecta (o lisa y llanamente destruye) las principales funciones del dinero: ser unidad de cuenta, instrumento de cambio e instrumento de pago. "No sirve como medida de valor de bienes porque, por su propia inestabilidad, se*

*convierte en un metro cada vez más corto al que los particulares miran con desconfianza a la hora de contratar. Tampoco es útil como instrumento de cambio, pues como fruto de su envilecimiento, no satisface las exigencias mínimas que debería reunir para el intercambio equitativo, que presupone un valor constante de aquello que se entrega a cambio de un bien o servicio.*

*"Las secuelas negativas terminan proyectándose, lógicamente, a su aptitud como instrumento de pago, ya que los ciudadanos rehúyen de ella y buscan otras monedas más estables y seguras que permitan una mejor adecuación entre lo debido y lo pagado, entre aquello que fue querido por las partes y lo que es motivo de cumplimiento.*

*"...El principio nominalista, en un sentido amplio, es aquél que otorga relevancia jurídica al valor nominal del dinero. En sentido específico, es la regla según la cual la obligación pecuniaria se extingue de conformidad con su importe nominal... Esta doctrina aparece fundada en la premisa de que los valores nominal y real siempre coinciden; sin embargo, cuando esa ficción choca con la realidad económica, no puede servir de base para soluciones justas.*

*"...El nominalismo tiene dos posibles variantes en su formulación:*

*"Una de carácter relativo, que lo recepta de modo general pero permite su apartamiento mediante la inserción convencional, legal y judicial de mecanismos de ajuste. Tal es la solución que impera en la mayor parte de los países occidentales...Otra más absoluta conforme la cual el nominalismo es inderogable por voluntad de las partes e imperativo. Un sistema donde el orden público cierra las puertas a todo apartamiento por vía legislativa, judicial o convencional. Es el caso de Alemania...Es también el sistema que equivocadamente ha mantenido el nuevo código*

civil y comercial" (cfr. aut. cit., "Tratado de Obligaciones", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017, T. I, pág. 411/416).

"Ahora bien, teniendo en cuenta la tajante prohibición de repontenciar la deuda de autos, derivada de la ley 23.928 -cuya validez constitucional no ha sido puesta en tela de juicio-, y la vigencia del principio nominalista en nuestro derecho interno, el instrumento legal al que puede acudirse para proteger el crédito del trabajador de autos es la tasa de interés.

"Esta también fue la conducta seguida por el Tribunal Superior de Justicia al sentar doctrina en autos "Alocilla Luisa c/ Municipalidad de Neuquén" (expte. nro. 1.701/2006, Acuerdo n° 1.590 de fecha 28 de abril de 2009 y del registro de la Secretaría de Demandas Originarias). En el voto del señor ministro que se pronunció en primer lugar se dice: "...abandonado el régimen de convertibilidad cambiaria y, ante el cambio de escenario económico que se produjo a partir de ello, la fijación judicial de los intereses volvió a adquirir especial gravitación, por cuanto esta decisión debe compatibilizar dos directivas que aún se mantienen vigentes: por un lado, la prohibición de recurrir a cláusulas de ajuste y mecanismos de actualización; por el otro, mantener incólume el contenido económico de la sentencia. En este marco, el interés además de reparar el daño producido por la mora, adquiere también la función de salvaguardar el valor del capital adeudado contra la inflación.

"En otros términos, en el contexto económico actual, corresponde aplicar una tasa de interés que contemple la expectativa inflacionaria y no sólo que compense la falta de uso del dinero. Si la tasa de interés aplicada se encuentra por debajo de la línea trazada por la evolución de la inflación incumplirá el mandato legal de mantener incólume la condena y lesionará la garantía constitucional al derecho de propiedad, amén de colocar al deudor moroso en mejor situación que la del cumplidor; por encima de aquél índice, será preciso advertir en qué medida el paliativo



*interés deja de cumplir esa función para convertirse en una distorsión del correcto sentido de la ley (cf. Acuerdo 21/04 del Registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios Civil)“.*

*“Como ya lo señalé, la mora de la demandada operó el día 17 de febrero de 2017 -fecha en la que tendría que haber abonado lo que hoy constituye el capital de condena-. Si comparamos los índices de inflación (IPEC, conforme INDEC) con la evolución de la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, se advierte que, con alguna fluctuación, la tasa es positiva durante los años 2017 a 2020, pero a partir del año 2021 y hasta el presente existe un desfase entre la tasa de interés referida y la evolución del índice de inflación, ubicándose la primera muy por debajo del segundo.*

*“De acuerdo con la información brindada por la Dirección de Estadísticas y Censos de la Provincia del Neuquén ([www.estadisticasneuquen.gob.ar](http://www.estadisticasneuquen.gob.ar)) la variación interanual a septiembre de 2022 del IPC fue 85,02% cuando la tasa activa del BPN acumulada por el mismo período arroja un resultado de 43,51%.*

*“Esto demuestra que la sola tasa activa del Banco Provincia del Neuquén es insuficiente para reparar al actor de los daños producidos por la mora de la demandada, que incluye la depreciación del valor de la moneda nacional.*

*“Consecuentemente, teniendo en cuenta que la tasa de interés activa del Banco Provincia del Neuquén -conforme publicación del Gabinete Técnico Contable del Poder Judicial- fue positiva desde la fecha de la mora y hasta el 31 de diciembre de 2020 -más allá de algunas fluctuaciones mensuales, luego compensadas- ella se mantendrá por ese período, aplicándose a partir del 1 de enero de 2021 y hasta el efectivo pago dos veces dicha tasa activa. La duplicación de la tasa por el período indicado permite compensar al demandante por la desvalorización de la moneda nacional, a la vez que resarce los restantes daños que*

*pudo haber sufrido como consecuencia de la privación de uso del capital”.*

De acuerdo con estas premisas, esta Sala II optó por establecer el doble de la tasa activa del BPN, sin embargo la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió, en autos “García c/ UGOFE S.A.” (sentencia de fecha 7/3/2023, Fallos: 346:143) desestimar la duplicación de la tasa activa, sosteniendo que cuando corresponde estar a lo dispuesto en el inciso c) del art. 768 del CCyC, estos es, las tasas fijadas por el Banco Central, la referida duplicación no se deriva de una reglamentación del Banco Central, por lo que no puede subsumirse en la manda legal citada.

El tribunal también reflexionó allí sobre que la facultad conferida a los jueces para variar la tasa de interés es en punto a morigerarla en la medida en que resulte desproporcionado, más no comprende la posibilidad de decidir su aumento sin reglamentación que la sustente, de modo que es forzoso concluir en que se debe recurrir a una tasa bancaria y pública, que refleje el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación.

Con esa directriz, y de conformidad con el análisis oportunamente efectuado para arribar a la decisión de duplicar la tasa activa, resulta procedente adoptar la tasa efectiva anual -a la que deberá restársele el IVA- que aplica el Banco Provincia del Neuquén para otorgar “Préstamos Personales- Canal de Venta Sucursales”, reflejando ello el precio del dinero que se debe afrontar para el caso de no contar con su disponibilidad.

Conforme lo dicho, y considerando que la indemnización por incapacidad sobreviniente ha sido fijada conforme valores vigentes a la fecha del hecho dañoso, este capital devenga intereses desde la fecha de la mora -la que fijo en el día 29 de octubre de 2010, oportunidad en la que se constata el daño- y hasta el 31 de diciembre de 2020, de acuerdo con la tasa activa del Banco

Provincia del Neuquén -conforme precedente "Lafit"-, y a partir del 1 de enero de 2021 y hasta su efectivo pago, estos intereses se liquidarán de acuerdo con la tasa efectiva anual -restándose el IVA- que aplica el mismo banco para otorgar "Préstamos Personales - Canal de Ventas Sucursales".

VII.- La parte actora también reclama indemnización por lucro cesante.

Al sentenciar la causa "Aiven S.A. c/ Provincia del Neuquén" (expte. jnqci2 n° 442.099/2011, 29/5/2014) dije: *"Tal como lo señalan Marcelo López Mesa y Félix A. Trigo Represas ("Tratado de la Responsabilidad Civil", Ed. La Ley, 2006, T. "Cuantificación del daño", pág. 77), el lucro cesante es la ganancia o utilidad de que se ve efectivamente privado el damnificado a raíz del ilícito o el incumplimiento de la obligación.*

*"El lucro cesante no se presume sino que quién lo reclama debe acreditarlo. Como lo señalé en autos "González c/ Consejo Provincial de Educación" (P.S. 2011-I, n° 31), no se requiere de una certeza absoluta respecto de la existencia del lucro cesante, pero tiene que existir una probabilidad cierta de que, de no haber ocurrido el hecho, la ganancia habría sido obtenida por el damnificado, apreciado ello con criterio objetivo y de acuerdo con las circunstancias del caso".*

De acuerdo con la fundamentación de esta pretensión resarcitoria, la parte actora reclama que se la indemnice por la pérdida de su capacidad de ganancia (por dejar de percibir salarios) como consecuencia de haber sido despedida con posterioridad al accidente de trabajo.

En realidad la pérdida de la capacidad de ganancia se repara con la indemnización por incapacidad sobreviniente, que toma en cuenta, entre otras variables, los ingresos de la víctima en oportunidad del hecho dañoso y la edad jubilatoria.

Ahora bien, esta pérdida de la capacidad de ganancia se ha hecho en autos, de acuerdo con el porcentaje de incapacidad asignado a la demandante (87%).

Por ello, teniendo en cuenta que la demandante se desempeñaba al momento del accidente en relación de dependencia cabe considerar que para el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social, la incapacidad que presenta la demandante se equipara a una incapacidad total (por ser superior al 66% del VTO). Esto significa que, más allá de la posibilidad de obtener el beneficio jubilatorio por invalidez (respecto del cual no existen en autos pruebas sobre su efectiva concesión), la accionante ya no pudo reinsertarse en el mundo del trabajo en relación de dependencia a partir del despido decidido por la empleadora.

Esta imposibilidad total de desempeñarse en algún trabajo en relación de dependencia constituye, en mi opinión, un lucro cesante que merece reparación, en tanto, de no haber sucedido el hecho dañoso, la demandante razonablemente tenía expectativas de conseguir mayores ingresos mediante su desempeño laboral, definitivamente frustrado por la incapacidad física que presenta.

Teniendo en cuenta que la afectación de la capacidad de ganancia de la parte actora fue resarcida por el porcentual del 87% de incapacidad, entiendo que el resarcimiento por el lucro cesante debe representar la diferencia entre este 87% -ya indemnizado- y el 100% de incapacidad -porcentaje al que se equipara su incapacidad en el ámbito laboral-.

Si aplicamos la fórmula Méndez con los elementos ya utilizados, con excepción del porcentaje de incapacidad que llevamos al 100%, obtenemos un resultado de \$ 1.595.562,59, y restándole el resultado obtenido con un 87% de incapacidad (\$ 1.388.139,45), la diferencia es de \$ 207.423,50, monto en el que se fija la indemnización por lucro cesante; y considerando el

porcentaje de responsabilidad de los demandados, éstos responden por la suma de \$ 145.196,45.

Este capital devenga similares intereses a los fijados para la indemnización por incapacidad sobreviniente, en tanto se encuentra valorado a la época del hecho dañoso y por iguales razones a las dadas en el Considerado VI.-: tasa activa del Banco Provincia del Neuquén desde el 29 de octubre de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2020, y a partir del 1 de enero de 2021 y hasta su efectivo pago, tasa efectiva anual para "Préstamos Personales - Canal de Ventas Sucursales" -menos IVA- del mismo banco.

VIII.- En lo que refiere al daño psicológico y al daño estético cuya reparación se reclama en la demanda, esta Sala II en anterior y en actual composición se ha manifestado respecto de que no constituyen, en principio, categorías autónomas, sino que corresponde que este tipo de menoscabos sean encuadrados, a los fines de su indemnización, dentro del daño patrimonial o del daño extrapatrimonial, conforme corresponda.

En autos "De Laurentis c/ Moreno" (expte. jnqci2 n° 390.658/2009, 19/4/2016), entre otros, me he expedido respecto de la falta de autonomía del daño psicológico o psíquico, en orden a su reparación, sosteniendo, en adhesión al voto de quién entonces era mi colega de Sala: *"...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: “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)".

Esta posición también es sustentada por la jurisprudencia y por la mayor parte de la doctrina.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha sostenido que la lesión a la psiquis no constituye un perjuicio autónomo y distinto de la incapacidad sobreviniente, pues se trata, en ambos casos, de lesiones que producen una merma en la capacidad del sujeto para realizar actividades patrimoniales mensurables, siendo esta disminución lo que en definitiva constituye el daño resarcible (cfr. Sala A, "D., L.E. c/ K., S.D.", 31/8/2015, LL AR/JUR/35793/2015).

En igual sentido, José Luis Correa explica que "El daño psíquico es una lesión, una perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio preexistente. Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero, sea como situación estable o bien accidental y transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación... En materia resarcitoria, el daño psicológico reconoce autonomía conceptual pero no independencia resarcitoria, es decir, no involucra la existencia de un tercer género de daños aparte de las dos categorías reconocidas de daños patrimoniales y extrapatrimoniales (cfr. aut. cit., "Accidente entre automóvil y bicicleta.

*Responsabilidad objetiva. Reparación plena. Intereses moratorios”, LL AR/DOC/2757/2019).*

*Consecuentemente, y si bien puede presumirse la existencia del daño psíquico que invoca la apelante, en atención a la magnitud de la pérdida sufrida como consecuencia del accidente de tránsito, no se cuenta con elementos probatorios que permitan conocer si tal daño importa un menoscabo en la capacidad de ganancia de la víctima, o requiere de la realización de gastos a efectos de afrontar su tratamiento.*

*Lo dicho lleva a que el daño psicológico que pueda sufrir la actora sea reparado a través de la indemnización por daño moral, conforme lo ha hecho la a quo”.*

En parecidos términos me he manifestado con relación al daño estético en autos “Ruiz c/ Taboada” (expte. jnqci5 n° 508.475/2015, 19/7/2018), sosteniendo que la afectación de la estética del ser humano, o produce una disminución patrimonial para el sujeto y, en tal caso es daño material, o incide en su esfera espiritual y, en ese caso, es daño moral.

Consecuentemente se rechaza la reparación autónoma de ambos rubros (daño psicológico y daño estético), sin perjuicio de su valoración en oportunidad de analizar la indemnización por daño extrapatrimonial.

IX.- Pretende la actora la cobertura de gastos futuros, derivados de la necesidad de contratar una persona que la auxilie en las tareas domésticas, dada la imposibilidad de utilizar su miembro superior hábil (derecho).

Teniendo en cuenta la afectación de la mano y antebrazos derechos de la actora y el grado de incapacidad que ello le ocasiona resulta razonable que deba acudir al auxilio de una persona que la ayude o colabore con las tareas de cuidado del hogar, como así también de cuidado personal.



A efectos de cuantificar este rubro indemnizatorio, y si bien entiendo que la actora va a necesitar de auxilio externo por el resto de su vida, la demanda limita el lapso temporal de contratación de personal asistente a cinco años, por lo que me he de atener a dicho lapso.

Conforme lo publicado en la página web del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, el salario mensual para el personal de casas particulares, para tareas generales con retiro, asciende al mes de junio de 2023 a la suma de \$ 95.345,50, debiendo agregarse el adicional por zona desfavorable -\$ 28.603,65 (30%)-, por lo que la remuneración total es de \$ 123.949,15, y multiplicada esta suma por 60 meses (5 años), la operación arroja un resultado de \$ 7.436.949,00.

Teniendo en cuenta que también deberá abonar la actora el adicional por antigüedad y los aportes patronales, estimo la reparación por gastos futuros por contratación de personal auxiliar en \$ 8.000.000,00, y teniendo en cuanto el porcentaje por el que responden los demandados, la condena para ellos es por la suma de \$ 5.600.000,00

Dado que la reparación antedicha ha sido fijada a valores actuales, la misma devenga intereses desde la fecha de la mora y hasta la de la sentencia de segunda instancia a liquidar de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y a partir del día siguiente al del dictado de la sentencia referida y hasta el efectivo pago, los intereses se liquidarán de acuerdo con la tasa efectiva anual para "Préstamos Personales - Canal de Ventas Sucursales" -menos IVA- del mismo banco, por los fundamentos dados al analizar la indemnización por incapacidad sobreviniente, a los que me remito por razones de brevedad.

En cuanto a los gastos para tratamientos futuros, la pericia médica no indica la necesidad de ningún tratamiento futuro, en tanto que la pericia psicológica aconseja la realización de un

tratamiento, con un año de duración, con frecuencia semanal, a razón de \$ 580,00 cada sesión (fs. 828).

Dado que en un año contamos con 48 semanas, el costo total del tratamiento es de \$ 27.840,00, y computando la limitación de la responsabilidad de los demandados, la condena por este rubro asciende a \$ 19.488,00.

En atención a que los valores tomados en cuenta se corresponden a noviembre de 2019, este capital devenga intereses desde la fecha de la mora y hasta el 31 de octubre de 2019 de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén, entre el 1 de noviembre de 2019 y el 31 de diciembre de 2020, de acuerdo con la tasa activa del mismo banco, y a partir del 1 de enero de 2021 y hasta el efectivo pago, conforme la tasa efectiva anual para "Préstamos Personales - Canal de Ventas Sucursales" -menos IVA- del mismo banco, por los fundamentos dados al analizar la indemnización por incapacidad sobreviniente, a los que me remito por razones de brevedad.

X.- Resta por analizar la reparación por daño moral o extrapatrimonial.

A fin de valorar los factores de justipreciación del daño moral, en la causa "Muñoz c/ Carrara" (expte. jnqci6 n° 513.926/2016, 10/2/2021), entre otras, he señalado: *"Con relación al monto de la reparación del daño moral hace ya tiempo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado una clara directriz rechazando las sumas simbólicas o exiguas, por considerarlas violatorias del principio alterum non laedere que surge del art. 19 de la Constitución Nacional (autos "Santa Coloma c/ E.F.A.", 5/8/1986, Fallos 308:1.160).*

*"Sin embargo, tampoco puede fijarse un monto en concepto de reparación del daño moral que, por su magnitud, desvirtúa la finalidad de esta reparación. Esto también ha sido señalado por la corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener*



que, siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria, sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que justamente desvirtúe la finalidad de la reparación pretendida (autos "Quelas c/ Banco de la Nación Argentina" 27/6/2000, LL 2001-B, pág.463)".

"Rubén H. Compagnucci de Caso sostiene que "El mayor problema que suscita la reparación del daño extrapatrimonial o moral es la cuantificación o medida de su indemnización".

"Es que paradójicamente uno de los argumentos centrales de quienes rechazan la categoría y su juridicidad indica el carácter arbitrario que tiene su determinación judicial".

"Nos encontramos en la zona más dificultosa de toda esta materia, ya que las teorías que sostienen su carácter resarcitorio, el importante contenido de ética que lo engloba y la inocultable tendencia hacia la justicia del caso concreto, llevan a pretender una justa y adecuada reparación económica... Señala Pizarro, quien ha estudiado el tema con profundidad y erudición, que es preciso no confundir la valoración del daño con la cuantificación del daño; y en el caso del daño moral primero es necesario establecer su contenido intrínseco, las variaciones en el tiempo por su agravación o disminución y el interés espiritual lesionado; luego de ello determinar su entidad en el plano indemnizatorio cuantificando la indemnización ... Debo señalar que el quantum dinerario por el daño moral tienen independencia absoluta de los de orden patrimonial. Para su estimación desinteresa la existencia de ambos tipos de perjuicios, y mucho menos para vincularlos y dar un cierto porcentaje de uno con relación al otro... El juez posee un cierto grado de libertad en la estimación, pero ello no lo libera de tener en cuenta y consideración ciertos elementos. No es posible desconocer la gravedad del perjuicio, el que se puede observar con un importante grado de objetividad, por

*aquello del id quod plerunque fit, es decir lo que ordinariamente ocurre o acaece conforme a un comportamiento medio o regular”.*

*“El estado espiritual de la víctima es una pauta a tener en cuenta y consideración...La actuaciones y comportamiento del demandado, que tendría como objeción acercarse a la tesis de la pena privada, es a mi entender una cuestión que no se puede soslayar” (aut. cit. “La indemnización del daño moral. Evaluación del pretium doloris”, Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, T, 2013, pág. 35/38)”.*

Trasladando estos conceptos al caso de autos, tengo en cuenta para la cuantificación de la indemnización por daño moral, las declaraciones de los testigos Elba Muñoz, Manuel Gómez, Víctor Luqui y Rubén Torres -conf. actas de fs. 808 y 810, videofilamadas-, que guardan relación con el informe pericial médico en cuanto a la casi nula movilidad de la mano derecha de la actora, que ha impactado de lleno en la dinámica de su vida diaria y en la proyección de su futuro, y los padecimientos espirituales sufridos y que padece hoy debido a las secuelas estéticas que han quedado en su mano y antebrazo; secuelas que son fácilmente apreciables a través de las fotografías que acompañan el informe pericial.

Asimismo, el informe pericial psicológico -obrante a fs. 825/828vta.- explica los rasgos de la personalidad de la actora, los síntomas que ha padecido, todo ello debidamente fundado, habiendo también -la experta- dado respuesta a los pedidos de explicaciones de la misma demandante, de Prevenir, del demandado Obiol y de su aseguradora citada en garantía, cumpliendo con las exigencias previstas en el art. 476 del CPCyC; razón por la cual corresponde otorgarle fuerza probatoria a sus conclusiones.

La perito psicóloga ha determinado la existencia de relación causal entre el daño psíquico que presenta la demandante - F32.0 DMS-IV- y la modificación física sufrida en la mano derecha.



Informa la perito: "Al momento de la evaluación si bien podría decirse que sus funciones psicológicas superiores se encuentran conservadas de acuerdo a su edad, se observa que las funciones psicológicas de pensamiento, memoria y atencionales se encontrarían alteradas levemente en su respuesta, debido a su actual estado psíquico dentro de un R.V.A.N. con manifestación depresiva, de forma reactiva al hecho de autos y no como parte de la estructura de su personalidad. La peritada focaliza su pensamiento en los hechos de un pasado traumático que no ha logrado tramitar psíquicamente, acarreado esto modificaciones en su concentración, memoria y atención.

"En la señora Muñoz se observan modificaciones en las diversas áreas del despliegue vital de su vida, a saber modificaciones en su imagen corporal y en la representación que tiene de su esquema corporal con implicancias subjetivas respecto a sentimientos de constante inutilidad, vergüenza, modificaciones en su funcionamiento yoico, encontrándose actualmente en un estado depresivo con dificultades para realizar aquellas tareas que le eran habituales. También se observan modificaciones en su carácter que repercuten en su vida íntima y de relaciones interpersonales, disminución de sus aptitudes psíquicas previas, entre otras. La peritada muestra incapacidad actual para la acción, sintiéndose inútil para encarar proyectos, para alcanzar metas, y para continuar con el devenir de su vida, no logra conservar aquellos espacios que le generaban satisfacción previos al accidente, como lo laboral, lo recreativo y hasta los encuentros familiares...No tiene capacidad para pensar su futuro de manera satisfactoria, todo lo relativo al porvenir es vivido de manera ansiógena y depresiva para la señora Muñoz, ya que no logra imaginar este como un espacio con proyectos ni para ella ni para su hijo, se observa un daño en su proyecto de vida...La merma en su actividad deportiva, para ella también implica una disminución en sus vínculos, ya que era en dichas actividades, fútbol y vóley, donde ella encontraba

*satisfacción e interacción social, al momento de las entrevistas, la peritada no logra sostener dichos espacios, ya que debido a su estado psíquico actual no es capaz de vincularse, ni de acudir a espacios donde debe interactuar con varias personas, debiéndose encontrar casi todo el día en su domicilio”.*

En base a estos elementos probatorios, merituando la lesión sufrida por la demandante que ha afectado la funcionalidad de su miembro superior derecho (miembro hábil) con un impronta estética importante, apreciable a simple vista y a distancia social, fijo el monto de la indemnización por daño extrapatrimonial en la suma de \$ 3.000.000,00 y considerando el porcentaje por el que responden los demandados la condena por el presente rubro es de \$ 2.100.000,00.

Dado que la presente indemnización ha sido fijada a valores actuales, el capital devenga intereses desde la fecha de la mora y hasta la de la sentencia de segunda instancia, de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y a partir de esta sentencia y hasta su efectivo pago, el interés se liquidará conforme la tasa efectiva anual para “Préstamos Personales - Canal de Ventas Sucursales” -menos IVA- del mismo banco, por los fundamentos dados al analizar la indemnización por incapacidad sobreviniente, a los que me remito por razones de brevedad.

XI.- Corresponde analizar ahora la extensión de la condena a la demandada Prevenir S.A.

La actora demanda a Prevenir S.A. por incumplimiento de la obligación tácita de seguridad que pesa sobre los establecimientos hospitalarios por las actuaciones de los médicos que prestan servicios en ellos, dado que bajo el nombre de fantasía “San Agustín” funciona la clínica de propiedad de esta accionada, donde fue atendida la actora.

Al respecto, en la citada causa “Navarro Quezada” sostuve: “*Más allá de la controversia surgida en torno a si el*



nuevo Código Civil y Comercial ha decretado la muerte de la obligación tácita de seguridad en el derecho común (cfr. Picasso, Sebastián, "El nuevo código y la obligación tácita de seguridad: ¿Un entierro demorado?", LL 2015-F, pág. 1.160; Pizarro, Ramón D., "¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?", LL fascículo del 21/9/2015, pág. 1), lo cierto es que con la anterior legislación, que rige el caso de autos, la jurisprudencia ha aplicado esta obligación para condenar solidariamente a las entidades hospitalarias por las malas praxis cometidas por los médicos que integran sus planteles profesionales.

"Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, condenó al centro médico del cual dependía el personal de guardia, entendiéndose que este último tiene una obligación de seguridad objetiva con relación a la obligación principal del médico, de modo que probada la culpa del médico o de algún auxiliar de aquél y, claro está, la relación de causalidad, se hace patente la transgresión de esta obligación de seguridad de la clínica, que responderá en forma inexcusable (autos "A., S.M. c/ M., P.", 16/6/2016, LL AR/JUR/46096/2016).

"Por su parte la Cámara 3ª. de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza señaló que "la obligación de seguridad crea un deber positivo de actuar para proteger a otros a) en primer lugar, cuando el deudor crea una situación de riesgo que sólo él controla, como el fabricante de un medicamento, o el propietario de restaurante o cine respecto de los clientes; b) cuando hay una relación especial entre las partes, como el dueño de un colegio respecto de los alumnos menores; y c) finalmente, cuando el deudor está en mejores condiciones (normalmente porque puede hacerlo a un menor costo) de evitar el daño, como el organizador de un recital de rock o de un partido de fútbol, que está en mejores condiciones que el público de evitar que se vendan bebidas alcohólicas (cfr. LOPEZ HERRERA, Edgardo, Teoría General de la Responsabilidad Civil, LexisNexis, 2006)...Esta

*obligación de seguridad ha acarreado y acarrea hoy numerosas discusiones sobre su naturaleza, caracteres y consecuencias, las que pueden compulsarse fácilmente en los despachos de mayoría y minoría de la Comisión 2° de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil...Sin perjuicio de ello, nadie discute que es una obligación relevante en el tratamiento de la responsabilidad de los establecimientos médico asistenciales, cualquiera sea la fuente en la que se encuentre la génesis de la obligación...Tradicionalmente se ha sostenido que la responsabilidad del establecimiento sanitario tiene una fuente doble. Por un lado, es garante del desempeño del médico, obligación ésta que es accesoria a la del galeno, por lo que en principio no responde si no se encuentra culpa en el actuar médico. Pero también hay una obligación principal de garantía o seguridad por los servicios que el médico no está en condiciones de garantizar, como ser la asepsia del lugar, la existencia de instrumental adecuado, y de todos los requisitos que el ente debe cumplir cuando es habilitado.*

*"Con más precisión se ha ido elaborando la doctrina de la responsabilidad objetiva del centro asistencial, en el sentido que el sanatorio, en una palabra, garantiza que el paciente no sufrirá daños durante su estadía por los servicios que allí se le brindan, por lo que la responsabilidad es en principio objetiva" (autos "G., M.C.Y. c/ Hospital Luis Lagomaggiore", 5/9/2014, LLAR/JUR/53858/2014).*

*"El Tribunal Superior de Justicia provincial también ha aplicado este deber tácito de seguridad que tienen los centros asistenciales en autos "Campano c/ Baradello" (expte. n° 184/2009, Acuerdo n° 11/2012 del registro de la Secretaría Civil). Dijo el Alto Tribunal en esa oportunidad "...la actuación médica puede desarrollarse en establecimientos asistenciales, generalmente organizados como una empresa respecto de la cual los profesionales mantienen algún tipo de vinculación jurídica.*

*"En tales casos, y en virtud de tal vínculo, se deriva una responsabilidad directa de la institución frente al paciente, basada en una obligación tácita de seguridad, accesoria a la principal, de prestar asistencia por medio de los facultativos del cuerpo médico. Y es en función de ese deber de seguridad que el establecimiento responde porque se preste el servicio sin causar daños al paciente por deficiencias y también por la culpa en que incurran sus sustitutos, copartícipes y auxiliares".*

En función de los conceptos señalados, corresponde condenar a la accionada Prevenir S.A. conjuntamente con los médicos demandados, en tanto éstos formaron parte de su plantel profesional, y estuvieron a cargo de la atención de la actora.

XII.- La parte demandada Prevenir S.A., en el punto VII de la contestación de demanda -fs. 241/vta.- y Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. -a fs. 403vta./404- han solicitado se descuente de la indemnización aquí fijada lo abonado por la ART a la actora en los términos de la ley 24.557. Si bien la actora se ha opuesto a esta pretensión, teniendo en cuenta lo ya decidido por esta Sala sobre el tema, corresponde que se deduzca, en la etapa de ejecución de sentencia, los importes informados como abonados a la demandante por SMG ART S.A. en concepto de indemnización por incapacidad permanente total y pago único incapacidad total definitiva -a fs. 921/vta.-. Esta deducción se realizará sobre todos los conceptos indemnizatorios, con excepción de la indemnización por daño moral, ya que se trata de un rubro no previsto en la ley laboral, y aplicando intereses sobre los importes abonados por la ART, desde el momento del efectivo pago y hasta el de la deducción, los que se liquidarán de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén desde la fecha del pago y hasta el 31 de diciembre de 2020, y a partir del 1 de enero de 2021 y hasta la fecha de la deducción de acuerdo con la tasa efectiva anual para "Préstamos Personales - Canal de Ventas

Sucursales” -menos IVA- del mismo banco, a efectos de guardar la debida equiparación entre los valores comprometidos.

En tal sentido, esta Sala II, en las causas “Varela c/ Cuevas” (expte. jnqci6 n° 517.256/2017, 16/9/2020) y “Ramírez c/ Zúñiga” (expte. jnqci5 n° 509.628/2015, 1/12/2021), entre otras, sostuvo: “De acuerdo a lo establecido en el art. 39, Ley 24557, aunque todo damnificado está legitimado para reclamar las indemnizaciones que correspondiesen contra el tercero responsable de los daños de acuerdo a las normas del Código Civil, de la indemnización que se obtenga se deducirá el valor de la prestaciones que haya percibido o deba recibir de la ART o del empleador autoasegurado.

“Por ello es que ante el reclamo en sede civil, como es el caso de autos -accidente de tránsito in itinere-, la deducción de cualquier monto resarcitorio obtenido por determinado concepto es incuestionable, porque de otro modo se produciría una doble indemnización para enjugar un único daño y un enriquecimiento sin causa consecuente, lo que no es admisible. Por otra parte la acumulación de ambas indemnizaciones, la de derecho común y la especial, por la misma causa que es el hecho del accidente, queda excluida por la necesidad de atender a la reparación de un daño neto, purificado por la “compensatio lucri cum damno”. Es que si la víctima reclama el correspondiente resarcimiento contra el responsable del hecho lesivo, estaremos en presencia de obligaciones concurrentes que pesan sobre la ART y sobre el responsable del cuasidelito. Y la satisfacción del crédito por alguno de los responsables determina que la víctima quede desinteresada en la medida de esa cancelación, conservando su acción en todo lo demás.” (0.000285714, D. L., J. vs. Dell'Osso, Hortencia de Dios s. Daños y perjuicios, CCC, Junín, Buenos Aires; 19/11/2013; Rubinzal Online; 6006-2005; RC J 18592/13) y también “Según lo dispuesto en el inc. 4, art. 39, Ley 24557, se reconoce al damnificado de un accidente laboral el derecho a percibir la



*indemnización del tercero responsable de acuerdo a los preceptos del Código Civil, pero debe deducirle, en su caso, el valor de las prestaciones que perciba del empleador o su aseguradora. Sin perjuicio de ello, el inc. 5 del citado artículo dispone la obligación de la ART o del empleador, de otorgar al damnificado la totalidad de las prestaciones prescriptas en dicha ley y los autoriza a repetir del tercero el pago de lo abonado. En el caso, del informe presentado por la aseguradora demandada, corroborado con la prueba pericial contable producida, se consignó que abonó al trabajador la indemnización que tendió a compensar la incapacidad temporaria en el plano laboral. Por ello, debe deducirse la suma pagada por la aseguradora del monto correspondiente a la incapacidad sobreviniente.” (0.000367647, González, Darío Enrique vs. Guzmán, Marcelo Rafael s. Daños y perjuicios, CNCiv. Sala H; 07/05/2007; Rubinzal Online; RC J 2354/08), criterio además que ha sido sostenido por esta Sala en anterior composición en autos: “CASTELLAR RAMIRO MANUEL C/ CORBANI JORGE OSCAR Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)”.*

XIII.- Teniendo en cuenta el resultado de la apelación, deviene abstracto el tratamiento de las apelaciones arancelarias, en tanto deben readecuarse costas y honorarios al nuevo resultado del proceso (art. 279, CPCyC).

XIV.- Con relación a la aplicación del tope previsto por el art. 505 del Código Civil, referido a la responsabilidad en materia de costas procesales, pretensión introducida en estas actuaciones por las aseguradoras y la demandada Prevenir S.A., es reiterado el criterio de esta Cámara de Apelaciones en orden a su inaplicabilidad en el ámbito local.

En efecto, se ha entendido que, si bien esta norma tiene por finalidad limitar el costo de litigiosidad y reducir el monto de los honorarios profesionales, el tope es seriamente cuestionable desde el punto de vista constitucional, dado que

invade materias privativas de las provincias, tales como costas y honorarios.

Tal criterio fue adoptado por el Tribunal Superior de Justicia a partir de los precedentes "Yerio", "Lowental" y recientemente en "Yánez" (Acuerdo 1/21, del 5 de febrero de 2021), en el que se reafirma que "en nuestra provincia no resulta aplicable el límite de responsabilidad por costas previsto en la norma nacional".

XV.- En función de lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, y revocar el resolutorio recurrido.

Recomponiendo el litigio, se hace lugar a la demanda en la medida de los Considerandos, condenando a los demandados Alicia Elena Obiol, José I. Lagomarsino y Prevenir S.A. a abonar a la actora señora Mabel Ercilia Muñoz, dentro de los cinco días de quedar firme la presente, la suma que resulte de deducir del monto de las indemnizaciones por daño patrimonial (\$ 6.736.382,07) con más sus intereses liquidados de acuerdo con lo establecido en los Considerandos respectivos, lo abonado por la ART de acuerdo con lo señalado en el Considerando pertinente; y la suma de \$ 2.100.000,00 en concepto de indemnización por daño extrapatrimonial con más los intereses determinados en el Considerando respectivo; y hacer extensiva la condena a las aseguradoras citadas en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., Seguros Médicos S.A., y Noble Compañía de Seguros S.A.; todas en la medida del contrato de seguro.

Las costas por la actuación en ambas instancias son a cargo de los demandados vencidos (art. 68, CPCyC).

Se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia, y en su reemplazo, regulo los honorarios profesionales por la actuación en la instancia referida, todo sobre la base regulatoria conformada por capital de condena con más sus

intereses (art. 20, ley 1.594), en el 16% en conjunto para los letrados ... y ... -patrocinantes de la parte actora-; 2,93% para el letrado ... -en doble carácter por la demandada Prevenir S.A. y por dos etapas-; 4,4% para el letrado ... -en doble carácter por el demandado Lagomarsino-; 4,4% para el letrado ... -en doble carácter por la demandada Obiol y por la aseguradora Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda.-; 4,4% para el letrado ... -en doble carácter por Seguros Médicos S.A.-; 2,2% para el letrado ... -en doble carácter por Noble Compañía de Seguros S.A. hasta fs. 701-; y 2,2% para la letrada ... -en doble carácter por la misma aseguradora a partir de fs. 702-, todo de conformidad con lo normado por los arts. 6, 7, 10, 11, 12 y 38 de la ley 1.594.

Los honorarios de los peritos que ha intervenido en autos, médico ... y psicóloga ..., se regulan en el 5% de la base regulatoria para cada uno, teniendo en cuenta la labor cumplida y la incidencia de sus dictámenes en la resolución de la litis, como así también la adecuada relación de proporcionalidad que debe existir entre la retribución de los profesionales auxiliares y las representaciones letradas de las partes.

Por la labor ante la Alzada se regulan los honorarios de los letrados ... en el 5,6% de la base regulatoria; y de los abogados ..., ... y ..., en el 1,32% de la base regulatoria para cada uno de ellos, conforme lo dispuesto en el art. 15 de la ley arancelaria.

**El juez José NOACCO dijo:**

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

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

I.- Revocar la sentencia dictada el día 13 de octubre de 2022 -a fs. 1.137/1.144vta.-, haciéndose lugar a la demanda en



la medida de los Considerandos, condenando a los demandados Alicia Elena Obiol, José I. Lagomarsino y Prevenir S.A. a abonar a la actora señora Mabel Ercilia Muñoz, dentro de los cinco días de quedar firme la presente, la suma que resulte de deducir del monto de las indemnizaciones por daño patrimonial (\$ 6.736.382,07) con más sus intereses liquidados de acuerdo con lo establecido en los Considerandos respectivos, lo abonado por la ART de acuerdo con lo señalado en el Considerando pertinente; y la suma de \$ 2.100.000,00 en concepto de indemnización por daño extrapatrimonial con más los intereses determinados en el Considerando respectivo; y hacer extensiva la condena a las aseguradoras citadas en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., Seguros Médicos S.A., y Noble Compañía de Seguros S.A.; todas en la medida del contrato de seguro.

II.- Imponer las costas en ambas instancias a cargo de los demandados vencidos (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ NOACCO**  
**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**