

CONSUMIDOR. SALUD.

MALA PRAXIS.

SECUELA CIRUGÍA NEURINOMA.

(3)

Excma. Cámara:

La Sra. Fiscal de las Cámaras Civiles y Comerciales que suscribe en estos autos caratulados **"FALCO GUSTAVO ROQUE C/ GA.M.S.A.M.I.C.A.C.F. (SANATORIO ALLENDE)- ORDINARIO- DAÑOS Y PERJ. - MALA PRAXIS"**, Expte. N° 5056695, que tramita por ante la Cámara Civil y Comercial de 5° Nominación, ante V.E. comparece y dice:

I. Que viene a contestar el traslado corrido a fs. 2278 y a fs. 2282 con motivo de los recursos de apelación articulados por el actor y la institución demandada en contra de la Sentencia N° 8 de fecha 8 de febrero de 2017 que resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda planteada por el Sr. Gustavo Roque Falco en contra de GAMSAMICAF (Sanatorio Allende S.A.) y en su mérito condenar a esta última a abonar al primero la suma de pesos setenta y cuatro mil trescientos treinta y siete con ochenta centavos (\$ 74.337,80) por pérdida de chance pasada, la suma de pesos ciento treinta y siete mil novecientos ochenta y dos con setenta y dos centavos (\$ 137.982,72) por pérdida de chance futura y la suma de Pesos Cuarenta y cinco mil (\$ 45000) en concepto de daño moral.

II. El recurso del actor

II. 1. Al expresar agravios a fs. 2236/2237 Esteban María Díaz, en representación de Gustavo Roque Falco, reaccrimina lo resuelto respecto a los rubros que integran la condena.

Así, reaccrimina los ingresos tomados a fin de cuantificar el monto indemnizatorio del Sr. Falco, por cuanto efectúa el cálculo en base a un ingreso mínimo vital y móvil que a la fecha implicaría un haber jubilatorio de pesos \$ 6300. En este punto, esgrime que conforme constancias de autos (fs. 1989/1992) el actor percibía un haber jubilatorio de \$ 19541.40 en el mes de septiembre de 2015 y a la fecha percibe una jubilación de \$ 31.941,58, lo que implica 5.07 veces más de que lo fijado por el a quo. Desde allí, razona que la indemnización establecida en la instancia recurrida debe ser multiplicada por 5.07 veces.

De este modo, refiere que conforme a ello, el a quo debió cuantificar en la suma de \$ 376.892,64 la pérdida de chance pasada y en la suma de \$ 699.572,39 la pérdida de chance futura.

También repele la indemnización dispuesta por daño moral, afirmando que debió tener en cuenta con mayor consideración los padecimientos del Sr. Falco, la imposibilidad de tener una relación social más fluida, la imposibilidad e la práctica de un deporte, la imposibilidad de poder disfrutar de la nieta que tiene, al verse imposibilitado de realizar toda actividad que conlleva una relación normal de abuelo-nieta, ello es participar de juegos que requieren de

una movilidad de la que Falco hoy se encuentra imposibilitado, de igual modo las relaciones de débito conyugal y demás limitaciones que padece el actor.

II. 2. Al contestar los agravios a fs. 2239/2245, Facundo Martínez Crespo, apoderado de la demandada, plantea en primer término la deserción del recurso por omitir cuestionar argumentos dirimentes y por tratarse de una mera discrepancia con lo resuelto, no logrando cubrir los requerimientos técnicos de una verdadera expresión de agravios.

En subsidio, contesta los agravios afirmando que es improcedente el planteo atinente al a pérdida de chance desde que el a quo precisó que calcularía la indemnización en base al S.M.V.M. porque el demandado no acreditó el monto de sus ingresos y no podía tomarse el haber jubilatorio cristalizado, so pena de dar lugar a un enriquecimiento sin causa, argumentos sentenciales éstos de los que no se hace cargo el recurrente.

Por otra parte, afirma que el haber jubilatorio no expresa la pérdida de ingresos, esgrimiendo que le resulta insólita la propuesta de tomar un haber jubilatorio percibido por el actor a fin de cuantificar la suma que ha dejado de percibir con motivo del hecho supuestamente dañoso, declamando que la jubilación de ninguna manera expresa una merma en los ingresos del accionante, añadiendo

que –por el contrario- implica un ingreso obtenido que debe restarse de cualquier indemnización posible.

Así, señala que el parámetro a tener en cuenta debería ser la diferencia entre el sueldo de empleados activos y el haber jubilatorio cobrado, pero, el actor no probó ese extremo; ni los ingresos anteriores, ni los posteriores a febrero de 2002.

Por otra parte, señala que el recurrente insiste en pretender que se aplique un haber jubilatorio de 20015 incluso para resarcir daños ocurridos entre 2012 y 2015, criterio que es arbitrario y se traduce en una doble indemnización al pretenderse tomar un valor actualizado del haber base del cálculo pero, simultáneamente, aplicarle intereses desde la fecha del hecho.

Con respecto al daño moral, recrimina que la crítica a la indemnización fijada resulta dogmática y desvinculada de la causa desde que el recurrente exige que se ponderen elementos que fueron considerados por el fallo quien al expedirse sobre este rubro, aludió a diferentes elementos, entre ellos las limitaciones sociales del actor y sus limitaciones en las relaciones familiares.

Luego también alude a la congruencia con criterios cuantitativos, refiriendo a jurisprudencia local que fija indemnizaciones por daño moral.

Por último, también considera la absoluta indeterminación de la pretensión recursiva que pretende que se

incremente el monto de la indemnización pero sin señalar a que cifra debería readecuarse.

III. El recurso de la demandada

III. 1. Al expresar agravios a fs. 2253/2269, Facundo Martínez Crespo, en representación del Sanatorio Allende, cuestiona lo resuelto a partir de tres agravios.

En el primero, se objeta la conclusión sentencial relativa a considerar probado que su parte incurrió en culpa consistente en no haber colocado al actor una sonda nasogástrica a fin de evitar una bronco aspiración evitable y previsible, razón por la que atribuye responsabilidad civil.

El cuestionamiento a esta conclusión se enfoca a partir del señalamiento de tres errores.

El primero consiste en la consideración de que la fijación de la carga de la prueba es arbitraria. En este punto afirma que a pesar de establecer correctamente el juez que la eventual responsabilidad de su parte sería subjetiva y las obligaciones a su cargo de medios, el tribunal decide acoger la demanda sosteniendo que el Sanatorio Allende "no ha demostrado ... eximente alguna de responsabilidad o destrucción del nexo de causalidad adecuada entre el hecho y los daños alegados, así como tampoco que haya puesto toda su diligencia en la atención médica del Sr. Falco", colocando de este modo en

cabeza de su parte la acreditación de las eximentes de responsabilidad.

El segundo error lo asienta sobre la apreciación probatoria. Señala en este punto que la metodología seguida por el a quo es equivocada al realizar extensas transcripciones de los medios probatorios pero sin ponderarlos, limitándose a yuxtaponer citas parciales que constituyen un mosaico completamente insuficiente para plasmar un razonamiento práctico completo y coherente.

El tercer error que señala con respecto a la atribución de responsabilidad de su representada en el hecho dañoso consiste en la arbitraria valoración de la prueba para concluir el juez en su sentencia que ante los primeros síntomas de dificultades alimentarias del paciente, se debería haber colocado una sonda nasogástrica y no haberlo hecho desencadenó en una neumonía aspirativa.

Para llegar a esta conclusión, considera el recurrente que se incurrió en siete errores de apreciación.

Concreta *el primero de ellos* en la arbitraria valoración de la pericia de la Dra. Zubiat considerando que dicha pericia se encuentra en contradicción con la totalidad de la prueba rendida ya que salvo ella, del resto de la prueba se desprende que el postoperatorio inmediato fue positivo y su evolución normal, apareciendo recién seis días después de la cirugía las dificultades deglutorias, lo que dio lugar a una inmediata reacción del Sanatorio,

consistente en la colocación de sonda nasogástrica. Apunta aquí las afirmaciones del perito de parte Hiruela, destacando que ratifican lo dicho por él la historia clínica. Sobre esta base concluye que la pericia de Zubiat es paradigmática infundada, plagada de conclusiones dogmáticas.

Luego, el *segundo error de apreciación* lo concreta aludiendo a la arbitraria valoración de la pericia de Gotusso del Bocca, afirmando respecto de la misma que se realizan allí afirmaciones que contrarían todo el resto de la prueba. Destaca el recurrente que según esta pericia los trastornos deglutorios no son frecuentes en operaciones como la realizada a Falco y desliga la broncoaspiración respecto de complicaciones habituales de estas cirugías, lo que –a su modo de ver– contraría todo el resto de la prueba rendida. En su entendimiento, esta pericia carece de seriedad, contiene respuestas dogmáticas o entimemáticas, lógicamente fracturadas, en las que no explica de manera completa el razonamiento seguido, además de carecer de respaldo bibliográfico.

El *tercer error de apreciación* lo encuadra en los medios probatorios complementarios, cuya mención en la sentencia la califica como arbitraria. Al respecto, señala que la referencia a ciertos medios de prueba que abordan la cuestión de la infección por broncoaspiración es inconducente pues de allí no puede inferirse que

este cuadro haya ocurrido en el caso de marras por responsabilidad de su parte.

El *cuarto error de apreciación* lo nomina como la omisión de realizar una valoración armónica de la prueba rendida en la causa, afirmando que de haberlo hecho hubiera arrojado otra versión de la situación fáctica. Así, señala que el Sr. Falco se sometió a una operación altamente riesgosa ya que tenía un tumor de gran tamaño en el octavo par craneano y ello implicaba riesgo de muerte, además de posibles complicaciones, no siendo una opción atendible la de no operarse. Desde allí y analizando afirmaciones de testigos y de peritos, señala que la operación fue exitosa y el posoperatorio inmediato posterior fue positivo, con una evolución normal para el tipo de operación realizada. También refiere que a su modo de ver, la prueba revela que la atención proporcionada a Falco en el Sanatorio fue excelente, sin fisuras, no habiéndose incurrido en ningún error, ya que desde el punto de vista infectológico se cumplió con el protocolo indicado para neumonía por bronco aspiración, adoptándose las medidas preventivas, habiéndose evaluado diariamente Falco por el equipo de neurocirugía e interdisciplinariamente, comenzando con tareas de rehabilitación. Destaca la conclusión del COPRAMESAB quien señala que se hicieron controles, se practicaron medidas de profilaxis habitual y no surgen conductas reprochables ni errores graves o negligencia del Dr. Suárez, conclusiones estas que no se ven alteradas por el planteo de que

“podría haber habido una demora en la colocación de la sonda nasogástrica”. A su juicio, el Sr. Falco sufrió luego procesos que eran un riesgo propio de la cirugía, una broncoaspiración que ocasionó algunas complicaciones (neumonía aspirativa), lo que considera previsible de la operación a la que se sometió ya que las operaciones neurológicas pueden usualmente afectar la deglución.

Seguidamente, señala como *quinto error de apreciación* que el modo de razonar del sentenciante, es manifiestamente arbitrario y contradice las reglas de apreciación de la prueba pericial, siendo necesario hacer prevalecer la opinión técnica de estos idóneos por sobre la del juez, experto en derecho pero neófito en otras especialidades, alegando que excepcionalmente es posible que el juez se aparte de esta opinión técnica, debiendo tener para ello razones muy fundadas.

Considera también fruto de *un error de apreciación, el sexto*, que el juez considere que no se acreditó la ruptura del nexo causal, calificando a la afirmación de caprichosa pues a su modo de ver, el nexo causal está fracturado por culpa de la víctima y de sus familiares. En este sentido, señala que Falco se negó a practicarse una operación correctiva que lo hubiera dejado sin secuelas, que tanto él como sus familiares realizaron prácticas incorrectas durante la etapa del posoperatorio que podrían haber incidido en su estado de salud, al comer acostado y muy rápido lo que, considerando sus trastornos

deglutorios, pudo haber ocasionado la bronco aspiración según su visión.

En el *séptimo error de apreciación* que apunta el recurrente señala que el tribunal a quo soslaya elementos de prueba que eran trascendentes y ayudaban a esclarecer la causa.

En esta línea, sostiene la existencia de prueba presuncional adversa a la posición del actor conforme a los parámetros del art. 316 del C.P.C.C., señalando que el actor incurrió en una conducta mendaz y oclusiva puesto que mintió al declarar que ingresó al Sanatorio Allende con una dolencia de oído y no con un neurinoma del acústico, que es un tumor de gran tamaño alojado en las proximidades del cerebelo y el tronco cerebral, cuya falta de tratamiento podía acarrearle la muerte y cuya operación resultaba altamente riesgosa. Considera a esto como una mentira trascendente, desde que tendió a confundir al Tribunal, haciéndole creer que Falco fue a tratar una cuestión sencilla y terminó con graves daños.

Luego, en un capítulo siguiente, concreta de modo subsidiario su segundo agravio en lo que considera un exceso en el monto fijado por pérdida de chance.

Al respecto, apunta dos errores por los considera que debe ser modificado en la alzada este rubro. En primer lugar, esgrime que no se ha probado en autos que la incapacidad de Falco al momento del juicio sea una consecuencia de la conducta de su parte.

En este sentido, destaca que hay que descartar que los problemas de salud de Falco obedezcan a la conducta de su representada, encontrándose positivamente probado que tales inconvenientes son una consecuencia natural, lógica y previsible de la operación a la que Falco fue sometido. Por ese sendero, añade que no se probó que la incapacidad que presenta Falco sea la consecuencia de la intervención de su parte y no el resultado normal de su patología preexistente o en su caso una situación normal para personas que se sometan a intervenciones quirúrgicas como las que se realizó Falco.

Asimismo, concreta en lo que considera el segundo error, lo que nomina como "omisión de descuento de la jubilación". En este capítulo señala que el actor confesó que percibe una jubilación por invalidez y que debe deducirse del monto mandado a pagar, ya que de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa a favor del actor.

Así, destaca que se ha resaltado que el perjuicio sufrido se ve aminorado por una compensación pecuniaria, lo que torna injustificada la doble percepción.

Luego, en subsidio, se plantea como tercer agravio, el cuestionamiento sobre la imposición de costas, considerando que esta ha sido arbitraria.

III. 2. Al contestar los agravios, a fs. 2271/2275 Esteban María Díaz, sólo responde la primera de las tres quejas esgrimidas por el

recurrente, defendiendo lo resuelto conforme la respuesta que da a cada uno de los siete errores de apreciación que se apuntan en el libelo de la demandada.

Por este sendero, refiere que se ha demostrado sin lugar a dudas el nexo causal existente entre la conducta tardía del accionado y el daño que padece el actor, pues como manifestara oportunamente el acto quirúrgico fue impecable y la responsabilidad es como consecuencia de que posteriormente al acto en sí, el Sanatorio Allende obró de manera tardía lo que trajo aparejado la bronco aspiración de Falco, la que era previsible y fue manifestado antes de la cirugía por el Dr. Suárez, consecuentemente la accionada es la única responsable de los padecimientos de Falco, pues no actuó de manera preventiva.

En suma, solicita se rechace el recurso incoado por la contraria, confirmándose lo resuelto en lo que ha sido materia de respuesta por su parte.

IV. La materia del dictamen

Así las cosas, ésta Fiscalía de Cámara advierte que la cuestión debatida gira en torno a definir, bajo los parámetros establecidos en la Ley de Defensa del Consumidor en virtud de la cual éste Ministerio Público interviene, la responsabilidad de la clínica demandada en las dolencias que presenta el actor luego de la intervención quirúrgica realizada en sus instalaciones y de la estadía transitada por el paciente en terapia intensiva y habitación común a lo

largo del post operatorio, con las complicaciones ocurridas durante este período.

Asimismo, en su caso, corresponderá abordar el rubro “pérdida de chance”, que ha sido objetado por ambas partes, aunque en sentido diverso, y daño moral cuya crítica eleva a la alzada el actor.

V. Relación de consumo

La sentencia que ahora se recurre ha calificado la relación que une a las partes como de consumo y, en consecuencia, ha aplicado la Ley de Defensa del Consumidor al caso de autos, lo que además de coincidir con la postura de esta Fiscal de Cámaras, la situación fáctica de base que dio lugar a la calificación propiciada en la sentencia no ha sido puesta en tela de juicio en esta instancia de alzada.

Desde allí se dispara la participación del Ministerio Público en el *sublite* y con ese enfoque deben examinarse los puntos discutidos.

Sin embargo, en atención a que en la imputación de daños al Sr. Falco, se encuentra involucrada la actuación del Sanatorio Allende y de equipos médicos que allí trabajan, corresponde formular algunos apuntes imprescindibles.

VI. La “empresa médica” como proveedora

La calificación de una relación como de consumo, impone la existencia de un consumidor por una parte, y dese el otro lado un proveedor que comercialice un producto u ofrezca un servicio.

Farina reflexiona que, en cuanto a los proveedores de servicios, la ley se refiere a los organizados en forma profesional, sea que los servicios los presten sus propios integrantes, personal dependiente o terceros, incluyendo, entre otros a la medicina prepaga y a las obras sociales, a la empresa médica en general.

Por su parte, Ghersi, en otro trabajo realizado en coautoría con Celia Weingarten y Silvia Ippólito, resaltan que no se trata de un contrato, sino de la adhesión a un sistema que genera una relación de consumo, constituida por una red de contratos conexados, donde el cliente, paciente, tiene el derecho a una medicina total e integral (art. 740 y 742 del Cód. Civil; Constitución Nacional, art. 42 y Tratados Internacionales).

VI. 1. Empresa médica y profesionales que la componen

En este punto, se hace preciso formular una distinción que en el *sublite* resulta imprescindible, pues así como el art. 2 de la ley 24240 es amplio al referir a todo servicio prestado en forma profesional y para su consumo final, luego lo restringe, dejando fuera a los profesionales liberales.

El último párrafo del dispositivo reza: "... No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello...".

En cuanto a este aspecto, Lorenzzeti apunta que “los servicios no son definidos en la ley y por esta misma razón es un término muy amplio...”. Desde allí, razona que “...la empresa médica es, en la legislación actual, un proveedor profesional de servicios destinados al consumo final.”. En cambio, “...se excluye de su ámbito de aplicación a los profesionales liberales, pero no a la empresa médica...”.

De este modo, **los médicos quedan afuera de la ley 24240 y de los principios que en ella se condensan.**

La consecuencia nuclear que de allí se dispara es en orden al régimen de responsabilidad civil con la que debe valorarse su involucramiento en un acontecimiento generador de daños pues, escapa así a la responsabilidad objetiva pautada en el art. 40 LDC.

Esta cuestión, vuelve las cosas un poco complejas en un caso como el de autos en donde mientras a una de las partes se le aplica la ley 24240 y con ello, su responsabilidad se rige por pautas objetivas, a los médicos que forman los equipos a través de los cuales se desenvuelve el Sanatorio, no es posible sino atribuirle responsabilidad en función de su culpa.

Esta circunstancia complejiza las cosas a la hora de definir la responsabilidad pues si en la hipótesis resultara demostrada la pericia del profesional, liberándose –por consiguiente- de toda culpa en la causación de los perjuicios, cabe preguntarse si aun así es posible atribuirle responsabilidad a la empresa médica.

De un lado, la responsabilidad objetiva que le cabe a la empresa médica autoriza a razonar imponiéndole a ella la demostración de la ruptura del nexo de causalidad por la intervención de una causa ajena o del hecho de un tercero por quien no debe responder.

Y sobre la base de este esquema, podría aparecer como que la demostración de la pericia y del buen arte del médico, no alcanzaría para su liberación.

Sin embargo, ello no es así pues su responsabilidad es objetiva por cuanto siempre que el médico sea responsable –por culpa–, lo será la institución en donde éste actúa y en ello no puede invocar para exonerarse, alegaciones en torno a la diligencia en su labor de administración y control de las tareas que despliegan los “auxiliares”, empleados, profesionales que se allí se desempeñan. Pues por más eficiencia y diligencia que pruebe, será responsable, salvo que demostrara la interrupción del nexo de causalidad.

Ello no se confunde con la diligencia del médico, que si la demuestra, lo libera de culpa y no responde, como consecuencia de lo cual, tampoco responde la clínica.

VI. 2. Discriminación imprescindible

Lorenzetti explica que el hecho de la empresa médica puede involucrar a una multiplicidad de dependientes, de sustitutos y de auxiliares para una multiplicidad de contratos, razonando que no se

trata del caso en que un individuo delega en otro la realización de un contrato o lo autoriza a actuar respondiendo luego como garante, sino que se trata de una multiplicad de vínculos convencionales o no, que realiza la empresa y que no puede realizar por sí misma, valiéndose de "recursos humanos y materiales".

Viene a cuento la definición de empresa contenida en el art. 5 de la ley de contrato de trabajo, 20.744, como la "organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o beneficios", en donde –afirma el citado autor- es susceptible de encuadrar a la clínica, la obra social, la empresa de medicina privada, posición ésta que compartimos.

De este modo, quien contrata con una "empresa" espera una actuación coordinada y eficaz de esos medios instrumentales. **La clínica puede causar daños** con independencia del actuar de sus médicos, sea por la defectuosa organización, por la falta de servicios adecuados, por las cosas que utiliza o por incumplimiento de sus obligaciones como proveedor de servicios de consumo.

Sobre la base de estas definiciones, es de hacer notar que cuando hay un incumplimiento contractual o un daño en la esfera aquiliana, en estos casos, se juzga el "hecho de la empresa" y no el "hecho del dependiente", rigiéndose por sus normas propias y por las del derecho del consumo.

En cambio, cuando la responsabilidad de la empresa médica es **por el hecho del dependiente**, o responsabilidad refleja, si bien también es objetiva, queda atada a la imputación de culpa al o a los médicos, pues la responsabilidad de éstos es subjetiva. De este modo, la clínica asume una obligación (se discute si es de seguridad o de garantía) cuya atribución de responsabilidad es objetiva, con lo que no depende de haber tenido culpa in vigilando o in eligendo, respondiendo siempre que el médico sea culpable; empero, sólo responde si el facultativo ha sido negligente, pues de lo contrario, el profesional no es responsable y, por consiguiente, tampoco la clínica.

Se distingue así entre la **responsabilidad propia**, por el hecho de la empresa y **responsabilidad refleja**, por el hecho de sus dependientes. **Es de hacer notar que si bien ambas esferas de responsabilidad son objetivas, al no depender de la existencia de culpa o negligencia de parte de la empresa médica, la responsabilidad refleja impone que la clínica asume las consecuencias por la responsabilidad del médico, cuando a éste le cabe.** De este modo la clínica no puede ampararse en su diligencia a la hora de seleccionar personal, o en su esmero en la adecuada gestión y control de la tarea, pues responde siempre que el médico sea culpable, con la sola excepción de que pueda demostrar la interrupción del nexo causal por la intervención de una causa ajena.

A partir de estas disquisiciones, se alumbra ya la respuesta al cuestionamiento que ensaya la demandada recurrente relacionado con la carga de la prueba, pues el tipo de responsabilidad tiene una incidencia dirimente en orden a este tópico.

VII. El hecho de la empresa médica

En el caso del hecho de la empresa estaremos ante una imputación objetiva derivada de la falta de servicio o del incumplimiento del deber de seguridad, aplicándose las reglas propias del plexo que convoca a este Ministerio Público.

VII. 1. El deber de seguridad

Lorenzetti, citando a Bueres, sostiene que se exige a las clínicas un deber de seguridad que consiste en hacer todo lo posible para evitar daños al paciente, agregando que su fundamento es la buena fe contractual; es un deber secundario de conducta, es irrenunciable y se aplica a contratos onerosos o gratuitos y tanto a las clínicas privadas como públicas.

Se refiere a un aspecto determinado del deber de seguridad, en tanto sirve para fundar la responsabilidad de las clínicas por hechos propios, consistentes en servicios defectuosos, omisiones o acciones dañosas.

VII. 2. La falta de servicio

Sobre el tópico se ha dicho que quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones

adecuadas para llevar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o la ejecución irregular.

Volviendo a la noción de empresa a la que se aludió supra, ésta tiene el deber coordinar una serie de medios en función de obtener objetivos prestacionales, si no cumple con ello, responde por su falencia. A esto se le llama "falta de servicio" en este ámbito, a la organización irregular, comisiva u omisiva que causa un perjuicio y que es responsable por una imputación objetiva.

VIII. El caso de autos

Para responder adecuadamente a las críticas de los recurrentes, conviene comenzar por aclarar –como anticipamos supra– que la clase de responsabilidad de que se trate tiene influencia efectiva en la distribución de la carga de la prueba.

En efecto pues, de acuerdo a la discriminación apuntada precedentemente, a los médicos que intervinieron, sólo es posible hacerles imputaciones subjetivas, con lo cual su carga de probar –en caso de haber sido éstos demandados– consistiría en la demostración de su pericia y buen arte, cupiéndole a la actora la demostración de la negligencia en caso de que así lo considere.

En cambio, no ocurrirá lo mismo con la responsabilidad del sanatorio, quien no podrá invocar su falta de culpa para liberarse de la responsabilidad que le cupiera, ya sea que se trate de

responsabilidad derivada y se demuestre la culpa del médico o bien, que se tratara de una responsabilidad directa de la clínica por una falla en su organización o falta de servicio.

De este modo, de acuerdo a lo explicado precedentemente y según el ámbito del caso de autos al que le resulta aplicable el plexo de consumo, ha de bucearse en el *sublite* si estamos frente a un caso de responsabilidad de la clínica por el hecho de la propia empresa, que en su actuar conjunto pudo causar el perjuicio de que se trata ya sea por omisión o por comisión.

Ello, por cuanto a más de que en autos no se encuentran demandados los médicos que intervinieron en la cirugía y en el post operatorio, ellos están excluidos de la aplicación del plexo que convoca la participación de este Ministerio Público y sólo resulta trascendente su averiguación en tanto ello desencadene la responsabilidad del sanatorio.

VIII. 1. Plataforma fáctica discutida

Con respecto a las circunstancias fácticas que desembocaron en las numerosas secuelas que padece el actor, no se discute en esta instancia que dichas huellas son consecuencias de la severa infección por él sufrida a partir de una neumonía necrositante sobrevinida a una broncoaspiración durante el proceso de post operatorio de la cirugía practicada en el Sanatorio Allende el día

15/02/2002 en donde se le extirpó un tumor denominado neurinoma del acústico.

En cambio, sí existe disputa sobre si la decisión de colocar la sonda nasogástrica resultó oportuna o tardía y sobre cuándo aparecieron los primeros síntomas de que el Sr. Falco tenía dificultades en la función de deglución y si a partir de entonces se procedió de la manera apropiada para evitar la temida broncoaspiración.

VIII. 2. Responsabilidad objetiva

Según vimos, la responsabilidad de la empresa médica, en este caso del Sanatorio Allende es de carácter objetiva por lo que se encuentra en sus manos demostrar la intervención de un caso fortuito o fuerza mayor o del hecho de un tercero por quien no debe responder, en la producción del perjuicio descrito que consiste en las numerosas secuelas que hoy sufre el Sr. Gustavo Roque Falco.

De este modo, el camino racional al que se ha hecho referencia supra impone revisar las constancias de la causa, a los fines de discernir si la demandada ha podido demostrar tales extremos y así destruir la hipótesis de la responsabilidad por el hecho de la empresa médica.

IX. Valoración de las pruebas

Para encarar una actividad valorativa acorde a la dirección que debe asumir la propuesta de solución del caso, corresponde partir de un dato de la realidad que debe tenerse por

cierto por encontrarse probado en autos. Ello es que el tipo de cirugía realizado tenía como **riesgo posible la dificultad deglutoria con la consiguiente broncoaspiración**, “lo que constituye un cuadro de gran severidad, que lleva implícito el riesgo de vida” (informe de la perito infectóloga, Marson, fs. 1745).

Esta patología como un riesgo propio de la intervención realizada surge de las numerosas pericias obrantes en autos.

IX. 1. Profesionales intervinientes en autos

El informe del perito neurocirujano, Víctor Adrián Muñoz, señala que la cirugía realizada es de alta complejidad e importa numerosos riesgos entre los que consigna “alteración de la deglución” e “infecciones respiratorias” (fs. 1712).

El informe del C.O.P.R.A.M.E.S.A.B. que obra a fs. 1800/1803, enlista como una de las secuelas posibles, propias de la cirugía a la disfagia o trastornos deglutorios que son los que causaron la broncoaspiración.

En el mismo sentido se pronuncia el perito médico especialista en medicina legal y cirugía general, Omar Hiruela, quien apunta (fs. 1458) que una complicación pulmonar propia de un paciente con trastorno de la deglución es la broncoaspiración y el proceso infeccioso en la vía aérea pulmonar.

En la misma línea, la Dra. Zubiat, considera a la parálisis del velo del paladar como “esperada” (fs. 416), con la consiguiente disfunción en la deglución.

Por su parte, el Dr. Gotusso del Boca, perito neurólogo oficial designado en autos, si bien es el único que considera a la disfagia como un riesgo excepcional al tipo de cirugía de que se trata, advierte como probable causa de dicha disfunción a la intubación prolongada que vivió el paciente por las largas horas de cirugía (fs. 1494). De este modo, también lo considera como un riesgo propio de la práctica médica en cuestión, aunque deba ser atribuida a otro factor.

También esto es afirmado por la Dra. Magdalena Graciela Cáceres, quien es neuróloga, coordinadora del área de neuropsicología y neurorehabilitación y médica neuróloga del Servicio de Neurología del Sanatorio Allende y al prestar declaración testimonial (Fs. 1352), manifiesta que en pacientes postquirúrgicos es mayor el riesgo de microbroncoaspiración, pudiendo estar modificado el mecanismo de deglución, por lo que se realiza en el Sanatorio una rutina protocolo de evaluación preventiva.

A partir de lo afirmado por todos los profesionales aludidos, corresponde entonces tomar por cierto que la secuela en el trastorno deglutorio, disfagia, parálisis del velo del paladar, es un riesgo esperable en la cirugía que se le realizó al actor –ya sea que se atribuya como causa a la manipulación de los nervios de los pares craneales

bajos o bien a las largas horas de intubación-. Asimismo, también constituye un riesgo posible que se deriva de la dificultad deglutoria, la ocurrencia de la broncoaspiración que puede conducir a infecciones respiratorias severas o neumonía por aspiración, con peligro para la vida del paciente.

IX. 2. Orientación de la indagación

Tomando a este dato de la realidad que se extrae a partir de las pruebas reunidas en autos, es que deben valorarse todas ellas a los fines de averiguar los restantes hechos disputados en la alzada.

Así, de acuerdo a la plataforma fáctica que hemos dejado concretizada como discutida, se trata ahora de indagar sobre la oportunidad propicia para colocar al actor la sonda para ser alimentado por esa vía.

Luego, dependiendo del resultado de tal indagación, corresponderá "bucear" en las numerosas pruebas reunidas en la causa el dato relativo a cuándo comenzaron los primeros signos de la dificultad deglutoria y si fueron apropiadas las medidas adoptadas para evitar la broncoaspiración.

X. Oportunidad para la colocación de la sonda

Para responder a esta pregunta conviene partir del dato relativo a que, en el caso, la sonda fue colocada al Sr. Falco el día 22/02/2002 es decir luego de 7 días de la cirugía. En efecto, consta a fs. 458, la constancia de la historia clínica que así lo refleja en el informe de

Clínica médica de las 17.30 hs. de ese día que apunta "... se retira alimentación parenteral, se coloca SNG...".

Sobre la oportunidad adecuada para la colocación de la sonda, existen opiniones disímiles en los distintos informes médicos producidos en autos.

De un lado, la Dra. Zubiat (informe fs. 413/416) considera que la sonda debió colocarse durante la cirugía y que correspondía que el paciente saliera del acto quirúrgico con la sonda funcionando, esto por cuanto era esperable el trastorno deglutorio y de esta manera se evitaba el riesgo de infección aspirativa pulmonar.

Ahora bien, los restantes profesionales intervinientes en autos como peritos oficiales (perito neurocirujano, perito neurólogo, perito infectóloga, perito especialista en cirugía general y el informe del C.O.P.R.A.M.E.S.A.B.) no son explícitos con respecto a este interrogante.

Sin embargo, a partir de la conclusión a la que se arriba en el capítulo precedente, relativa a que el trastorno deglutorio es un riesgo propio de la cirugía practicada a Falco, es posible reflexionar en torno a que la alternativa planteada por la perito médico legista, Dra. Zubiat, parece razonable a los fines de evitar la temida broncoaspiración. Ello, por cuanto salir del quirófano con la sonda colocada, significa ser alimentado a partir de un mecanismo que evita el uso de dicha función y que "esquiva" el tránsito orofaríngeo del alimento, siendo este depositado directamente en el estómago. De este

modo, se evita el riesgo de aspiración de alimentos y sus gravosas consecuencias para el paciente.

De todas formas, revisadas las constancias de la causa reflexivamente y a partir de la historia clínica que se incorpora a autos – en particular fs. 446 a 458-, se advierte en el post operatorio inmediato, un exhaustivo control de la función deglutoria por parte de los profesionales del área de neurorehabilitación y fonoaudiología, procurando la estimulación de los músculos comprometidos en ella a partir de terapia directa e indirecta de la deglución.

Sobre esta constatación, puede reflexionarse en torno a que la colocación de la sonda intra operatoria hubiera significado la ausencia de estimulación de la función que, al resultar normalmente afectada –sea por las propias maniobras quirúrgicas o por la intubación prolongada- es viable y plausible la intención de que el paciente ponga en funcionamiento la zona, realizando los esfuerzos que sean necesarios para el progreso de las eventuales disfunciones, así como la posibilidad de ser atendido por el servicio de neurorehabilitación.

Con estas reflexiones, **cabe ponderar que si la decisión de no colocar la sonda intraoperatoria, no puede resultar –por sí misma- desajustada, sí acarrea un especialísimo cuidado en las medidas posteriores para evitar la aspiración de alimentos, controlando la función, tratándola en su caso y previendo el modo de procurar la ingesta de alimentos con la vigilancia que fuera menester.**

XI. Medidas para evitar la aspiración

Conforme al análisis precedente, debe ponerse de resalto en primer término qué de la valoración de la historia clínica en la secuencia inmediata posterior a la cirugía, tal como afirmamos previamente, se revela una vigilancia constante de la posible afectación de la función de deglución, de la eventual parálisis del velo del paladar, etc., comprobándose el correcto funcionamiento en el pos operatorio inmediato.

Así, debe ponerse de relieve que en la revisión de las 22 hs. del día de la cirugía, 22/02/2002 (fs. 446) se advierte el apunte médico del Dr. Ferreyra Dillón quien señala "Sin compromiso del sensorio de pares bajos". Luego, al día siguiente de la cirugía, 16/02/02 se constata la molestia en la garganta según lo refiere el propio paciente, pero "... sin déficit neurológico focal...". El examen físico del Dr. Mariano Gottero refiere "sin déficit neurológico, examen de pares craneales sin alteraciones". También el día 17/02, se apunta "no parálisis de pares craneales" y el 18 a las 9 hs. se referencia "sin otros pares craneales del paracerebeloso"(449 vta.).

XI. 1. Primeras dificultades deglutorias

Sin embargo, este mismo día (18/02, fs. 450 vta.) el servicio de neurorehabilitación - fonoaudiología deja constancia de la realización de una evaluación de la deglución en la que registra "buen tono muscular extra e intra oral, buena fuerza y motilidad lingual, la

motilidad del paladar es simétrica y el reflejo nauseoso está presente". También se apunta allí que el paciente presenta tos voluntaria fuerte con movilización de secreciones altas y marcada disfonía y que a la ingesta de líquido fino aparece tos luego del segundo y tercer trago que al volver a tragar cede. En la misma evaluación, la facultativa describe que el paciente realiza múltiples movimientos al tragar con buen ascenso laríngeo y no presenta ruido al tragar. En tal exhaustiva evaluación se advierte que con semisólidos mejora la deglución, no apareciendo tos ni ahogos por lo que **se sugiere una dieta blanda, evitar líquidos finos y continuar con tratamiento fonoaudiológico** para optimizar el mecanismo deglutorio y mejorar la disfonía.

De este informe se extrae con claridad que este día, luego de transcurridas tres jornadas de realizada la cirugía, se evidencian los primeros signos de la disfunción en la deglución que finalmente desemboca en la colocación de la sonda nasogástrica. Al advertir estas señales, la profesional impone un tratamiento y una dieta especial para evitar la broncoaspiración, restringiéndose los líquidos finos y propiciando la "dieta blanda".

XI. 2. Tratamiento fonoaudiológico

Con respecto a la indicación de maniobras para la estimulación, esta se cumple diariamente según se puede visualizar en la misma historia clínica. En efecto al día siguiente (fs. 451) se patentiza la visita del servicio de "Neurorehabilitación – Fonoaudiología" quien

deja constancia de la realización de la terapia indirecta de la deglución con un detalle que muestra además la estimulación intra oral de lengua, paladar y mejillas, praxias orofaciales y vocalizaciones ascendentes y descendentes.

Diariamente se constata la visita del servicio, dejando asentado cuando no pudo realizarse la terapia (20/02/2002, fs. 452 vta.) por la sintomatología del paciente que presentaba vértigo y náuseas.

XI. 3. Alimentación

Sin embargo, con las indicaciones dadas el día 18/02 por la profesional aludida respecto a la dieta y alimentación, no se aprecia su cumplimiento estricto en el seguimiento diario de la historia clínica.

Así, resulta llamativa la "prohibición de ingesta de líquidos" y la indicación de "dieta mecánica" que se apunta a fs. 453, el día 21/02/2002 suscripta por el Dr. Ferreyra Dillón, cuando esta proscripción y la dieta mecánica ya regían hacía tres días a partir de la indicación del 18/02 cuando se constataron los primeros datos reveladores de dificultades para deglutir en que se prescribió dieta blanda y se prohibieron los líquidos.

También llama la atención cuando se lee a fs. 454 vta., que en la visita de la fonoaudióloga que realiza la terapia de deglución el día 21/02/02, María Eugenia Vespasiani, ella consigna como observaciones "la esposa refiere algunos accesos de tos durante la ingesta de papilla, se habla con nutrición para que se haga una dieta

más cremosa facilitando el pasaje del bolo alimenticio", así como que "se reitera respetar postura erguida y bocados pequeños con pautas de descanso durante la alimentación", exclamando luego "se controlará!".

Lo consignado se erige como indicio en contra de la demandada sobre el inadecuado cumplimiento de las pautas de la alimentación que eran requeridas nada más y nada menos que para evitar la temida broncoaspiración.

Y estos indicios se convierten ya en datos probados cuando a partir de la lectura del acta de la audiencia testimonial de la Lic. Vespasiani se constata que hubo problemas con la consistencia del alimento que venía de "cocina" sin cumplimiento de las indicaciones dadas.

La testimonial, de la que se deja constancia a fs. 1479, resulta por demás ilustrativa en cuanto a la necesidad de vigilar "si lo que se pidió en nutrición se cumple" y también el entrecruzamiento de la información que surge de la historia clínica y de la testimonial, muestra la falta de control y vigilancia sobre estos aspectos.

En efecto pues la Lic. Vespasiani expone al testimoniar que la "interdisciplina es brava, complicada" -refiriéndose a nutrición- y también relata que ante el señalamiento de la esposa del actor, quien refiere algunas complicaciones -entre ellas tos con algunos bocados- se decide supervisar el almuerzo, observándose que "... la consistencia no coincidía con la que se había indicado, porque presentaba trozos

grandes (en la comida que venía de cocina), no estaba hecha bien papilla, por lo que se vuelve a hablar con nutrición para modificar la dieta a más cremosa". También se reiteran las indicaciones a tener en cuenta durante las ingestas porque "... por momentos el paciente comía algo acostado, lo cual es una posición inadecuada para la deglución, observándose también que la velocidad de la ingesta era aumentada –comía muy rápido- y con bocados grandes".

Finalmente, en la visita de neurorehabilitación – fonoaudiología del día siguiente, 22/02/2002, se da cumplimiento a aquella consigna asentada el día anterior ("se controlará!"), asistiendo "... durante la deglución, observándose tos con movilización de alimento, severa dificultad para tragar ante cualquier consistencia e incluso bocados muy pequeños ...", sugiriéndose allí la colocación de la sonda nasogástrica por riesgo a broncoaspiración y desnutrición.

XI. 4. Inferencias lógicas

El análisis precedente deja a la vista que la evolución desfavorable en la función de deglución del Sr. Falco, acarreó una variación en las necesidades del actor a nivel de su alimentación – además del tratamiento fonoaudiológico- que no fueron atendidas debidamente.

En efecto, del análisis conjunto de las pruebas referidas, se desprende que se debió modificar la dieta y ello no se hizo correctamente. Se observa que la prohibición de ingesta de líquidos se

realiza dos veces con un intervalo de tres días, lo que hace suponer que no se había dado cumplimiento a ello.

La testimonial de Vespasiani ilustra en el sentido de que las indicaciones sobre cómo debe alimentarse el paciente –postura, consistencia, velocidad, tamaño, etc.- se dan al familiar por escrito, “...si éste no está se deja al lado del paciente; pero en este caso se lo dieron al familiar...”. También allí explica la Lic. Vespasiani que se debe hacer una **supervisión** de alguna de las ingestas, puede ser un desayuno, almuerzo, para control y que se **vigila** si lo que se pidió en nutrición se cumple.

Ahora bien, en el caso, se visualiza patente la falta de cumplimiento de estas tareas de vigilancia y supervisión.

En efecto, ello se aprecia con respecto a la postura del paciente al alimentarse, velocidad de la ingesta y tamaño de los bocados que se le suministraban, todos los que eran incorrectos.

También se visualizan incorrecciones en la consistencia de la papilla, en la ingesta de líquidos finos que recién se advierten el día 21/02/2002.

Resulta visible que las indicaciones sobre la alimentación no fueron vigiladas como lo explica la Lic. Vespasiani en su testimonial. Por lo pronto, el primer apunte en la Historia Clínica con respecto a la postura, velocidad y tamaño de los bocados, es del día 21/02/02,

cuando ya el trastorno deglutorio se evidenciaba de una manera más notable.

La falta de cumplimiento sobre la consistencia de la papilla es claramente atribuible a la empresa médica, sea por falta de control de los facultativos, sea atribuible a "la cocina" del nosocomio.

Con respecto a la incorrección de la postura, velocidad de la ingesta y tamaño de los bocados, si bien se encomienda la tarea al familiar, se pone claramente en evidencia la falta de vigilancia en las sesiones de ingesta y su tardía advertencia (recién el día 22/02/2002 se deja constancia de ello en la Historia Clínica, cuando el cuadro ya era de severa dificultad para tragar).

Sobre esta base, resulta inviable la postura del recurrente quien pretende atribuir culpa de un tercero por quien no debe responder -la esposa de Falco- o de la propia víctima, por las incorrecciones en la postura para alimentarse.

Es que se trata de un paciente internado en las instalaciones de la demandada y que sufre de un cuadro con dificultades deglutorias y riesgo de broncoaspiración. Estas circunstancias propias del paciente y su patología, imponían la vigilancia extrema en la alimentación, tanto en relación a su mecánica como a su consistencia, no pudiendo ser delegadas en un familiar sin la adecuada supervisión, ya que éste es ignorante de las reglas del buen arte de curar y ajeno a la evaluación de riesgos potenciales.

Tanto ello es así que, a partir de la presencia de la fonoaudióloga en un almuerzo, se constata tos con restos alimenticios y se diagnostica "severo trastorno". También se comprueba que la papilla que llegaba desde cocina carecía de la consistencia requerida.

Con asiento en estas circunstancias, es posible concluir que ante el control y vigilancia se pudieron visualizar una serie de incorrecciones en orden a la alimentación de Falco que resultaron tardías y que ponen en evidencia que su realización oportuna hubiera podido evitar la broncoaspiración.

Esto debe ser encuadrado dentro de lo que se nomina como "falta de servicio" por cuanto hubo fallas en la organización de la empresa médica que desembocaron en falta de vigilancia y adecuado control, todo lo que en el cuadro de riesgo que tenía el actor condujo a una broncoaspiración evitable, la que principió siendo imperceptible y derivó finalmente en el grave cuadro infeccioso que selló negativamente la suerte del actor de este juicio.

Sobre esta base, no cabe más que confirmar la responsabilidad del Sanatorio demandado en la broncoaspiración ocurrida al Sr. Gustavo Roque Falco que derivó luego en una neumonía aspirativa necrótica por no dar adecuado cumplimiento a los requerimientos específicos relacionados con la dieta y modo de alimentarse que habían sido indicados por los profesionales del equipo de neurorehabilitación y fonoaudiología.

XII. Rubros

Se encuentran discutidos en esta instancia los rubros pérdida de chance y daño moral.

XII. 1. Pérdida de chance

Ambas partes objetan la cuantificación del ítem integrante de la condena. De un lado, el actor reclama la base utilizada para el cálculo, peticionando que sea ampliada ya que el salario mínimo vital y móvil no refleja el ingreso que tenía al momento del hecho y del otro, la demandada peticiona que se reduzca su monto, por considerar que debe deducirse del resultado el valor correspondiente a la jubilación percibida por Falco.

Con respecto a la base, se advierte que el sentenciante utiliza el salario mínimo, vital y móvil por no haberse probado el ingreso que percibía el Sr. Falco al tiempo de la ocurrencia del suceso dañoso.

La situación que se plantea en el caso resulta a todas luces compleja pues no contamos con la prueba del ingreso que percibía el actor al tiempo del suceso dañoso.

Ahora bien, ya lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Bellizzi, José S. y otros v. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado", haciendo suyos los argumentos del Procurador General, que "...al resolver el rechazo por ausencia de prueba del monto del daño sufrido, el tribunal ha venido a admitir la existencia del

mismo. En tales condiciones, y teniendo en cuenta **las amplias facultades de los jueces en orden a la estimación y valoración de aquellos**, estimo que resulta autocontradictorio tener por acreditada la existencia del daño y negar toda compensación por no considerar probado su monto...".

Sobre la base de esta ponderación del Tribunal Címero, si bien se admite que no obra en autos un recibo de sueldo en el que pueda constatarse fehacientemente su haber, lo cierto es que a partir de otros medios de prueba es posible arribar a la conclusión sobre que el salario mínimo vital y móvil constituye un parámetro que no se compadece con la realidad del ingreso que percibía el actor, aspecto éste que es admitido por el propio sentenciante.

En efecto, cabe reparar en las testimoniales de fs. 400 a 401 de donde se extrae que trabajaba en Estancias del Sur, empresa de la que era el gerente financiero. Así lo afirman Celio Juan Grimaldi y Celeste Grimaldi quienes además admiten que cobraba un plus por ser el apoderado. Asimismo, especula el primero de los testigos mencionados que debe haber cobrado de tres mil quinientos a cuatro mil pesos más el plus mencionado. Por su parte, la testigo Celeste Grimaldi, haciendo la misma salvedad con relación a su carácter de apoderado, calcula su ingreso entre los tres mil quinientos y cinco mil pesos mensuales.

Estas cifras, comparadas con el salario mínimo, vital y móvil considerado en la sentencia como punto de partida para el cálculo, que es de \$ 200, resultan en una diferencia exorbitante entre ambas, aún que nos ubicáramos en el monto más bajo de los mencionados por los testigos -\$ 3500-.

Por otra parte, debe considerarse que la afectación patrimonial que la incapacidad sufrida por Falco genera, va mucho más allá de lo vinculado a la pérdida de sus posibilidades laborativas, por cuanto se trata de una persona que requiere ayuda para las tareas más elementales de su vida diaria. Asimismo, debe considerarse la necesidad de asistencia permanente para la limpieza de la fístula secuelar por la que despidе secreciones constantes, entre tantas otras dificultades con las que tropieza en su cotidianeidad como consecuencia de la mala praxis sufrida.

XII. 1. a. La reparación integral

Indemnizar el perjuicio sufrido implica considerar el liminar principio de reparación integral.

En nuestro sistema, el principio de la reparación plena o integral es una de las grandes columnas sobre las que se asienta el sistema de la responsabilidad civil, a punto que nuestra Corte Suprema de Justicia suele hacer referencia a él como "el principio constitucional de la reparación integral", elevándolo al plano de derecho

constitucional, con todo lo que ello implica, particularmente a la hora de establecer la razonabilidad de sus limitaciones.

La doctrina y la jurisprudencia han considerado desde antaño a este principio ínsito en el Código Civil derogado. Por su parte, el Código Civil y Comercial lo consagra expresamente en su art. 1740, primera parte: *“Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”*.

Así, la Dra. Zavala de González interpreta que el principio de reparación integral del daño requiere de necesarios aditamentos, sin los cuales no se concreta con justicia en su plenitud:

1) No se debe dejar de resarcir ninguna proyección disvaliosa del hecho dañoso, si se dan los recaudos para ello.

2) No debe resarcirse un mismo daño, bajo distintos rótulos o nomen iuris, más de una vez.

3) El monto indemnizatorio debe ser justo; ni escaso, ni exagerado.

4) La indemnización no debe perder de vista los criterios de realidad económica y preservar la acreencia del envilecimiento del signo monetario hasta que la deuda sea cancelada.

5) Deben evitarse desigualdades intolerables a la hora de cuantificar la reparación de daños patrimoniales y morales similares.

6) La reparación del daño debe alcanzarse de manera oportuna, en tiempos razonables.

7) El principio de la reparación integral no se concreta si como producto de la utilización de facultades discrecionales de los jueces resulta en valores insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible.

XII. 1. b. La realidad fáctica analizada de manera global

En el caso de autos, debe considerarse que las lesiones sufridas por el Sr. Falco lo incapacitaron de manera absoluta para el despliegue de actividad laboral cuando se encontraba en la plenitud de su vida para ello, 42 años y ejerciendo a tan temprana edad un cargo jerárquico en una empresa por entonces próspera. De allí que el reclamo sobre que la incapacidad en él se había iniciado antes de la cirugía por efecto del neurinoma del acústico del que padecía, no puede tener cabida pues, el desenvolvimiento pleno en su vida útil y social, no se vio afectado sino hasta luego de la cirugía y como consecuencia de las secuelas incapacitantes con las que quedó luego del post operatorio cursado como se describió supra.

Por lo demás, el futuro laboral de Falco resultaba prominente y eso se deriva del elevado cargo que ejercía a la edad de 42 años. Este dato, analizado sobre la base de las reglas de la experiencia, conduce a sostener como altamente posible que –de no haber ocurrido el evento dañoso- su situación laboral sería de

crecimiento –en esa o en otra empresa-, dada la juventud que ostentaba cuando ya ejercía el cargo de gerente y la función de apoderado.

Asimismo, debe también considerarse que desplegaba por entonces una vida plena no sólo en el ámbito laboral, sino también en lo social y familiar, todo lo que se vio truncado a partir de los sucesos base de la presente acción. De ello da cuenta la prueba reunida, debiendo considerarse de modo especial la testimonial del Sr. José Antonio Ceballos (fs. 400) quien refiere patente el antes y el después de la vida de Falco a partir de la cirugía realizada.

Vale decir, las consecuencias dañosas del evento de marras disminuyen por sí mismas las posibilidades de desarrollo en la vida cotidiana, produce un impacto evidente en el desenvolvimiento de sus tareas diarias, disminuyendo su capacidad vital y consecuentemente, proyectándose de manera negativa en el ámbito patrimonial de la víctima.

XII. 1. c. La incapacidad vital

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la indemnización integral por lesiones o incapacidad física o psíquica debe reparar la disminución permanente de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables.

En ese derrotero, la Corte concluye que la incapacidad física suele producir un serio perjuicio en la vida de relación, lo que repercute en la actividad social, deportiva, etcétera y que ese perjuicio debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y del daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable.

En la misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba expresó en un caso que guarda similares características al presente: "Tengo en cuenta que se trata de una persona que percibe una jubilación... y que al momento del accidente contaba con 65 años de edad... Sin embargo, considero que ninguno de tales elementos constituyen obstáculo para la indemnización por incapacidad toda vez que ni la jubilación ni la edad avanzada constituyen per se el cese automático de la productividad de un sujeto...".

Asimismo, el Alto Cuerpo determinó en el precedente citado que la incapacidad apreciable patrimonialmente no es sólo la directamente productiva sino que también debe valorarse –aunque se lo estime de manera mediata- el valor material de la vida humana y de su plenitud.

XII. 1. d. Una reparación real

En el caso bajo análisis, la incapacidad padecida por Falco, es susceptible de provocar una insuficiencia material para

desenvolverse por sí y realizar actividades útiles, lo que tiene una indudable proyección económica que merece ser reparada más allá de la repercusión espiritual (daño moral) que pueda aparejar el menoscabo a la integridad psicofísica de la persona.

Es cierto que el actor recibió una jubilación por invalidez, como lo sostiene la demandada recurrente, empero, aunque la merma de los ingresos se vea limitada a la diferencia entre lo que percibiera en su vida activa y lo recibido en concepto de jubilación, no es el único parámetro a considerar. En efecto, debe ponerse de resalto que la lesión incapacitante proyecta sus efectos en el ámbito patrimonial de la persona, no solamente como consecuencia de la disminución de la capacidad productiva, sino también de las dificultades que en lo cotidiano impedirán a la víctima desenvolverse de idéntica manera a que lo hacía con anterioridad, necesitando para sortear el obstáculo, utilizar recursos económicos.

Por otra parte, el hecho de que no se haya probado el ingreso del Sr. Falco anterior al evento dañoso de modo fehaciente, acompañando un recibo de sueldo, no significa que corresponda otorgar la indemnización con base en la exigua suma del salario mínimo, vital y móvil cuando hay prueba en autos de que Falco era gerente de producción y por tanto su ingreso excedía del mínimo utilizado como base.

Con este enfoque es que debe buscarse en las pruebas rendidas en autos, toda la información que sea posible para arribar al dato que es necesario para obtener una indemnización justa.

XII. 1. e. Ingreso que percibía el actor al tiempo del suceso

El actor, en su recurso, peticiona que se tome como base el haber jubilatorio percibido, que al tiempo de su recurso ascendía 31.941.58. El parámetro no luce desajustado si se piensa que el ingreso jubilatorio es siempre un porcentaje del salario que, a ese tiempo, percibe el trabajador en actividad que se desempeña en una categoría semejante a la que desarrollaba el jubilado hacia la época en que se pasivizó.

Con asiento en esta relación, debe repasarse que el ingreso jubilatorio acreditado es de \$ 19.541.40 (informativa de la Caja de Jubilaciones fs. 1989/1992) en el mes de septiembre de 2015 y de \$ 31941,50 en el mes de abril de 2017 (fs. 21237).

Asimismo, tenemos que a septiembre de 2015 el salario mínimo, vital y móvil ascendía a \$ 5588, por lo cual el haber jubilatorio significaba tres veces y media el monto del salario mínimo, vital y móvil.

A partir de este cálculo se advierte con mayor certeza la injusticia que significa tomar como base del cálculo un salario mínimo, vital y móvil cuando éste tiene una incidencia de 3.5 veces en el haber jubilatorio que ya de por sí, resulta un 25 a un 30 % menor que el ingreso

del activo –repárese que estamos ante una jubilación por invalidez y no ordinaria-.

Por este sendero parece transitar una solución que asiente la base del cálculo de la indemnización en un parámetro más realista que el utilizado en la sentencia.

Asimismo, con este mecanismo la indemnización se acerca más a la función de reparación integral a la que hemos aludido previamente y que constituye un parámetro imperativo a la hora de fijar indemnizaciones que tiendan a reparar perjuicios.

En suma, resulta propicia la modificación de la base del cálculo por el rubro pérdida de chance debiendo ascender -conforme el análisis realizado- a tres veces y media el salario mínimo, vital y móvil, en lugar de una como lo dispone la sentencia.

XII. 2. Daño moral

Con respecto a este rubro, el cuestionamiento recursivo se asienta en la cuantificación realizada por el sentenciante, que redujo lo peticionado de \$ 180.000 a \$ 45000.

A los fines de la configuración y cuantificación del daño moral, debe considerarse que no es posible acceder a una prueba que pueda cristalizar la interioridad del sujeto y que revele su sufrimiento real, la dimensión de su angustia, la gravedad del disgusto en términos cuantitativos.

Se trata de apreciar los sucesos narrados a partir de las pruebas existentes en autos, así como de las reglas de la experiencia y que dan cuenta del desgaste que debió soportar.

Por ello, la cuantificación del daño moral siempre se erige como una dificultad.

XII. 2. a. Los padecimientos del actor

Cabe considerar, para valorar adecuadamente este ítem, los sufrimientos diarios que enfrenta el Sr. Falco como consecuencia de las secuelas discapacitantes causadas por responsabilidad de la demandada.

En efecto, por cuanto sus sufrimientos no se limitan al tiempo del suceso, a los meses internados, a las numerosas cirugías realizadas, a su riesgo de muerte durante el tiempo que estuvo alojado en las instalaciones de la demandada. En cambio, como ya venimos afirmando, Falco padece actualmente heridas y secuelas que lo trastornan en su vida de relación, que lo afectan en su cotidianeidad y que actualizan su sufrimiento a cada momento. Él padece de dolores físicos y eso agrava su sufrimiento espiritual, además de ser víctima de limitaciones sociales, de despedir olor nauseabundo, secreciones visibles, marcha y movimientos afectados por las secuelas, tanto como la frustración de ver truncada su vida, sus planes, en el ámbito laboral, social y familiar.

Descripto ello, no puede sino admitirse que el daño moral producido fue de magnitud, obligando al actor a atravesar antes y ahora momentos de angustia, enojo, impotencia, de aflicciones imposibles de valorar económicamente pero que deben ser consideradas para la cuantificación del rubro de modo que sea posible “compensar” lo injustamente vivido o “equilibrar” el sufrimiento al disfrute para poder –si no resarcir- al menos desagraviar moralmente al actor.

XII. 2. b. En búsqueda de un criterio para el caso de autos

En lo que respecta a la *cuantificación* del daño extrapatrimonial, la jurisprudencia ha utilizado como parámetro los llamados “**placeres compensatorios**”, lo que implica cuantificarlo a través del costo de diversos bienes o actividades de disfrute o gratificación.

Esta alternativa jurisprudencial, ha tenido favorable acogida en nuestro nuevo derecho privado, a partir de la incorporación en el C.C.C de la Nación, en la parte final del art. 1741, de esta pauta de cuantificación al especificarse que “... El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.”.

Con relación a este párrafo, se sostiene que “Que el daño moral tenga una finalidad satisfactiva quiere decir que el dinero que se otorga por haberlo sufrido debe permitir al dañado la

adquisición de sensaciones placenteras tendientes a eliminar o atenuar aquellas dolorosas que el ilícito le ha causado y que son las que hacen nacer el derecho al cobro del daño mora (Busto Lago). Asimismo, se agrega que lo que la satisfacción trata es "de proporcionar al perjudicado otras satisfacciones, distintas de aquellas que ya no podrá obtener, pero que tratan de conseguir un equilibrio, contrarrestando el efecto de la pérdida de aquellas satisfacciones, con el efecto de nuevas satisfacciones que se le proporcionan "(Sainz Cantero-Caparrós). Por eso algunos autores dicen que sólo el daño patrimonial es propiamente "resarcido", mientras que el daño extrapatrimonial no es resarcido sino de algún modo compensado (Lasarte Álvarez).

Con base en este criterio, ha de buscarse una pauta de gratificación que de algún modo "compense" o "equilibre" el padecimiento sufrido por el actor y que, en atención a la descripción realizada supra, se advierte que la suma peticionada por el actor de \$ 180000, actualizada según los parámetros sentenciales en tanto no han sido cuestionados (según planilla que se incorpora debajo, en donde se toma como punto de partida el día 21/10/2002 por cuanto ese día tenemos conocimiento de la existencia de desinteligencias entre las pautas médicas sobre alimentación del paciente y lo que venía desde la cocina), asciende hoy a \$1.599.541,98, lo que en la práctica se traduce en un monto cercano al valor actual de un departamento de

un dormitorio, según lo publicitado en los portales webs y clasificados de diarios, de acceso al público en general.

Esto por cuanto poder acceder a dicho bien raíz, permitiría al actor paliar de alguna manera la angustia y aflicción que le genera haber visto truncadas las razonables expectativas de crecimiento personal y profesional, generándole una gran frustración vital, considerando que -al menos- pudo capitalizarse. Ello, claro está, con absoluta independencia del resarcimiento por el impacto patrimonial que el daño le produjo.

Con base en las consideraciones precedentes, esta Fiscalía de Cámaras considera propicio recibir el agravio de que se trata y elevar la condena por daño moral a la suma peticionada por la actora en su demanda, es decir \$ 180000 a la fecha del suceso.

XIII. Conclusión

*En definitiva, es criterio de este Ministerio Público que corresponde recibir el recurso del actor, correspondiendo modificar los montos de la condena que integran el rubro **pérdida de chance y el daño moral** y rechazar la apelación de la demandada.*

Así opino.

Dios Guarde a V.E.

Córdoba, 3 de octubre de 2017.