



## Salud

### **Daño moral y psicológico de la esposa y de los hijos. Muerte del actor. Incumplimiento de la empresa del contrato de medicina prepaga que los vinculaba. Frustración de la chance de prolongar la vida. Falta de cobertura de la medicina oncológica prescripta.**

#### **G. G. P. y otros c/ Staff Medico S.A. S/ Daños y perjuicios**

En Buenos Aires, a los 6 días del mes de diciembre del año dos mil once, hallándose reunidos los señores jueces de la Sala "M" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dres. Mabel De los Santos, Elisa M. Diaz de Vivar y Fernando Posse Saguier, a fin de pronunciarse en los autos "G. G. P. y otros c/Staff Médico S.A. s/daños y perjuicios", la Dra. Diaz de Vivar dijo:

Contra la sentencia condenatoria dictada por el Dr. Gustavo Caramelo ambas partes interpusieron recurso de apelación (fs. 943 y 952).

I.- G. P. G., P. A. S., M. G. S. y C. P. S. promovieron demanda contra Staff Médico S.A., por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la empresa del contrato de medicina prepaga que la vinculaba con L. J. S., por la violación de las leyes 24.544, 24.754 , 24.220 y la resolución MS 201/02 (PMO).

Operado S. de un cáncer de riñón y atendido luego en el Centro Oncológico Dr. Hannois, prestador de la empresa demandada, fue empeorando su salud. El profesional le indicó una medicación que prescribió en una receta para ser presentada en la prepaga para que se la suministraran en forma integral, pero la demandada informó que no cubría esas drogas oncológicas. El especialista, reemplazó la medicación por otra que tampoco fue suministrado por la empresa.

El día 12 de septiembre de 2006, los accionantes promovieron las actuaciones de Amparo (expte. n°74.953/06) en las que, con fecha 15 de septiembre, se admitió la medida cautelar solicitada,



ordenando a la demandada proveer a L. J. S. los medicamentos requeridos, lo que no se llegó a cumplir porque el actor falleció el 16 de septiembre de 2006.

a) Conocedor del tema de salud, en una fundada sentencia el a quo encuadró el caso como una relación de consumo, que habiendo sido celebrado por el procedimiento de adhesión a cláusulas predisuestas, en caso de duda tales cláusulas deben interpretarse contra el predisponente (CSJN Fallos 317:1684; 321:3493, Caramelo Díaz, G., "Medidas cautelares en resguardo del derecho a la salud", Rev. Jurisprudencia Argentina, año 2006-1, Fascículo 12, pág. 36).

Tal regla hermenéutica -dijo- se impone en razón de expresas disposiciones legales (art. 1198 del Código Civil, art. 218, inc. 3º del Código de Comercio, art. 3º de la ley 24.240) y se acentúa en el supuesto de contrato de prestación médica, habida cuenta de la jerarquía de los valores que se hallan en juego: la vida y el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria (CSJN, Fallos 321:3493 y 325: 677). Agregó el señor Juez a quo, que se encontraban dadas las circunstancias por las que la demandada debía dar cobertura integral al tratamiento de L. J. S. Si alguna duda podía abrigar la empresa debía resolverla en favor del paciente, consumidor adherente a su sistema prestacional, por cuya salud debía velar en circunstancias en las que se encontraba cursando el tramo final de su enfermedad, con todo lo que ello conlleva tanto para el paciente como para quienes integran su grupo familiar y social. Pero no lo hizo, denegando así la cobertura a la que estaba legalmente obligada (art. 42 de la Constitución Nacional y los arts. 3 y 37 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor; Fallos:324:677). La negativa injustificada y la falta de información adecuada analizada en el caso, constituyeron un trato disvalioso para un consumidor que se encontraba en una situación de extrema vulnerabilidad, lo que necesariamente debió proyectar efectos dañosos para los integrantes de su grupo familiar primario.

Por ser considerada responsable, la empresa demandada fue condenada a pagar el resarcimiento del daño moral, psicológico y gastos de tratamiento sufridos por la cónyuge supérstite y los hijos, en los términos y alcance que el fallo señaló.

b) Los agravios de la parte actora fueron expresado a fs. 982 y sgtes., centrándose en la cuantificación de los daños que consideró escasa (fueron contestados a fs. 1010). Argumentó que



los tiempos de S. fueron extremadamente cortos y los medicamentos fueron prescritos como paliativos de la dolencia que padecía. Por lo cual fue más grave que la empresa esgrimiera no estar obligada a cumplir con la prestación debida. Reclamó la fijación del "quantum lo suficientemente estricto como para que, tales hechos no se repitan y a su vez para que tales prácticas no se reiteren como un uso costumbrista... La justicia requiere ejemplo" (fs. 983 vta.).

El segundo agravio está vinculado con el poco monto asignado para la cónyuge en concepto de daño psicológico, al que calificó de arbitrario al haberse apartado del dictamen científico que estableció un 10% de incapacidad y el valor del punto de incapacidad que las aseguradoras estiman entre \$1.800 y \$2.000. Sostuvo que el monto del tratamiento por otra parte no podía ser inferior a \$2.880, dado la recomendación de cumplirlo mediante una sesión semanal por un año. También se agravio por igual motivo en lo que respecta a los hijos P. y M. S.

Acerca del hijo C.S., respecto del cual se ha negado el resarcimiento por daño psicológico, se sostuvo que si bien el peritaje determinó la inexistencia de daño actual, no puede negarse que existió y debe ser indemnizado.

c) La demandada expresó agravios a fs. 1002 y sgtes. (contestados a fs. 1013/35)

Insistió la empresa en que las drogas Interleukina y Sunitinib no figuran como drogas de cobertura obligatoria por parte de los agentes del seguro de salud. No es posible sostener -agregó- que los medicamentos que no están incluidos en el PMO sean también de cobertura obligatoria. No es viable el argumento del a quo en cuanto mencionó la droga Vinblastina que sin estar en el PMO fue cubierta por la prestadora, porque la diferencia radica en que las primeras mencionadas -a diferencia de la última- tampoco estaban incluidas en el listado del Banco de Drogas del Ministerio de Salud. Aspecto desvirtuado con el informe de fs. 580 del Ministerio de Salud, que indica que Sustent/Sunitinib estaba autorizado desde abril de 2006 e Interlukina desde 1994. Otro argumento esgrimido para criticar el fallo consistió en dedicar un "párrafo" a la afirmación del sentenciante de fs. 934, párrafo 3º, referida al punto 8.1 del Anexo I de la Res. MSP 201/2002 que estableció una cobertura del 100% para los cuidados paliativos cuando la expectativa de vida no supere los 6 meses por no responder al tratamiento curativo previamente aplicado al paciente.



Las drogas fueron solicitadas en agosto de 2006 y se citó el informe del Dr. Hannois que indicó que la evolución posterior del paciente que falleció el 16 de septiembre de 2009 por la progresión de su enfermedad neoplásica, no se hubiera modificado con ninguna de las dos drogas en cuestión, ya que el suministro de tales drogas paliativas estaba condicionada al estado clínico del paciente y a su tolerancia.

Finalmente, la demandada cuestionó los ítems indemnizatorios considerándolos excesivos. II.- a) La expresión agravios no es un mera fórmula o un medio técnico desprovisto de contenido, sino que debe tener un contenido tal que cumpla con el requisito de ser un análisis razonado punto por punto de las partes de la sentencia que se consideran erróneos y una fundamentación indicativa, precisa y adecuada de los motivos en que el apelante sustenta su pretensión revocatoria.

No se trata de reiterar defensas introducidas en la instancia anterior como lo ha hecho la demandada, sin efectuar una crítica puntual a los argumentos del sentenciante, concreta y razonada, con articulaciones objetivas y fundadas con entidad formal suficiente de los aspectos que se consideran equivocados o deficientes del fallo. En síntesis no basta la simple disconformidad genérica o disenso con el fallo sin dar las bases jurídicas de la oposición (CNC, Sala C, L.L. t. 134, 1086, N°20353-5).

Si bien los agravios vertidos por Staff Médico no reúnen los requisitos de suficiencia técnica reseñados, en virtud de una interpretación amplia y dado la significancia del tema a debate, no propiciaré la deserción del recurso y entraré a conocer en el caso.

b) La reforma constitucional de año 1994 plasmó en su normativa un conjunto de principios vinculados con el derecho a la salud que sólo estaba considerado como derecho implícito en el art. 31 de la CN. Tal normativa se complementa con el bloque constitucional contenido en los Tratados Internacionales ratificados por el Congreso tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos los cuales en mayor o menor medida reconocen el derecho a la salud (conf esta Sala, "T. N. c/ Swiss Medical S.A.", R.N° 513.779, de junio de 2010).



Es así que la ley 24.754 establece que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, de conformidad con lo normado a su vez por las leyes 23.660, 23.661y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones. Es decir que las empresas de medicina prepagas, como es la demandada en autos, tiene la obligación de otorgar las prestaciones incluidas en el Programa Medico Obligatorio (PMO), programa que es actualizado periódicamente por el Ministerio de Salud de la Nación. Así se ha resuelto que el PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima, debajo del cual ninguna persona debería ubicarse bajo ningún concepto, más no necesariamente conforma su tope máximo (conf. CNApel en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, causa 14/06 del 27.04.2006; Sala II, causas 11.708/06 del 23.02.2007; 10.105/07 del 4.12.2007, Sala III, causa 5411/07 del 9.10. 2008 y B. L. G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ sumarísimo del 19/04/2011).

Se ha dicho que cuando se descubre una medicación o droga nueva o eficaz para calmar los dolores más crueles de una enfermedad terminal, resulta manifiestamente inaceptable que los prestadores de salud se nieguen a proporcionarlas a sus afiliados invocando como pretexto, que todavía no las han incorporado a sus vademecum o no han sido incluidas en el PMOE. La inamovilidad relativa de estas disposiciones reglamentarias -dijo el Dr.Vocos Conesa-, no puede ser elevada al rango de un impedimento para negarle al "homo patien" el medicamento o la técnica capaz de aminorar su sufrimiento, porque de ser ello así tal inamovilidad reglamentaria y tales vademecum -en vez de obrar en beneficio de los afiliados, que no otra puede ser su razón de ser y su causa de legitimidad- se transformarían en los vehículos de la iniquidad y del alzamiento inadmisibles contra las normas de mayor jerarquía de la Nación, como son las que conforman la constitución Nacional y los tratados incorporados por la vía del art. 75, inc. 22de ella (fallo citado).

En relación a la alegación formulada por la demandada -en cuanto a que el P.M.O abarca los medicamentos para uso oncológico según protocolos oncológicos aprobados por la autoridad de aplicación cuando no ha autorizado la utilización del medicamento solicitado para el tratamiento de la patología que el actor informa padecer, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la



Nación ha reconocido, en casos excepcionales, mayor amplitud a dicha normativa. En el caso "R., N N. c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo" (R.638.XL, fallo del 16/05/06) dejó sentado que las especificaciones del P.M.O. deben interpretarse en armonía con el principio general que emana del artículo 1° del Decreto 486/2002, en cuanto garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud.

En ese sentido, debe atenderse a las particularidades de cada caso para determinar si dicho programa otorga una efectiva protección del derecho a la salud, porque aun cuando la empresa demandada persiga un legítimo lucro, eligió hacerlo por medio del otorgamiento de prestaciones de salud. De ahí que en los contratos que celebra con los adherentes al sistema por ella organizado, la finalidad asistencial es medular y juega un rol preponderante al tiempo de interpretar las obligaciones a cargo de cada una de las partes.

Recuérdese que por resolución 939/ 2000 del Ministerio de Salud se aprobó un nuevo catálogo de prestaciones del PMO, cuyos considerandos aluden a que independientemente de la extensión de la cobertura planteada en el PMO, no existen patologías excluidas del mismo y se señaló que los agentes del seguro de salud son "responsables de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud de sus beneficiarios y no meros financiadores de las prestaciones". Finalmente el concepto de medicamentos", establecido por la ley 16.463, comprende naturalmente todo producto de uso y aplicación en la medicina humana (art. 1º).

De conformidad con las premisas señaladas, cabe concluir que a la luz de la Constitución y los Tratados Internacionales con rango constitucional era obligación de la demandada cubrir las prestaciones sin perjudicar al enfermo terminal, repitiendo luego lo abonado contra el Estado si entendía que no se encontraba obligada por las leyes entonces vigentes. En este contexto normativo, corresponde juzgar que ha mediado un incumplimiento contractual de la empresa calificado como culposo por el contexto de indefinición de las normas aplicables (prueba de lo cual son las distintas soluciones jurisprudenciales que se ha dado a estos casos). Pero como lo ha sostenido la Corte frente al derecho a la vida, los restantes valores siempre tienen carácter instrumental (Fallos, 323:1339).



Propongo pues al Acuerdo confirmar la sentencia de grado en este aspecto.

III.- En el sublite no se puso en riesgo la vida del causante, sino que se lo privó de la chance de hacer más llevaderos sus últimos días. Se trató de la privación de una posibilidad eventual, porque aún en el caso de que se le hubiere suministrado la droga, faltaba evaluar si iba a ser bien tolerada y en su caso, si producía el efecto deseado.

Este es el antecedente en el que asienta el daño cuyo resarcimiento se persigue en autos, es decir el que ha sufrido la familia por los padecimientos psíquicos y morales que enraízan en el incumplimiento de suministrar una droga paliativa al enfermo.

Es un daño actual resarcible cuando implica una "probabilidad suficiente" de beneficio económico que resulta frustrado por culpa del responsable. La entidad y suficiencia en cuestión, depende de las características y circunstancias de cada caso librada a la prudente estimación judicial. No puede identificarse con el eventual beneficio frustrado, porque lo frustrado es la chance, la cual por su propia naturaleza es siempre problemática en su realización.

Cuando la posibilidad frustrada es muy general y vaga no es indemnizable como daño material, porque sería un daño puramente eventual o hipotético. En cambio, si la posibilidad es bastante fundada, -"probabilidad suficiente"- debe ser indemnizada y un paso mas adelante es aquél en que de la circunstancias aparezca como sumamente probable (ORGAZ, Alfredo, El daño resarcible. pág. 70, par. 24; Llambías, Jorge J. "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones. T.1, pág. 266, par. 241, nota 20).

a) Daño moral.

El caso quedó encuadrado dentro del ámbito de la responsabilidad contractual y la obligación de reparar emerge así de la extensión del resarcimiento por el incumplimiento de la demandada. No hay cuestionamientos al respecto.



Para determinar tal extremo hay que precisar los límites de la cuestión, porque por un lado indudablemente la cónyuge y los hijos tuvieron padecimientos, angustias y aflicciones que asientan en el daño moral, como también los daños psicológicos mencionados en la peritación. Pero por otra parte, es preciso distinguir tales situaciones -derivadas del proceder antijurídico de la empresa demandada al negar el suministro de una droga que les daba una esperanza de alivio hacia su ser querido en grave estado-, de la muerte en sí, muy próxima que los tenía en un contexto de extrema vulnerabilidad. La conducta de Staff Médico en ese trance, agravó la situación de impotencia y frustración por la que atravesaban, pero no provocó este segundo daño-sufrimiento de la dolorosa pérdida y ello quedó perfectamente señalado en el fallo, cuando se analizó la relación de causalidad adecuada, concausalidad, condiciones necesarias y factores concurrentes.

Encomillé más arriba los términos del agravio: la fijación del "quantum lo suficientemente estricto como para que, tales hechos no se repitan y a su vez para que tales prácticas no se reiteren como un uso costumbrista... La justicia requiere ejemplo" (fs.983 vta.). Tales referencias parecerían apuntar a la consideración del daño moral como sanción ejemplar, postura que no comparto porque sostengo siguiendo a la doctrina dominante, que se trata de un instituto de carácter resarcitorio y el fallo así lo ha encuadrado a fs. 936 con abundantes citas, en una solución que considero correcta.

En materia contractual el daño moral puede o no ser concedido, según la apreciación que el juez haga de las circunstancias del caso (cfr. Borda, Guillermo A. "La Reforma del Código Civil: Responsabilidad Contractual", E.D. 29-762, Llambías, Jorge J., "Estudio de la Reforma del Código Civil", pág. 148; Garrido-Andorno, "Reforma del Código Civil", t. I, pág. 87; Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., "Derecho de las Obligaciones", t. I, pág. 382). Por ello queda siempre a cargo del interesado su comprobación y del tribunal la aplicación con criterio restrictivo (cfr. Cichero, Néstor "La reparación del daño moral y la reforma de 1968", E.D. 66-167; CN.Civ. Sala "B", L.286.122 del 18-3-83; Sala "C", E.D. 55-627; etc.). Requiere la demostración que la actitud del contrario por circunstancias especiales, ha significado una alteración de los valores de la personalidad (honor, libertad, tranquilidad de espíritu, salud, etc. recuérdese que el robo se





produjo en su ausencia no sufriendo hostigamiento o lesión alguna por parte de los delincuentes) y no tan solo una incomodidad o molestia, ínsita en todos o casi todos los incumplimientos contractuales (cfr. CNFed., Civ. y Com., Sala II, L.L. 1998-D-433).

No me ofrece duda su procedencia en la especie, porque tanto por la naturaleza de la cuestión vinculada a la salud de un enfermo terminal, como por las probanzas producidas han quedado acreditados los presupuestos de hecho que hacen procedente aceptarlo.

Ambas partes se han quejado por el monto establecido, los actores lo consideran escaso y la empresa demandada excesivo. Recuerdo que el fallo estableció en \$30.000 para la madre e igual suma para la hija, encargada de las gestiones infructuosas ante Staff Médico, para lograr el suministro de las drogas; mientras que a los hijos Marcelo y Cristian les concedió \$15.000, para cada uno.

Considerando todos los aspectos señalados precedentemente, y en especial, que en el caso se trató de la frustración de la chance de prolongar la vida, no de una curación efectiva, es mi convicción que las sumas asignadas deben ser reducidas y así lo propongo a mis distinguidos colegas.

En consecuencia, considero que \$15.000 para la madre y la hija y \$9.000 para los otros hijos, satisfacen el daño demandado.

b) El segundo agravio está vinculado con el monto asignado para la cónyuge e hijos en concepto de daño psicológico, el que fue calificado de arbitrario por la parte actora, sosteniendo que se ha apartado del dictamen científico que estableció un 10% de incapacidad y el valor del punto de incapacidad que las aseguradoras estiman entre \$1.8 00 y \$2.000. He dicho en muchas ocasiones que la existencia de un padecimiento psíquico, traumas, cuadros depresivos, miedos; en fin, las consecuencias perturbadoras de la personalidad con matices patológicos van más allá del concepto de daño moral. Inclusive hay situaciones en que tales padecimientos no se proyectan en la vida laboral; piénsese por ejemplo, en las fobias que son trastornos de ansiedad que el individuo padece frente a determinadas situaciones y que le determinan un comportamiento evasivo. En



este caso, aquél sólo tiene afectado un aspecto de su personalidad que no necesariamente implica un compromiso en lo laboral o en su productividad.

Pues bien debo aceptar que este cuadro de angustias y padecimientos sin repercusiones patrimoniales debe enraizarse en el daño moral en el entendimiento de que para concederlo debe existir ese elemento tipificador del daño psíquico que es la patología y tener en claro que allí está el límite que lo distingue del agravio moral típico. Con esta aclaración, el detrimento psíquico sufrido por la víctima puede producir perjuicios patrimoniales, espirituales o ambos. Nadie cuestiona que los daños son materiales o morales, que son los existen en nuestro ordenamiento en sentido técnico-jurídico (arts. 519, 1068 y 1069; arts. 522 y 1078). No existe un tercer género, pero considero que la discusión sobre la autonomía o no del daño psicológico al momento de establecer el monto indemnizatorio de los daños derivados y en la medida en que quede en claro su verdadera naturaleza y conceptualización no es un tema central para resolver este aspecto de la cuestión.

Además en materia de derecho civil, los porcentajes de incapacidad son pautas meramente orientadoras, pues el juzgador debe seguir un criterio flexible, adecuado a las circunstancias singulares de cada caso y no ceñirse a cálculos matemáticos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, propios del fuero laboral. En sede civil, repito, la reparación tiende a la integralidad, contemplando no sólo la faz laboral sino también la denominada vida de relación, que comprende diversos aspectos de la vida cotidiana (esta Sala, "Zambrini, Oscar Alberto c/ Gómez Guillermo Daniel s/daños y perjuicios", de fecha 04-05-05, expte. nº 43.405, id., RL. nº452870/2.003 del 06-02-07, nº116.826/01 del 22-02-07, nº88.055/2002 del 27-08-07, nº78.527/2005 del 26-11-07, entre otros).

A fs. 790 y sgtes. obra agregada la peritación psicológica de los actores. G. G., refirió su dolor en la anamnesis por los sufrimientos padecidos al acompañar al marido a lo largo de su enfermedad que se remontaban al 2005. Recuerdo que en agosto de 2006 se le detectó la progresión del cáncer a nivel óseo y el médico tratante recetó la medicación, que finalmente no pudo serle suministrada ante su fallecimiento un mes y medio después, el 16 de septiembre de 2006.



La licenciada R. refirió que la muerte del causante la sumió en un duelo no resuelto en una etapa avanzada de su propia vida. Además, padeció una infección que la mantuvo internada en terapia intensiva, todo lo cual le implicó una confrontación con su propia muerte. Así, la licenciada calificó el cuadro de la señora como reacción vivencial anormal neurótica con manifestación depresiva de grado II, representativa de un 10% de incapacidad.

Suelo recordar que acontecimientos como el de autos no son punto de partida sino de llegada de una historia donde aparecen diversos factores precipitantes. Los sucesos cotidianos como los que surgen de su problemática afectan a los individuos en función de cómo cada uno percibe la realidad y cómo la reelabora para dar una respuesta a la situación. Este proceso depende de la historia, medio, edad cronológica y grupo familiar del protagonista. A ello que se agrega que luego de una situación estresante el individuo vuelve al estado basal previo, pero hay momentos en que este estado no se recobra totalmente y ante un nuevo estímulo, parte de un nivel más elevado o un punto de menor tolerancia psicofisiológica para enfrentar el suceso y ello provoca una falta de adaptación a la dimensión real del problema. Más allá de las objeciones, el cuadro de deterioro que la incapacita en el 10%, el opinión de la perito depende de cómo lo vive la actora, condicionada por todos los factores y circunstancias que rodean el caso.

Por ello, en orden a los factores condicionantes que he analizado y sistema de imputación de las consecuencias que establece nuestro ordenamiento civil, considero que no es exigua la suma de \$10.000 y tampoco la suma fijada para tratamiento psicoterapéutico ya que posee cobertura social en la empresa demandada y el Juez consideró que el monto que otorgó apuntaba a algún otro profesional de su confianza.

Para la hija en la medida de su historia personal y el nexo concausal indirecto con los hechos de autos (fs. 804), propiciaré confirmar el resarcimiento del daño psíquico y tratamiento.

En cuanto a M. S. quien ha desarrollado mecanismos disociativos y defensivos de negación de los hechos que también tienen origen en su propia historia personal, la perito le ha asignado un 10% de incapacidad y recomendado tratamiento (fs. 811). El señor Juez a quo manifestó que no pudo



formar su convicción respecto de la vinculación causal. Es cierto que la falta de suministro de la medicación en ese último mes de vida de su padre y la relación con Staff Médico no aparece nítida en el caso y por eso, propiciaré que se confirme lo resuelto.

Finalmente respecto de C. S.se determinó que los rasgos de tinte depresivo están más relacionados con sus dificultades preexistentes frente a las pérdidas, no registrando secuelas de daño psíquico al momento de la peritación (fs. 817). De ahí que los agravios encaminados a sostener que las secuelas pudieron haber existido en el momento en que sucedieron los hechos, no será receptado porque la queja no toma en consideración la clasificación de la incapacidad en permanente y temporaria según su duración.

En efecto, sabido es que es permanente la incapacidad definitiva, que perdura a pesar de la asistencia brindada a la víctima, implicando secuelas anormales que se extienden el resto de la vida del sujeto; y es transitoria cuando es posible la recuperación de la víctima (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños. Daños a las personas [integridad psicofísica]" 2a., p. 345, Hammurabi, 1993).

La incapacidad parcial y temporaria o transitoria no es la que se resarce; no constituye incapacidad sobreviniente si no consolida en secuelas (CNC, Sala E, L. 117.981 del 20-10-92, inédita; sus citas de la misma Sala, L. 61.197 del 5-2-90 y L. 115.157 del 28-9-92; y Kemelmajer de Carlucci, Aída en Belluscio, Código Civil anotado, t. 5, p. 218, ap. c).

Si las consecuencias del hecho impidió trabajar debe indemnizarse a través del lucro cesante, en la medida en que este se encuentre acreditado, porque no ha habido pérdida de la integridad física. La lesión física o psíquica transitoria no es objeto de resarcimiento considerada en sí misma, sino por los efectos que incidirán en lo emocional incrementando el daño moral o en lo patrimonial, a través de los gastos médicos, de tratamientos etc.que se resarcen (CNC, sala E, L.nº231.845 y 300.731, sala A L.nº 098145, sala C, L.nº 120.942, entre otros). En lo psíquico la transitoriedad o no de la incapacidad depende de la elaboración y resolución del conflicto que haga el individuo a través de una psicoterapia adecuada.



Por estas consideraciones propongo confirmar lo resuelto en el caso de ambos hijos varones.

IV.- Las costas de esta instancia deben quedar a cargo de la parte vencida al no encontrar mérito para apartarme del criterio objetivo de la derrota (art. 68 y conc. del Cód. Proc.).

En definitiva, de estar de acuerdo mis distinguidos colegas, propongo: I.- confirmar la sentencia de grado en lo principal que decide respecto de la responsabilidad por el incumplimiento en que ha incurrido la demandada y el rechazo de las indemnizaciones para M. S. y C. S. en concepto de daño psicológico y tratamiento. II.- Reducir las sumas otorgadas por daño moral estableciéndolo en \$15.000 para G. P. G. y P. A. S. y \$ 9.000 para M. S. y C. S. y III.- Imponer las costas a la vencida (art. 68 y conc. del Cod. Proc).

Los Dres. Mabel De los Santos y Fernando Posse Saguier adhieren por análogas consideraciones al voto precedente. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mi que doy fe.

Fdo: Elisa M. Díaz de Vivar.

Mabel De los Santos.

Fernando Posse Saguier.

Ante mi, María Laura Viani (Secretaria). Lo transcripto es copia fiel de su original que obra en el libro de la Sala. Conste.

MARIA LAURA VIANI

Buenos Aires, diciembre de 2.011.

Y Visto:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal Resuelve: I.- Confirmar la sentencia de grado en lo principal que decide respecto de la responsabilidad por el incumplimiento en que ha incurrido la demandada y el rechazo de las indemnizaciones para M. S.



y C. S. en concepto de daño psicológico y tratamiento. II.- Reducir las sumas otorgadas por daño moral estableciéndolo en \$15.000 para G. P. G. y P. A. S. y \$ 9.000 para M. S. y C. S.; III.- Imponer las costas a la vencida (art. 68 y conc. del Cod. Proc); IV. Atento lo dispuesto precedentemente, déjense sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en autos (art. 279 del Cód. Procesal), pasen a despacho para su regulación.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

ELISA M. DIAZ de VIVAR

MABEL DE LOS SANTOS

FERNANDO POSSE SAGUIER

MARIA LAURA VIANI