

## Responsabilidad Civil Del Estado Nacional Incapacidad Laboral Fuerza Aerea Argentina Enfermedad

### JURISPRUDENCIA

### Responsabilidad civil del Estado Nacional. Incapacidad laboral.

Fuerza Aérea Argentina. Enfermedad Se modifica el monto indemnizatorio y se confirma el resto de la sentencia que hizo lugar parcialmente a la demanda por los daños y perjuicios derivados de la enfermedad que contrajo el accionante a raíz de su función en la Fuerza Aérea.

En Buenos Aires, a los 18 días del mes de junio del año dos mil diecinueve, hallándose reunidos en acuerdo los Señores Vocales de la Sala III de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal a fin de pronunciarse en los autos "Rivero Ramiro Gastón c/ Estado Nacional Argentino Ministerio de Defensa Fuerza Aérea s/ accidente de trabajo/enfermedad profesional acción civil", y de acuerdo al orden de sorteo el doctor Guillermo Albergo Antelo dijo:

I. El Cabo retirado de la Fuerza Aérea Argentina (?FAA?), Ramiro Gastón Rivero, demandó al Estado Nacional -Ministerio de Defensa - Fuerza Aérea- (?Estado Nacional? o ?FAA? indistintamente), por la suma de \$3.150.000, en concepto de reparación por los daños y perjuicios derivados de la enfermedad que afirmó haber contraído a raíz de su función (fs. 4/12vta.). La plataforma fáctica que el actor expuso al iniciar el pleito es ésta: ingresó a la FAA en 1998 como Soldado Voluntario de Segunda y fue destinado al área de Servicio contra Incendios ubicado en un hangar de la IV Brigada Aérea en el Aeropuerto Internacional ?El Plumerillo? de la Provincia de Mendoza. Durante la semana dormía en el pabellón estando a disposición las veinticuatro horas del día, en tanto que los fines de semana gozaba de franco e iba a su casa. A mediados de junio de 2002 empezó a experimentar síntomas de descompostura que determinaron su internación el 22 de ese mes en el servicio de terapia intensiva del Hospital Italiano de la Ciudad de Mendoza donde fue agravándose hasta el estado de coma. Aunque después recobró el conocimiento, estuvo lejos de recuperarse ya que perdió la movilidad de los miembros inferiores y quedó afectada la vista, ante lo cual, el 30 de julio de 2002 fue trasladado al Hospital Aeronáutico Central en Buenos Aires donde permaneció internado hasta el 22 de noviembre de ese año. La enfermedad fue diagnosticada como Meningoencefalitis Criptococcica (fs. 4/7, punto III). El pabellón donde prestaba servicios estaba rodeado de árboles de eucaliptos con una importante población de palomas, las cuales constituyen el hábitat natural del ?Cryptococcus Neoformans?, agente etiológico de la enfermedad que contrajo. A raíz de lo expuesto, La FAA instruyó el sumario administrativo pertinente en el que, el 7 de enero de 2004, resolvió que la afección no guardaba relación con los actos de servicio. A principios de 2007, declaró a Rivero en situación de retiro obligatorio a partir del 1° de abril de ese año en virtud de que padecía una incapacidad total y permanente del 66%, y le reconoció, por única vez, una indemnización equivalente a 35 sueldos mensuales del grado de Cabo. Contra esta última decisión el agente interpuso recurso administrativo que fue admitido por la autoridad quien resolvió que la incapacidad mentada guardaba relación con los actos de servicio (fs. 4/7, cit.). Con apoyo en los hechos descriptos, Rivero responsabilizó al Estado Nacional por haber omitido llevar a cabo el control sanitario del puesto de trabajo, en especial, al no erradicar las palomas ni efectuar el examen serológico de los agentes con infecciones subclínicas sospechadas (fs. 4/7, cit.). Invocó la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re ?Mengual? y la aplicable a los casos en que el Estado incumple el deber de seguridad en el ámbito de las fuerzas armadas (fs. 11, punto VI). Las partidas que integraron su pretensión indemnizatoria son: a) daño emergente/incapacidad sobreviniente (\$1.800.000); b) daño moral (\$1.000.000); c) daño psicológico (\$300.000) y c) gastos médicos, farmacéuticos y de traslados (\$50.000). También reclamó la pérdida de chance en los demás ítems (fs. 7/8vta., punto IV y fs. 11, punto V). Ofreció prueba y solicitó el acogimiento de la acción, con costas. II. El Estado Nacional compareció, opuso las excepciones de falta de legitimación pasiva y de prescripción, y en subsidio, contestó la demanda (fs. 32/44vta.). Después de negar la versión de los hechos dada por el demandante, señaló que la enfermedad padecida por éste no tenía relación de causalidad con el servicio pero sí con factores ajenos a él como las deficiencias en el sistema inmunológico del paciente o, en todo caso, afecciones previas que lo habían predisuesto negativamente (fs. 34vta./36, punto VIII y fs. 37 y vta.). Desestimó la imputación de responsabilidad hecha en la demanda señalando que no había incurrido en negligencia alguna y que las actuaciones administrativas no constituían reconocimiento ni prueba del derecho del actor. (fs. 36vta., punto IX). También desechó la aplicación del derecho común para decidir la controversia con sustento en la tesis del sometimiento voluntario de los integrantes de la fuerza a las normas propias de la Institución (fs. 37vta./38). Agregó que, al recibir la indemnización en sede administrativa, Rivero había liberado de responsabilidad a la FAA; por ende, la demanda de autos era contradictoria con los actos propios del agente jurídicamente relevantes (fs. 42, punto XV). Cuestionó los rubros y las sumas reclamados (fs. 38vta./41, puntos X a XIII). Ofreció prueba, invocó la aplicación de la ley 24.432 y solicitó el rechazo de la demanda, con costas. El tratamiento de las excepciones fue diferido para el momento del dictado de la sentencia definitiva (fs. 51/52). III. El señor Juez de primera instancia hizo lugar

parcialmente a la demanda y condenó al Estado Nacional a pagarle al actor la suma de \$590.000 con más los intereses indicados en el considerando X (fs. 290/302vta.). Después de rechazar la prescripción, valoró la prueba y concluyó que estaban acreditados el vínculo contractual entre las partes, la enfermedad padecida por el señor Rivero, el daño por él experimentado y la relación causal entre éste y el servicio. En esa línea y con apoyo en los precedentes ?Mengual? y ?García? de la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que no se encontraba probado el caso fortuito por lo que rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva y admitió la pretensión resarcitoria. Apelaron ambas partes (ver recursos de fs. 304 y fs. 314, concedidos a fs. 305 y fs. 321). El actor expresó agravios a fs. 328/334 y la demandada hizo lo propio a fs. 335/339vta. El traslado ordenado por la Sala fue contestado por la accionada a fs. 342/344vta. Los recursos interpuestos contra las regulaciones de honorarios serán tratados al finalizar el acuerdo, siempre que no se de la habilitación prevista en el artículo 279 del Código Procesal. IV. El Cabo Rivero se agravia de los montos fijados en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral por considerarlos exiguos, y de que el juez haya establecido una suma única para resarcir la primera sin distinguir la incapacidad física de la psíquica. A su turno, la FAA se queja de la responsabilidad que le endilgó el magistrado, de la procedencia de los gastos por tratamiento psicológico, de la tasa de interés fijada y de la imposición de costas. Aclaro que el planteo concerniente a la regulación de honorarios de fs. 338vta., punto E es extemporáneo y, por lo demás, no está respaldado por la apelación pertinente del interesado (artículo 244 del Código Procesal). V. La primera cuestión a resolver atañe a la protesta del Estado Nacional por la responsabilidad que el juez le atribuyó. Es necesario puntualizar que la ley 26.944 de responsabilidad del estado no es aplicable al sub lite porque la enfermedad sufrida por el actor ocurrió antes de su entrada vigor y, además, porque ella no rige los conflictos en los que el Estado Nacional participa en su carácter de empleador (art. 10, segundo párrafo de la ley cit.; y esta Sala, causas n°1530/06 del 29/12/2016 y n° 3665/13 del 7/12/2017, entre otras). Por la primera de las razones expuestas en el párrafo anterior, tampoco es aplicable el Código Civil y Comercial de la Nación y Comercial de la Nación (considerando V del voto de la doctora Graciela Medina en la causa n° 11095/03 del 21/10/2015, a cuyos fundamentos me remito). En consecuencia, el presente caso está regido por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tema y, en lo pertinente, el derecho privado vigente al momento de los hechos sobre los que se fundó la demanda (esta Sala, causas n° 12504/07 del 27/10/2015, n° 8774/11 del 19/02/2016, n° 900/10 del 12/07/2016 y n° 96424/11 del 15/02/2018, entre muchas otras). Definido el marco normativo, me atenderé a las circunstancias comprobadas de la causa que paso a valorar. Ramiro Gastón Rivero (DIBPFA 402.349) ingresó a la FAA el 1° de agosto de 1998. El 23 de junio de 2002 servía como Soldado Voluntario de Segunda en la IV Brigada Aérea en el Aeropuerto Internacional El Plumerillo de la Provincia de Mendoza; por ese entonces, ya había empezado a experimentar un cuadro que la Dirección General de Sanidad de la FAA diagnosticó como ?enfermedad desmielinizante del sistema nervioso central, no especificada? y, ulteriormente, como ?Meningoencefalitis Criptococcica?. Después de estar internado, gozó de licencias médicas y, el 14 de mayo de 2004, fue evaluado por la Junta Médica de la Zona Aérea 5 con la calificación de ?Aptitud Psicofisiológica Mala Definitivamente?, en tanto que la Junta Médica Superior detectó una incapacidad del 66% de carácter total y permanente. El 7 de enero de 2004 el Jefe del Estado Mayor General de la FA declaró que la afección no guardaba relación con los actos del servicio (Resolución N° 013); años más tarde, más precisamente, el 21 de marzo de 2007, lo declaró en situación de retiro obligatorio a partir del 1° de abril de ese año por la incapacidad reconocida (Resolución N° 0292). Contra tal decisión, el señor Rivero interpuso reclamo administrativo que fue acogido favorablemente por el Jefe del Estado Mayor General de la FAA el 23 de septiembre de 2008; en dicho acto administrativo se declaró que la afección ?MENINGOENCEFALITIS CRIPTOCOCOCICA? padecida por el actor tenía relación con el servicio (Resolución N° 1280) (ver copia del legajo personal y el expediente administrativo N° 2.401.622, cuyas notas de reserva lucen a fs. 86 y fs. 113vta. y los cuales tengo a la vista según nota de elevación de fs. 326vta.). Esclarecido el contexto fáctico, destaco que el Estado Nacional no opuso la excepción de pago ni la de compensación, lo que autoriza a excluir cualquier relación entre la indemnización que abonó en sede administrativa y su agravio en esta instancia (art. 277 del Código Procesal). Ahora bien, aunque los actos administrativos vinculados a la determinación afirmativa del nexo causal entre la enfermedad y el servicio no sellan definitivamente la suerte del Estado Nacional en supuestos como el del sub lite, constituyen un indicio favorable a la posición del agente que puede ser desvirtuado en el proceso (arg. del artículo 163, inciso 5 del Código Procesal). El perito oftalmólogo, doctor Ricardo Nestor Casco, informó que el criptococo neoformans -microorganismo patógeno- puede habitar en diversos medios pero que las palomas son el vector preponderante en su vehiculización dado que el hongo se encuentra en desechos aviarios, especialmente en los de palomas, y que afecta el sistema nervioso central en pacientes inmunodeprimidos, leucémicos, trasplantados, aunque también se da en individuos sin enfermedades crónicas (ver pericia oftalmológica de fs. 213/227, en especial fs. 215 y fs. 216 y contestación del perito de fs. 248/vta.). Quiere decir que hay una probabilidad cierta de que una persona expuesta al ambiente en el que se encontraba el actor en el hangar de la IV Brigada Aérea contraiga la enfermedad Meningoencefalitis Criptococcica. Se trata de una probabilidad objetiva que es consecuencia inmediata de la función asignada. Es, en definitiva, un

daño a la salud -a su vez, generador de otros- que es previsible en el marco de la situación descripta y que el Estado tiene el deber de afrontar en virtud de la doctrina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó in re "Mengual" (Fallos 318:1959). De acuerdo con dicho precedente, no hay obstáculo legal para que los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad sean indemnizados con arreglo a los principios y normas del derecho común por los perjuicios que experimenten durante el servicio, aun cuando hayan adherido al régimen legal que rige su actividad y éste prevea, únicamente, un beneficio de índole previsional (considerando 10 del voto mayoritario). El carácter de empleador lo hace deudor de las indemnizaciones por accidente o enfermedad que padezcan esos agentes. Ello conduce a desestimar el agravio de la FAA (fs. 335/338, puntos II.A y B) y confirmar este aspecto del fallo. VI. Abordaré a continuación las quejas de ambos apelantes sobre la procedencia y extensión de la condena. a) Incapacidad sobreviniente y daño psicológico. La jueza incluyó el "daño psicológico" dentro de la incapacidad sobreviniente (ver considerandos V y VI, fs. 297vta./300) rubro por el que otorgó \$380.000, lo que motiva la queja del demandante tanto por la indemnización conjunta como por el monto que considera exiguo. Recuerdo que el "daño psicológico" debe ser indemnizado en los términos en que lo solicitó la víctima siempre, claro está, que la responsabilidad del causante esté debidamente acreditada. La aclaración se justifica porque, en la mayoría de los casos, los interesados califican con ese rótulo perjuicios de distinta naturaleza como es el caso del "tratamiento psicológico" -que no es otra cosa que el daño emergente, pasado o futuro- (esta Sala, causas n° 3281/12 del 31/03/2016 y n° 2605/10 del 31/05/2016, entre otras); el padecimiento espiritual -que se traduce en el daño moral-; o la incapacidad psíquica proyectada en el plano productivo, que los jueces encuadran como incapacidad sobreviviente total (esta Sala, causa n° 3569/12 del 13/12/2016). La aplicación indiscriminada del término a cosas bien diversas ha llevado a la Sala a negarle autonomía y a ubicarlo, según sea la esfera en la que repercute, dentro del daño patrimonial o del moral ("daño consecuencia" artículos 519, 522 y 1078 del Código Civil; y esta Sala, causa n°7864/10 del 12/09/2010 y n°4083/08 del 18/12/2014, entre muchas otras). Por esa razón y estando a los términos empleados por el interesado al promover el litigio y al fundar su recurso -en donde distingue específicamente el rubro del daño moral-, comparto el criterio de la magistrada de subsumirlo en la esfera patrimonial, dentro de la incapacidad sobreviniente (ver demanda, fs. 8 y expresión de agravios, fs. 328/332). En cuanto a su cuantificación, el actor invoca las pautas contenidas en el artículo 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación que, por las razones que dí en el considerando V, tercer y cuarto párrafo de este voto, no se aplica. De todas maneras, lo importante es respetar el principio de reparación integral teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y los elementos probados que sirvan para establecer el monto acorde a ese principio (edad, aptitudes psicofísicas, ingreso mensual, estudios, posibilidades de progreso, etc.). Estimo que la adecuada ponderación de esos factores autoriza a incrementar el monto fijado en primera instancia. Veamos. El perito médico, doctor Leonardo Faivisovich, informó que como consecuencia de la enfermedad, Rivero presentaba un estado de salud regular a malo requiriendo de terceros para deambular, asearse, alimentarse y vestirse, "con secuela motora y sensitiva de hemicuerpo derecho (...) visión bulto de ambos ojos e hipoacusia unilateral derecha" y "...limitación de la movilidad activa de miembro superior e inferior derechos configurando un cuadro de hemiparesia braquio crural derecha" (fs. 140, examen físico) por lo que diagnosticó "hipoacusia de oído derecho, visión bulto en ambos ojos, hipoestesia y paresia derecha" (fs. 141, punto 2), todas ellas secuelas permanentes, con pronóstico desfavorable por ser irreversibles (fs. 141/142, punto 3) y concluyó que tenía una incapacidad física del 52,76% (fs. 141 y fs. 143). El perito médico oftalmólogo, doctor Ricardo Nestor Casco, dictaminó que "La visión es bultos a 30 cm ambos ojos, no mejorable con corrección óptica" (fs. 214, segundo párrafo), que "el paciente legalmente está ciego" (fs. 226vta., punto V.4), que "ha llegado a la expresión más pobre de función visual" (fs. 226vta., punto V.6) por lo que concluyó que el accionante presentaba una incapacidad permanente irreversible de origen oftalmológico del 100% (fs. 226, punto VII). Por último, la perito psicóloga, licenciada Sofía Facal, postuló que el señor Rivero padecía un "Episodio depresivo mayor crónico" (fs. 147, punto b) como consecuencia de la enfermedad, que le generó un daño "correspondiente a depresiones neuróticas o reactivas muy severa" que importaba una incapacidad del 50% (fs. 147vta., punto d). En este caso se percibe, sin esfuerzo, la comprobación del nexo causal. En atención a ello y a que al momento en que contrajo la enfermedad el actor tenía veintiséis años de edad y que tenía una carrera de, al menos cuarenta años, por delante que vio tronchada como consecuencia de la incapacidad y del retiro, sin alternativa laboral viable propongo elevar la suma por incapacidad sobreviviente (física y psíquica) fijándola en \$ 800.000. La determinación conjunta de ambas incapacidades no le causa gravamen al agente. b) Daño moral. En el escrito inicial Rivero demandó por este rubro \$1.000.000 y en primera instancia obtuvo \$150.000 (fs. 7/8, fs. 11, punto V y fs. 300vta./301, considerando IX), lo que es motivo de agravio. Es indiscutible que una situación como la de autos produce una alteración en el espíritu y en la psiquis de la persona, por la frustración profesional de su vocación y de su proyecto personal de vida. Los sentimientos que pueden asociarse a una experiencia tal son la incertidumbre, el dolor, el enojo, la angustia, la impotencia y, naturalmente, la tristeza. El carácter predominantemente resarcitorio del rubro lleva a focalizar la atención en la víctima y en las particularidades del caso. Ramiro Gastón Rivero ronda hoy los 43 años de edad, al momento del accidente era un joven activo de 26 años que, como dije,

trabajaba en la FAA con una carrera por delante, trabajo que perdió como consecuencia del hecho y que no podrá volver a conseguir -ni ese ni otro-, tenía una novia de la que se alejó debido a lo acontecido, no puede moverse por sus propios medios y necesita de terceros para llevar a cabo cualquier actividad de la vida diaria. Teniendo en cuenta la prueba y el hecho de que no hay parámetros rígidos a la hora de justipreciar este tipo de daño, propongo elevarlo fijándolo en \$400.000 (arg. art. 165 del Código Procesal).

c) Tratamiento psicológico. La demandada cuestiona la admisión del presente rubro toda vez que el actor cuenta con cobertura de la IOSFA por lo que podría articular el tratamiento psicológico a través de ella sin costo adicional (fs. 338, punto C). Al respecto cabe recordar que no hay obligación de acudir a los prestadores de la Obra Social de que se trate, pues es derecho del afectado atenderse con aquellos profesionales que gocen de su confianza (esta Sala, causas n° 9848/00 del 20/9/07 y n° 7864/10 del 12/09/2013; Sala II, causa n° 5356/98 del 7/8/01, entre otras). Por ello, el cuestionamiento debe ser desestimado.

VII. Intereses El magistrado fijó los intereses a la tasa vencida que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días -tasa activa- (fs. 301vta.). En su recurso, la accionada pretende que se aplique la tasa pasiva (fs. 338, punto D). Este agravio no puede prosperar ya que es conocido el criterio de las tres Salas de esta Cámara sobre el particular, que el juez adopta en el fallo (v.g. esta Sala, causa n°978/03 del 10/06/2008 y sus citas, entre muchas otras). La modificación del fallo en el sentido que propongo conduce a la aplicación de la regla contenida en el artículo 279 del Código Procesal; entonces, es innecesario abordar la queja sobre la distribución de los gastos causídicos. Por ello, juzgo que la sentencia debe ser modificada en lo que hace a los montos de incapacidad sobreviniente y daño moral en los términos que surgen del consierando VI, y confirmada en lo restante que fue materia de agravio. Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida (artículo 68, primer párrafo, y 279 del Código Procesal, y considerando VI, apartados a y b). Así voto. El doctor Ricardo Gustavo Recondo, por análogos fundamentos adhiere al voto precedente. Con lo que terminó el acto de lo que doy fe. Buenos Aires, 18 de junio de 2019.

Y VISTO: lo deliberado y las conclusiones a las que se arriba en el Acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE: modificar la sentencia apelada en lo que hace a los montos de incapacidad sobreviniente y daño moral en los términos que surgen del consierando VI, y confirmarla en lo restante que fue materia de agravio. Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida (artículo 68, primer párrafo, y 279 del Código Procesal, y considerando VI, apartados a y b). Por la manera en que se resuelve corresponde dejar sin efecto la regulación de honorarios de fs. 302/vta. y fijar los correspondientes a los profesionales intervinientes en ambas instancias (art. 279 del Código Procesal). Primera instancia: teniendo en cuenta el monto por el que prospera la demanda -\$1.260.000, con más los intereses, calculados prudencialmente a los fines regulatorios-, la naturaleza del proceso (fs. 28), el resultado obtenido, el mérito, la extensión y eficacia de los trabajos realizados por los profesionales, el carácter en el que actuaron y las etapas cumplidas, se establecen los honorarios de los letrados de la parte actora, doctores Jorge Pedro Roldán -apoderado-, Rafael Gonzalo Fuentes y Arballo -patrocinante- y Francisco Javier Renteria -patrocinante-, en las sumas de \$160.500, \$267.490 y \$267.490, respectivamente (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 13, 19, 33, 37 y 38 de la ley 21.839 modificada por la 24.432).

En atención a las cuestiones que fueron sometidas a estudio de los expertos designados en autos, a la calidad y extensión de sus dictámenes, así como a la importancia en el esclarecimiento de los hechos, se fijan los honorarios de los peritos oftalmólogo Ricardo Néstor Casco, psicóloga Sofía María Facal y médico Leonardo Damián Faivisovich en la suma de \$194.000 a cada uno de ellos. Segunda instancia: atendiendo al resultado de los recursos y a la extensión y eficacia de los trabajos realizados, se establece a favor de los letrados de la parte actora, doctores Jorge Pedro Roldan y Francisco Javier Renteria, la suma de \$104.320 (? UMA - Acordada 8/2019 CSJN y artículo 30 de la ley 27.423). En lo que concierne a la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes por la demandada corresponde señalar que la relación de dependencia implicada en sus presentaciones conducen a tener por configurada, prima facie, la hipótesis prevista en el art. 2 de la ley 21.839, lo que exime al Tribunal de expedirse sobre el particular, salvo prueba en contrario por parte del interesado (arts. 9, 14 y concordantes de la ley 21.839, modificada por la 24.432).

La doctora Graciela Medina no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Guillermo Alberto Antelo      Ricardo Gustavo Recondo

044161E