



Provincia del Neuquén
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Número:

Referencia: Reclamo - Nadia Alejandra Leylen Cesari - EX-2022-02299685-NEU-DYAL#SGSP

VISTO:

El expediente electrónico EX-2022-02299685-NEU-DYAL#SGSP mediante el cual la señora **NADIA ALEJANDRA LEYLEN CESARI** interpuso reclamo administrativo; y

CONSIDERANDO:

Que el 16 de noviembre de 2022 la señora Nadia Alejandra Leylen Cesari, mediante patrocinio letrado, interpuso reclamo administrativo ante el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén por denegación tácita del Ministerio de Deportes a su reclamo indemnizatorio por daños y perjuicios por la suma de pesos cinco millones quinientos noventa y cuatro mil ciento sesenta y ocho con 38/100 centavos (\$5.594.168,38), más intereses y lo que se determine en concepto de incapacidad permanente, derivada de una lesión deportiva padecida en ocasión de realizarse los “Juegos Binacionales de la Araucanía”;

Que surge de los antecedentes que mediante la Nota N° 426/2018 del 20 de noviembre de 2018 la Dirección Provincial de Deportes informó a la aseguradora Sancor Cooperativa de Seguros Limitada que la señora Cesari había sufrido una lesión durante una competencia en el marco del programa “Juegos Binacionales de la Araucanía” y había sido atendida en el Hospital Clínico de Magallanes, República de Chile. Se adjuntó documentación correspondiente a la denuncia del siniestro, protocolo operativo, informe de alta (epicrisis), fotocopia de documento nacional de identidad e informe de siniestro;

Que el 25 de octubre de 2019 la señora Cesari interpuso reclamo administrativo ante el Ministerio de Deportes a fin de solicitar que le brinden prestaciones médicas por un accidente sufrido en ocasión de participar en la mentada competencia en noviembre de 2018;

Que a través del Informe N° 053/19 del 29 de noviembre de 2019 la Dirección Provincial de Legal y Técnica del Ministerio de Deportes sugirió dar intervención a la Dirección General de Salud y Medicina Deportiva y a la Dirección Provincial de Deportes, a fin de que eleven informe técnico detallado sobre los hechos denunciados. Asimismo, se sugirió requerir a la reclamante que acompañe en forma fehaciente mayor información relativa a las intervenciones médicas recibidas;

Que en igual fecha por Dictamen DICFC-2022-242-E-NEU-LYT#MDEP la Dirección Provincial Legal y Técnica del Ministerio de Deportes sostuvo que la reclamante no había cumplido con la carga de reenviar documentación fehaciente, necesaria a criterio de ese organismo para poder proseguir con la sustanciación de la pretensión. Por último, se indicó que el conflicto se origina con la aseguradora y no con el Ministerio de Deportes;

Que el 16 de noviembre de 2022 la señora Cesari mediante patrocinio letrado, interpuso reclamo administrativo ante el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén, por denegación tácita del Ministerio de Deportes, lo que originó el caso bajo análisis;

Que en su presentación la requirente señaló que tras la fractura de tobillo fue sometida a cirugía el 14 de diciembre de 2018, que inició la rehabilitación el 25 de enero de 2019 y le otorgaron el alta de forma prematura el 08 de abril de 2019, sin estar verdaderamente restablecida su salud, ya que la lesión requería continuar con la atención médica y kinesiológica. Afirmó que tras el alta intempestiva quedó sin asistencia y que por razones económicas no pudo continuar con el tratamiento médico hasta que en julio de 2019 pudo ser evaluada por distintos profesionales que le sugirieron someterse a una nueva operación para retirar los materiales;

Que refirió que el 25 de octubre de 2019 presentó un reclamo ante el Ministerio de Deportes e indicó que si bien se generó un expediente, el mismo nunca concluyó con la emisión de un acto administrativo definitivo;

Que manifestó que se sometió a una cirugía el 12 de junio de 2020 y a posteriores sesiones de rehabilitación, no obstante lo cual no pudo recuperar la movilidad ni volver a realizar actividad física sin dolor. En consecuencia, señaló la fecha de la última intervención quirúrgica practicada como primera manifestación invalidante, indicando que las posteriores sesiones de kinesiología resultaron poco satisfactorias y que permaneció con secuelas incapacitantes de carácter permanente. Afirmó que a raíz de ello intimó de modo fehaciente al Ministerio de Deportes y a la aseguradora, sin recibir respuesta alguna;

Que indicó que la referida incapacidad permanente frustró su futuro ya que le impidió continuar su carrera como deportista y sus estudios universitarios en el profesorado de educación física;

Que por lo expuesto imputó al Estado provincial falta de servicio por omisión, atento que pese a haber solicitado asistencia médica al Ministerio de Deportes, el mismo nunca habría respondido las interpelaciones, sin perjuicio del rechazo obtenido el 06 de noviembre de 2020 en respuesta a la Carta Documento N° 000247070;

Que efectuó un encuadramiento de la situación de hecho en los presupuestos contemplados en la Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal (en adelante LRE). En ese sentido, indicó que el daño cierto surge de la luxofractura del tobillo izquierdo, que derivó en su incapacidad permanente. Luego, la imputación material la atribuyó a la aseguradora contratada por la Provincia del Neuquén, así como al Ministerio de Deportes por falta de respuesta a los sucesivos reclamos. Sostuvo que existió falta de servicio por omisión ya que el Estado proveyó de un seguro que resultó deficiente – situación respecto a la cual el Ministerio de Deportes se desentendió - e insuficiente puesto que la póliza de cobertura de gastos médicos y farmacológicos cubría la suma de pesos cien mil (\$100.000) y la cobertura en concepto de invalidez total o parcial por siniestro ascendía a la suma de pesos doscientos mil (\$200.000);

Que en cuanto a la relación de causalidad directa - inmediata sostuvo que la lesión ocurrió con motivo y en ocasión de su representación deportiva en los “Juegos Binacionales de la Araucanía”;

Que justificó la ausencia del deber jurídico de soportar el daño sosteniendo que, si bien la participación en una competición de judo implica una actividad de riesgo, la deficiencia se produce por el servicio de seguro que no cubrió debidamente las necesidades de salud;

Que pese a imputar responsabilidad extracontractual por actividad ilícita, sostuvo que no le comprende el factor de atribución de sacrificio especial;

Que finalmente, practicó liquidación por la suma total de pesos cinco millones quinientos noventa y cuatro mil ciento sesenta y ocho con 38/100 centavos (\$5.594.168,38). Discriminó los rubros indemnizatorios del siguiente modo: en concepto de incapacidad reclamó la suma pesos cuatro millones seiscientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos setenta y seis con 28/100 centavos (\$4.658.476,28), en concepto de reintegro de

gastos médicos y de farmacia la suma de pesos tres mil novecientos noventa y seis con 85/100 centavos (\$3.996,85), en concepto de resarcimiento de daño moral la suma de pesos novecientos treinta y un mil seiscientos noventa y cinco con 25/100 centavos (\$931.695,25), más intereses devengados a tasa activa Banco Provincia del Neuquén;

Que fundó su pretensión en derecho y jurisprudencia, acompañó prueba documental y ofreció prueba testimonial, informativa y pericial;

Que a fin de brindar tratamiento al presente, cabe advertir que el objeto se circunscribe al control de legalidad de la actuación efectuada hasta esta instancia, en tal sentido se procederá a analizar la procedencia del planteo formulado por la requirente y si el procedimiento realizado resultó ajustado a derecho;

Que el marco legal aplicable es la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, la Ley 1284, lineamientos jurisprudenciales y demás normas aplicables al caso;

Que el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, vigente desde el 01 de agosto de 2015 dispone en su artículo 1765° que: *“La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”*;

Que en lo que respecta a la responsabilidad del Estado, no resultan en principio aplicables las previsiones del Código Civil y Comercial y no se ha sancionado en la Provincia del Neuquén una ley especial que la reglamente, tal como sí acontece en el ámbito nacional por medio de la LRE. Por ello, dicho tópico deberá regirse por las directrices de fuente jurisprudencial dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén (en adelante TSJ), en virtud del artículo 65° de la Ley 1305;

Que tal como fuera mencionado resulta asimismo aplicable la Ley 1284 y la jurisprudencia dictada por el TSJ, atento a la cuestión de índole de derecho público local, conforme al precedente “Barreto” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación;

Que la impugnante encuadró el presunto daño en el ámbito de la responsabilidad extracontractual por actividad lícita (fundó la ausencia de un sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad), aunque a lo largo de su presentación atribuyó falta de servicio por omisión ilegítima;

Que la responsabilidad extracontractual del Estado habilita para su tratamiento sistémico dos (2) variantes según se origine en la actividad ilegítima o ilícita o en su obrar legítimo o lícito;

Que la actividad ilegítima o ilícita supone el menoscabo a un derecho, ocasionado por una acción u omisión antijurídica estatal, es decir contraria al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. A este respecto, el factor de atribución es objetivo y específico, denominado falta de servicio;

Que la LRE en el artículo 3° inciso d) define a la falta de servicio como: *“... una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”*;

Que en este sentido, ponderar el obrar defectuoso o irregular de un órgano estatal consiste en comparar en términos abstractos la conducta esperada por la norma o la diligencia esperable del agente, con los hechos concretos acreditados en las actuaciones;

Que la segunda variante que admite esta modalidad de responsabilidad estatal, es aquella que se funda en su obrar lícito o legítimo, la cual puede provenir del ejercicio de la función administrativa, legislativa o judicial; y cuyo factor de atribución también es objetivo y específico y consiste en un sacrificio especial;

Que la LRE en su artículo 4° inciso e) lo define como: *“Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho*

adquirido”;

Que razones de justicia conmutativa, distribución de las cargas públicas e igualdad, subyacen como fundamentos de este factor de atribución. Es decir, esta modalidad exige, necesariamente, que el Estado adopte medidas legítimas en aras del interés general, pensando en el interés público o social, y que repercuten de manera desproporcionada o anormal en la situación jurídica subjetiva del particular que no tiene el deber legal de soportar ese daño, aunque en función del interés público asume el sacrificio especial y por ello es resarcido;

Que en este orden de ideas la doctrina explica que: “... *la idea de sacrificio especial en aras del interés público remite a la idea de un perjuicio específico, grave y anormal. No cualquier daño es susceptible de reparación por conducto de este instituto. Debe existir actividad válida del Estado, que produzca un perjuicio particular desproporcionado para alcanzar finalidades de interés general o colectivo*” (SAMMARTINO, Patricio. “Responsabilidad del Estado: Características generales del sistema legal vigente”, en *El Control de la Actividad Estatal II*, 1ª edición, 2016, CABA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, ISBN 978-987-46364-0-9, página 552);

Que aunque pudiera ocasionar un padecimiento al particular, la actuación lícita del Estado no es resarcible si no se acredita la desproporcionalidad o anormalidad del daño cierto y actual, además de que el mismo debe ser asumido en pos de un interés comunitario;

Que de allí que la responsabilidad del Estado por obrar lícito: “... *no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal producto de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad*” (Ibíd, página 553);

Que el sacrificio especial ocasiona en el particular damnificado un tratamiento desigual y un daño con consecuencias anormales –si se considera su situación en relación con el resto de la sociedad– de allí el fundamento de la igualdad ante las cargas públicas;

Que efectuado el distingo con el propósito de calificar adecuadamente la conducta estatal que se reprocha, cabe concluir que los hechos atribuidos a la Administración Pública Provincial se enlazan con el supuesto de responsabilidad extracontractual por actividad ilícita, originada en una posible falta de servicio, razón por la cual la requirente le imputa al Ministerio de Deportes un obrar deficiente, además de no advertirse en el presente un supuesto de sacrificio especial, tal como se indicó anteriormente;

Que corresponde ahora ingresar al análisis de los presupuestos de la responsabilidad estatal. Al respecto se advierte que el Estado es responsable siempre que sea posible acreditar: 1) la existencia de un daño injusto, cierto, debidamente acreditado y mensurable en dinero; 2) que el acto, hecho u omisión pueda ser imputado al agente u órgano estatal; 3) que exista relación de causalidad directa e inmediata entre el daño ocasionado y la conducta estatal y 4) que dicha conducta comisiva u omisiva constituya una falta de servicio (BALBIN, Carlos F.; *Manual de Derecho Administrativo*; 3ª edición actualizada y ampliada, Thomson Reuters La Ley, CABA, 2015; ISBN N° 978-987-03-3001-1; p.630. TSJ Neuquén; “Lardani Leonardo y otro c/ EPAS y otro s/ Acción Procesal Administrativa”, Expediente N° 4546/2013, Acuerdo N° 92 del 15 de marzo de 2018);

Que el daño resarcible es el daño jurídico, entendido como todo menoscabo a los derechos, siempre que no exista un deber legal de soportarlo o se encuentre autorizado por el ordenamiento jurídico;

Que luego, el daño jurídico debe ser cierto, no meramente conjetural o hipotético, además tiene que estar debidamente acreditado, ser mensurable en dinero y constituir un injusto, es decir, el particular no tiene el deber de soportarlo;

Que la indemnización es el resultado que provoca el evento dañoso. El propósito de la indemnización es restablecer al damnificado a la situación anterior al hecho antijurídico y se traduce en el nacimiento de una

obligación en sentido técnico: obligación de dar sumas de dinero o cosas, de hacer o de no hacer. Por lo tanto, el resarcimiento siempre posee sustancia patrimonial, aunque el interés subyacente puede no tenerlo;

Que la requirente manifestó haber padecido un daño patrimonial y extrapatrimonial;

Que en relación a la acreditación del daño patrimonial cabe señalar que el mismo se habría originado a raíz de una lesión acaecida en ocasión de participar de los “Juegos Binacionales de la Araucanía - 2018” celebrados en la República de Chile y la presunta deficiente atención médica recibida con posterioridad, que habría derivado en una incapacidad permanente;

Que a criterio de la requirente la responsabilidad estatal se funda en que la atención médica recibida obedeció al seguro de salud contratado por la Provincia del Neuquén, según Póliza N° 6484116, Ref.: 4773505, y que tras numerosos reclamos el Ministerio de Deporte se habría desentendido del mismo, no respondiendo a tales planteos;

Que tal como refiere el Informe N° 053/19 de la Dirección Provincial de Legal y Técnica del Ministerio de Deportes, los juegos fueron aprobados por Decreto N° 1856/18 y el ex Ministerio de Deporte, Cultura, Juventud y Gobierno gestionó la contratación del seguro de accidentes personales para los participantes;

Que en este sentido no se vislumbra la pretendida falta de servicio que la requirente atribuye al Estado provincial, toda vez que en el marco de los juegos mencionados se garantizó a cada participante un seguro de salud y de accidentes personales para el caso de sufrir eventuales contingencias;

Que no se advierte imputación material al organismo estatal ni relación de causalidad toda vez que el deber de seguridad y prevención quedó cubierto a partir de la contratación del seguro de accidentes personales;

Que así, el daño físico aducido por la requirente con la extensión que alega se correspondería a una lesión previsible de ocurrir en el marco de una actividad de riesgo (impacto físico) como es el judo, el cual luego estaría agravado producto de una eventual mala praxis profesional. Por lo que, en su caso, corresponde que la requirente dirija su reclamo contra el profesional, la institución médica tratante o, incluso, contra la aseguradora Sancor Cooperativa de Seguros Limitada. No resulta lícito pretender extender responsabilidad alguna al Estado provincial, el cual es totalmente ajeno tanto a la praxis médica de los profesionales intervinientes, como a los criterios de altas médicas que gestiona la entidad aseguradora;

Que lo contrario supondría desvirtuar el requisito de causalidad directa e inmediata –de ponderación restrictiva– que debe existir entre el daño sufrido y la acción u omisión imputada al órgano estatal, subvirtiéndolo en una suerte de teoría de la equivalencia de las condiciones (BALBIN, Carlos F.; Tratado de Derecho Administrativo; 2ª edición actualizada y ampliada, Thomson Reuters La Ley, CABA, 2015; ISBN N° 978-987-03-2956-5; página 390), que redundaría en una espiral de causalidades inadmisibles y descartada en el ordenamiento jurídico;

Que tampoco es posible achacarle al Estado provincial responsabilidad por omisión en el contralor derivado del poder de policía, puesto que el Estado –hipotético responsable indirecto a criterio de la requirente– no solo garantizó el seguro personal por medio de la póliza antes referida, sino que además para el caso puntual procuró la solvencia de los gastos derivados de la lesión sufrida, así como vigencia de la cobertura. Nótese que surge del mismo reclamo el reconocimiento que hace la requirente al mencionar que los costos de farmacia y médicos, así como la incapacidad alegada devinieron con posterioridad al alta médica recibida. Sin embargo, no existe reclamo alguno con relación a la cobertura inicial del siniestro, sino más bien con el presunto daño derivado de la intervención médica aparentemente deficiente;

Que en ese sentido se comparte el Dictamen DICF-2022-242-E-NEU-LYT#MDEP del 29 de noviembre de 2022, según el cual: “... se avizora en este estado de situación, que la controversia en todo caso, se suscita con la Aseguradora, más no con este Ministerio quien oportunamente contrató los seguros necesarios para dar cobertura a eventuales riesgos y oportunamente se sugieren los carriles necesarios a tales efectos”;

Que no hallándose por demás acreditada la relación de causalidad directa e inmediata, así como la imputación de omisión alguna al Ministerio de Deportes, no se configuran los presupuestos de responsabilidad estatal, debiendo descartarse el reclamo resarcitorio en su faz patrimonial como extrapatrimonial;

Que por otro lado, si bien la requirente ofreció prueba informativa, testimonial y pericial, ello no implica que en esta instancia deba procederse a su producción, ya que la misma resulta palmariamente inconducente, por lo manifestado precedentemente y por lo que surge de la documentación agregada al expediente, que no podría ser desvirtuada por los medios ofrecidos con posterioridad;

Que el principio de defensa o debido procedimiento adjetivo se encuentra incorporado en el artículo 3º inciso b) de la Ley 1284 e incluye el derecho a ser oído, producir y ofrecer prueba y a una resolución fundada. Al ser de raigambre constitucional, ya que se encuentra mencionado en el artículo 18º de la Constitución Nacional y en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se aplica a todo tipo de proceso o procedimiento, incluido el administrativo. Pero es un presupuesto básico que la prueba ofrecida sea pertinente y útil al objeto de la investigación. Si la prueba ofrecida es manifiestamente improcedente puede ser rechazada liminarmente, sin infringir principio constitucional alguno;

Que así, tiene dicho el TSJ: *“El derecho a la prueba, como vertiente de la garantía del debido proceso (art. 18 C. N.), confiere a sus titulares el derecho a que por la autoridad correspondiente sean admitidos todos aquellos medios de prueba que, formulados de modo tempestivo, se declaren “pertinentes”. El derecho a la prueba lo es, pues, a la “prueba pertinente”, y no a cualquier otro tipo de medida probatoria que no cuadre en dicho calificativo. En este sentido, la jurisprudencia comparada ha declarado que el derecho a la prueba no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan las partes proponer, sino la recepción y práctica de las que sean pertinentes. Ello así, en tanto tampoco se trata de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada ni de un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes (cfr. Tribunal Constitucional Español, sentencias nº 40/1986 –del 1º de abril; 196/1988, del 24 de octubre; 89/1986, del 1º de julio; 45/1990, del 15 de marzo; entre muchas otras).”;*

Que continúa: *“Por supuesto que ese poder no es omnímodo, en tanto toda decisión que resulte denegatoria de medidas de prueba debe estar acompañada de su respectiva motivación. De allí que la argumentación o la fundamentación del denominado “juicio de pertinencia” se presente ante el magistrado como un deber inexcusable. (...) “prueba impertinente” sería aquella que no guarda relación con el objeto del procedimiento o que, aun estando vinculada al mismo no resulta necesaria.”* (TSJ, “Dr. Juan Salgado S/ Recusación”, Expediente N°14/2011, Acuerdo N° 97/2012 de diciembre de 2012);

Que en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas corresponde rechazar en todos sus términos el reclamo administrativo interpuesto por la señora Nadia Alejandra Leylen Cesari por denegación tácita del Ministerio de Deportes a su reclamo indemnizatorio por daños y perjuicios;

Que por último se declara agotada la vía administrativa, dejando expedito el ejercicio de la acción judicial para el supuesto que la solicitante se considere con derecho a promoverla;

Que de conformidad se ha expedido la Asesoría General de Gobierno, mediante Dictamen DICFC-2023-50-E-NEU-AGG;

Por ello;

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN

D E C R E T A:

Artículo 1º: RECHÁZASE en todos sus términos el reclamo administrativo interpuesto por la señora **NADIA ALEJANDRA LEYLEN CESARI**, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos.

Artículo 2º: Notifíquese a la interesada lo dispuesto en la presente norma.

Artículo 3º: El presente decreto será refrendado por la señora Ministra de Deportes.

Artículo 4º: Comuníquese, publíquese, dese intervención al Boletín Oficial y archívese.