



ACUERDO N° 14 .- En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los quince días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores Evaldo Dario Moya y Oscar E. Massei**, con la intervención de la Subsecretaria de Demandas Originarias, **Doctora María Guadalupe Losada**, en los autos caratulados: "**CARDOZO SILVIA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA**", **Expte. OPANQ1 N° 6026/2014**, procedentes de la **Oficina Procesal Administrativa Nro. 1** de la I Circunscripción Judicial de la provincia con asiento de funciones en la ciudad de Neuquén, y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal **Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: I.-** Llegan las presentes actuaciones a esta Sala Procesal Administrativa, en virtud del recurso de apelación articulado por la parte actora a fs. 183/190 respecto a la sentencia definitiva obrante a fs. 168/175.

Mediante providencia de fs. 191 y 193, en la instancia de origen, se admitió el recurso de apelación deducido y se ordenó correr traslado a la demandada.

Vencido el plazo del traslado conferido, sin que obre respuesta, se ordena la remisión de la causa a la Sala.

Recibidas las actuaciones, se remiten en vista al Sr. Fiscal General.

II.- La sentencia definitiva de primera instancia decide el rechazo total de la demanda iniciada por la actora, con costas a su cargo.

III.- La actora interpuso y fundó recurso de apelación contra la sentencia de grado que rechazó la pretensión que exteriorizara, aduciendo la existencia de un gravamen irreparable a sus intereses.

Aclara que, en virtud del modo en que se resolvió la causa en la instancia de grado, los agravios se dirigirán, inicialmente, a lo que considera una errónea y desacertada



decisión del Juez de grado para luego desarrollar las cuestiones propuestas y no resueltas con motivo del fallo desestimatorio.

Dice que inició demanda para obtener la reparación de los daños causados por su caída en oportunidad de transitar por una vereda de la demandada y que la acción fue rechazada por considerar, el Juez de grado -en lo sustancial-, que no existe elemento probatorio que permita acreditar el momento y lugar preciso del hecho, ni su mecánica.

Entiende que la sentencia apelada, si bien parte de una correcta descripción inicial, incurre en omisiones severas, errónea y arbitraria valoración de la prueba rendida y dispensa injustificadamente la carga de la prueba a la demandada para arribar, así, al fallo que se impugna.

En el desarrollo de sus agravios, expresa que en la sentencia aparecen expresiones que distan de tener anclaje en la realidad del expediente. A tal fin, reseña partes del fallo que, a su entender, no se ajustan a los datos que surgen de la causa y señala los elementos, agregados que discrepan con los argumentos cuestionados para demostrar los errores que, según sostiene, contiene el fallo apelado.

En tal faena señala que fue la actividad procesal de su parte la que permitió acreditar el pésimo estado de la vereda (testimonial, reconocimiento de fotografías, informe de fs. 87/90) y, también, el nexo causal entre ese mal estado y la caída protagonizada por su parte. Señala que, por su parte, la demandada no pudo acreditar la alegada distracción, imprudencia o desidia que atribuye a su parte como eximente de responsabilidad.

Destaca que el Juez de grado haya puntualizado sobre la omisión de actuaciones policiales cuando, en supuestos como el de autos, no resulta usual ni exigible la intervención policial.



Indica que la ponderación de la prueba testimonial, realizada por el Juez de Primera Instancia, es desacertada y contradictoria en tanto, al describir la prueba rendida, admite que la versión de la testigo Forma se ajusta a la expresada por su parte pero por ser amiga de la actora concluye que, además de encontrarse incurso en las generales de la ley, su testimonio es vago y no proporciona elemento alguno para inferir la mecánica del hecho.

Continúa expresando que, cuando el aquo repasa lo sustancial de la declaración de Salías, destaca que su descripción del lugar del hecho es coincidente con lo afirmado en la demanda -que el testigo refirió ver muy dañada la vereda- y, nuevamente, se desecha el valor probatorio de los testimonios referidos.

Entiende que no se ha respetado el debido proceso en el fallo apelado pues falta una adecuada fundamentación de la sentencia, se prescindió de las posiciones sustentadas y acreditadas por las partes y se relegó la verdad jurídica objetiva que aparece patente.

Luego, se agravia por la imposición de costas a su cargo. Dice que el juzgador debió realizar un análisis previo de las cuestiones plausibles para apartarse del principio general y que también correspondía la eximición de costas a la actora, en función de las pautas del actual art. 2 del Código Civil y Comercial.

Finalmente, menciona que en el fallo recurrido quedaron sin resolver cuestiones importantes y solicita que, de acogerse la apelación deducida, se analicen en esta instancia y, en consecuencia, se haga lugar a la reparación de los daños sufridos. A ese fin se remite a su demanda y pide que se cuantifiquen los daños con sustento en la prueba producida y lo oportunamente alegado por su parte.

Formula reserva de caso federal. Solicita que se haga lugar al recurso deducido, se revoque la sentencia de



grado y se haga lugar íntegramente a su demanda, con costas en ambas instancias a la accionada.

IV.- Sustanciado el recurso de apelación, la demandada (Municipalidad de Neuquén) y Fiscalía de Estado guardan silencio.

V.- A fs. 203/207 el Señor Fiscal General propicia que se revoque la sentencia recurrida, haciendo lugar al recurso de apelación deducido por la actora.

Luego de valorar la prueba producida en la causa, señala que advierte elementos suficientes que permitan tener por ciertos los agravios traídos por la accionante.

VI.- Corresponde a este Cuerpo -como condición necesaria previa a ingresar a los argumentos introducidos en el hipotético agravio- la verificación ordenada de la eventual concurrencia de los recaudos y exigencias impuestas por las fuentes de regulación del recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia.

a. Se impone dejar sentado que en cumplimiento del art.- 7 Ley 2979, se ha dado cuenta oportuna de la recepción de las actuaciones, con debida notificación a las partes (art. 7 párrafo 1° Ley 2979).

b. No se han registrado recusaciones contra los miembros de la Sala Procesal Administrativa, ni se han puesto en evidencia circunstancias que pudieran justificar excusaciones de los Sres. Vocales (art.7 párrafos 2° y 3° Ley 2979).

c. Las partes no han planteado medidas de prueba que puedan ser consideradas en ésta instancia (cfr. Arts. 6 y 8 Ley 2979 y art. 260 incisos 2,3,4 y 5 C.P.C. y C.)

d. En los términos de los arts. 6 párrafo final Ley 2979 y 4 inciso "a" Ley 1305 - texto Ley 2979- esta Sala Procesal Administrativa resulta competente para entender en el presente recurso de apelación contra sentencia definitiva de primera instancia.



e. Realizada la verificación de la forma de concesión del recurso de apelación (cfr. Art. 276 C.P.C. y C.), no se advierten defectos ni fundamentos para revisar lo decidido en la instancia de grado, en la oportunidad del art. 6 Ley 2979.

f. En lo relativo al contenido de la expresión de agravios presentada por la recurrente, se concluye que teniendo presente los parámetros mínimos exigidos por el art. 265 del C.P.C. y C., en cuanto a contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que la apelante considere equivocadas, y en el marco de alcance posible de la revisión abierta con la apelación concedida (cfr. Art. 277 del C.P.C. y C. que indica que ésta instancia revisora no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a decisión del juez de primera instancia), la presentación de fs. 183/190 supera la carga de fundamentación para ser admitida como expresión de agravios, y como tal será tratada y objeto de resolución.

Esto implica, en este estado, considerar cumplida la carga del art. 265 del C.P.C. y C, y abordar el análisis de los agravios traídos a resolución desde el prisma delimitado por el art. 277 del C.P.C. y C., en resguardo del deber de velar por la congruencia entre las pretensiones de las partes y la resolución jurisdiccional dictada en el grado, así como entre tal trámite procesal, la resolución dictada, su impugnación mediante recurso de apelación y el presente tratamiento y resolución en Alzada.

En conclusión, cumplidos los recaudos exigibles para la intervención revisora que se solicita a este Cuerpo, y verificado que se han superado las exigencias y cargas, sin mengua a garantías procesales, corresponde ingresar a la consideración de los argumentos con los que la apelante insta la revisión del fallo de grado.



VII.a.- En el desarrollo del apartado "III" se anticipó el contenido de expresión de agravios de la actora recurrente.

A fin de abordar su tratamiento, vale señalar que el fallo cuestionado encuadra el reclamo de la actora en un caso de responsabilidad del Estado por falta de servicio y enumera los requisitos que deben reunirse para la procedencia del reclamo.

Así, el sentenciante señala que debe analizarse cuál es el deber estatal, es decir su contenido y contorno de acuerdo a las circunstancias del caso y que, no basta la existencia de los daños sufridos por la actora para atribuir responsabilidad a la demandada ya que, dice, es necesaria la prueba de que los mismos han sido producto de una omisión antijurídica que le sea imputable.

Agrega, que existe un deber legal en cabeza del Municipio demandado respecto a la conservación y seguridad de las veredas, cita la Carta Orgánica Municipal (arts. 67 y 85) y la Ordenanza 10.009 Código de Planeamiento y Gestión Urbano Ambiental de la Ciudad de Neuquén.

Aclara así que, el ejercicio irregular o defectuoso de la función se configurará en la medida que se acredite que, efectivamente, el Municipio no ha cumplido con su obligación en los términos referenciados en la Ordenanza N°10.009 ("manteniendo un mínimo y razonable estado de conservación y alerta de peligros de aquellas instalaciones emplazadas en la vía pública que puedan constituir una fuente de daños a terceros").

Luego, determina los hechos acreditados y dice que puede tenerse acreditado que la actora sufrió una lesión en su mano derecha la mañana del 22 de noviembre de 2012 (refiere que conf. certificado obrante a fs. 108 consta que esa misma fecha fue atendida por el Dr. Cristian Medina y que le diagnosticó fractura de radio distal); agrega que la lesión de



la Sra. Cardozo se debió a una caída y menciona que, conforme surge de la pericial médica, su lesión es compatible con el accidente descripto.

Tiene por acreditado, también, que la vereda no se encontraba en perfecto estado.

Textualmente el fallo apelado expresa: "Es decir, se ha acreditado, por un lado, el daño sufrido por la actora y, por otro, el estado irregular de la acera donde la actora indicó que se produjo el suceso. Por el contrario, no existe elemento probatorio que permita acreditar el momento y lugar preciso del hecho, ni mucho menos su mecánica. La versión de los hechos formulada por la actora no encuentra sustento en la prueba rendida".

Puntualiza, en relación con las testimoniales rendidas en la causa, que la Sra. Forma, a la que -dice- le alcanzan las generales de la ley, brindó un testimonio vago y genérico que no proporciona datos para determinar día ni hora del hecho y no refiere en absoluto a la mecánica del hecho.

Concluye que no resulta útil para determinar la causa de la caída y añade que, el testigo Daniel Amilcar Salías no es presencial y, en su declaración, no arroja resultados convincentes.

Señala que el esfuerzo probatorio de la actora se focalizó sobre los daños sufridos y que, en cambio, sobre la mecánica del hecho no se aportaron testigos presenciales (salvo la amiga que no refiere a ello), no se agregaron actuaciones policiales ni constancias que permitan ubicar el lugar donde habría transcurrido el hecho.

Finalmente indica que no surge acreditado el momento ni lugar preciso del accidente, tampoco que haya sido causado por las malas condiciones de la vereda ni que la Municipalidad hubiera recibido denuncias sobre su mal estado. Por ello, rechaza la demanda.



VII.b.- Ahora, analizando las constancias probatorias agregadas en la causa se advierte que los agravios de la actora resultan atendibles.

Así, de la lectura de las declaraciones testimoniales, de la Sra. Dora Iris Forma y del Sr. Amilcar Salías, se extraen datos de relevancia que permiten, junto al resto de las pruebas producidas, tener por cierto el relato de la accionante en cuanto al hecho denunciado, momento y lugar en el que se produjo el mismo.

El lugar en el que se produjo la caída surge del relato de la Sra. Forma, que presenció el hecho. Esta testigo, en dos oportunidades, se refiere al lugar en el que se produjo el accidente. Por su parte, el Sr. Salías, también refiere al lugar al relatar que se encontraba en la ex sucursal del B.P.N S.A. para jubilados y, al ver a la actora y su hija, se cruzó a preguntarle si necesitaban ayuda, agrega que la vio toda lastimada. Además ambos afirman que las fotos agregadas a fs. 33/35 corresponden al lugar en el que se accidentó la Sra. Cardozo.

De tales declaraciones se desprende que la actora tuvo un accidente en la vereda del Parque Central, en la primera cuadra de calle San Martín sobre el final de la parada de taxis y que ésta se encontraba deteriorada, tal como surge de las fotografías agregadas a la causa que concuerdan, además, con las reparaciones que, según informa el Municipio demandado (fs. 87/88), fueron necesarias efectuar en el mes de julio del siguiente año.

En cuanto a la fecha y horario aproximado, se encuentra acreditado que fue el día 22 de noviembre de 2012 (jueves) por la mañana.

Así, la Sra. Forma dice que no recuerda el día exacto pero que era terminando la semana y, el certificado médico -obrante a fs. 103- da cuenta que, la Sra. Cardozo, fue atendida el día 22 de noviembre de 2012 (que era jueves) por



traumatismo por caída, oportunidad en que se le diagnosticó fractura de radio distal derecha. El Sr. Salías, si bien no aporta datos precisos en cuanto al día, sí declara que fue durante la mañana.

Finalmente puede interpretarse, del relato de la Sra. Forma, que la Sra. Cardozo se cayó por el mal estado en que se encontraba la vereda correspondiente al lugar denunciado en su demanda. En este sentido la testigo dice: "íbamos caminando y pasando la parada de taxi ella se cae, no la alcanzamos a agarrar ni nada" y "ella se cayó de repente, no alcanzamos a agarrarla nosotros, no sé como explicarlo, como que se ha caído un revoque, como si hubiera habido suelto cemento, como cuando se hace una vereda y se rompe. Ella se tropezó ahí, estaba roto ese lugar".

Cabe señalar que el mero hecho de que un testigo esté comprendido en las generales de la ley no elimina por sí la credibilidad de su testimonio, sino que impone una evaluación más rigurosa. En efecto, la presencia de alguna de las causas previstas en "las generales de la ley" hace nacer la sospecha de parcialidad, por lo que el testimonio debe apreciarse con mayor rigor crítico.

Luego, en este caso, la veracidad de los dichos de los testigos no han sido puestos en duda por las partes y, además, son concordantes con los restantes medios de prueba (fotografías reconocidas por los testigos como correspondientes al lugar en el que se accidentó la actora, informes de fs. 103 y 137/138 y, pericial médica de fs. 82/84 que expresa que la lesión constatada es compatible con la caída denunciada); por ende, valorados en conjunto permiten tener por acreditado no sólo el daño sufrido por la actora y el mal estado de la vereda (como expresamente se indica en el fallo) sino, también, la versión de los hechos expuestos en la demanda en lo que se refiere al momento, lugar y modo en que se produjeron.



De lo expuesto, se concluye que le asiste razón a la apelante en cuanto a las críticas a la valoración probatoria realizada por el Juez de Grado.

También señala la recurrente que aparecen expresiones en la sentencia que distan de tener anclaje en la realidad del legajo.

El fallo apelado expresa que "el esfuerzo probatorio de la Sra. Cardozo durante el transcurso del proceso recayó casi con exclusividad sobre los daños sufridos -historia clínica, pericia médica, pericia psicológica-."

No obstante ello, corresponde destacar que, salvo la pericial psicológica que no fue ofrecida por las partes en éste proceso, la actora aportó, además de las pruebas indicadas en la transcripción efectuada, prueba de informes, fotografías, informativa y pericial médica que permiten corroborar su descripción en cuanto al modo, tiempo y lugar del accidente denunciado.

Sentado ello resta considerar si, en el caso, se encuentra acreditada la alegada falta de servicio.

El Código de Planeamiento Urbano Ambiental de la Ciudad de Neuquén, Ordenanza Nro. 10.009, con relación al espacio público destinado a la circulación peatonal y estructurante de los lugares de encuentro social y uso público impone al Municipio la obligación de asegurar que los mismos tengan un mínimo y razonable estado de conservación, alertando los peligros de instalaciones emplazadas en la vía pública, a fin de evitar que se transformen en fuente de daños a terceros. Ahora bien, el cumplimiento de tal deber debe medirse bajo parámetros de razonabilidad, de modo tal que no puede resultar exigible que deba preverse todo tipo de accidentes en la vía pública y que su responsabilidad se active frente a cualquier supuesto.

En el caso, conforme surge de las fotografías agregadas a la causa y reconocidas por los testigos como



correspondientes al lugar en el cual se accidentó la actora, la vereda se encontraba deteriorada en una parte importante de la superficie por la que los peatones deben transitar. Al punto tal que, al momento de repararla, se procedió prácticamente a su reconstrucción (conf. fs. 87).

En otras palabras, las imágenes agregadas a la causa permiten inferir el incumplimiento de la demandada en mantener una adecuada conservación de la misma.

En éste punto, cabe destacar que su ubicación y el conocimiento, por parte de la demandada de que la misma es usada por un gran número de transeúntes (conf. surge de fs. 88 el Municipio informa que es un lugar clave del centro neuquino con gran afluencia de transeúntes y vehículos que estacionan en el lugar) y el deterioro descripto torna innecesario que, a los fines de activar la responsabilidad de la demandada, se exija denuncia previa -que, por otro lado, se desconoce su existencia debido a que no se produjo prueba al respecto-.

Ahora bien, tal como señaló el Juez de grado se probó el estado irregular de la vereda y el daño sufrido por la actora y, conforme al desarrollo que antecede se tiene por probado el momento, lugar y mecánica del hecho sobre el cual la actora funda su pretensión configurándose acabadamente la falta de servicio atribuida a la demandada.

En consecuencia solo resta analizar si la defensa invocada por la demandada -ruptura del nexo causal por culpa de la víctima -se encuentra demostrada en esta causa.

Al respecto, no hay ningún indicio que permita presumir la imprudencia de la reclamante o que la caída obedeciera a su propia negligencia o culpa; circunstancias todas éstas que sin lugar a dudas, debieron resultar probadas por la demandada, lo que en autos no ha ocurrido. Así la falta de acreditación, de tales extremos, no permite sostener la ruptura del nexo causal que, como defensa, se invoca.



En definitiva la alegada culpa de la víctima no fue constatada en autos. Adviértase en éste punto que la demandada, en su ofrecimiento de prueba, se limitó a acompañar el Expte. OE n° 307-C/2013 del que no surge ningún elemento que permita otorgar veracidad al argumento defensivo esgrimido en su responde de demanda.

El simple hecho de conversar con un acompañante mientras se camina en el lugar habilitado al efecto, no puede implicar la configuración de asunción de riesgo alguno si no se acreditó que la actora diera un uso distinto al cual está destinado; va de suyo, que intentar sostener la culpa de la víctima exige -como mínimo- su acreditación y no recurrir a fórmulas carentes de sustento fáctico.

De lo expuesto se colige que se encuentran reunidos los requisitos para que se configure la responsabilidad de la Municipalidad de Neuquén por falta de servicio en el caso de autos, ya que se acreditó que la vereda por la cual circulaba la actora tuvo participación activa en la producción del daño, corresponde al dominio público, no presentaba un mínimo y razonable estado de conservación, constituyéndose en la causa adecuada del daño sufrido por la actora (conf. fs.174 3er. párrafo).

VII. c.- Resta cuantificar la responsabilidad de la demandada por el hecho reclamado en autos.

Sentado que cabe responsabilizar a la demandada por el hecho invocado por la actora, en éste acápite, se analizaran los dos ejes restantes que conforman la apelación de la Sra. Cardozo.

Cabe aclarar que, por una cuestión metodológica, se analizara en primer término la procedencia y cuantía de los rubros indemnizatorios peticionados en su demanda y luego se emitirá pronunciamiento sobre la imposición de costas.

La Sra. Cardozo reclama indemnización por: lucro cesante; incapacidad sobreviniente, tratamientos médicos o



fisioterapéuticos reparatorio de secuelas funcionales y daño moral.

Por lucro cesante reclama un importe de \$40.840,77. A tal fin indica que sufrió una incapacidad absoluta para ejercer su profesión desde el 22-11-12 hasta el 25-2-13; agrega que durante ese lapso se vio privada de obtener sus ingresos habituales. Afirma que conforme surge de certificación de ingresos que acompaña, los mismos ascienden a \$22.385,50 y que arriba al importe reclamado luego de deducir las sumas que el Colegio Médico le abonara en calidad de subsidio por ese período.

Para fundar su reclamo de incapacidad sobreviniente dice que debido al evento que dio origen a éste proceso, sufrió graves lesiones en su miembro superior hábil, limitándose en su deambular, en la atención de pacientes, requiriendo ayuda y auxilio de colaboradores, amigos y familia con secuelas que surgirán de la pericia médica y por ello queda sujeta a la determinación de su cuantía.

La indemnización por gastos de tratamientos médicos o fisioterapéuticos también se encuentra solicitada para el caso de que su necesidad surja de la pericia médica.

Finalmente por daño moral, reclama una indemnización de \$18.000.

A fin de evaluar la procedencia y cuantía de la reparación pretendida, como es sabido, la prueba de la acción antijurídica (en este caso, la falta de servicio), es insuficiente para generar una condena resarcitoria; la actora debe acreditar el perjuicio sufrido y la adecuada relación causal.

Como claramente lo expone Matilde Zavala de González, "...el daño es extremo constitutivo y esencial de la acción resarcitoria (así como el peligro del daño lo es de la acción preventiva), por lo que su demostración incumbe al actor: el daño no existe en el mundo del Derecho sino cuando



la sentencia acredita su existencia, y la deficiencia o no probanza del daño, gravita en contra del damnificado sobre quien recaía dicha carga probatoria”.

En este sentido, la indemnización debe colocar a la víctima del evento dañoso en la misma situación en la que se hubiere encontrado de no haber sucedido aquél. “De tal forma, la indemnización de daños y perjuicios, en su función resarcitoria, importa una suerte de contra-daño que tiende a restablecer el equilibrio alterado por el menoscabo producido” (cfr. LÓPEZ OLACIREGUI, José María, en SALVAT Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, T.II, p. 221, num. 1619-A).

Por definición, entonces, la indemnización no puede colocar al “sujeto dañado” en una situación mejor o superadora de la que hubiere acontecido de no mediar el evento, pues ello implicaría reconocer un daño más allá de su extensión real, desnaturalizando a la reparación que, de tal forma, se convertiría en un despojo o un nuevo daño.

Desde esta perspectiva, es fundamental determinar el correcto encuadre de la situación y el alcance de la indemnización que procede, de acuerdo a la prueba aportada en autos.

Bajo tal prisma, a continuación se analizarán los rubros indemnizatorios peticionados.

LUCRO CESANTE: La definición del lucro cesante, supone la existencia de un concreto perjuicio patrimonial como incorporación futura, incuestionable y valuable; con este rubro no se indemniza la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de ganancias futuras, sino la privación de la obtención de determinados lucros, a cuya percepción existía un derecho, a la época del acaecimiento dañoso (cfr. Zannoni, Eduardo, “El daño en la responsabilidad Civil, Astrea, p.74).



En el lucro cesante, entonces, el sujeto ya se encontraba con toda previsibilidad, en condiciones de acceder a las ventajas o beneficios económicos de que se tratara.

Surge de los informes de fs. 97 y 99 que, con anterioridad a la caída que protagonizara el día 22 de noviembre de 2012, la Sra. Cardozo atendía pacientes en consultorios Godoy los días lunes, miércoles y viernes y en el Consultorio San Agustín los días Martes, Jueves y Miércoles en los horarios indicados en los respectivos informes.

Se encuentra acreditado que la actora, a raíz de la caída, sufrió una lesión en su mano derecha en la mañana del día 22 de noviembre de 2012 (certificado médico obrante a fs. 108) que conforme informó la Clínica de Imágenes a fs. 138/139 se diagnosticó fractura intraarticular del radio distal. Surge de los certificados obrantes a fs. 101, 103, informe de fs. 105/106, 108, 110 y prueba informativa de fs. 97 y 99 que, la Sra. Cardozo, no volvió a atender pacientes hasta el día 26 de febrero de 2013.

Probado que la actora se vio impedida de atender pacientes desde el 22 de noviembre de 2012 al 26 de febrero del siguiente año, cabe considerar las ganancias dejadas de percibir.

A tal fin según informa el Colegio Médico (ver fs. 80/81) la actora percibió, en concepto de subsidio por incapacidad temporaria, por el término de tres meses la suma de \$8.771,91 en las siguientes fechas: 26-12-12; 23/01/13 y 25/02/13.

A fs. 118, la Cra. Galvagno certifica la autenticidad de la certificación de ingresos obrante a fs. 117 en la que informa que los ingresos corresponden al desarrollo de su profesión de médica, sobre facturas C aportadas por la actora promediando ingresos de Junio 2012 a Noviembre de 2012 (\$134.312,97 neto del Impuesto al valor Agregado) y de la que surge que, con anterioridad al accidente, la actora registraba



un ingreso promedio -por su actividad profesional como médico- de \$22.385,50. Asimismo informa la Contadora Galvagno, que no hay facturaciones correspondientes al período noviembre 2012 a febrero 2013.

En consecuencia, considerando los ingresos promedios y las sumas con las que el Colegio Médico intentó compensar la falta de ingresos durante los meses de Diciembre de 2012 y Enero y Febrero de 2013, corresponde otorgar a la actora en concepto de lucro cesante una indemnización de \$13.613,60 por cada uno de los meses indicados.

En definitiva corresponde otorgar en concepto de indemnización por lucro cesante la suma de \$40.840,80.

Daño Físico. Incapacidad Sobreviniente: La indemnización por incapacidad física sobreviniente está dirigida a reparar la pérdida de potencialidades futuras, causadas por secuelas permanentes, considerando las condiciones personales de la damnificada, de modo tal que no ha de considerarse en exclusividad el porcentual que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe ponderarse la disminución de beneficios, o dicho en otras palabras, la proyección que el perjuicio tiene en la esfera laboral, social y familiar conforme a condiciones personales tales como la edad, la preparación, limitación que producirá en sus tareas, estado civil, etc.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen

de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (FALLOS: 315:2834; 322:2002; 326:1673; 330:563, entre otros).



Conforme certificado obrante a fs. 103, la actora, el 22 de noviembre de 2012 fue atendida por traumatismo de muñeca por caída que le provocó fractura de radio distal y se le indicó tratamiento ortopédico con posterior rehabilitación. El informe de la Lic. Luengo, agregado a fs. 105/106 da cuenta que de la Historia Clínica de la Sra. Cardozo surge que permaneció 10 días con yeso braquio- palmar; luego le cambiaron el yeso por uno con codo en flexión y hasta por debajo del hombro durante 45 días y el 2 de enero le retiraron el yeso y comenzó sesiones de magnetoterapia con reposo hasta el 22 de febrero.

La pericia médica ordenada en autos y realizada el 28-6-16, se presentó a fs. 82/84.

En su dictamen, el Dr. Del Negro, informa que, en el examen físico de miembro superior derecho se constata una limitación funcional a nivel muñeca en flexión palmar a 15°, flexión dorsal a 20°. Desviación radial 10° y desviación cubital 40°; concluye que sufrió una fractura del radio, en su epífisis distal, con compromiso intraarticular y que dicha lesión es compatible con el mecanismo del accidente descripto.

Señala el experto que se encuentra con una limitación funcional en la muñeca derecha, que a su vez es la hábil y calcula una incapacidad del 22% conforme al Baremo General Altube-Rinaldi. Cabe aclarar que arriba a tal porcentual sumándole a la disminución de movilidad de la muñeca lado dominante (13%) con el 9 % que resulta de computar la fractura de la extremidad distal.

Ni la Pericia, ni los informes agregados con posterioridad a la misma, merecieron observaciones de las partes, lo que determina, en principio, su pleno valor probatorio.

En materia de indemnización de daños y perjuicios, debe fijarse el monto del resarcimiento del rubro incapacidad sobreviniente de manera prudencial, a través de la ponderación



de todas las variables de incidencia, sin descartar ninguno de los métodos tradicionales utilizados, como baremos o parámetros de determinación, siendo la única limitación el resultado irrazonable a que pueda conducir (cfr. SCJ Mendoza, Sala I, 26/3/2007, "Flores c/ Cornejo", LL on line, AR/JUR/661/2007). En tal faena ha de recurrirse al uso de la fórmula de matemática financiera como una manera de objetivizar el daño (tales como la fórmula Vuotto o Mendez), como un elemento más a considerar desde que brinda una base objetiva de la cual partir, sin perjuicio de aumentar o reducir su resultado si éste aparece como irrazonable.

En el caso, cabe considerar que el perito informa que la actora presenta una limitación funcional en la muñeca derecha, señala que es diestra y se desempeña como médica, más no surge acreditado que además represente dificultades para la realización de los menesteres de la vida cotidiana ni tampoco que la limitación señalada implicara alguna reducción o adecuación de sus tareas habituales -solo relata la testigo Forma que al final del día laboral la actora se quejaba por sufrir inflamación en su muñeca-.

En consecuencia, valorando la edad de la actora al momento del hecho denunciado, su nivel socioeconómico, la merma de la funcionalidad de su muñeca derecha como consecuencia de la caída que sufriera el 22-11-12 y las restantes circunstancias concretas del caso, en uso de las facultades que otorga el art. 165 del C.P.C. y C., se estima justo y equitativo reconocerle una indemnización por este rubro de \$278.000.

Tratamientos futuros: Dado que éste rubro se encontraba sujeto a lo que resulte del dictamen médico y que el perito no indica su necesidad, su rechazo se impone por no encontrarse acreditado el daño pretendido.

Daño moral: Peticiona la accionante la reparación del daño extrapatrimonial -daño moral- alegando que, en el caso,



se cuenta con pautas objetivas que permiten inferir su magnitud.

Menciona el evidente sufrimiento padecido durante el episodio del siniestro, las graves lesiones causadas a su miembro superior hábil que repercutieron incluso en la atención de su hogar, los padecimientos y sufrimientos de zozobra por la angustia y vulnerabilidad ante la posibilidad de sufrir complicaciones durante el proceso de curación; las secuelas que perduran; la inseguridad que apareja la demora en la curación de las lesiones y la existencia de las graves secuelas de orden funcional. A ello suma los sentimientos de incertidumbre, malestar y temor ante esas secuelas que la incapacitan relativamente para continuar normalmente su actividad profesional y económica.

En función de lo anterior solicita que se establezca una indemnización adecuada y razonable al daño sufrido y a su equilibrio emocional, que cuantifica en la suma de \$18.000 o lo que en más -o menos- resulta de las pruebas producidas.

Ahora bien, partiendo de considerar que la cuestión se ubica en el contexto de la responsabilidad extracontractual del Estado, se ha sostenido en otras oportunidades que *"en términos generales, el daño moral se configura cuando existe lesión a derechos que afectan el honor, la tranquilidad o la seguridad personal. En la medida en que se lesionan los bienes más precipuos de la persona humana, alterando el equilibrio espiritual, está afectando a la persona en una de las dimensiones más sutiles y fundamentales del ser"*.

Se ha dicho, también, que *"el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede*



procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.

La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior ...El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia.

Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (Cfr. Ac. 61/12 "Rauta", Ac. 13/2013 "Mas" con cita de Fallos 334:376 de la CSJN, Ac. 50/16 "Bilchez", entre otros precedentes).

Más allá, también se ha reparado que no siempre ante cualquier evento el daño moral es procedente: en efecto, de una interpretación a contrario sensu de lo expuesto en el párrafo precedente se deduce que para la procedencia del daño moral debe existir una lesión tal a los sentimientos personales que logre afectar la tranquilidad anímica de quien lo padece.

En el mismo sentido, no siempre las contingencias de todo ilícito son subsumibles dentro del concepto de daño moral, pues pueden incluso llegar a producir una situación de desagrado y molestias, pero que sin embargo no alcancen a justificar la lesión a un bien extrapatrimonial que pueda configurar un daño moral en los términos antes definidos.



Luego, subsumiendo el caso a resolver en esas líneas directrices, estimo que el rubro resulta procedente pues la situación que ha vivido la actora excede a los contornos de un mero desagrado o molestia. Las características del evento sufrido, la lesión padecida, la profesión que posee y demás circunstancias que han quedado evidenciadas en autos (cfr. testimonial de la Sra. Forma a fs. 125 y vta) permiten vislumbrar razonablemente la repercusión que tuvo el hecho dañoso en la persona de la accionante, principalmente, de cara a la incertidumbre en punto a las secuelas incapacitantes para el normal desarrollo de su profesión, todo lo cual hace presumir la afectación inevitable de los sentimientos de la demandante.

En cuanto a la cuantificación del rubro, sin perjuicio de reconocer las dificultades propias de la determinación de este rubro, que se derivan del hecho de encontrarse frente a afecciones o padecimientos que se configuran en el ámbito espiritual de la persona y que suelen no manifestarse hacia el exterior con claridad, cabrá ponderar la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, el que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (fallos 308:698; 318:1598; 321:1117; 325:1156; 329:2688, entre otros).

Así, sin perder de vista que la reparación que se efectúe por este rubro será compensatoria y, por ende, imperfecta pues resulta claro que la suma que se establezca no colocará a la actora en la misma situación anterior al suceso, en uso de la facultad conferida por el art. 165 del C.P.C.y.C., tomando en consideración las distintas cuestiones expuestas y lo reclamado por tal rubro, se establece como reparación total en concepto de indemnización por daño moral, la suma de \$10.000,00, con más sus intereses a tasa activa del BPN desde la fecha del evento dañoso hasta su efectivo pago.



VIII.- En definitiva, por las razones expuestas corresponde admitir la apelación, revocar el fallo apelado en lo que fue materia de agravio y, consecuentemente, hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a la Municipalidad de Neuquén a abonar a la actora la suma de \$328.840,80 que corresponde a indemnización por: lucro cesante (\$ 40.840,80); incapacidad sobreviniente (\$278.000) y daño moral (10.000), con más los intereses que se calcularán a la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco (cfr. Ac. 25/10 y 27/10, entre otros, de la Secretaría Civil de este Tribunal Superior de Justicia) desde el 22-11-2012 y hasta su efectivo pago.

En cuanto a las costas, dado el modo en que se resuelve, corresponde que sean soportadas en ambas instancias por la demandada perdidosa. (art. 68 del CPC y C). **ASÍ VOTO.**

El Señor Vocal **OSCAR E. MASSEI** dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Evaldo Darío Moya, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, **SE RESUELVE:** **1.-** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y en consecuencia revocar la sentencia de grado obrante a fs. 168/175 en lo que fue materia de agravio y cuestionamiento. Consecuentemente, hacer lugar a la demanda y condenar a la Municipalidad de Neuquén a abonarle a la Sra. SILVIA CARDOZO en concepto de indemnización la suma de \$328.840,80, con más los intereses devengados desde la fecha del evento dañoso y hasta su efectivo pago, calculados a la tasa activa mensual establecida por el Banco de la Provincia de Neuquén S.A. **2.-** Imponer las costas de ambas instancias a la demandada en su carácter de vencida (arts. 68 C.P.C.C.). **3.-** Los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada se regularán en el 30% de lo que se regule en primera



instancia, a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.). 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. EVALDO DARIO MOYA - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. MARIA GUADALUPE LOSADA - Subsecretaria