

ACUERDO N° 41 .- En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a un día del mes de octubre del año dos mil diecinueve, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores OSCAR E. MASSEI y MARIA SOLEDAD GENNARI**, con la intervención de la Subsecretaria de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora María Guadalupe Losada**, en los autos caratulados: **"MONDACA CIRO FERNANDO C/ TELEDIGITAL S.A. - CABLEVISION S.A. Y OTRO S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, Expte. N° OPANQ1 2979/2010, venidos en apelación del Juzgado y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, la señora Vocal **Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI** dijo: **I.-** A fs. 935/947 (17/08/2018) se dictó sentencia por la cual se acogió parcialmente la demanda interpuesta por el Sr. **Ciro Fernando Mondaca**, condenando a la empresa "Cablevisión - Teledigital S.A." a abonar al actor la suma de \$362.000 con más intereses, impuso las costas a la empresa vencida y a la aseguradora "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A." conforme la Póliza N° 88689. Asimismo, decidió el rechazo de la demanda contra la codemandada **Municipalidad de Neuquén**, imponiendo las costas en el orden causado y difirió los honorarios para el momento de contar con pautas para ello.

II.- A fs. 956/961 (06/09/2018), La **Meridional Cía. Argentina de Seguros S.A.** interpuso recurso de apelación contra la sentencia y expresó agravios.

a) En primer lugar manifiesta su disconformidad con la falta de consideración de culpa de la víctima en la producción del evento dañoso.

Añade que alegó que el accionante conducía en forma despreocupada y desinteresada, sin casco protector, lo que quedó acreditado con las constancias probatorias de autos. Estima que ello debió ser ponderado por el *a quo*, a fin de determinar la interrupción o disminución del nexo causal.

Asegura que de haber tenido puesto el casco reglamentario las lesiones que sufrió el accionante no habrían ocurrido o, hubieran sido menores a las sufridas. Controvierte la teoría hipotética que traduce la sentencia, sobre la forma de los cascos y su nula protección respecto de las lesiones sufridas, de manera tal que el hecho de no haber llevado el casco puesto difícilmente hubiera evitado o reducido las lesiones que presentaba el actor porque éstas se alojaron principalmente en la parte frontal del rostro.

Destaca que la Ley Nacional de Tránsito (Ley N° 24449), en su artículo 29 refiere a las condiciones de seguridad que deben presentar los vehículos y sus conductores, indicando que: *"i) las motocicletas debe estar con casco antes de ser libradas a la circulación"*.

Cita jurisprudencia que afirma que existe relación de causalidad entre las lesiones craneales y la falta de casco protector en la conducción de motos.

Enfatiza que si las lesiones se sitúan en la

cabeza, necesariamente guardan relación directa con el "no" uso del casco, por lo que se desprende de ello que el Sr. Mondaca resulta ser el único culpable de las lesiones padecidas, estando en presencia de un claro caso de culpa de la víctima que interrumpe el nexo de causalidad.

b) En segundo lugar, cuestiona la indemnización otorgada en concepto de gastos derivados del siniestro.

Se queja del fundamento dado por el sentenciante al referir que dichas erogaciones se presumen y deben ser resarcidas aunque la parte no haya aportado prueba de su efectivo pago, pues se trata de desembolsos que tienen relación razonable con las circunstancias de la persona, usos y costumbres.

Reconoce que la jurisprudencia en general tiende a reconocer estos gastos médicos y de movilidad sin acreditación, mas afirma que en caso de ser elevados los montos -como en la especie- sí deben acreditarse a efectos de su otorgamiento.

Señala que no es razonable el monto petitionado por la actora y reconocido en la sentencia, que asciende a \$10.000.

Afirma que tanto los sistemas de medicina prepaga como las obras sociales otorgan descuentos o reintegran el dinero por gastos médicos o de farmacia. Cuestiona la ausencia de recibo o factura por honorarios médicos.

Por último, estima que la indemnización por daño físico está destinada también a solventar las

curaciones, gastos y tratamientos médicos necesarios para volver las cosas al estado en que el presunto lesionado se encontraba antes de sufrir el daño, lo que implica que el resarcimiento otorgado comprende este rubro en particular.

c) Finalmente, controvierte la indemnización otorgada en concepto de daño moral, estimando que la suma acordada de \$250.000 es exorbitante y carente de toda fundamentación, lo que la convierte en arbitraria.

Afirma que el sentenciante no valora la impugnación de la pericia psicológica que realizó su parte, cuestionando que el diagnóstico de la perito no puede basarse exclusivamente en el relato del actor, dado que si bien la experta menciona haber realizado test al actor, no adjuntó ninguno de ellos.

Agrega que si bien se determinó daño psíquico, no se individualizó la psicopatología que identifica el daño sufrido. Se remite a la impugnación de la pericia efectuada a fs. 516/7.

Reserva caso federal.

III.- A fs. 963/968 (12/09/2018) el actor dedujo apelación contra la sentencia de primera instancia.

a) Al fundamentar su queja relativa al resarcimiento acordado por daño patrimonial, refiere que la sentencia de grado, al momento de determinar el *quantum* de la indemnización no resulta esclarecedora. Estima que el monto de \$90.000 otorgado como compensación por incapacidad sobreviniente no contempla la edad tope de 75 años, ni tampoco toma en cuenta las chances o

perspectiva de mejora del ingreso futuro que el daño ha disminuido en forma evidente en su persona.

Afirma que ambas circunstancias -tope de edad y pérdida de chance- fueron expresamente motivo de reclamo en el escrito inicial y han quedado soslayados por el *a quo*.

Asegura que quedó probado en la causa que el actor era una persona joven -28 años- al momento del accidente, que tenía concretas posibilidades de ascenso y mejora en sus ingresos.

Refiere que se encuentra acreditado que el actor trabajaba desarrollando tareas de limpieza y guardia nocturna en "Noacco, Nogueira y Asociados-Administración de Consorcios", con un ingreso mensual de \$1.474. Asimismo, que tenía conocimientos y desarrollaba previamente actividades de albañilería, y que hasta el año 2007 había trabajado como medio oficial albañil en la empresa NELDORET S.A. con ingresos quincenales de \$1.500 aproximadamente y mensuales de \$2.500 a \$3.000. Además de ello, las testimoniales dieron cuenta que realizaba changas en forma extra a su trabajo habitual.

Ello demuestra, a su criterio, las serias posibilidades que tenía de crecimiento económico a lo largo de su vida, que se han visto frustradas por el accidente, lo que no ha sido ponderado por el sentenciante.

Asegura que las maneras de liquidar la indemnización con las variables que señala, fueron acogidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Arostegui" de fecha 08/04/2008. Explica que

este antecedente fue utilizado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Laboral, en autos: "Méndez, Alejandro Daniel c/MYLBA S.A. y otros s/Accidente-Acción civil" en fecha 28/04/2008, la cual reinviene el uso de la fórmula matemática financiera para liquidar indemnizaciones pero incorpora las observaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación efectuadas en la causa Arostegui. En función de ello, modifica algunos puntos de la fórmula Vuoto, en lo que hace a la edad tope elevándola de 65 a 75 años, teniendo en cuenta el fin de la vida "útil" de la víctima y la presupuesta merma del salario que el trabajador sufra como consecuencia de su incapacidad laboral, en la etapa pasiva, en su haber previsional.

Cuestiona la manera de liquidar la indemnización del daño económico por el Juez, en tanto no tiene en cuenta los parámetros de la fórmula "Méndez". En función de ello, solicita se eleve el monto de condena por daño económico -incapacidad sobreviniente- a la suma de \$300.000 conforme fuera reclamado en el escrito de inicio, con más los intereses determinados en el pronunciamiento de grado.

b) Por otro lado, afirma que el juez incurre en error conceptual al considerar los intereses que devengará el daño moral desde la fecha de la sentencia.

Indica que la determinación de la indemnización al momento de sentenciar, significa que el monto se adecua a la realidad económica en que se pronuncia el fallo, sin acudir a "actualización", "reajuste" o "indexación" alguna, términos que suponen

una operación matemática previa.

Señala que tal procedimiento de determinación del monto indemnizatorio, que tiende a hacer efectivo el principio de reparación justa e integral de la víctima, no es una técnica de actualización, por lo cual no obsta al cálculo de intereses moratorios desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago de la indemnización.

Puntualiza que los intereses moratorios se deben en concepto de indemnización por el perjuicio que ha experimentado el actor por el retardo -10 años- que ha incurrido el demandado en la ejecución de la obligación, esto es "la indisponibilidad del capital durante el transcurso de la mora".

Insiste en que los intereses constituyen un rubro accesorio que aumenta la deuda por razón del factor tiempo, hipótesis prevista por el artículo 508 del Código Civil.

Afirma que el pronunciamiento, en este punto, es contrario a la jurisprudencia de este Tribunal.

En virtud de ello, solicita que se aplique al crédito indemnizatorio reconocido, la tasa activa que publica el Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha en que ocurriera el accidente y hasta su efectivo pago.

Hace reserva de caso federal.

IV.- A fs. 969 (12/09/2018) obra recurso de apelación deducido por Cablevisión S.A.

Al fundar sus agravios indica que:

IV.-a) La sentencia responsabiliza a su empresa, sin que exista prueba idónea que permita afirmar que el poste era de su propiedad o se sirviera de él o de

los cables que lo sostenían.

Enfatiza que no discute la aplicación de la responsabilidad objetiva derivada del artículo 1113 del Código Civil, sino que estima que para su aplicación se debe cumplir con la carga de acreditar la propiedad, uso y/o usufructo del elemento causante del daño, lo que alega no tuvo lugar en este proceso.

Al respecto transcribe parte de la sentencia donde constan los testimonios brindados en sede penal indicando que el sentenciante se limita a transcribir los dichos de los vecinos quienes jamás verificaron fehacientemente si se trataba de cables que suministraban el servicio de cablevisión, al igual que la respuesta informativa de la codemandada, Municipalidad de Neuquén, que al responder al oficio de fs. 437 efectúa una afirmación sin aportar justificación ni elemento objetivo o registro base para dar dicha respuesta.

Cuestiona que tales probanzas puedan ser tenidas por acreditaciones fehacientes sobre la propiedad o uso del poste y sus cables por parte de la empresa condenada.

Advierte que, según lo informado por la comuna codemandada, en fecha 06.11.06 se había tramitado un permiso para el "cableado sobre postración existente en calle Pedro Moreno" pero luego no se inició el procedimiento y la obra no se ejecutó. Ello indica, a su entender, que el poste ya existía en el lugar, dos años antes del hecho dañoso (17.08.08).

Cuestiona el informe de la Comuna, al sostener que no cabe darle entidad probatoria de

conformidad con lo prescripto en el artículo 396 del CPCC dado que no es una probanza que emane de un tercero ajeno al proceso, sino de una parte interesada en su objeto. Asimismo, afirma que la Municipalidad no indica en base a qué registro fundamenta su respuesta, porque no cuenta con ellos pese a tener a su cargo el ejercicio del poder de policía y la obligación de velar por la seguridad de todos los ciudadanos.

Indica que si bien el poste es un mueble, al estar enclavado en la tierra -vereda- se transforma en un inmueble por accesión, conforme lo prevén los artículos 2315 y 2316 del Código Civil.

En este sentido, sostiene que la actora debió producir prueba informativa al Registro de la Propiedad Inmueble a fin de que informe quién es el propietario de la vereda donde se encontraba enclavado el poste, ya que dicho elemento pertenece al propietario frentista.

A renglón seguido, adjudica la propiedad del poste a la comuna codemandada, en su carácter de dueña de la vereda.

Controvierte el mérito que el *a quo* hizo de la prueba rendida en autos a fin de adjudicar la propiedad del poste a su mandante, e indica que la actora debió ofrecer pericial en ingeniería a fin de constatar la naturaleza de los cables que el poste en cuestión soportaba.

Como fundamento de su postura, cita la pericia obrante a fs. 501/2, donde el experto asegura que "no se ha anexado a la causa demostración fehaciente de la propiedad del poste en cuestión a la firma Teledigital

S.A.-Cablevisión S.A.", "no se ha encontrado documentación en autos que establezca fehacientemente la propiedad del poste" y que es "imposible conocer a los propietarios de los cables que se apoyaban en dicho poste".

En función de ello, estima inaplicable el artículo 1113 del Código Civil, dado que no se encuentran dados los presupuestos para su operatividad. Por ello, requiere que se revoque la sentencia dictada, con costas a la actora.

IV.-b) En subsidio del agravio anterior, cuestiona que se haya rechazado la demanda contra el Municipio de Neuquén, exonerándolo de toda responsabilidad.

Afirma que el fallo incurre en falsedad al asegurar que "no se acreditó que el poste hubiera caído por falta de mantenimiento de la vereda a la que accedía", dado que asume que el poste estuviera caído al momento del accidente, se debió precisamente a falta de mantenimiento de la vereda.

Señala lo que estima un razonamiento contradictorio en el pronunciamiento. Dice que el a quo afirma que la Municipalidad debe "garantizar la libre circulación y mantenimiento de las veredas y velar por la seguridad y salud de los ciudadanos", para luego, acontecido un siniestro por omisión de ejercicio preventivo del poder de policía, exonerar de responsabilidad a la principal obligada a proteger y evitar los daños a los ciudadanos.

Por ello estima que, si se considera que la

empresa Cablevisión S.A. es responsable del siniestro, en igual forma deberá condenarse al Municipio, quien tiene a su cargo el ejercicio del poder de policía y la mera circunstancia de la caída del poste es prueba suficiente para declarar su negligencia o incumplimiento de su deber.

En función de ello, solicita que de no acogerse el primer agravio, se haga extensiva la responsabilidad a la Municipalidad de Neuquén, con costas.

IV.-c) Como último agravio, menciona su disconformidad con la suma que el sentenciante reconoció a la actora en concepto de daño moral, psicológico y estético.

Controvierte que por "leves cicatrices" que no afectan la funcionalidad ni la salud del actor, se le acuerde una suma que triplica la reconocida en concepto de daño físico. Cita abundante jurisprudencia sobre daño estético y moral. Solicita se reduzca considerablemente el monto acordado por este rubro, con costas. Hace reserva de caso federal.

V.- A fs. 977 y 984 el Juez de grado concedió los recursos de apelación, libremente, con efecto suspensivo, y ordenó dar traslado a las contrarias por el término de 15 días conforme art. 6 de la Ley N° 2979.

VI.- A fs. 988/991 la codemandada Cablevisión S.A. contestó el recurso deducido por la actora.

Con relación al primer agravio -relativo al monto de incapacidad física acordado-, sostiene que es falaz que se haya acreditado que el actor tenía

posibilidades de ascenso económico.

Señala que la sentencia expresamente consigna que el accidente no produjo en el actor una incapacidad funcional y que tampoco importó una merma en sus ingresos, los cuales se mantuvieron con posterioridad al evento dañoso.

Con relación a la utilización de la fórmula Méndez (que reclama el actor) advierte que constituye postura de la Cámara de Apelaciones local la utilización como parámetro indemnizatorio, el promedio entre fórmulas Vuotto y Méndez (o Vuotto II). Cita los antecedentes locales al respecto.

Indica que el actor omite considerar que no existen indemnizaciones tarifadas y que las fórmulas utilizadas son meros indicadores, pero que en modo alguno resultan vinculantes al igual que acontece con los porcentajes determinados por los peritos ya que, de lo contrario, serían éstos los que decidirían el destino del proceso y no el juzgador.

Marca que el apartamiento que formuló el *a quo* de los porcentajes de incapacidad consignados por el galeno oficial fueron debidamente fundamentados.

Considera que la suma acordada es por demás suficiente (y hasta excesiva), sobre todo considerando que el accionante no dejó de percibir los ingresos que tenía con anterioridad al siniestro y, que no ha quedado con limitación funcional alguna.

Con respecto a la fecha a partir de la cual deben computarse los intereses respecto del rubro daño moral, estima que el sentenciante fundamentó

adecuadamente su postura al señalar que el importe indemnizatorio era determinado a la fecha del pronunciamiento. Tampoco avala la petición de utilización de la tasa activa para el cómputo de los intereses, desde que afirma que ello es de aplicación para el supuesto de actualización de rubros determinados cuando éstos son valorados a la fecha del hecho.

En subsidio, peticiona que en caso de acceder a la pretensión actoral, se determine el importe correspondiente al daño moral a valores de la fecha del hecho, contemplando una tasa de interés significativamente menor a la activa del BPN.

Por estos motivos solicita el rechazo de los agravios, con costas a la recurrente. Formula reserva de plantear el caso federal.

VII.- A su vez, fs. 992/998 obra responde del traslado concedido a La Meridional Cía. de Seguros S.A. respecto de la apelación deducida por la actora.

Alega que la misma no configura una crítica concreta y razonada de la sentencia, y por tanto no cumple con el art. 265 del CPCC. Dice que las manifestaciones de la parte actora se traducen en una mera disconformidad con la sentencia y por ello solicita se declare desierto el recurso de apelación con costas.

Solicita el rechazo del agravio relativo al resarcimiento por daño patrimonial, en la inteligencia de que la suma acordada resulta excesiva ante la orfandad probatoria que se desprende del expediente, lo que impide a su juicio, que esta Alzada eleve el monto.

Respecto al daño moral, cuestiona su

procedencia fundada en lo que estima son "consideraciones abstractas" formuladas por el sentenciante, que carecen de asidero en la prueba reunida en la causa. Afirma que siendo los intereses un accesorio de lo principal, tampoco cabe hacer lugar al planteo de contabilizar los mismos desde el momento el hecho.

Solicita que este Cuerpo reduzca el monto acordado por este rubro y, en consecuencia, también lo haga con relación a sus accesorios.

En acápite aparte cuestiona la tasa de interés peticionada por la actora, señalando que el análisis efectuado carece de solidez como para conmover el fallo atacado y sólo expresa un mero desacuerdo con el criterio expresado por el Juez de grado.

En función de ello, pretende el rechazo del recurso interpuesto por la actora.

VIII.- A fs. 1004/6 la actora responde los agravios expresados por la citada en garantía.

Con relación a la falta de consideración de la abstención del uso del casco reglamentario para interrumpir el nexo causal, señala que la pericia médica es contundente al señalar que las lesiones no han sido en el cráneo del actor, sino en el rostro (área no protegida por el casco), lo que torna irrelevante el uso del mismo para prevenirlas.

Rechaza el agravio referido al monto reconocido en concepto de gastos médicos y de farmacia, por estimar que no se encuentra suficientemente fundado expresando una mera disconformidad.

Sostiene que la interpretación que formula la

citada respecto a que la indemnización por daño físico incluye los gastos de farmacia y médicos, es una conclusión sin respaldo legal, dado que el ordenamiento civil tutela ambos daños por separado.

Respecto al daño moral, afirma que la recurrente no logra demostrar el error del judicante en este punto, haciendo alegaciones que expresan su mera disconformidad. En razón de ello, solicita se declare desierto este agravio en tanto no cumple con el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial.

Sin perjuicio de ello, considera que el pronunciamiento hace mérito de la prueba testimonial brindada que refiere a los padecimientos que el actor tuvo que enfrentar y continúa haciéndolo.

Solicita el rechazo del recurso intentado, con costas.

IX.- Finalmente, a fs. 1008/1009 la actora contesta la apelación deducida por la empresa Cablevisión S.A., solicitando su rechazo con costas a cargo de la recurrente.

Repudia la queja relativa a la atribución de propiedad del poste que ocasionó el siniestro, dado que considera que la sentencia hace mérito de la prueba rendida en autos, tanto informativa como testimonial.

Señala que la codemandada pudo oponerse a la producción de todos los medios probatorios ofrecidos, sin embargo, no lo hizo oportunamente, habiendo precluido dicha etapa. Con relación a la informativa producida por la Municipalidad de Neuquén (fs. 437) indica que tampoco formuló las objeciones que ahora intenta hacer valer en

la apelación.

Agrega que la prueba testimonial rendida en sede penal es coincidente con la informativa producida y en conjunto permiten concluir que el fallo es correcto cuando determina que se ha acreditado que el poste que ocasionó el siniestro era propiedad de la demandada Cablevisión S.A.

Aclara que no controvertirá el agravio relativo a la exoneración de responsabilidad del Municipio.

Finalmente, en lo que hace a la queja del condenado por la suma acordada en concepto de daño extrapatrimonial, asevera que no se encuentra debidamente fundada, limitándose a citar jurisprudencia que no estima aplicable en el caso. Estima que su argumentación es nula, incongruente y confusa.

Sin perjuicio de ello, defiende la suma acordada señalando que de las pericias efectuadas surge que las cicatrices no fueron leves, que el daño estético no se fijó de manera autónoma y que el monto de \$250.000 estipulado no incluyó el daño patrimonial.

X.- A fs. 1012/13 se remitieron las actuaciones a la Secretaría actuante, se recibieron, y a fs. 1020/1026 dictaminó el Fiscal General, quien propició hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación articulados y revocar la sentencia apelada, emitiendo un nuevo pronunciamiento.

En primer término puntualiza que dado el interés que el Ministerio Público está mandado a tutelar, no se expedirá sobre los agravios relativos a los rubros

indemnizatorios dado que excede el ámbito de su competencia, la cual se debe orientar hacia los cuestionamientos de los apelantes relativos a la atribución de responsabilidad por el evento dañoso.

Respecto a la omisión de un adecuado análisis de la culpa de la víctima en la producción del hecho al conducir sin casco, considera que el a quo realizó una detenida y expresa consideración de esa circunstancia con clara valoración de la obligación impuesta por la Ley N° 24449, por adhesión del art. 1 de la Ordenanza N° 7510 en el considerando VII de su decisión.

En este contexto, menciona que aludió a las mismas piezas procesales probatorias -pericial accidentológica (fs. 501/502) y médica (fs. 488/489)- que las apreciadas por el Fiscal Jefe en su dictamen, para propiciar el rechazo de tal eximente de responsabilidad, al valorar respecto al uso del casco, que más allá de esa obligación "ninguno en un golpe directo como el recibido por el actor es irrompible y tampoco garantizan la inmunidad del cráneo" (fs.- 488/489), razón por la cual propicia el rechazo de este agravio.

Distinta es la suerte que corre el agravio relativo a los gastos médicos y de farmacia reconocidos, los que considera carentes de acreditación fehaciente y, por tal motivo, sostiene que debe revocarse la sentencia en este aspecto.

Respecto al recurso deducido por Cablevisión S.A., considera que la evaluación que el Juez de grado ha hecho de la prueba tendiente a acreditar la propiedad del poste que ocasionó el accidente, ha sido atinada.

Menciona que el hecho de emanar los informes de la Municipalidad codemandada no le resta mérito probatorio, y que apreciado en conjunto con las restantes pruebas obrantes en la causa -en particular las constancias del expediente 11873/08, las declaraciones testimoniales de fs. 49, 51, 52 e informe de la Policía de Neuquén, Cuartel 2 de Bomberos obrante a fs. 55/56-, surge claro que el poste era utilizado o usufructuado por el recurrente, hecho que permite centrar la atribución de responsabilidad conforme el artículo 1113 del Código Civil aplicable al caso, dado que la cosa que generó el accidente servía de sostén a la línea de cable visión.

En función de ello, propicia el rechazo de este agravio.

Con relación a la falta de responsabilidad del Municipio en el evento dañoso indica que comparte el dictamen del Fiscal Jefe sobre el punto. En particular, señala las pautas específicas contenidas en la normativa que surge del Bloque temático N° 5 de la Ordenanza N° 10009, relativo a las veredas, las que consideran avalan la extensión de responsabilidad a la comuna en función de la omisión en el ejercicio del poder de policía estatal, relativo a sus funciones de supervisión, control y mantenimiento de los bienes públicos en condiciones de ser utilizados sin riesgo por los particulares que circulan por la vía pública, en los términos del punto 3.02.02 y 3.02.02.01 de la mencionada Ordenanza.

Destaca que la efectiva presencia durante años de postes con el tendido de cables mediante los que brindaba servicio Cablevisión S.A., no mereció en la

práctica oportuno control, supervisión o vigilancia alguna por parte de quien detenta, precisamente, el deber de vigilancia en ejercicio del poder de policía.

Concluye que esta omisión frente a las claras previsiones de los arts. 1074 y 1112 del Código Civil, y el mandato impuesto en la normativa municipal llevan a entender que no puede eximirse totalmente de responsabilidad al Estado codemandado por su omisión en el poder de policía respecto a la fiscalización en la colocación de postes en la vía pública.

En virtud de ello, propicia el acogimiento de este agravio y la revocación del pronunciamiento de grado en este punto.

XI.- 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 los apelantes instan la revisión del fallo de grado.

XII.- En función de ello, para una mayor claridad y comprensión, se sistematizarán los agravios mediante el tratamiento conjunto de aquellos que se refieran al mismo presupuesto de responsabilidad.

De esta forma se abordará, en primer lugar, el agravio relativo a la propiedad del poste causante del hecho dañoso; luego se considerará la extensión de responsabilidad al Municipio demandado para posteriormente analizar la existencia o no de culpa de la víctima.

Finalmente, se examinarán los agravios

referidos al daño patrimonial (falta de aplicación de la fórmula que deriva del fallo "Méndez", edad de retiro a los 75 años, rechazo del rubro pérdida de chance y cuantía de los gastos vinculados con el siniestro) y; al daño extrapatrimonial (cuantía de la indemnización y cómputo de los intereses).

XII.-a) La codemandada Cablevisión S.A. se agravia porque considera que no existen pruebas que fundamenten la conclusión a la que arriba el *a quo* relativa a que la empresa es la dueña, guardiana o beneficiaria del poste sito en calle Gobernador Moreno 2225, quien se valía de su apoyo para la transmisión de la señal de televisión por cable.

Sin embargo, en el pronunciamiento atacado se realiza un prolijo detalle de las pruebas reunidas que llevan a formar la convicción del Juez de grado sobre la utilización del poste por parte de la empresa Cablevisión S.A.

Y, si bien es cierto que ninguna de las probanzas acredita fehacientemente por sí sola la propiedad, guarda o uso del poste, es el cúmulo de ellas, su coincidencia y la falta de prueba en contrario lo que amerita las conclusiones a las que arriba el Magistrado.

En efecto, la sentencia cita los testimonios brindados en sede penal -principalmente de Giménez y Rasalba- coincidentes en señalar que el poste servía de apoyo a los cables que resultaban transmisores de la señal de cable emitida por la empresa codemandada.

Agrega que "Esto es confirmado por el informe producido a fs. 437 en el que la Municipalidad da

cuenta de que el poste de tendido de cable para el servicio sito en la vereda norte de la calle Gobernador Moreno 2225 es de la empresa Cablevisión S.A.". (fs. 941 párr. 4°).

Asimismo, menciona el pedido que presentó ante la comuna la empresa "Teledigital S.A." (Expte. OE-14504-T) para tramitar el permiso para el cableado sobre postración existente en calle Pedro Moreno, entre Combate de San Lorenzo y Catriel, aunque aquella no inició el procedimiento de práctica y la obra no fue ejecutada.

La inexistencia de prueba que desvirtúe lo afirmado por los testigos y la informativa citada, convierte a la rendida en suficiente a los efectos de asignar la propiedad o al menos, el uso del poste por parte de la empresa Cablevisión S.A.

Nótese que, siendo reconocido por la propia empresa -y los testigos- que existía la provisión de televisión por cable en la zona, el recurrente podría haber ofrecido sus registros o prueba informativa que acreditara que la provisión de señal se realizaba mediante el uso de otros postes enclavados en la cuadra, o pedir informes sobre la propiedad del poste a la cooperativa proveedora de energía eléctrica (CALF).

Con relación al planteo efectuado respecto a que el poste constituye un inmueble por accesión a la propiedad del frentista y, por ende, era su responsabilidad mantenerlo en buen estado, cabe señalar que este argumento no fue introducido en la contestación de demanda y por ende, no fue sometido al análisis efectuado por el Juez de grado en su sentencia.

Cabe recordar que "La función esencial de la alzada es "revisar" la decisión de primera instancia, además de estar limitada por el contenido de los agravios, también lo está por las pretensiones y oposiciones que fueron formuladas en primera instancia, que es sobre lo único que pudo pronunciarse el Juez de primera instancia, y consecuentemente, lo único que puede "revisar" el tribunal *ad quem*; un pronunciamiento por la alzada sobre cualquier cuestión que no hubiera sido planteada ante la instancia anterior no implicaría "revisión" de una decisión de la instancia anterior, sino un pronunciamiento en primera instancia realizado por el tribunal *ad quem*" (cfr. Loutayf Ranea, Roberto G. "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", tomo I. Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 69/70).

Frente a ello, las valoraciones que realizó el Juez de grado sobre la prueba rendida y las conclusiones a las que arriba en función de ello resultan razonables y ajustadas a derecho, razón por la cual este agravio deberá ser rechazado.

XII.-b) Distinta es la solución en lo relativo a la extensión de responsabilidad a la Municipalidad de Neuquén, agravio introducido por la codemandada Cablevisión S.A. y no controvertido por la actora (fs. 1008/vta.) ni el Municipio.

Analizado este punto, cabe disentir con la ponderación que realiza el Magistrado al sostener que el presunto desconocimiento que el Municipio tenía sobre el mal estado del poste causante del accidente, lo exime de responsabilidad.

Es que, si bien se comparte que a los efectos indemnizatorios, el Estado debe responder cuando participa -por su obrar negligente en el ejercicio del poder de policía- en la generación de un hecho dañoso, sin que ello signifique generar una suerte de responsabilidad irrestricta (cfr. Rap 314:153, LL 2005-A-720), en el caso en particular, existía no sólo una obligación genérica de velar por la seguridad en la vía pública, sino un deber específico cuyo cumplimiento defectuoso generó un peligro para los ciudadanos.

En efecto, la Ordenanza 10009 impone la obligación a la comuna de asegurar la circulación peatonal franca y amena de todas las personas, así como autorizar y controlar las construcciones, enclavaciones, excavaciones y obras en general a llevarse a cabo en la vía pública.

Así, en el bloque temático N° 5, Capítulo 1, el artículo 3.2.2.1 bajo el título "Diseño de veredas", establece que: "Las veredas deberán asegurar la circulación peatonal franca y amena de todas las personas; asimismo constituyen el soporte para la disposición del arbolado público, el mobiliario urbano y los postes correspondientes a las redes de servicios públicos."

Para más adelante reglamentar en materia de roturas de calzada y veredas que:

"Toda obra en la vía pública en propiedad privada o privada municipal que implique excavaciones, zanjas o pozos, roturas de pavimento en calzadas y/o en veredas, excavaciones de cualquier naturaleza, cambio,

agregado de postes, equipos, plantel, conductores o redes en general, deberá tramitar su autorización por la Municipalidad de Neuquén, en el ámbito del área de Control de Redes.

Las mismas podrán ser por: (...) b) Ejecución de obras lineales (instalaciones o extensiones de redes aéreas, subterráneas o superficiales). c) Por trabajos de reparación y/o mantenimiento de redes. d) Colocación, cambio, reparación de postes..." (artículo 3.6.5.1. Ord. N° 10009).

Desde esta perspectiva no puede soslayarse que el Municipio tenía no sólo la obligación genérica de velar por la seguridad pública derivada del control que emana del ejercicio del poder de policía, sino la específica que prescribe la Ordenanza citada, la que pone en cabeza del Órgano Municipal el control sobre las construcciones, instalaciones, excavaciones y obras en general que se realicen en la vía pública -aceras o calzadas- y las condiciones de seguridad de las mismas.

La circunstancia de que la empresa proveedora de televisión por cable no haya concluido el trámite de autorización para la instalación de un poste o la utilización del existente a los fines de realizar el tendido de los cables en la zona (cfr. fs. 556), no puede ser esgrimida como eximente de responsabilidad, desde que pesa sobre el ente comunal la obligación genérica de velar por la seguridad en la vía pública, y la específica de autorizar y controlar las obras -y el estado de las mismas- que se realicen en ella.

Adviértase que no se trata de una obra

ejecutada por un particular en forma clandestina, temporal, en un lugar alejado, intransitado, donde el control hubiere sido dificultoso para ser llevado a cabo por las cuadrillas municipales.

Por el contrario, se trata de una empresa de provisión de señal de Televisión e Internet, que tiene un tendido de cables realizado en toda la ciudad de Neuquén, sobre postes cuya instalación debe estar previamente autorizada por el Órgano Municipal competente, de conformidad con la Ordenanza N° 10009.

En el caso se anota que, aun cuando no se hubiere notificado a la comuna de la caída del poste que provocó el accidente, si ésta hubiera cumplido adecuadamente con las funciones de supervisión y control propias del poder de policía, hubiera detectado la irregularidad y el peligro que entrañaba un poste enclavado en la vía pública cuya base se encontraba deteriorada por el paso del tiempo, disponiendo su reparación o remoción o intimando a la empresa para ello.

En este aspecto son claves los testimonios brindados en sede penal -en época más cercana al accidente- donde los vecinos advierten que la situación de inestabilidad del poste era de larga data.

En efecto, del testimonio del Sr. Elgueta surge que si bien reconoce que no informó a la Municipalidad sobre la caída del poste para su reemplazo, afirma que "inmediatamente antes del accidente vio que el poste ya estaba colgando a pocos metros de tocar la calle, supone que a 1.20 mts. y había circulado un rodado de la municipalidad mirando el lugar" (cfr. testimonio

de fs. 51 vta.); en igual sentido la declaración de la Sra. González Rasalba asegura "que al momento del accidente hacía más o menos un año que el palo estaba enclenque y cada vez se iba torciendo más hacia la calle, era sostenido por el mismo cableado, que la empresa Teledigital durante ese periodo había ido varias veces a su domicilio, pero nunca trabajaron sobre el poste sino sobre la señal (...)", para luego agregar que "los postes que suministraban el cable están enclavados en la tierra y llevan más de 20 años colocados sin base de cemento, que ese poste en particular se quebró porque estaba podrido" (fs. 52 vta. del Expte. N° IPF 11873/08).

Luego, la responsabilidad de la Municipalidad deriva de la falta de servicio -art. 1112 del C.C. aplicable analógicamente- consistente en la omisión o deficiente control sobre la instalación, ubicación y mantenimiento de los postes que sirven de sostén al cableado aéreo que utiliza la empresa Cablevisión S.A. para brindar el servicio de televisión por cable, que deriva en la falta de seguridad para el libre tránsito en la vía pública, tanto en la acera como en la calzada (Ordenanza Municipal N° 10009).

En este sentido, la Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades -con relación a la responsabilidad extracontractual del Estado- que quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 306:2030 y 312:1656).

En función de ello, cabe hacer lugar a la apelación del codemandado Cablevisión S.A. en este punto y extender la responsabilidad del siniestro al Municipio de Neuquén, considerando a su respecto el factor de atribución derivado de la existencia de falta de servicio (art. 1112 del C.C. de aplicación analógica).

XII.-c) Resta analizar ahora, el agravio relativo a la existencia de culpa de la víctima como factor que interrumpe el nexo causal, conforme es introducido por la aseguradora La Meridional Cía. Argentina de Seguros, en su apelación.

El pronunciamiento atacado destaca que "está probado que el conductor del rodado no llevaba colocado el casco de seguridad que exige la normativa de tránsito, lo que contradice su relato (fs. 81/82, expediente 11873/08, testimonios, informes médicos, etc.)".

Sin embargo, indica que "ello no lo hace culpable del siniestro ni interrumpe el nexo causal" y que "Tampoco es automático que el hecho de no haber llevado puesto el casco haga presumir que las lesiones hubieran sido menores de haberlo portado".

Afirma que "las lesiones que presenta el actor difícilmente se hubieran evitado o reducido de haber llevado casco reglamentario. En su variable básica, el casco de seguridad sólo cubre el cráneo del motociclista, dejando toda su cara, mandíbula y parte inferior de la frente descubiertas."

Luego, concluye que "la falta grave consistente en no haberlo llevado podría haber sido justa causa de sanciones administrativas, más no tiene efectos

sobre el nexos causal ni sobre el alcance del resarcimiento.”

Ahora bien, la Ley Nacional de Tránsito (Ley N° 24449, adhesión mediante Ordenanza N° 7510/96), en su artículo 29 establece que entre las exigencias mínimas de las condiciones de seguridad a la que deben ajustarse los vehículos, en el caso de motocicletas: “i) (...) deben estar equipadas con casco antes de ser libradas a la circulación”.

Asimismo, en el artículo 40, se prescribe que “Para poder circular con automotor es indispensable: ... j) Que tratándose de una motocicleta, sus ocupantes lleven puestos cascos normalizados, y si la misma no tiene parabrisas, su conductor use anteojos;”. Asimismo, el artículo 77 establece entre las faltas graves “s) La conducción de motocicletas sin que alguno de sus ocupantes utilice correctamente colocado y sujetado el casco reglamentario; (Inciso incorporado por art. 33 de la [Ley N° 26363](#) B.O. 30/4/2008.)”.

No se desconoce -tal como lo propone el Juez de grado- que los cascos normalizados como exige la reglamentación no requieren necesariamente una protección bucal o maxilofacial que, seguramente, hubiera evitado mayores daños al accionante.

Pero tampoco cabe soslayar que las normativas de seguridad vial se encuentran dispuestas con la finalidad de reducir la siniestralidad y proteger a las personas en general. Particularmente, las medidas de seguridad -como el uso de casco reglamentario, el cinturón de seguridad, la velocidad máxima, etc.-

intentan evitar y/o paliar los daños que una eventual colisión pueda tener en los conductores o pasajeros de los vehículos.

La Agencia Nacional de Seguridad Vial - organismo encargado de la prevención y control del tránsito (art. 2 de la Ley N° 24441)- determinó la importancia del uso del casco en los motociclistas, destacando que: 1) Dispersa la fuerza del impacto sobre una superficie más grande, con lo cual hace que no se concentre en áreas particulares de la cabeza, 2) Previene el contacto directo entre el cráneo y el objeto que hace impacto, al actuar como una barrera mecánica entre la cabeza y el objeto, 3) El material mullido incorporado en el casco absorbe parte del impacto, y en consecuencia, la cabeza se detiene con más lentitud. Esto hace que el cerebro no choque contra el cráneo con tanta fuerza, 4) Es importante protegerse los ojos, por eso deben tener visera. Además de tener un material resistente a los golpes, protege del viento, polvo, barro, agua e insectos, 5) El casco debe ser liviano, de tamaño adecuado, que permita oír y esté fabricado bajo normas IRAM, con sus partes homologadas por el INTI. Tienen fecha de vencimiento por la vida útil de los elementos que lo componen y al sufrir el primer golpe, debe ser reemplazado (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/5-cosas-que-nadie-te-conto-sobre-la-importancia-del-uso-del-casco>).

En la impugnación de pericia médica obrante a fs. 483/485, el recurrente indica que la utilización de una casco idóneo -esto es que cubra adecuadamente la zona bucomaxilofacial y con visera- hubiera protegido

adecuadamente al accionante del impacto propio de la colisión con el poste.

En la contestación a la misma (fs. 488/489), el galeno adjunta imágenes de distintos cascos utilizados por motociclistas con diversos niveles de protección craneofacial, indicando que "...existen varios modelos, ninguno en un golpe directo como el recibido por el actor, es irrompible y tampoco garantizan la inmunidad del cráneo".

Mas allá de los inapropiados términos con los que el galeno se dirige al letrado y de las apreciaciones vertidas sobre la hipotética seguridad de los cascos -lo que escapa a la especialidad del perito médico- cabe señalar que aún el casco reglamentario en su versión básica, contiene una protección frontal superior y una interior que contribuye -en caso de colisión frontal- a dispersar la fuerza del impacto y disminuir las lesiones (cfr. informe de la Agencia Nacional de Seguridad Vial).

Es preciso destacar que transitar en motocicleta sin el casco reglamentario no sólo constituye una falta administrativa que debe ser sancionada por las autoridades competentes, sino que importa asumir un riesgo que no debe quedar exento de consideración al momento de ponderar la conducta de la víctima en la importancia y extensión de las lesiones que sufrió por la colisión.

En otras palabras, si el Sr. Mondaca hubiera cumplido con la reglamentación sobre seguridad vial, el impacto sufrido no se hubiera evitado, pero sí amortizado

por la protección brindada por el casco reglamentario. En función de ello, se estima que la conducta de la víctima tuvo una incidencia causal del 20% en la producción de las lesiones que le ocasionó el hecho dañoso.

Desde esta perspectiva, cabe hacer lugar al agravio formulado por la citada en garantía, determinando que la indemnización acordada por el Juez de grado, sea disminuida en la proporción fijada en el párrafo anterior.

XIII.- Cabe ahora abocarse al análisis de los agravios referidos a las indemnizaciones otorgadas por el Juez de grado, tanto en el aspecto patrimonial como extrapatrimonial.

XIII.-a) El actor recurrente manifiesta su disconformidad con la suma otorgada en concepto de **daño físico**, puesto que considera que la sentencia "no resulta esclarecedora respecto a la manera que determina el daño por las lesiones físicas".

El pronunciamiento apelado expresa que "El perito dictaminó que el actor sufrió un traumatismo grave encéfalo craneano con secuelas importantes, por lo cual calcula una incapacidad del 57,25%", para luego agregar que "aquél tiene dificultades masticatorias y dolor al comer y que sufrió una incapacidad absoluta por cien días".

El Juez de grado refiere a las impugnaciones efectuadas por las partes, realiza una crítica del peritaje comparándolo con aquél realizado en sede penal y se aparta del porcentaje de incapacidad fijado por el galeno, al estimar que "el resto de la prueba reunida

tanto en sede penal como la acopiada en el presente, da cuenta de un daño físico comprobable en el actor, menor al exorbitantemente fijado por la pericia”.

Finalmente, concluye que “En razón de lo expuesto, teniendo en cuenta la edad del accionante al momento del evento dañoso, la incapacidad producida, las secuelas y limitaciones funcionales para distintos aspectos de su vida en relación, el salario al momento del accidente y las circunstancias probatorias de este caso, entiendo que corresponde fijar una reparación integral por incapacidad física sobreviniente en la suma de \$90.000.”

Sin perjuicio de la falta de explicitación del monto de incapacidad que el *a quo* ha tenido en consideración al momento del cálculo de la indemnización -lo que hubiera sido recomendable-, no se observa que la misma no se ajuste a las constancias de autos o devenga arbitraria.

En efecto, sabido es que las fórmulas matemáticas financieras sirven de referencia para el cálculo de las indemnizaciones por daños, no siendo más que un parámetro a considerar por el juez, el que deberá estimar la indemnización considerando las circunstancias particulares del caso (edad de la víctima, profesión, porcentaje de incapacidad en virtud de las secuelas permanentes y temporales, imposibilidad de retomar sus labores cotidianas, lapso en el que encuentra inhabilitado para trabajar, salario que percibía, etc.).

El Magistrado centró sus esfuerzos argumentativos en la “exorbitancia” del porcentaje de

incapacidad que fijó el perito médico de oficio, estimando más ajustado reconocer aquellas secuelas que también fueron advertidas por el perito judicial al momento de realizarse las actuaciones en sede penal.

Así indica que "según la pericia médica rendida en este expediente el actor se encuentra físicamente "en buen estado general" aunque "el examen de su cabeza y cuello presenta una notoria desviación nasal. Cicatrices frontales y maxilares, en la boca se observan implantes y desgaste de la arcada inferior completa. Cicatrices lineales en párpado superior izquierdo (fs. 465/466)." Pero, luego aclara que "si bien el experto ha establecido el grado de su incapacidad, éste debe ser objeto de prudente valoración, puesto los informes periciales constituyen un elemento importante a considerar, pero no conforman una pauta estricta que el juzgador debe seguir inevitablemente...".

Critica el peritaje de oficio (fs. 465/468, 480 y 488/489) al señalar que "el dictamen no expone claramente los fundamentos científicos ni el proceso mediante el cual se llega a las conclusiones. Por lo demás, a la hora de responder las impugnaciones, el profesional ofrece respuestas argumentalmente deficientes, apoyadas en argumentos de autoridad, carente de toda base científica".

Y, si bien no explica en detalle cómo arriba al monto indemnizatorio -fundamentalmente, no establece cuál es el porcentaje de incapacidad que estima adecuado resarcir- sí menciona otros parámetros y circunstancias que tuvo en cuenta a los fines de estimarlo (esto es, la

edad del accionante al momento del evento dañoso, la incapacidad producida, las secuelas y limitaciones funcionales para distintos aspectos de su vida en relación, el salario al momento del accidente y las circunstancias probatorias del caso).

Los aspectos mencionados constituyen parámetros objetivos que surgen de las probanzas de la causa. En función de ello, el monto al que arriba el *a quo* no aparece despojado de fundamentación, resultando acorde con la exigencia de reparación integral conforme lo establece el Máximo Tribunal de la Nación.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente, toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio." (cfr. "Arostegui" Fallos, 331:570).

Ahora bien, el recurrente centra su disconformidad en la falta de utilización de un criterio que, a su juicio, resulta fundamental para la correcta determinación de la indemnización, esto es, la utilización de la fórmula "Méndez".

En efecto, al momento de fundar su disconformidad con el fallo, realiza un recuento de la jurisprudencia de otros fueros e indica que la indemnización acordada se encuentra menguada por no

computarse las chances que tenía el actor respecto a su eventual "crecimiento económico" y la extensión de la vida útil de la víctima.

Es decir, no señala la incorrección del fallo en este aspecto formulando una crítica razonada respecto a que la suma acordada dista de ser una "reparación integral" o, la ausencia de consignación del porcentaje de incapacidad o, la generalidad de la explicación dada por el Magistrado para arribar al monto indemnizatorio. Sólo manifiesta su interés en la elevación de la suma acordada, cuestionando que el *a quo* no utilizó la edad límite de 75 años para determinar el monto indemnizatorio.

Sin embargo, tal como se mencionó anteriormente, las fórmulas matemáticas financieras no son vinculantes ni obligan al juez, sino que apenas constituyen un parámetro, un instrumento más que puede ser utilizado en la decisión judicial.

Desde esta perspectiva, no cabe hacer lugar al agravio que formula el recurrente, en tanto éste sólo se centra en cuestionar la falta de utilización de una fórmula tarifada que no es ni obligatoria ni plena a los efectos de estimar el daño, sin fundamentar o justificar la insuficiencia de los montos acordados en virtud de la falta de consideración de alguna circunstancia en particular.

Igual suerte ha de correr el agravio relativo a la falta de reconocimiento del rubro pérdida de chance.

Al respecto, el pronunciamiento de grado

indica que el actor pretende el reconocimiento de este rubro solicitando que se agregue un 20% al resultado de la fórmula matemática financiera, pero "no ofrece prueba alguna de esa pérdida, ni la chance, ni la vinculación con sus actividades, limitándose a señalar la edad de la víctima y una larga reseña jurisprudencial y doctrinaria".

En este aspecto, el accionante se limita a manifestar un mero desacuerdo con lo fallado por el Juez de primera instancia, más no introduce argumentos que demuestren la falacia de su razonamiento o la arbitrariedad del mismo, lo que sella la suerte adversa del agravio.

XIII.b) Con relación al cuestionamiento que formula la Citada en Garantía respecto de los **gastos vinculados con el siniestro** (relacionados con la atención médica), por considerar que el monto reconocido es excesivo, carente de documentación respaldatoria e integrado en la indemnización por daño físico, cabe desestimar el planteo.

Ello así, puesto que tanto la doctrina especializada como los antecedentes de este Cuerpo han reconocido los gastos médicos, de farmacia y de traslado, aun cuando no se conste con prueba acabada de su existencia, siempre que constituyan una consecuencia necesaria de los hechos dañosos y su monto sea acorde con la magnitud de los daños padecidos.

En primer lugar, cabe recordar que, si bien los gastos ocasionados por la atención médica no necesitan de una prueba concluyente en razón de su

absoluta necesidad y de la dificultosa obtención de esos medios probatorios, deben guardar adecuada relación con el accidente sufrido, magnitud de las lesiones producidas y tratamiento a que debió ser sometida la víctima, de manera que resulte verosímil su desembolso, correspondiendo acceder en ese caso a su reclamo, sin que obste a ello la asistencia hospitalaria, dado los gastos que debe soportar el enfermo durante su asistencia en el nosocomio y su posterior tratamiento de recuperación. Por ello, no es necesaria la presentación de recibos o facturas, bastando que guarden relación con las lesiones que presentan las víctimas, quedando sus montos librados al prudente arbitrio judicial (cfr. Daray, Hernán, "Accidentes de Tránsito", Ed. Astrea, p.470).

Ahora bien, dicha concesión -la innecesidad de su prueba- tiene su fundamento en la naturaleza del perjuicio, que tal como lo señala la doctrina citada, hace sumamente dificultosa su prueba y la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas, así como también el tratamiento que el médico aconseja realizar, todos estos extremos que sí requieren ser probados.

En ese contexto, el Magistrado justifica su decisión en base a la presunción que surge no sólo de las constancias obrantes a fs. 886 sino de las lesiones padecidas y descriptas en el apartado "a) Lesiones físicas", presumiendo su existencia y acordando una suma que resulta razonable a dichos efectos.

XIII.c) Finalmente, cabe abocarse al análisis de los cuestionamientos relativos a la existencia,

cuantía e intereses -lo que incluye la tasa utilizada- del **daño extrapatrimonial**, donde el a quo aclara que pondera tanto las secuelas psicológicas como estéticas que el accidente produjo en el ánimo del actor, en la inteligencia que, en el caso, no constituyen rubros autónomos que merezcan un resarcimiento por separado.

XIII.c. 1) Con referencia a su existencia, cabe señalar que "el daño moral puede, en ciertos casos, requerir prueba y en otros, resultar *in re ipsa*, toda vez que el art. 1078 del Código Civil no contempla lo referente a las formas de acreditarse el daño moral sino el concepto del mismo" (cfr. Ac. N° 772/01).

El Juez de grado específicamente menciona que "cuando se dice que no requiere acreditación sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones -medio de prueba indirecto- que emergen de determinadas situaciones que son acordes con las reglas de la experiencia." (fs. 945)

A continuación señala que "puede derivarse de las actuaciones, entonces, que el actor se encontró movilizado en su espíritu no sólo por el suceso en sí, sino también por sus consecuencias ulteriores, numerosas intervenciones quirúrgicas y las curaciones que lo mantuvieron 100 días como "incapacitado absoluto" (fs. 467), además de las secuelas de todo ello." (fs. 945 vta.).

Al efecto de certificar la existencia de un daño resarcible, el a quo hizo mérito de las pruebas periciales, en especial la psicológica, la que si bien

fue cuestionada oportunamente por las partes en su rigor científico, refiere sobre la existencia de trastornos en la psiquis, las que aun cuando no configuren una incapacidad *stricto sensu*, intensifican el dolor y angustia padecida por el actor a raíz del accidente sufrido y sus secuelas.

Con referencia al daño estético, el Magistrado hace mérito de la pericia psicológica (fs. 499 vta.) y de las lesiones certificadas por la pericia médica (fs. 465 vta.) puntualizando que "Las afecciones legítimas que en el actor produce la presencia de cicatrices que arrastrará de por vida son un dato relevante a la hora de evaluar las afecciones que moralmente producen en el actor".

Tales probanzas constituyen meros elementos objetivos que llevan a reforzar la presunción sobre la existencia de un menoscabo espiritual que debe ser resarcido.

XIII.c. 2) Ahora bien, los apelantes se agravan tanto por el *quantum* de la indemnización, como por su fijación a "valores actuales", lo que llevó al *quo* a sólo fijar intereses desde la fecha de la sentencia y hasta el efectivo pago.

En efecto, el pronunciamiento atacado reconoce como daño extrapatrimonial la suma de \$250.000.- para luego indicar que "el importe reconocido por daño moral es determinado en este acto, por lo que genera intereses desde la sentencia".

En este punto, se disiente con la forma en que el Juez de grado ha estimado el monto resarcitorio,

ya que al establecer una suma a "valores actuales" -esto es, al momento de sentenciar- debió prever los intereses desde la fecha de la mora -1/08/2008- y hasta el efectivo pago, debiendo fijar una tasa de interés que únicamente contemple una compensación por la falta de cumplimiento oportuno de la obligación de indemnizar.

En efecto, los intereses compensatorios o lucrativos son los que se deben por el goce del capital ajeno, "se adeudan como contraprestación o precio por la utilización de un capital ajeno". En cambio, los intereses moratorios se deben en concepto de indemnización por el menoscabo que sufre el acreedor frente a la mora del deudor en el pago de su obligación dineraria. Representan la reparación del retardo imputable al obligado. Su fundamento radica, entonces, en la circunstancia de que el deudor -con su incumplimiento- priva ilegítimamente al acreedor de su derecho a percibir el capital y, como consecuencia de ello, debe reparar el daño causado (cfr. Pizarro, Ramón y Vallespinos, Gustavo Instituciones de Derecho Privado, Hammurabi, Bs. As. 1999, T 1, p 403).

Ahora bien, los intereses que integran la reparación de un daño causado extracontractualmente son, en principio, moratorios y tienen por objeto resarcir la falta de cumplimiento oportuno de la obligación de indemnizar. Así lo reconoce autorizada doctrina "los intereses indemnizatorios o resarcitorios son también moratorios pues al responsable se le impone la obligación de reparar el daño causado a partir del momento mismo de su producción, operando la mora automáticamente desde ese

instante" (cfr. autores cit., "Los intereses en la responsabilidad extracontractual", Sup. Esp. Intereses 02/07/2004, pág. 75; Zavala de González, Matilde y Moreno, Graciela Melania "Los intereses en la responsabilidad civil", JA 1985 IV 713).

Desde esta perspectiva, si la mora se produjo al momento del acaecimiento del daño que se intenta resarcir -y ello no ha sido materia de agravio-, el *dies a quo* a los fines del cómputo de los intereses moratorios es el 17/08/2008 y el *dies ad quem* está constituido por la fecha de efectivo pago.

El hecho de haber fijado el valor indemnizatorio extrapatrimonial a la fecha de la sentencia, no impide el reconocimiento de aquellos intereses que se deben por "el incumplimiento oportuno de la obligación de reparar", los que debieron ser reconocidos en el pronunciamiento.

No obstante, la tasa de interés que se fije en este último caso, debe contemplar únicamente la demora en el pago de la obligación resarcitoria, es decir, una tasa que no contenga el componente inflacionario.

Rodolfo González Zavala lo explica con claridad al mencionar que "si lo correcto es considerar el valor actual de las satisfacciones y si los intereses arrancan cuando el daño moral se produjo, la clave está en la cuantía de la tasa de interés. En estos casos pareciera inadecuado emplear tasas con ingredientes que, además de resarcir la mora, buscan paliar la inflación. Habría aparentemente una duplicidad. Se estaría computando dos veces (con los intereses y los valores

actuales) la depreciación monetaria registrada entre el hecho y la condena (cfr. González Zavala, Rodolfo M. "Satisfacciones sustitutivas y compensatorias" RCCy C 2016, pág. 38).

Este Tribunal ha mantenido el criterio del precedente "Alocilla" (Ac. 1590/09) sobre la doble función que cumple en la actualidad la tasa de interés activa que utiliza el Banco Provincia del Neuquén en sus operaciones de descuento ordinarias, expresando que "en el contexto económico actual, corresponde aplicar una tasa de interés que contemple la expectativa inflacionaria y no sólo que compense la falta de uso del dinero: Si la tasa de interés aplicada se encuentra por debajo de la línea trazada por la evolución de la inflación incumplirá el mandato legal de mantener incólume la condena y lesionará la garantía constitucional al derecho de propiedad, amén de colocar al deudor moroso en mejor situación que la del cumplidor; por encima de aquel índice, será preciso advertir en qué medida el paliativo "interés" deja de cumplir esa función para convertirse en una distorsión del correcto sentido de la ley (cfr. Acuerdo 21/04 del Registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios Civil)."

Desde estas premisas, teniendo en cuenta el contexto económico y la evolución operada en las tasas de interés y los índices inflacionarios durante el período comprendido entre enero de 2000 a la fecha, este Cuerpo ha estimado los resarcimientos a valores históricos vigentes a la fecha de la mora -esto es, desde que se produce cada perjuicio-, utilizando una tasa de

interés mixta -promedio entre la activa y pasiva- desde el *dies a quo* hasta el 01/01/2008 y desde allí en adelante, una tasa de interés activa.

En función de ello, las posibilidades a las que se enfrenta el juez al momento de sentenciar abarcan: a) la fijación de un monto indemnizatorio a valores históricos, efectuando una cuidadosa determinación del momento de producción de cada detrimento. A dicha suma cabrá aplicarle una tasa de interés que contemple tanto la depreciación monetaria como la tardanza en la reparación (cfr. criterio Alocilla); o b) estimar una suma resarcitoria a valores actuales vigentes al momento de sentenciar, contemplando una tasa de interés moratorio desde el momento de producción del perjuicio que se intenta indemnizar hasta el oportuno pago.

Como se advierte, el Magistrado de grado no contempló ninguna de estas opciones, limitándose a fijar un resarcimiento en concepto de daño moral al momento de sentenciar -entendiendo ello como "valores vigentes a la fecha del pronunciamiento"-, sin aplicarle intereses moratorios desde cada perjuicio sufrido y hasta su efectivo pago.

En consecuencia, cabrá revocar en este aspecto la sentencia de grado y realizar una estimación del daño moral sufrido, contemplando la prueba rendida y las presunciones que atañen al rubro.

XIII.c. 3) En función de lo expuesto, a efectos de valuar si la indemnización fijada por el *a quo* para resarcir el daño moral es justa o desmesurada, se ha de tener en cuenta las características del hecho

dañoso (el actor circulaba en moto cuando colisionó en forma imprevista contra un poste que pendía suspendido sobre la calzada sujetado por cables); la conmoción que produjo en el accionante el evento (las testimoniales, informes médicos y pericias dan cuenta que el actor no recuerda el accidente); el tratamiento de las lesiones que implicó someterse a tres cirugías reparadoras, el tiempo que insumió la curación -100 días de incapacidad absoluta-, que las lesiones del accidente se han ubicado mayormente en su rostro y son susceptibles de ser percibidas a simple vista -desviación del tabique nasal-; todos ellos acontecimientos que influyeron en su estado anímico generando un perjuicio susceptible de ser indemnizado.

Con relación a las dificultades masticatorias mencionadas por la perito psicóloga, éstas fueron contempladas como parte del daño físico (cfr. impugnación pericia psicológica fs. 517), aun cuando se considere la angustia que las disfunciones temporales para la ingesta le ocasionaron al accionante.

Finalmente, cabe contemplar que las secuelas mencionadas no han afectado su vida de relación más allá de la recuperación que le insumió superar el episodio traumático, circunstancias que surgen de la prueba rendida en autos.

Valorando estos extremos, se advierte que la suma otorgada en la sentencia de grado en concepto de indemnización por daño moral resulta por demás elevada, fuera de todo parámetro de razonabilidad.

Por ello, en uso de la facultad conferida por

el art. 165 del C.P.C.y C. y, tomando en consideración las distintas cuestiones expuestas, se establece como reparación total para el rubro la suma de \$50.000.

Y siendo que dicho importe es estimado a valores históricos, devengará desde la fecha del evento dañoso (17/08/2008) y hasta el efectivo pago, el interés correspondiente a la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén (cfr. Ac. N° 25/10 y 27/10, entre otros, de la Secretaría Civil de este Tribunal Superior de Justicia).

XIV.- En definitiva, los recursos deben ser acogidos parcialmente, modificándose de igual modo la sentencia de grado.

Prosperará el agravio relativo a la extensión de responsabilidad al Municipio de Neuquén; el referido a existencia de culpa de la víctima, en una incidencia del 20% en la extensión de las lesiones padecidas, así como también los que cuestionan la cuantía del daño extrapatrimonial y la ausencia del cómputo de intereses moratorios. En estos aspectos, cabe revocar la sentencia de grado.

Por ello, corresponde estimar el daño extrapatrimonial en la suma de \$50.000 (art. 165 del C.P. C. y C.), monto al que deberá adicionársele intereses, desde la fecha de acaecimiento del evento dañoso y hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa utilizada por el Banco Provincia del Neuquén.

En lo demás que ha sido materia de agravio, el pronunciamiento de grado deberá ser confirmado.

Las costas deben ser soportadas en el orden

causado por cada recurrente, dado la existencia de acogimientos parciales de sus respectivos agravios, debiéndose regular los honorarios correspondientes a esta instancia, conforme pautas del art. 15 de la Ley de Aranceles. **ASI VOTO.**

El Señor Vocal **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: comparto la línea argumental desarrollada por la Dra. Gennari, 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°)** REVOCAR parcialmente la sentencia de grado obrante a fs. 935/947 y, en consecuencia, HACER EXTENSIVA la condena a la Municipalidad de Neuquén (cfr. considerando XII. Punto b), del presente pronunciamiento). **2°)** REVOCAR parcialmente la sentencia apelada reconociendo la existencia de culpa de la víctima, con una incidencia causal del 20% en la producción de las lesiones ocasionadas por el hecho dañoso (cfr. lo explicitado en el considerando XII punto c). **3°)** REVOCAR parcialmente el pronunciamiento atacado en lo que respecta a la cuantía del daño extrapatrimonial y sus intereses, de conformidad con lo expuesto en el considerando XIII, c)2 y c)3, que integran este pronunciamiento. En consecuencia, en uso de la facultad conferida por el art. 165 del C.P.C.y C. y, tomando en consideración las distintas cuestiones expuestas, estimar como reparación total del rubro extrapatrimonial la suma de \$50.000. A dicha importe, deberá adicionarse desde la fecha del evento dañoso (17/08/2008) y hasta el efectivo

pago, el interés correspondiente a la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén (cfr. Ac. N° 25/10 y 27/10, entre otros, de la Secretaría Civil de este Tribunal Superior de Justicia). **4°)** Confirmar la sentencia de grado en las restantes partes que fueran materia de agravio. **5°)** Imponer las costas de alzada a los recurrentes en el orden causado (art. 68 segunda parte del C.P.C.C.). **6°)** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de la cantidad que se fije para los honorarios de primera instancia (art. 15 de la Ley N° 1594). **7°)** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Con lo que se dio por finalizado el acto que, previa lectura y ratificación, firman los

Magistrados presentes, por ante la Actuaria, que certifica.

Dr. OSCAR E. MASSEI
Vocal

Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI
Vocal

Dra. MARIA GUADALUPE LOSADA
Subsecretaria