



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 18 de febrero de 2020

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"NÚÑEZ LASSO NORMA ALICIA C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN DEL NEUQUEN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO"** (JNQCI6 EXP N° 512179/2016), venidos a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando M. **GHISINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Ghisini, dijo:**

I.- La sentencia definitiva de primera instancia que luce a fs. 299/305, hizo lugar a la demanda interpuesta por Norma Alicia Núñez Lasso en representación de su hija menor A.D.A.N., y en consecuencia, condenó al Consejo Provincial de Educación y a Seguros Sura S.A. -ésta última en la medida del seguro-, a abonar a la actora la suma de \$20.000, con más intereses y costas.

Esa sentencia es apelada a fs. 313 por la actora.

II.- Agravios de la parte actora (fs. 329/334.)

En primer lugar, se agravia porque en la sentencia, luego de considerar que la única responsable del hecho dañoso era el accionado, al merituar la incapacidad sobreviniente de la niña, entendió que con el informe pericial médico no se encontraba probado que por la caída y lesiones (fractura) sufridas, le quedarán limitaciones o secuelas incapacitantes. Esto, más allá de la acreditación de la lesión en sí que sufrió A.D.

Menciona, que el Dr. Víctor Peláez, en su informe pericial señaló que la niña presentó fractura en tallo verde de ambos radios distales, que no le provocaron secuelas

funcionales en los miembros superiores. Y que, de acuerdo con el baremo Altube - Rinaldi, la edad de la niña y las lesiones sufridas, determinó que por la fractura de la extremidad distal del radio izquierdo y por la fractura de la extremidad distal del radio derecho, sin desplazamiento, con indemnidad de la carilla articular, la incapacidad ronda el 4%, y que por el miembro hábil: 0,2%, lo que totaliza una incapacidad del 4,2%.

Indica, que si bien el perito informó que la niña no presenta limitación funcional, de ninguna manera sostuvo que por la lesión en sí misma no debía ponderarse grado de incapacidad como infiere y decidió en definitiva la jueza.

Añade, que no es lo mismo hablar de incapacidad que deja secuelas funcionales, y que en el caso, al valorar la rigidez (movilidad) de las articulaciones, si bien el Dr. Peláez sostuvo que no quedaron secuelas funcionales a causa del accidente, ya que la niña al momento del peritaje logró la movilidad completa de ambas muñecas, ello no implica que no exista daño anatómico, es decir, la fractura que la niña padeció en sus dos muñecas.

Refiere, que para arribar a tal conclusión basta observar que dentro del baremo de Altube-Rinaldi, en el apartado "fracturas de radio" se establece que a la incapacidad por la secuela de los distintos tipos de fracturas, se debe adicionar el porcentaje por la secuela funcional.

Afirma, que sin lugar a dudas la incapacidad fijada por el perito se ajusta a derecho, dado que el 4,2% asignado lo es por la lesión sufrida en si misma.

Manifiesta que la magistrada ha mal interpretado el informe médico, tergiversando la aplicación del baremo del fuero civil de Altube-Rinaldi, ya que de ninguna manera pudo

apartarse del diagnóstico, ni del grado de minusválida determinado por el perito médico designado en autos.

Cuestiona, la valoración de la prueba testimonial realizada en la sentencia de grado, al sostener que si bien dos de las testigos -Sonia R. Castro y Lorena E. Sánchez- afirmaron que la niña no sufre molestias, las restantes -Natalia L. Díaz, Débora G. Frías y Nancy F. Matía- manifestaron que antes del accidente la menor hacía patín y que luego dejó por miedo a caerse. Agrega que nada de ello fue tenido en cuenta por la a quo.

Refiere, que la jueza de grado ha vulnerado los derechos de la niña al impedirle ser indemnizada por el 4,2% de minusvalía, según el diagnóstico efectuado por el perito médico, por lo que solicita se la indemnice conforme a la fórmula Vuotto - Méndez, empleada para casos como el presente.

En segundo lugar, ataca la cuantía fijada en concepto de **daño moral**, por considerarla insuficiente.

Dice, que el escaso monto fijado en la sentencia (\$20.000) no se compadece con el tipo de lesión, el tiempo de convalecencia y la edad de la niña, quién durante el período en que estuvo enyesada no pudo mover ambos brazos.

Sostiene que aun cuando la perito psicóloga haya manifestado que la niña no presenta o no padece síntomas a nivel emocional derivados del siniestro denunciado; de las testimoniales surge tuvo tiempo convalecencia, que no pudo continuar sus actividades extra escolares. Al respecto resulta relevante lo informado por el director del Gimnasio de la Municipalidad de Plottier, quien a fs. 180/181, hizo saber que la niña A. concurrió a clases durante los años 2013 y 2014, habiendo quedado seleccionada para subir de categoría en su especialidad, al recuperarse del accidente sufrido en la escuela, quiso volver a su entrenamiento habitual pero fue imposible dado el dolor y temor que le provocó el mismo.

A fs. 336/338, la aseguradora contestó el traslado de los agravios, y solicitó su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, debo señalar que ha quedado firme y consentida la responsabilidad objetiva atribuida en la sentencia de grado al Consejo Provincial de Educación del Neuquén, en virtud de la caída sufrida por la niña A.D.A.N. en el playón del Establecimiento Escolar N° 46 de Plottier, el día 18 de marzo de 2014, y que como consecuencia de ello, la menor sufrió fractura en tallo verde de ambos radios distales, sin secuelas funcionales en los miembros superiores, conforme se aprecia en el informe pericial médico de fs. 163/165.

Ahora bien, probada la lesión física experimentada por la niña como consecuencia de la caída, habrá que evaluar si aún frente a la ausencia de **"secuelas funcionales"**, tal como indica el perito médico, corresponde o no, indemnizarla.

En función de las lesiones sufridas considero que, aun cuando haya ausencia de secuelas funcionales, esto no implica que la incapacidad física determinada por el perito médico (4,2%), en base a la edad de la niña a la fecha del accidente (7 años) y a las dificultades que de manera permanente puede presentar para realizar sus tareas habituales, no resulte indemnizable.

En tal sentido, se ha dicho: "Por más que la curación pueda calificarse como prácticamente plena, no es menos cierto que será harto difícil o imposible restablecer por completo en el organismo alterado la situación de incolumidad anterior; y es cabalmente esta situación la que determina un perjuicio reparable. Por ello, rigiéndonos por el principio de reparación integral, es obligación de los jueces cubrir el demérito que el ilícito resulte a la víctima, aunque no exista lucro frustrado." (CNCiv, Sala B, 29/09/06, "Ferrari, Julio O c/ Tobio, Raúl R. s/ daños y perjuicios).

Y que: "Si bien es cierto que lo indemnizable por medio del ítem incapacidad sobreviniente no son las lesiones en sí mismas, sino las secuelas generadoras de alguna disminución en la aptitud física o psíquica, tales secuelas no se limitan exclusivamente a las funcionales, pues la merma en la capacidad vital bien puede provenir de una secuela anatómica." (CNCiv, Sala C, 3/11/99 "Coronel Jiménez, José D. y otros c/ Sandoval, Francisco y otro s/ daños y perjuicios").

Consecuentemente, y toda vez que de la pericia médica obrante a fs. 163/165, se desprende que: "CONCLUSIONES: La niña A.V. sufrió un accidente y como consecuencia del mismo padeció fractura en tallo verde de ambos radios distales que no le provocaron secuelas funcionales en los miembros superiores. Dichas lesiones son compatibles con el trauma narrado en autos."

Y, que: "El daño físico padecido por la actora por el traumatismo sufrido de acuerdo al Baremo de Altube - Rinaldi para el Fuero Civil 2º, ed. 203, **teniendo en cuenta su edad y dificultad permanente para realizar sus tareas** son: fractura extremidad distal del radio izquierdo, sin desplazamiento, con indemnidad de la Carilla articular = 2%. Fractura de la extremidad distal del radio derecho, sin desplazamiento, con indemnidad de la carilla articular = 2%. Miembro hábil 0,2%". (el resaltado me pertenece).

De modo que, a mi modo de ver, el daño físico debe ser indemnizado.

Parto de la base que, no solo corresponde indemnizar la incapacidad física desde el punto de vista productivo o funcional, pues el solo hecho de la lesión provoca una modificación en la aptitud física de la persona afectada, que merece más allá de toda consideración relativa a su funcionalidad, ser indemnizada.

Al respecto, se sostuvo: "La indemnización por incapacidad física sobreviniente -que se debe estimar sobre la base de un daño cierto- procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, no solo en su faz netamente laboral o productiva sino en toda su vida de relación (social, cultural, deportiva e individual). De allí que en materia civil y a los fines de su valoración no puedan establecerse pautas fijas por cuanto habrá de atenderse a circunstancias de hecho variables en cada caso en particular, ya que, tratándose de una reparación integral, para que la indemnización sea justa y equitativa deben apreciarse diversos elementos y circunstancias de la víctima, tales como su edad, sexo, formación educativa, ocupación laboral y condición socioeconómica". (V., G. E. vs. Metrovias S.A. s. Daños y perjuicios; CNCiv. Sala H; 28/12/2012; Rubinzal Online; RC J 6133/13).

De lo contrario, habría un abanico importante de daños físicos que quedarían al margen de ser indemnizados, por el solo hecho de que dichos daños, a pesar de su existencia, no generan limitación funcional en la víctima.

Y, es precisamente, la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el daño causado, aun cuando dicho daño no tenga secuela funcional en la víctima, pues la mayoría de las veces -como ocurre en autos-, las consecuencias disvaliosas se producen en el mismo momento en que se perpetra el daño. El hecho de haber sufrido una quebradura y comprobado los demás requisitos de la responsabilidad civil, como ser el factor de atribución, ya sea subjetivo (dolo o culpa) u objetivo, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, genera una obligación de indemnizar.

Ello así, pues la quebradura es una lesión que aun cuando no deje secuelas funcionales, no deja de ser un lesión física indemnizable por el solo hecho de que el daño existió y debe ser reparado.

En lo que respecta a la fórmula utilizada para calcular la indemnización por incapacidad, esta Cámara de Apelaciones, en su mayoría, ha considerado, que como pauta orientativa se debe utilizar el promedio de las fórmulas "Vuoto/ Méndez".

De este modo, voy a propiciar la aplicación del promedio de ambas fórmulas, por tanto, el importe indemnizatorio resultará de la sumatoria que arroja el cálculo de cada una de ellas, que luego deberá ser dividida por dos, y la cifra que resulte será la indemnización que corresponde por daño físico o incapacidad sobreviniente.

En el caso concreto, a los fines de la cuantificación del daño en la forma propiciada, tendré en cuenta el porcentaje de incapacidad (4,2%), la edad al momento del accidente -7 años- y el S.M.V.M., a la fecha del accidente (18/03/2014): \$3600.

De manera que por "Méndez" se obtiene la suma de \$391.943 y por "Vuoto" la de \$31.644.

De acuerdo a lo explicitado párrafos más arriba, llegamos a la de **\$211.793** ($\$391.943 + \$31.644 = \423.587 dividido 2).

Por lo expuesto, se revocará la sentencia, y se hará lugar al daño físico reclamado por la suma de **\$211.793**, con más sus intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén SA, desde la fecha del hecho (18 de marzo de 2014) hasta su efectivo pago, conforme fuera determinado en la instancia anterior.

En otro orden, y en cuanto al escaso monto fijado en concepto de daño moral (\$20.000), comparto con la jueza de

grado que para cuantificar y considerar el alcance del daño moral, se debe tener en cuenta el tipo de lesión sufrida por A.D.A.N., su edad al momento de la caída, el tiempo de convalecencia y las características de su reposo y que mientras estuvo enyesada no pudo mover ambos brazos. Y que además corresponde sopesar el miedo que sintió la niña de caerse y la limitación que conllevó (dejó de realizar toda actividad física), situación relatada por los testigos que declararon en la causa; como así también que ese temor fue superado, a tenor de lo expuesto por la perito psicóloga.

Sin embargo, no comparto la cuantificación del rubro en cuestión.

Si bien se trata de un caso ocurrido durante la vigencia del Código de Vélez, en lo que respecta a la cuantificación de daño extrapatrimonial, el nuevo art. 1741 del Código Civil y Comercial, establece expresamente que "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas", lo cual ha delimitado la actividad jurisdiccional y acentuado sus funciones reparatorias.

"[...] Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma aluden al denominado "precio del consuelo" que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias"; se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado", de permitirle "acceder a gratificaciones viables", confrontando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas,

bienes, distracciones, actividades, etc., que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales". Agregó el Alto Tribunal que "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... 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". En definitiva: se trata de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona (comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc.). Este criterio había tenido amplia aceptación en la jurisprudencia [...]" (El daño moral contractual y extracontractual - Jorge Mario Galdós -<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractual-y-extracontractual.-Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf>)".

En cuanto a su prueba, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Código Procesal de Neuquén, se encuentra en cabeza del accionante la acreditación de su

existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, es muy difícil producir prueba directa en tal sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones.

Para interpretar el esquema resarcitorio del Código Civil y Comercial, debe recurrirse -por mandato constitucional-, a la tarea que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado con fecundidad desde sus orígenes, producto de los alcances de su propia competencia remedial.

Cuando la reparación a la lesión de bienes jurídicamente tutelables asume -tal el objeto de la presente demanda- la forma de indemnización, debe procurarse que esta constituya una amplia compensación de los perjuicios sufridos. Esta línea jurisprudencial fue inaugurada ya por la Corte IDH en "Velásquez Rodríguez" (Sent. del 21-7-1989, Serie C N°. 7), que fue la primera sentencia contenciosa del organismo internacional. En "Aloeboetoe" (Sent. del 10-9-1993, Serie C N°. 15), estableció en forma enfática que la indemnización ha de ser de un monto tal que repare todas las consecuencias de las violaciones ocurridas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció en términos concluyentes, en la causa "Ontiveros", que la obligación reparatoria «[...] comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades [...] (v. cons. 4°, colección fallos, 340:1038, sent. de 10-8-2017), reafirmando de este modo el criterio años antes adoptado en "Rodríguez Pereyra", relativo a la ausencia de reparación integral si los daños persisten en alguna medida (fallos, 335:2333, sent. del 27-11-2012).

Incluso había establecido con antelación a la reforma constitucional, en "Gunther", (fallos, 308:1118, sent. del 5-

8-1986), que el principio de *alterum non laedere* está entrañablemente vinculado a la idea de reparación y tiene basamento constitucional en su artículo 19 (v. cons. 14 del voto de mayoría).

Entiendo que una lectura razonable de los preceptos que estructuran la noción, alcance y límites de la acción de daños y perjuicios, debe efectuarse insertándolos sistémicamente en el contexto de lo que debe interpretarse por reparación en términos Constitucionales y Convencionales, conforme lo anteriormente expuesto.

El daño extrapatrimonial puede “medirse” en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., “Breve apostilla sobre el daño moral [como “precio del consuelo”] y la Corte Nacional”, RCyS, noviembre de 2011, p. 259).

La justicia restaurativa a través de una indemnización dineraria termina siendo -en casos como el presente-, el único vehículo para siquiera intentar restablecer el equilibrio de lo que fuera denominado “patrimonio moral” (v. cons. 11° del voto concurrente del Dr. Lorenzetti en la causa “Ontiveros”, colección fallos, 340:1038, sent. de 10-8-2017).

La dificultad intrínseca en la tarea de valorar tal faceta del daño no se vincula tanto a su configuración sino a su extensión.

El único modo de establecer un resarcimiento justo viene dado por el recurso a estándares o pautas que permitan a las partes comprender y en su caso cuestionar la motivación de la decisión.

Por tales motivos, atendiendo a las características del hecho generador -tropezón y caída en el playón de la escuela

mientras realizaba la clase de educación física-, a los fines de la cuantificación del daño extrapatrimonial, tengo en cuenta (como en la instancia de grado), el tipo de lesión sufrida por A.D.A.N., su edad al momento de la caída (7 años), el tiempo de convalecencia y las características de su reposo -estuvo enyesada y no pudo mover ambos brazos-.

Del mismo modo, consideraré el miedo que sintió de caerse y la limitación que conllevó, puesto que dejó de realizar toda actividad física e incluso la actividad de dibujo que informa la perito psicóloga a fs. 174 como *hobby* de la niña.

Por ello, juzgo de conformidad con el art. 165 del Código Procesal, que debe elevarse el rubro en cuestión a la suma de **\$40.000**, con más los intereses fijados en la anterior instancia.

Tal importe resulta razonable para establecer una mitigación, mediante una prestación que genere satisfacción en la persona dañada, posibilitando revertir un estado espiritual afectado, por ejemplo, a través de la realización de un curso de dibujo o un viaje que le permita compensar los espacios de juego que no pudo realizar durante la convalecencia.

IV.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo, hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y en consecuencia, modificar la sentencia de grado, elevando el monto de condena a la suma total de **\$251.793**, con más sus intereses determinados en el considerando respectivo y costas a los demandados atento a su condición de vencidos; debiendo regularse los honorarios de Alzada de conformidad a lo dispuesto por el art. 15 L.A.

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:

I.- Que habré de adherir en su mayor parte al voto que antecede y disentir únicamente respecto al valor calculado

para indemnizar la incapacidad física de la niña A.D.A.N., el que conforme las prescripciones del art. 1746 del CCyC y fórmula de matemática financiera aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/MYLB A S.A. y otro s/Accidente" (Sentencia N° 89.654 - Sala III de la CNAT) admitida por Acuerdo N° 20 fechado el 10.12.2019 del Tribunal Superior de Justicia en la ""SAMPOÑA PABLO c/ ASOCIART ART. S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expediente N° JNQCI4 423964 - 2010), considerando ajustado elevarlo y así propiciaré fijarlo en \$391.943, alcanzando la condena a la suma total de \$431.493.

II.- Que con motivo del análisis de la reparación de los daños a las personas individuales derivados de actos ilícitos, como ocurre en los presentes con la hija de los actores que contaba con 7 años de edad al momento del episodio lesivo, en la causa **"CERVERO ROCAMORA ROSER Y OTRO C/ HIDALGO CLAUDIO ELIZABETH Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (EXTE. 422.099/10 Sent. 28.06.2016)**, sostuve que:

"... 2.-En orden a los cuestionamientos que los actores formulan a la sentencia de grado respecto a la reparación del daño sufrido, cabe atender que el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral está expresamente garantizado en el art. 5° de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que tuvo recepción legislativa a través de la Ley N° 23054, y adquirió la misma jerarquía que las propias cláusulas de la Constitución Nacional por imperio de su art. 75, inc. 22), conforme reforma del año 1994.

Constituye un derecho no enumerado y garantizado implícitamente por la Constitución Nacional (art. 33), que la víctima de un menoscabo a bienes jurídicamente tutelados, como en el caso, la integridad psicofísica, perciba una compensación económica por el daño sufrido si se da el

supuesto de que resulta imposible volver las cosas a su estado anterior.

La CSJN ha inferido el derecho a la reparación del principio general de no dañar a otro (*alterum non laedere*) también insito en el primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional ("Santa Coloma" Fallos, 308:1160, "Aquino" Fallos 327:3753), así como en sus arts. 17 y 18 C.N. La reparación de los daños sufridos ilícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica". (CSJN "Günter"-Fallos 308:1118).

Oscar Puccinelli expresa que el derecho a la reparación es un derecho perfectamente extraíble de las normas que explicitan algunos de sus contenidos, ya sea por la vía de los arts. 17 y 41; la del art. 75, inc. 22 (por los tratados sobre derechos humanos jerarquizados); o la del art. 33, que haría confluir a todas ellas a la vez. También entiende que la existencia concreta y palpable de un derecho fundamental a la reparación, surge de lo establecido en el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Derecho constitucional a la reparación", E.D. 167-969).

La Corte Suprema ha señalado que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento (Fallos 283:212, "Aquino" Fallos 327:3753- Petrachi - Zaffaroni, "Cuello" Fallos 330:3483,- Lorenzetti).

La acción enderezada a obtener la reparación por la lesión al derecho personalísimo como lo es la integridad psicofísica, está contemplada tanto en el C.Civil como en el actual CCyC dentro de la genérica función resarcitoria regulada por la responsabilidad civil, antes extracontractual y contractual, ahora unificada, comprensiva de la reparación del daño moral, y que actualmente con mayores alcances fue regulado bajo la denominación "consecuencias no patrimoniales".

El deber genérico de no causar daño a otros en su persona y en sus bienes, "alterum non laedere", con rango de "deber jurídico" latente en el C.Civil (arts. 1066, 1068, 1072, 1086, 1109, 1113), es confirmado en la nueva redacción del art. 1716 del CCyC al imponer de manera más categórica, bajo el título "Deber de reparar", que "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código", y particularmente en punto al recaudo de la antijuridicidad, al disponer en su art. 1717 que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada, superando los alcances del anterior art. 1066 del C.Civil que la equiparaba con la transgresión de una prohibición expresa dispuesta por una norma.

Por ello, atendiendo al fundamento constitucional de la función reparadora del daño, el nuevo CCyC ha unificado ambas órbitas de responsabilidad - contractual y extracontractual- y ha incorporado importantes cambios dirigidos a ampliar la caracterización y mejorar la enunciación de los elementos de la responsabilidad civil, siempre en relación al daño resarcible (art. 1737), los factores de atribución (arts. 1721 y 1724), la antijuridicidad (art. 1717), y el nexo de causalidad (art. 1726), se han mantenido los mismos recaudos que se exigían bajo el régimen

del C.Civil y que, por otra parte, fueron aplicados en la sentencia de grado.

Con mayor precisión, respecto a la indemnización del daño, el actual art. 1738 del CCyC prescribe que aquella comprende: "la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

Mientras el C. Civil sobre el daño patrimonial estipulaba que: "Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades" (art. 1068) , el actual art. 1737 del CCyC prescribe que lo hay "cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

"Por ende, el daño patrimonial reside en un resultado económico, y no en la preexistente lesión del derecho o del interés que genera ese resultado. ¿Acaso se dirá que un hecho sin consecuencia económica disvaliosa (perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria) produce daño patrimonial? El daño patrimonial provendrá de la lesión de un interés económico vinculado con la preservación de un bien (patrimonial o extrapatrimonial); pero la lesión del interés no es el daño sino su causa generadora...no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho (en el caso, las ocasionadas a la integridad somática y síquica de la persona)

con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona. El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima. No siempre surge un perjuicio resarcible a pesar de la causación de determinadas lesiones. Por ejemplo, no existe daño material alguno, a pesar del menoscabo de la integridad sicofísica, para quien ha visto cubiertos sus gastos terapéuticos por un ente mutual, no ha sufrido pérdida de ganancias durante el período de curación y no experimenta secuelas incapacitantes o aminorantes ulteriores." (p. 48 vta. y 73 Matilde Zabala de Gonzalez, Resarcimiento de daños 2a, daños a las personas, integridad sicofísica).

El actual ordenamiento, a partir del art. 1746 da un paso significativo adoptando los criterios que la doctrina y jurisprudencia ya sostenían cuando se demandaba la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, permanente, total o parcial, señalando que debía ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades...".

Que en lo que es materia de agravio, el nuevo art. 1746 del CCyC es preciso cuando estipula respecto a la forma en que debe ser cuantificada económicamente los efectos de la disminución de la capacidad que afecta a la víctima: "En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar

actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.”.

Que sobre el particular, en el fallo antecedente que he citado, y a los fines de adoptar el tipo de procedimiento de cálculo, consideré que:

“Luego, a los fines cuantificar la incapacidad sobreviniente en orden al porcentaje fijado, se habrá de atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa “Méndez Alejandro Daniel c/MYLB A S.A. y otro s/Accidente ” (Sentencia N° 89.654 - Sala III de la CNAT) que sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera como lo exige el nuevo art. 1746 del CCyC, y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en “Vuotto c/AEG Telefunken Argentina” (Sentencia N° 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo “Arostegui” (28/04/2008), reconociendo la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama “posibilidad futura de ascenso en su carrera”, que debe estar comprendido en todo valor indemnizable ... ”.

Que en “Mendez” para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad

(antes en la fórmula Vuotto era de 65 años), estima que la víctima escalará en sus ingresos al menos 3 veces a lo largo de su vida útil, abandonando el criterio estático de la fórmula "Vuotto", particularmente aplicable en el caso, tratándose de una niña de sólo 7 años al momento de acaecer el daño, además de reducir la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo original.

Que los antecedentes reunidos concretan el presupuesto de evaluación que recepta la fórmula cuando estima que la evolución de la persona humana se reflejará en su capacidad para generar mayores recursos, resultando de su aplicación: $C = a * (1 - V_n) * 1/i$ donde: $V_n = 1/(1+i)^n$; a = salario mensual (\$3.600) $\times n(75/\text{edad del accidentado} - 17) \times 13 \times \text{porcentaje de incapacidad}(4,2\%)$; e, $i = 4\% = 0,04$, se obtiene la suma de \$391.943.

Tal como anticipara en la causa SAMPOÑA PABLO c/ ASOCIART ART. S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expediente N° JNQC14 423964 - 2010) por Acuerdo N° 20 del 10.12.2019, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén rechazó el recurso de casación que la demandada interpusiera invocando la necesidad de uniformarse el criterio aplicado por las diferentes Salas de la Cámara de Apelaciones, cuestionando la utilización de fórmula matemática "Mendez" sostenida por esta Sala III para calcular la indemnización por incapacidad psicofísica sobreviniente del actor.

Allí se analizó y consideró que:

"... Cabe destacar, como se ha sostenido reiteradamente, que una de las funciones esenciales de la casación consiste en mantener una interpretación uniforme de las normas vigentes (función uniformadora) (cfr. HITTERS Juan Carlos, "Técnica de

los recursos extraordinarios y de la casación", Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2° Edición, 2002, p. 506 y ss.).

No obstante ello, en el presente caso el impugnante denuncia que el decisorio en crisis se habría apartado del criterio de cálculo que -entiende- sería aplicado de manera común por las salas de ese Tribunal de Alzada, en concreto el promedio entre las fórmulas matemáticas utilizadas jurisprudencialmente, denominadas "Vuotto" y "Mendez" o (Vuotto II).

Veamos entonces los argumentos expuestos por el Tribunal de Alzada, para motivar su proceder.

Sostuvo a fs. 413 y 414 (punto 1) allí que:

"...abordando la cuantificación de la incapacidad psicofísica sobreviniente del actor, estimo también citar que en la causa "Cervero", consideré que procede: "... atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otros/Accidente" (Sentencia N° 89.654 - Sala III de la CNAT) que sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera como lo exige el nuevo art.1746 del CCyC, y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en "Vuotto c/AEG Telefunken Argentina" (Sentencia N° 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo "Arostegui" (28/04/2008), reconociendo la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama "posibilidad futura de ascenso en su carrera, que debe estar comprendido en todo valor indemnizable..."

"...En "Mendez" si bien para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad

(antes en la fórmula Vuotto era de 65 años) y reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo origina..."

Consideró a su vez la Sala interviniente el 61,25 % de incapacidad determinado por los peritos, la edad del trabajador a la fecha del accidente y el salario mensual informado por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo que no fue controvertido por la demandada.

De este modo concluyó:

"...A tenor de lo expuesto, y de conformidad a las atribuciones establecidas en el art. 165 del CPCyC a los fines de cuantificar el daño derivado de la disminución de la capacidad psicofísica del actor propiciaré al acuerdo que se fije en la suma de \$361.094,33, conforme las pautas de reparación que la Corte Nacional estima justas por equipararse a las que se reconocen en la práctica judicial a cualquiera persona víctima de un infortunio y con semejante incapacidad...".

Así las cosas, es dable decir que este Tribunal Superior de Justicia ha tenido oportunidad de expedirse particularmente con relación a la aplicación de fórmulas matemático financieras por parte de los magistrados sentenciantes para la cuantificación de los montos dinerarios debidos por los daños ocasionados, entendiendo que "las fórmulas son meras pautas orientativas para la formación del pertinente juicio de valor sobre los daños sufridos" (Acuerdo N° 23/10 in re "Muñoz viuda de Burgos")

No se trata de parámetros rígidos inflexibles utilizados a modo de cartabón matemático, sino que los magistrados tienen un amplio margen de apreciación para valorar los antecedentes personales en su relación con la situación familiar de los reclamantes (cfr. Pascual Alferillo, "El valor indemnizatorio

de la vida", LL 2005-F-1036, Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales, T° III, p.767).

Ese criterio se ha mantenido en la actualidad, habiéndose resuelto recientemente, aunque en la Sala Procesal-Administrativa que "las fórmulas matemáticas financieras no son vinculantes para el Juez, sino que apenas constituyen un parámetro, un instrumento más que puede ser utilizado en la decisión judicial". En este caso puntual, este Cuerpo, si bien desestimó un agravio que cuestionaba la falta de utilización de una fórmula tarifada, sostuvo claramente que "las fórmulas no son obligatorias ni plenas a los efectos de estimar el daño" (Acuerdo N° 41/19 in re "Mondaca", del registro de la Secretaría citada).

Este también ha sido el criterio mantenido por nuestro Máximo Tribunal Nacional, al sostener que "para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas y psíquicas no es necesario recurrir a los criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque pueden ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación" (Fallos, 320:1361).

A partir de ello, lo dispuesto por el artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén, y en tanto y en cuanto, resulta facultad de los jueces y juezas justipreciar los daños mediante la utilización de las pautas o parámetros que consideren adecuados y razonables al caso, debiendo fundamentar su decisión, es que se deriva la imposibilidad de pretender una unificación sobre el tópico tal como se postula en el escrito casatorio.

Siendo esto así, advirtiéndole que la sentencia en crisis ha brindado argumentos suficientes para determinar el quantum indemnizatorio por la incapacidad sobreviniente del actor, considero valores de referencia que no se encontraban controvertidos, tales como el porcentual incapacitante, edad del accidentado, y el ingreso base mensual resultante de las remuneraciones informadas, es que se culmina en la ausencia de constatación, también, de este vicio de impugnación.

6) Por todo lo expuesto en los presentes, corresponde decretar la improcedencia del remedio deducido por la parte demandada, confirmándose la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones local. ...".

III.- En definitiva, atendiendo al análisis precedente que justifica las consecuencias perjudiciales de la víctima originadas en el ilícito y fórmula de cálculo de su reparación, como anticipara, propiciaré que se establezca el monto indemnizatorio por el daño físico a favor del actor en la suma de \$391.943, elevándose el monto de condena a la suma de \$431.943,00.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con la **Dra. Cecilia PAMPHILE**, quien manifiesta:

Circunscripto el tema de la disidencia planteada a la cuantificación del daño por incapacidad física, he de adherir a la solución propuesta por el Dr. Ghisini.

Tal como lo he señalado en otras oportunidades, el alcance del resarcimiento, la determinación del "cuánto" apropiado a fin de procurar el restablecimiento del perjudicado, es uno de los aspectos de mayor trascendencia en la labor judicial.

Porque indemnizar a la víctima insuficientemente -de asistirle el derecho- es muy injusto. "Sin embargo, y a contrario sensu, dar a la víctima más de lo que corresponde no implica necesariamente un acto de justicia sino de manifiesta arbitrariedad que es inconcebible ya que implicaría tanto como

suprimir el daño original para la creación de uno nuevo, ahora, en cabeza del responsable del suceso dañoso... En todos los casos, de corresponder una reparación, debe establecerse el daño y con ello resulta de vital importancia advertir su extensión puesto que será el límite o tope del resarcimiento que el sentenciante no podrá perder de vista ... Ello presupone, además, el apego del juez a las circunstancias fácticas del caso, no pudiendo extenderse más allá de lo específicamente demostrado, con un correcto ajuste a la normativa contemplada por el legislador que, entre los principios rectores de este tema, contempla "... la reposición de las cosas a su estado anterior..." (art. 1083 del Código Civil)..." (Debrabandere, Carlos Martín, "La cuantificación del daño y la pérdida de "chance" en el proceso contencioso administrativo", publicado en: LLCABA 2009 (febrero), 18).

Así, el análisis resarcitorio necesariamente habrá de partir de la siguiente idea rectora: la reparación del daño debe ser "integral", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos.

A tales efectos, es innegable la utilidad de las fórmulas de matemática financiera, en tanto permiten el control de la decisión adoptada sobre la base de datos objetivos, aunque su utilización debe ser flexible, pudiendo realizarse ajustes o correcciones. Esto significa que la fórmula matemática financiera es una pauta orientadora y no una inflexible o estereotipada.

En tal entendimiento, he sostenido que: *"la utilización de la fórmula matemática financiera de uso común en la jurisdicción, es cierto, conduce a la objetivización del daño, otorgando pautas previsibles que colocan a las partes al resguardo de la mera discrecionalidad judicial* ("Villalba Miguel Ramon C/Cadesa S.a. S/ Accidente Accion Civil" P.S 1998 -V-

995/1001, Sala I 29/12/1998), pero ello no obsta a que las circunstancias acreditadas en autos ameriten una determinada corrección en los parámetros de esa fórmula.

Es que tales fórmulas juegan como un elemento más al lado de otras pautas que dependerán de las circunstancias acreditadas en cada caso concreto; en otros términos: son útiles "...para no fugarse -ni por demasía ni por escasez- del área de la realidad y para brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos y sobre el cual caminar con todo el haz de pautas restantes hasta la tarifación buscada..." (cfr. Acciarri, Hugo Irigoyen Testa, Matías, "Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", publicado en: RCyS 2011-III, en cita del juez Roncoroni)" (Expte N° 343.739/06; 328949/5, entre otros).

A mi criterio, ambas fórmulas que en términos generales se utilizan en el fuero (Vuotto y Méndez) son de utilidad y por ende, pueden servir de guía a la hora de realizar el cálculo de la indemnización a otorgar a la víctima. Pero con las siguientes salvedades:

La fórmula Voutto "de uso común en la jurisdicción" (genéricamente llamada "matemática" o "polinómica"), solo puede constituir un punto de inicio puesto que si se la utiliza sin contemplar aspectos extralaborales y/o eventuales variaciones en los ingresos, en muchos supuestos arroja un resultado que -en el tiempo actual-, se presenta reducido si se la compara, por ejemplo, con las indemnizaciones que se otorgan en el sistema de la L.R.T.

Una utilización que en algunos casos puede resultar inadecuada, partiría de asumir que un ingreso -o mejor dicho, una contraprestación pecuniaria a la capacidad- se reitera en

idéntica magnitud para cada uno de los períodos futuros comprendidos en el cálculo.

Luego, con respecto a la fórmula Méndez (o Vuotto II), las variantes que introduce este método (referidas a la edad productiva, tasa de descuento y ganancia afectada para cada período), no representan, en rigor, una fórmula diferente a la anterior, sino que únicamente constituyen un modo de dar valor a sus variables (puede verse con mayor profundidad, Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías "Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales, RCyS 2011-VI, 22 y Acciarri "El artículo 1746 como nuevo sistema para calcular indemnizaciones y su diferenciación con los anteriores métodos", DT 2015 (noviembre), 3, IMP 2016-1, 208).

Sin embargo, pese a que la fórmula intenta captar el aumento probable de los ingresos en función de la edad de la víctima, el inconveniente es que se diseña una estrategia en la cual, en definitiva, el ingreso computado sigue siendo único para todo el período.

El autor que vengo citando lo explica con claridad: "La fórmula que divide el ingreso presente por la edad al momento del hecho dañoso y multiplica ese cociente por 60, da por resultado el valor (único) del ingreso para todo el tiempo implicado en el cálculo, desde el primero hasta el último período. Para decirlo informalmente "supone" que ese ingreso máximo (la cota superior de la curva proyectada de ingresos) se replicará uniformemente, año a año, por todo el período de vida productiva".

Por las razones que vengo sosteniendo, es que creo que ambas fórmulas deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance que, para ser efectuado, debe indefectiblemente tener presente las variables de cada caso. Así, no puede prescindirse de las siguientes consideraciones:

* En la determinación deben computarse aspectos extralaborales: en el caso de las lesiones físicas el resarcimiento no debe limitarse únicamente al aspecto laborativo; la lesión a la integridad física "comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" (cfr. CSJN, caso Pose Fallos 308:1110 y Fallos 312:2412).

* En supuestos donde el que reclama por incapacidad es un menor de edad, el que aún no ha accedido a su primer trabajo y donde tampoco se encuentra definido todavía el campo en el que se desempeñará, el resarcimiento tiene en mira no la disminución para realizar determinado trabajo sino la de sus posibilidades genéricas que podrán verse disminuidas en el futuro, al intentar ingresar al mercado laboral. Al igual que en la indemnización por pérdida de chance, se trata de indemnizar una posibilidad suficientemente fundada, casi una probabilidad, lo que convierte el daño en cierto (CCC Mar del Plata in re: "Campos de Mediavilla, Flora Enriqueta C/D'Aloia, Daniel Edgardo" s/indemnización de daños y perjuicios; Cc0101 Mp 107578 Rsd-65-99 S; 18/03/1999; Juez: De Carli (sd); Mag. Votantes: De Carli-Font; LD, íd., n° 16)" (citado en "Sánchez, Juan Pablo c/Ticket Neuquén S.R.L. s/Daños y perjuicios", sentencia del 29/04/10).

* En los casos de ingresos desconocidos, si bien esta Alzada ha adoptado como valor de la variable el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la época de suceso dañoso, es necesario contemplar la posibilidad o chance de que ese ingreso se incremente o varíe en el futuro.

En base a dichas consideraciones, como lo señalara al inicio, he de adherir a la solución propuesta por el Dr. Ghisini, en tanto se enrola en los mentados parámetros. **MI VOTO.**

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 299/305, elevando el monto de condena a la suma de \$251.793, con más sus intereses determinados en el considerando respectivo que integra este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada a las demandadas vencidas (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA