En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de junio del año dos mil diecisiete, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil Jalil y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi y María Inés de Villafañe, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"O., O. F. c/ Municipalidad de Puerto Madryn s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 214 Año 2016)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N°310/11), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 317.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado Civil y Comercial de esta ciudad dictó sentencia a fs. 284/290, la que fue oportunamente apelada por la parte actora a fs. 293, siéndole concedido el recurso a fs. 294. Expresó agravios la recurrente a fs. 304/307, no habiendo sido contestado por la contraria el traslado corrido de los mismos.

2 – Sentencia

La sentencia dictada en la instancia originaria admitió la demanda entablada por O. F. O. contra la Municipalidad de Puerto Madryn, condenando a ésta al pago al primero de la suma de $ 68.000.-

(Sesenta y Ocho Mil Pesos), en concepto de Daño Físico, Daño Moral y Gastos Médicos, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del accidente al efectivo pago; impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

El actor reclamó la indemnización de los daños sufridos al ser despedido por un potro durante una de las pruebas de "Destreza Criolla" que se desarrolló en la Fiesta Nacional del Cordero celebrada el día 10 de Enero de 2010 en las instalaciones del Club Brown de esta ciudad y que fuera organizada por el Municipio local. A raíz del hecho sufrió varias lesiones y traumatismos en su pierna izquierda, concretamente en el tobillo, tibia y peroné, por lo cual debió ser atendido en el hospital local e intervenido quirúrgicamente.

La parte demandada fue declarada rebelde, estado que cesó posteriormente al presentarse a estar a derecho. La a quo tuvo en cuenta que la Municipalidad no desconoció su carácter de organizadora del evento y que ha sido quien generó la realización de la actividad de doma y jineteada en la que participara el actor y sufriera el accidente que lo lesionara. Es por ello que, acreditado el daño y su nexo causal con la caída del caballo que sufriera el actor, deberá la Municipalidad de Puerto Madryn responder por aplicación del art. 1113, 2do. párrafo, 2ª. parte del Cód. Civil de Vélez.

Con respecto a las indemnizaciones y en lo que hace al reclamo por Daño Físico, tuvo en cuenta la a quo el informe pericial médico que determinó para el actor una incapacidad del 12,5%. Si bien el dictamen fue impugnado por el reclamante, la a quo desestimó dicho ataque dado que el porcentual de incapacidad que determina el experto no es vinculante para el sentenciante. Valoró también la edad de la víctima en el momento del

accidente (31 años), las lesiones padecidas, sus secuelas y la falta de ingresos a esa fecha, determinando la suma de $ 40.000.- (Cuarenta Mil Pesos) para reparar este daño, más intereses.

Con respecto a la reparación por el Daño Moral, la fijó en la suma de $ 25.000.- y con respecto a los Gastos Médicos, admitió su reparación en la suma de $ 3.000.- (Tres Mil Pesos); ambos importes más intereses.

3 – <u>Agravios de la parte actora</u>

3.1) En primer término, agravia a la parte actora que la a quo no haya considerado la impugnación que su parte realizara oportunamente al porcentual de incapacidad que determinara la pericia médica, el cual es considerado insuficiente. Si bien la a quo ha dicho que el porcentual que fija el perito no la constriñe, expresa que el monto fijado para reparar el Daño Físico hace que la decisión sea arbitraria y ello en razón de fijar una indemnización arbitraria.

Afirma que la a quo fijó la suma de $ 40.000.- y que ello no responde a ningún criterio, siendo una decisión antojadiza y no responde a una lógica razonada debido a su insuficiencia. Dice que los jueces están obligados a fundar sus sentencias y que la decisión adoptada en este punto carece de fundamentación.

3.2) Lo agravia también el exiguo monto fijado por la a quo para indemnizar el Daño Moral. Dice que es arbitrario haber reducido el monto reclamado de $ 227.836.- a $ 25.000.-; que este daño debe compensarse con un monto digno, teniendo en cuenta el violento accidente sufrido, la lesión sufrida, la edad del actor, que no pudo seguir realizando sus actividades de la vida cotidiana y proveerse su sustento y el de su familia y que debió ser asistido por los ingresos de su esposa.

3.3) Finalmente, se agravia por considerar insuficiente la suma fijada para reparar los Gastos Médicos. Refiere que no es imprescindible acreditar estos gastos con comprobantes médicos, farmacéuticos y de traslado, cuando la necesidad de efectuarlos surge de la propia naturaleza de las lesiones sufridas o tratamientos a que debió someterse la víctima. Refiere que debe considerarse que fue atendido en el hospital en varias

oportunidades, que debió realizarse varias RX, que se le recetó medicación y que necesitó trasladarse para ello y para el tratamiento kinesiológico.

4 – <u>Tratamiento de los agravios Consideración inicial</u>

Adelanto que los agravios que debe tratar esta Alzada superan mínimamente los requisitos que exige la norma del art. 268 del ritual. Sin embargo, tengo presente que la suficiencia técnica del escrito debe examinarse con criterio flexible, evitando caer en excesos rituales (conf. Cám. 1ª, Sala III, La Plata, C. 194.272, RS 7/86; cit. MORELLO-SOSABERIZONCE-TESSONE, "Manual de Cód.Proc.Civ.Com.", pág.296) y que el

juicio de suficiencia no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal, que afecta la defensa en juicio, o con palmario apartamiento de lo que se desprende del escrito respectivo con inequívoca claridad, pues si así se actúa se incurre en arbitrariedad (conf. CSJN, LL 1980-C-255). Teniendo presente estos principios, procederé a su tratamiento.

4.1 – <u>El resarcimiento por daño físico</u>

A) Agravia al reclamante el insuficiente monto fijado por la a quo para indemnizar su incapacidad sobreviniente que ha sido consecuencia del hecho dañoso, entendiendo que la suma de $ 40.000.- (cuarenta mil pesos)

no guarda una relación adecuada con la magnitud del daño y con sus condiciones personales.

Debo decir, inicialmente, que la cuestión relativa a la impugnación que oportunamente hiciera la parte actora del dictamen pericial médico, fue resuelto en su momento por la a quo y de allí que no sea procedente replantearla como parte integrante de los fundamentos recursivos.

B) La queja esgrime que la sentencia recurrida es "arbitraria" en razón del monto fijado como indemnización para reparar el Daño Físico.

Se ha acotado en torno de este punto que la *"arbitrariedad"* o absurdo que autorizan a revisar la valoración de la prueba cumplida por el Tribunal de grado es el error grave y manifiesto, con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan; tal vicio grave se configura cuando la apreciación no es coherente y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias entre sí (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, p. 554; 1974; I, p.978; 1975, p. 348; 1976, I, p. 263; 1976, II, p. 473; 1976, III, p. 77 y 225; 1977, II, p. 288, 591, 686, 698 y 1102; 1977, III, p. 807, 907, 1075; 1978, I, p. 32, 82 y 720; 1978, III, p. 649; 1985, I, p. 609 y 660; DJBA, 130, p. 297).

En concordancia con lo hasta aquí expuesto he dicho reiteradamente en votos anteriores que la jurisprudencia ha plasmado de modo uniforme -con respecto a este tema- que *sólo el error palmario y fundamental, con desvío notorio de las leyes de la lógica o el razonamiento viciado de modo tal que lleve a proposiciones que se oponen recíprocamente o que son incongruentes, constituye "arbitrariedad" o "absurdo" o cuando el tribunal sienta conclusiones en abierta contradicción con las constancias fehacientes de la causa.* Siendo también *"arbitrario" lo que escapa a las leyes lógicas formales y las transgrede, o lo que es impensable e inconcebible y no puede ser de ninguna manera, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio, o cuando se declara como prueba aquélla que es rechazada expresamente por la ley o cuando se llama prueba o se da categoría*

probatoria a lo que por su naturaleza no lo es, o se tiene por tal a una constancia inexistente, o que no se refiere al hecho en discusión, o que demuestra lo contrario a lo afirmado en la sentencia y ha excluido de la valoración elementos probatorios esenciales. Constituyendo uno de los supuestos típicos de *"arbitrariedad" la prescindencia de pruebas que pudieran ser esenciales o decisivas, alejando toda posibilidad de llegar a la verdad material* (ver MORELLO, A.M., *"Códigos…".*,T. III, págs..725/726 y jurisp. cit.).

Del detenido análisis realizado de la sentencia en tratamiento advierto que no se evidencian en ella ninguna de las condiciones a las que acabo de referirme como para considerarla *"arbitraria"* y, por otra parte, dejo sentado que tampoco demuestra la quejosa el sustento de su imputación con respecto al pronunciamiento en cuestión. De lo hasta aquí expuesto surge con evidencia que no puede compartirse la postura de la queja en cuanto considera que la decisión es arbitraria dado que tal afirmación está impregnada de una lógica parcialidad exhibida por quien se considera insatisfecho con el monto indemnizatorio que se le ha otorgado en la contienda judicial.

C) Procede analizar ahora la indemnización fijada para reparar el Daño Físico.

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto y tal como lo expresara al votar ante planteos similares, lo que el recurrente debe hacer en esta instancia es demostrarle al Tribunal el error cometido por la Sra. Jueza a quo al fijar el monto indemnizatorio, porqué se equivocó, porqué el monto es insuficiente, cuál hubiese sido el monto justo o adecuado y porqué debió ser ése el importe sentenciado y no el fijado por la magistrada del inferior. Es evidente que todos estos parámetros no surgen de la pieza en tratamiento.

Estamos sí ante una clara disconformidad con el importe sentenciado pero el agravio no es todo lo concreto y preciso que se requiere para constituirse en una cabal demostración del error cometido por la sentenciante al fijar la indemnización por reparación del daño material.

Debe repararse que la segunda instancia no es autónoma, ni es reconducción. Es, como norma, dependiente de lo actuado en la instancia inicial, y es revisión de su sentencia, síntesis o conclusión, a cuyo efecto requiere el elemento nuevo: la sólida y eficiente crítica que de la misma resulten. De allí que, si -tal como aquí ocurre- las argumentaciones pecan de debilidad, carece el tribunal de alzada de la materia indispensable para confrontar los argumentos de la a quo con los que, de contrario, aduce la parte que se considere afectada y ello, precisamente, constituye la función propia del segundo grado jurisdiccional.

Advierto que de las constancias de autos (pericia médica) surge que la únicas limitación que el accidente le ha provocado al actor es para toda actividad que le exija permanecer largos períodos de pie, saltar o deambular en exceso, presentando un 12,5% de incapacidad. Estos datos, sin perjuicio de la disconformidad del recurrente, son relevantes a la hora de evaluar el monto indemnizatorio por la incapacidad sobreviniente y la necesidad de su elevación conforme la pretensión de la recurrente.

La a quo tuvo en cuenta -a los efectos de fijar la indemnización- la edad de la víctima al momento del accidente, las lesiones padecidas y sus secuelas, la falta de ingresos acreditados a esa fecha y la ausencia de otras pruebas que permitan valorar sus posibilidades de progreso económico o mejoramiento laboral.

Surge de los dichos de la queja que los mismos exhiben una postura o un criterio, lo cual constituye materia claramente opinable, pero en modo alguno se está ante una conclusión terminante e irrebatible jurídicamente.

La misma contiene apreciaciones personales, valoraciones sociales y económicas subjetivas y manifestaciones de orden personal y sentimental pero ellas no alcanzan para hacer caer los fundamentos en los que se basa la decisión recurrida y de allí que sean insuficientes por sí solas para sustentar exitosamente el agravio.

Los fundamentos hasta aquí expuestos me conducen a proponer el rechazo del agravio en este punto.

4.2 – <u>Resarcimiento por daño moral</u>

Es natural que un accidente súbito, espectacular y catastrófico genera una intensa angustia y gran temor, constitutivos de daño moral. En el caso, he destacado ya el informe médico y las conclusiones de la pericia de la especialidad oportunamente practicada en autos. Solamente he de destacar que surge del dictamen pericial médico que el actor presenta cicatrices quirúrgicas, una de 13 cm. de longitud en la cara anterior del tobillo izquierdo y otras cuatro por la colocación de la osteosítesis externa.

Sabido es que el daño moral conexo a las lesiones físicas es resarcible aunque el tratamiento haya sido exitoso y no haya dejado secuelas ulteriores, ya que son innegables los sufrimientos precedentes, con mayor razón corresponde su admisión en este caso a la luz de las probanzas arrimadas al proceso. Es evidente que le quedaron a la víctima secuelas indemnizables y surgen del dictamen médico las lesiones sufridas, las intervenciones quirúrgicas que se le realizaron, el tratamiento posterior, etc. Ante este cuadro, es evidente la necesidad que tuvo de realizar un tratamiento ambulatorio y que debió soportar molestias por tener que portar un yeso en una de sus piernas durante cierto tiempo, tolerar la osteosíntesis, no apoyar la pierna fracturada durante un tiempo, caminar con ayuda hasta

que la fractura estuviese debidamente solidificada, realizar tratamiento kinesiológico, etc.; y todo esto se dio en un joven de 31 años de edad, quien -además- no fue escuchado cuando peticionó ayuda al Municipio local. Bastan para justificar la compensación por daño moral, además de las secuelas, los padecimientos sufridos por dolores, traslados y tratamientos, recibiendo medicación y sesiones de kinesioterapia.

Es que, conforme con la definición de la Organización Mundial de la Salud, esta última representa "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no consiste tan sólo en una ausencia de enfermedad o invalidez". Dentro de dicha perspectiva, toda secuela dejada por el hecho, aunque no se traduzca en una ineptitud laboral o de otra índole, implica una alteración de la normalidad de que se gozaba y perturba de algún modo la plenitud y alegría de la vida (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., "Daños a las Personas", T. 2 a, pág. 474, ed. Hammurabi).

Ahora bien, aunque el daño moral sea inconmensurable, por fuerza debe fijarse un monto resarcitorio. Admitir el sufrimiento de la víctima como inconmensurable y, pese a ello, mensurarlo en una cierta cifra, no importa contradicción, desde que la indemnización del daño moral no pretende transformar en neutro el perjuicio sufrido, sino paliar las consecuencias moralmente dañosas. Es obvio que ninguna cifra, por elevada que fuese, sería aceptable para la víctima a cambio de las lesiones y el sufrimiento padecidos (conf. TSCórdoba, Sala Civ.Com., 04/06/97, cit. en Zavala de González, M., "Doctrina judicial. Solución de casos", T. 6, pág. 304).

La suma a establecer en concepto de daño moral no colocará a la actora en la misma situación en que se encontraba con anterioridad al suceso. De todas formas, el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización; no se trata de compensar dolor con dinero, sino otorgar a los damnificados cierta

tranquilidad de espíritu en algunos aspectos de sus vidas a fin de mitigar sus dolores.

Advierto que la fijación del importe del daño moral es de difícil determinación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, es decir, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una ponderada discrecionalidad del juzgador (conf. CNCiv., Sala C, 17/12/99, DT, 2001-A107).

Es por ello que no corresponde exigir al juez que explique cuál fue el método del cálculo utilizado para la determinación de la suma conferida en concepto de daño moral sino que, de conformidad con las atribuciones conferidas por el art. 1078 del Cód. Civil, debe apreciar las circunstancias del caso y mediante el arbitrio judicial, que no es arbitrariedad, sino valuación ecuánime de la entidad de la ofensa y del ámbito en que fue proferida - además de las características del afectado que sean conocidasestimar discrecionalmente el monto indemnizatorio respectivo (conf. CNCiv., Sala C, 09/03/99, ED, 187-596).

Se ha dicho que la indemnización debe ser *suficiente* para la víctima y *posible* de satisfacer por el responsable y su eventual asegurador. Ello exige insoslayable coherencia entre los montos y la realidad socioeconómica vigente, procurando dentro de ese contexto que la condena satisfaga un objetivo auténticamente resarcitorio. Aquellas directivas trasuntan un equilibrio aristotélico que respalda la *seriedad indemnizatoria*. En efecto, las cuantías son respuestas jurídicas puntuales frente a daños inmerecidos, por lo cual de nada sirve el más prolijo estudio de éstos sin análogo esmero en

la fijación de los montos. La *suficiencia* traza una aspiración compensatoria, que permita adquirir bienes y servicios o emplear el dinero para otros destinos, a fin de cumplimentar una función satisfactiva en la medida alcanzable. En su virtud, son desechables las condenas a entregar sumas simbólicas.

De conformidad con lo expuesto se ha resuelto que la indemnización del daño moral posee carácter esencialmente resarcitorio y satisfactorio. Ello implica que el juez debe fijar una suma de dinero que tenga alguna entidad, jerarquía o importancia, que no sea simbólica al estilo de comunidades jurídicamente evolucionadas que ven en ella satisfacción suficiente para el ofendido, ni tampoco exageradamente elevada, pues no tiene por objeto satisfacer un encono ni brindar un enriquecimiento patrimonial, sino compensar los padecimientos naturales que impone la subjetividad del agravio (conf. CNCiv., Sala I, 21/12/99, LL, 2000-F-758).

La indemnización también debe ser *posible* para responsables y aseguradores. Desde un plano objetivo, por adecuación a la situación macroeconómica del momento, sin desmesura en cuanto al poder adquisitivo de la suma para compensar al damnificado, descartando exageraciones que conviertan al responsable en otra víctima (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., op. cit., págs. 313 y sigs).

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, teniendo en cuenta los antecedentes del caso, sus consecuencias, la edad de la víctima y las situaciones por las que, sin dudas, debió atravesar el reclamante a raíz de las lesiones padecidas en el accidente, el daño moral se ha configurado plenamente para él; por lo que considero justo y razonable que el monto fijado en la primera instancia sea elevado e indemnizar el daño con la suma de $ 50.000.- (Cincuenta Mil Pesos), con más los intereses fijados por la a quo a computarse desde el día del evento dañoso al efectivo pago (arts. 1078, 1109

y concs. Cód. Civ.; art. 167 CPCC). En consecuencia, procede admitir el agravio en tratamiento, revocándose en el punto la sentencia recurrida y elevando el monto indemnizatorio por Daño Moral.

4.3 – <u>Gastos médicos</u>

Con respecto a lo expuesto en este punto de los agravios, corresponde tener presente que los gastos médicos deben ser reparados aunque no se haya demostrado documentalmente su existencia, pero este concepto dista mucho de ser absoluto y de resultar una graciosa concesión de los jueces, sino que encuentra su fundamento en la naturaleza del perjuicio que hace sumamente dificultosa su prueba y en la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas y carácter de ellas, así como también el tratamiento que el médico aconseja realizar, y todo ello sí debe ser probado y no puede derivar solamente de la voluntad o comodidad de la víctima o sus familiares.

Ahora bien, si la víctima fue atendida en una unidad hospitalaria, no deben considerarse gastos de atención médica y de auxiliares de la medicina, sino sólo los gastos de medicamentos y otros circunstanciales que el evento origina.

Sabido es que no parece razonable exigir la comprobación absoluta y directa de gastos tales como los de farmacia o aun de atención médica, ni que la víctima conserve todos y cada uno de los comprobantes respectivos, que a veces suelen consistir en simples talones con el monto abonado, sin indicación de lo adquirido, pues lo que importa es determinar la verosimilitud del desembolso, de acuerdo con la naturaleza y gravedad de las lesiones. De todos modos, ese amplio y generoso criterio ha de ser restringido, cuando las erogaciones respectivas consisten en el pago de honorarios médicos o a instituciones, pues la prueba instrumental, de

informes o testimonial se encuentra más fácilmente al alcance del demandante. También ha sido restringido el alcance del principio cuando la atención médica -tal como aquí ocurriera- se prestó en organismos asistenciales que la brindan en forma gratuita o conceden importantes beneficios en relación al precio de los medicamentos (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala II, 14/11/83, *"Virardi de Moreno, Josefina M. y Otro c/ Fernández, Segundo M. s/ Sumario"*. Es por ello que gastos tales como la realización de radiografías y pago de honorarios médicos no son de aquellos que han de beneficiarse con la aplicación del criterio jurisprudencial que exime de acreditación rigurosa a ciertos desembolsos motivados por la asistencia al lesionado, puesto que no son de los que suelen llevarse a cabo sin otorgarse comprobantes o probarse, por ejemplo, mediante la declaración testimonial de los facultativos que la prestaron.

En atención a lo hasta aquí expuesto, tengo en cuenta el informe que suministrara SEROS (fs. 189/195) y del cual surge los gastos que tuvo que afrontar el afiliado (O.) en cada caso y los comprobantes de pago de medicamentos presentados con la demanda. Considerando estos elementos, la naturaleza de la lesión sufrida por el actor, las constancias de su historia clínica y el dictamen pericial médico, considero que la suma otorgada por la Sra. Magistrada se ajusta a la realidad, apareciendo como adecuada. Nada indica y menos aún resulta acreditado, que el reclamante haya tenido que afrontar la suma que para este rubro pretende en su demanda y tampoco surge la insuficiencia del monto indemnizatorio fijado por la sentencia en crisis haciendo una evaluación del carácter de la lesión sufrida, la atención médica brindada en el hospital municipal, la cobertura médica y

farmacéutica que tenía el actor brindada por SEROS y las conclusiones del dictamen pericial médico. Es por ello que he de proponer su confirmación.

5 – Conclusión

Los fundamentos precedentemente expuestos me conducen a concluir que debe revocarse la sentencia recurrida en la suma fijada para indemnizar el Daño Moral, que se establece en $ 50.000.- (Cincuenta Mil Pesos), con más los intereses establecidos en la primera instancia. Es mi voto.

6 – Adecuación de costas y honorarios

La revocación parcial de la sentencia conduce a la aplicación de lo dispuesto por el art. 282 del ritual. De todo modos, considero que no debe realizarse la adecuación que prevé la norma en razón de que, no obstante la revocación propuesta, la parte demandada no pierde su condición de vencida en el proceso y de allí que las costas de la primera instancia quedan a su cargo, ateniéndose a las regulaciones de honorarios practicadas por la a quo en su decisión.

7 – Costas de la Alzada

En atención al resultado final del recurso concedido a la parte actora, corresponde imponer las costas de la Alzada en un 70% a la parte actora y en un 30% a la parte demandada (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. J. G. A. y G. C. Q., apoderados de la parte actora, en conjunto, en el 28% del monto que les corresponda por la labor cumplida en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de

corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.). **A LA PRIMERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta Alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que se exponen.

2.

2.1) Llega firme a esta instancia la existencia de un evento dañoso del que resultó víctima el Sr. O. O. y por el que se atribuyó responsabilidad a la Municipalidad local en los términos del art. 1113, 2do párrafo 2da. Parte del CC.

La parte recurrente manifiesta la arbitrariedad en la suma determinada para la lesión física y se muestran disconforme con las sumas reconocidas para el daño moral y la fijada para gastos médicos.

Previo al ingreso del tratamiento de la cuestión de fondo, es menester recordar, que el agravio es la medida de la apelación. Es decir, que los tribunales de Alzada sufren en principio una doble limitación: la que resulta de la relación procesal que aparece con la demanda y contestación

(congruencia) y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso al formular sus agravios.

Por su lado vale señalar, que la expresión de agravios, constituye un acto de alegación. Este tipo de actos procesales tiene por objeto aportar al proceso datos de hecho y de derecho involucrados en el conflicto determinante de la pretensión, ya para introducirlos, ya para enjuiciar su valor. Esta última función la cumplen las alegaciones críticas y de esta naturaleza participa la expresión de agravios. Por ello, la fundamentación del recurso debe contener, esencialmente, una crítica o censura de las motivaciones de la sentencia apelada. La crítica debe ser concreta; esto es, precisa, dirigida a las argumentaciones desarrolladas en el fallo impugnado. Asimismo, la expresión de agravios debe ser razonada. No alcanza para superar el vallado del juicio de admisibilidad del art. 268 del CPCC enunciar los errores que exhibe la sentencia impugnada; es necesario demostrarlos. En otras palabras, la crítica debe instalarse en la propia expresión de agravios. Por fin, el acto de alegación que analizamos, debe respetar los principios de la lógica.

Con tales premisas y teniendo presente que este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional, ingresaré al tratamiento de los agravios de la parte actora.

2.2) La configuración de lo que jurídicamente se denomina "incapacidad sobreviniente" importa reconocer en la víctima una disminución en sus aptitudes físicas y psíquicas, con repercusión tanto en lo orgánico como en lo funcional, menoscabando la posibilidad de desarrollo pleno de su vida en

todos los aspectos de la misma, como lo son el conjunto de actividades de las que se ve privada de ejercer con la debida amplitud y libertad y que se proyectan sobre su personalidad integral y afectan su patrimonio, por lo que constituyen inescindiblemente los presupuestos para determinar la cuantificación de su resarcimiento y encuentra su sustento jurídico en disposiciones como las contenidas en los arts. 1068 y 1109 del Código Civil.

A fin de determinar el importe correspondiente a la incapacidad y luego de señalar que se apartaría de su criterio de utilizar la fórmula matemática desarrollada por Moore y Bernasconi, siguió el criterio de esta Cámara desde su integración que implica la determinación de las indemnizaciones para la reparación integral, considerando las particularidades de cada caso analizado, siempre que su existencia se encuentre legalmente comprobada aunque no resultare justificado su monto.

Señaló en la sentencia que *"Para ello he de tener en cuenta la edad de la víctima al momento del hecho dañoso (31 años), las lesiones padecidas y sus secuelas determinadas por el perito médico, la falta de ingresos acreditados a esa fecha y la ausencia de otras pruebas que permitan valorar sus posibilidades de progreso económico o mejoramiento laboral. Considerando tales circunstancias, y conforme precedentes de este Tribunal (Exptes. N° 36/10 y 212/10) estimo prudente fijar la indemnización por Daño Físico en la suma de $ 40.000 (art. 167 del C.P.C.C), a la que se le adunarán intereses conforme la tasa activa el Banco del Chubut, desde la fecha del accidente y hasta su efectivo pago (art. 1748 C.C. y C.).*

Frente a tales conclusiones debió el apelante y no lo hace, atacar puntualmente las circunstancias tomadas en consideración por la señora jueza para determinar el monto para resarcir la lesión física.

Me explico.

Es cierto que la Sra. Jueza tomó dentro de los parámetros para la cuantificación del daño, el porcentaje de incapacidad determinado en la

pericial médica. Pero prescinde la parte de considerar que dejó en claro que la utilización de baremos era uno más de los elementos que tomaría en cuenta para determinar el daño físico y sobre ello, no hay crítica eficaz.

No puede darse entidad como agravio, sostener que la conclusión pericial dista radicalmente con el porcentaje otorgado por otro médico, a la sazón consultor técnico de la parte en el expediente.

La función del consultor técnico está bien determinada en nuestro ordenamiento procesal y constituye una figura de carácter auxiliar y facultativo, que obra en interés y defensa de la parte que lo designa (cfr. Palacio, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", T. I, pág. 591, Buenos Aires, 1983). Su actuación, por tanto, está limitada en esencia a: 1) presenciar las operaciones técnicas que realice el perito y formular las observaciones que considere pertinentes (art. 475 CPCC); 2) presentar, por separado, su respectivo informe en base a la pericia practicada, dentro del mismo plazo fijado para el perito y con iguales requisitos (art. 476 CPCC); 3) formular observaciones ante la pericia en referencia a las explicaciones ordenadas por el juez al perito (art. 477 CPCC).

No existe en autos, informe del consultor técnico de la parte actora, quien a tenor de la manifestación expresa del Perito Dr. J. estuvo presente en el acto pericial. Y aun cuando no puede inferirse soporte médico alguno en la impugnación que desarrolla sobre la base de “equivocadamente a criterio de nuestro consultor médico”, lo cierto es que el citado profesional no firmó el escrito de fs.234.

De allí que no se advierte con qué sustento fáctico o criterio técnico puede sostenerse, que la magistrada debió atenerse a lo que en definitiva fue una impugnación sin ningún rigor científico que la avale.

Por cierto, esta Cámara se expidió sobre el replanteo de la prueba por SIC N° 11/ 17 que obra a fs.311/312.

La determinación de la cuantía de este tipo de reparaciones resulta una tarea harto difícil, máxime por cuanto reviste para los magistrados un acto discrecional y prudencial, sustentado en la valoración de los datos que arroja la causa y no una misión objetiva susceptible de ser llevada a cabo a través de la directa aplicación de parámetros o cánones prefijados.

Desde esta perspectiva de enfoque, la señora jueza ha dado cuenta dentro de los parámetros a considerar la edad del actor al momento del accidente, su situación personal, el alcance de los daños causados en el caso que se fundamenta en la prueba pericial médica, la falta de ingresos acreditados a la fecha del accidente y a la ausencia de otras pruebas que permitan valorar sus posibilidades de progreso económico o mejoramiento laboral. Ninguna referencia a ellos efectúa la parte, que revele arbitrariedad en la determinación del monto.

Tampoco explica con fundamentos razonados por qué afirma que la suma otorgada es antojadiza.

Y para ello bastará señalar al recurrente que el 12 de noviembre de 2010 (a diez meses del accidente), al tiempo de cursar el requerimiento agregado a fs. 20 y de cuya autenticidad dio cuenta la informativa que se agregó a fs. 264/266, reclamó al Municipio la suma de $ 40.000 *"en concepto de resarcimiento por la disfuncionalidad del orden del 25 % que poseo a consecuencia del accidente sufrido".*

Con tal cuantificación, emanada de la propia víctima y por una incapacidad alegada mayor a la que en definitiva constató el perito oficial, su calificación de determinación "antojadiza" o que la suma reconocida no responde a una lógica razonada, pierde todo sustento.

Tampoco puedo compartir que la sentencia dictada es arbitraria. Tiene tal carácter aquella en la que el juez, sin dar razones y basado en su sola opinión personal se aparta de los extremos fácticos y legales del caso,

llegando a una conclusión jurídicamente inadmisible y dejando en evidencia la valoración absurda de los hechos por el juzgador que la convierten en un acto de mera voluntad .

El STJCH ha manifestado que la procedencia de la tacha de arbitrariedad requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta carencia de fundamentación. "*Arbitraria es la sentencia que no da razones o cuyas razones trasiegan de modo intolerable las reglas de la lógica, la experiencia o la psicología y que un adjetivo tal implica reconocer (o denunciar para el caso de la que viene en casación) que el acto jurisdiccional de que se trata es el producto del arbitrio o capricho de los jueces antes que una derivación razonada del derecho vigente atenida a las constancias de la causa, constituyendo un verdadero abuso del poder estatal del que, aquellos los jueces, están investidos, circunstancia que no se materializa en la sentencia en crisis*".(STJ SD 002/07).

No advierto que pueda calificarse la sentencia en crisis de arbitraria en los términos que expuse, máxime cuando la recurrente incumple con la carga esencial para obtener la modificación de un pronunciamiento judicial mediante cualquier clase de impugnación, que pusiera en evidencia de manera puntual, clara y precisa la equivocación que le imputa al fallo haciendo notorio el defecto de la sentencia apelada, mostrando cual ha sido el desajuste entre el discurso desarrollado y los presupuestos que le sirven de sustento esto es, en los hechos comprobados en la causa con el derecho que le resulta aplicable.

La afirmación de la parte no es más que una conclusión dogmática, confundiendo la crítica con enunciaciones genéricas, que concluyen con el pedido de una medida para mejor proveer, impropio de una técnica recursiva eficaz y evidenciando su inactividad procesal de no requerir en la instancia de grado las explicaciones que luego procuró sortear con un replanteo de prueba desestimado por esta Cámara.

En tales condiciones, la parte no ha rebatido los parámetros específicos tenidos en cuenta por la magistrada de grado y consecuentemente sin aportar ningún elemento de convicción que justifique una cuantificación en más la adoptada, el recurso en el punto debe desestimarse.

2.3 El segundo agravio se dirige a cuestionar el monto otorgado para reparar el daño moral.

El daño moral ha sido definido como aquel perjuicio que se manifiesta a través de los padecimientos, molestias y angustias que lesionan las afecciones legítimas de la víctima, lo que demuestra el intento de resarcir aspectos propios de la órbita extrapatrimonial del damnificado. Para su procedencia la ley no requiere prueba de su existencia ya que se acredita ante el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del derecho en cabeza del reclamante.

Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que más que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso.

Aun cuando reconozco la dificultad de criticar concreta y razonadamente un rubro sujeto a la determinación del magistrado, he de considerar un argumento del apelante que me persuade que el monto reconocido debe

elevarse, pero no en las sumas que procura la parte.

La comisión de un acto antijurídico permite por sí sola presumir la

existencia del agravio moral; es una prueba *in re ipsa*, surge inmediatamente de los hechos mismos. -Pero aun cuando no haya que probar el daño moral es obvio que el hecho generador del sufrimiento debe ser acreditado (la muerte, las agresiones físicas, psíquicas o estéticas, etc.); son las consecuencias que él acarrea las que pueden estar exentas de prueba (Roland Arazi, "Prueba del Daño Moral", "Revista de Derecho de Daños", 1999 N°6, págs. 108/109).

Por su lado, la reparación de un detrimento de orden espiritual se establece computando esencialmente la índole de sufrimientos de quien lo padece y más allá de las obvias dificultades que existen para mensurar en dinero un daño de naturaleza no patrimonial, sabido es que la ley ha sujetado su resarcimiento a la discrecionalidad judicial.

La índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima han sido útiles y valoradas en la instancia de grado pero lo que entiendo no puede soslayarse, es la conducta omisiva de la demandada frente a los reclamos por el infortunio sufrido por el Sr. O..

Tal conducta del Municipio y que quedó reflejada en las actuaciones cumplidas en la etapa previa de reclamación como en la absolución de posiciones y declaraciones de los testigos, dan cuenta que a las incontrovertibles secuelas físicas sufridas por el Sr. O., quien por otro lado se desempeñaba en la esfera municipal, debieron sumarse las contingencias no menos importantes de no contar con recursos para una más pronta recuperación.

No abrigo dudas que la pertinaz negativa al mínimo reconocimiento de la situación por quien resultaba el organizador del evento y su obrar con desidia, agravó su perjuicio espiritual por lo que deviene razonable acrecentar el monto indemnizatorio en la suma de $ 50.000, con más los

intereses que se fijaron en la instancia de grado.

2.4 En el tercer agravio, se queja respecto del monto admitido por los gastos médicos.

La Sra. Jueza de grado resolvió la cuestión diciendo *"A esos fines la actora ha incorporado varios tickets emitidos por distintas farmacias de esta ciudad, corroborando la autenticidad de los correspondientes a la Farmacia Central, mediante el informe de fs. 272. A su vez, a fs. 189/195 se adjunta informe emitido por SEROS, en el que se detallan las prácticas cumplidas por O. durante el año 2010, la cobertura brindada por la Obra Social y los montos de las mismas a cargo del afiliado. En tanto los gastos referidos guardan nexo causal con el accidente tratado en autos, aunque en modo alguno el monto reclamado, se admitirá, considerando la prueba antes mencionada, la suma de $ 3.000, a la que se le adunarán los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut S.A desde la fecha del accidente y hasta su efectivo pago (art. 1748 C.C. y C.).*

Luego, el primer aspecto de la queja que tacha de arbitraria a la sentencia por aludir a una cita de jurisprudencia que luego no cumple, es inaudible dejando a salvo que puede tratarse de un involuntario error de transcripción de la parte.

La magistrada de grado dejó en claro que gastos admitía y aun cuando pudiese admitirse que no parece razonable exigir todos los comprobantes de los pequeños gastos, por ejemplo de farmacia, tengo presente que la atención médica y quirúrgica corrió por cuenta de médicos del Hospital y tuvo la cobertura de las prestaciones de SEROS, reconociéndose en la sentencia las sumas abonadas por el titular para los "coseguros" que surgen de la prueba informativa.

Tal como se infiere de su propia demanda, para admitir erogaciones aproximadas, debe justificarse al menos que existieron.

Al tiempo de la demanda dijo que existieron numerosos gastos que se *"estima"* superan los $ 438, 46 acreditados y que los *"mayores gastos"* estaban sujetos a prueba informativa a producir (fs. 38). La magistrada de grado sobre tales elementos y conforme he transcripto, reconoció la suma de $ 3000 a la fecha del accidente.

A partir de lo expuesto, no alcanzo a visualizar cuáles "gastos médicos" deberíamos considerar implícitos en el pedimento que justifique *"como razonable"* la suma de $ 95.800*"más allá de la falta de acreditación precisa de esa cifra"* para cubrirlos. Lamentablemente para el apelante, no estoy en condiciones de inferir, por fuera de lo resuelto en la instancia de grado, cuáles otros gastos y por la suma de $ 92.800 (sería la diferencia entre lo pedido y lo reconocido) pudo irrogar el actor en autos. No encuentro que fluya del expediente alguna circunstancia relevante, debidamente acreditada, que otorgue verosimilitud y razonabilidad a la queja, esto es si existieron gastos de la magnitud que señala, debieron contar con un respaldo probatorio más adecuado.

Apelaré aquí nuevamente, a la carta documento de fs. 20 dónde reclamó la suma de $ 2.000 para el recupero de gastos médicos y farmacológicos.

Al no brindar el apelante pautas objetivas, por las que pueda inferirse que la suma por gastos, resulta desajustada a derecho, el agravio debe desestimarse.

3.

Concluyo el tratamiento de los agravios de la parte sintetizando que la sentencia de grado, deberá modificarse parcialmente en la suma de condena por daño moral elevándola a la de $ 50.000 con más los intereses fijados en la sentencia de grado y confirmarla en todo lo demás que ha sido materia de agravio.

4. <u>Las costas</u>.

a) Conforme la manda del art. 282 del CPCC, las costas de primera instancia no deben readecuarse en tanto la modificación que se propone no altera la condición de vencida de la demandada (art. 69 del CPCC). En cuanto a los honorarios de los letrados, los mismos se ajustaran al monto del proceso que resulte.

b) Las costas y honorarios en esta Alzada serán impuestas conforme el art. 72 del CPCC. .La desestimación sustancial de dos agravios y la modificación que se ha propuesto para el daño moral importan un vencimiento parcial en el recurso impetrado por la actora por lo que soy del criterio que las costas deben imponerse en el 30% a la parte demandada y en el 70 % a la parte actora. En cuanto a los honorarios de los letrados de la parte actora, los propuestos por el Dr. Fiordelisi resultan ajustados al mérito y resultado del recurso, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera.

Voto a la primera cuestión, **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De ser compartidos mis fundamentos por mis colegas integrantes de esta Excma. Cámara, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida en el monto fijado para indemnizar el Daño Moral.
2) **DISPONER** que el Daño Moral debe ser indemnizado con la suma de $ 50.000.- (Cincuenta Mil Pesos), con más los intereses fijados en la sentencia recurrida desde el día del accidente hasta el efectivo pago.

3) CONFIRMAR la sentencia en crisis en lo demás que ha sido materia de agravio.

4) SIN ADECUAR la imposición de costas y regulación de honorarios de la primera instancia.

5) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en un 70% a la parte actora y en un 30% a la parte demanda (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. J. G. A. y G. C. Q., apoderados de la parte actora, en conjunto, en el 28% del monto que les corresponda por la labor cumplida en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Julián Emil Jalil no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de junio de 2017.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida en el monto fijado para indemnizar el Daño Moral.

2) **DISPONER** que el Daño Moral debe ser indemnizado con la suma de $ 50.000.- (Cincuenta Mil Pesos), con más los intereses fijados en la sentencia recurrida desde el día del accidente hasta el efectivo pago.

3) **CONFIRMAR** la sentencia en crisis en lo demás que ha sido materia de agravio.

4) **SIN ADECUAR** la imposición de costas y regulación de honorarios de la primera instancia.

5) **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** en un 70% a la parte actora y en un 30% a la parte demanda (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. J. G. A. y G. C. Q., apoderados de la parte actora, en conjunto, en el 28% del monto que les corresponda por la labor cumplida en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de

corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /17 SDC. CONSTE.