



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 27 de febrero de 2020

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**SANCHEZ BERNARDINO C/ PREVENCIÓN ART S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART**", (JNQLA1 EXP N° 469823/2012), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Medori, dijo:**

I.- A fs. 512/515 obra la expresión de agravios del actor fundando la apelación interpuesta contra la sentencia de fecha 10.06.2019 (fs. 501/506); pide se revoque y se haga lugar al recurso, con costas.

En primer lugar denuncia errónea valoración de la prueba y confusión de los hechos que integran el litigio, introduciendo distintos elementos de prueba que llevan al sentenciante a rechazar la demanda, afirmando que existen cuatro versiones distintas de la mecánica del hecho denunciado, que le impiden establecer el nexo de causalidad adecuado con la incapacidad acreditada; que se incurre en error en los fundamentos, cuando de acuerdo a su pretensión, y el modo en que ha quedado configurado el litigio entre empleadora, la defensa de ésta se ha centrado en la inexistencia del accidente de trabajo y nexo de causalidad con el realizado por su parte como maquinista, aduciendo aquella que cuenta con mecánicos especializados en la reparación de la retroexcavadora con la que realizaba su trabajo, confundiéndose así la descripción que realizara con los medios de prueba, asignándosele a estos últimos una entidad jurídica que no poseen; que la única versión de los hechos acontecidos es la que se describe en la demanda;

respecto del informe de la Comisión Médica y la Denuncia ante la ART como prueba documental, considera que no se los puede valorar en un pie de igualdad como la descripción fáctica esgrimida en la demanda, atento que ninguna de las dos piezas contó con la más mínima asesoría legal, siendo el objeto de la misma ajeno a la formación del litigio; que por otra parte el primero de los informes se realiza en el marco de la LRT, siendo su objeto y alcance muy distinto al reclamo indemnizatorio civil contra el empleador, de modo que no resulta ser el idóneo ni natural en el que deba circunscribirse los hechos que origina dicha responsabilidad, quedando reducida su función a la determinación de una eventual incapacidad laboral en el ámbito del procedimiento administrativo ante la S.R.T.; respecto a la denuncia del accidente ante la ART, no se advierte que en dicho acto no intervino su parte, colocándose en un pie de igualdad con el escrito de demanda, para concluir que existen varias versiones del accidente; que dichos elementos no pueden evaluarse sino como indicios probatorios que en su conjunto dan cuenta de la existencia del accidente laboral en el ámbito de las tareas laborales, fecha del mismo y lugar en que ocurre; en lo que respecta a la declaración testimonial brindada por el único testigo existente en el lugar del siniestro, que no da una versión distinta de la relatada en la demanda, sino que confirma el relato circunstanciado esgrimido en esta última, aportando información útil y pertinente a la acreditación de la mecánica del siniestro respecto a las tareas que se encontraba llevando adelante; que resulta errónea la valoración del juez acerca de que da una versión distinta; que la arbitrariedad del razonamiento del sentenciante resulta manifiesta porque no logra explicar por qué motivo el relato del testigo no solo no refuerza la tesis fáctica del

litigio que sostuviera, sino que a su entender lo anula y contradice, rechazando la acreditación del hecho.

En segundo punto, y siguiendo con el razonamiento, cuestiona la disquisición realizada en la sentencia con sustento en la versión que consigna el perito, por forzada y arbitraria, ajena al sentido común que emerge sin esfuerzo alguno del conjunto de los elementos de prueba reunidos; que si una persona se encuentra parada arriba de una retroexcavadora en cuclillas, y en un contexto de reparación del motor se resbala al descender de la misma, es lógico que reciba un golpe, resultando ilógico y físicamente imposible que esto ocurra y quede suspendido en el aire; que cuando uno se resbala, se cae y en consecuencia se golpea; que el dictamen médico encomendado afirma que es indubitable la relación entre el accidente sufrido y las secuelas, así como que la sintomatología es absolutamente compatible con la patología, e improcedente que se le asigne aportar información sobre la circunstancia fáctica alegada en la demanda, porque no es de su competencia.

Finalmente, insiste en que el juez se limitó a realizar disquisiciones respecto de la mecánica del siniestro, confundiendo la naturaleza y consecuente alcance de los distintos elementos probatorios, arribando a conclusiones ajenas a la lógica, sentido común que en nada se relacionan con la información aportada.

Sustanciado el recurso (fs. 516-24.06.2019), contesta la empleadora a fs. 517/520; pide se rechace la apelación, con costas.

Requiere en primer punto que se desestimen los agravios en los términos del art. 265 del CPCyC y se declare la deserción de la apelación conforme el art. 266 del CPCyC; subsidiariamente destaca que pesaba sobre el actor probar los hechos constitutivos, ocurrencia del hecho y participación activa de

la cosa viciosa, para hacer recaer responsabilidad en su parte, y que no lo ha concretado, porque su versión de los hechos fue mutando; destaca que el testigo no vio el momento en que ocurrió el accidente, y la valoración de su eficacia probatoria debe hacerse mediante la consideración de las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de sus declaraciones; que el perito se abstuvo de contestar lo requerido y resulta falsa su afirmación de que el actor manejaba máquina pesada que produce vibraciones de cuerpo entero, lo que no se condice con el reclamo formulado en la demanda ni con los hechos relatados.

II.- La sentencia en crisis rechaza la demanda por concluir que el hecho dañoso no fue probado ni su entidad para generar la responsabilidad civil de la demandada en los términos del art. 1109 o 1113 del C.Civil; considera que en torno a la mecánica del hecho denunciado existen cuatro versiones distintas, y que el actor a sabiendas de los recaudos exigidos, no brindó ninguna explicación en la demanda de las diferencias en la descripción del episodio contenida en el informe de Comisión Médica y de la ART, ni mencionó al demandar una caída al piso desde un metro y medio, sino un simple desplazamiento del pie que le había generado, mientras estaba subido a la máquina, un tirón en la cintura, siendo que el único testigo describe otro episodio que presume en la medida que no vio la mencionada caída.

A.- Abordando la cuestión traída a debate, y concretando el planteo del actor los requisitos establecidos en el art. 265 del CPCyC, resulta que el damnificado accionó por la reparación integral del daño sufrido, entendiendo insuficiente el monto de la reparación prevista en la legislación especial, reclamando a su empleadora la diferencia no cubierta por el seguro, en base al obrar culposo y negligente en el cumplimiento del contrato de trabajo e incumplir con el deber

de seguridad a su cargo, de conformidad a los arts. 75, 76 y 62 de la LCT, describiendo que el ambiente laboral en que se desempeñaba era totalmente riesgoso por incumplimiento de las medidas de higiene y seguridad: falta de capacitación, control, instrumentos de protección y herramientas adecuadas para las tareas; a su vez denuncia, como factor de responsabilidad de tipo objetivo -art. 1113 C.Civil-, que el daño se originó en razón del manejo de una cosa riesgosa como resulta ser la máquina retroexcavadora, que es de propiedad y se encontraba bajo la guarda de la demandada, la peligrosidad y vicios de las tareas desarrolladas, al no haberse adoptado los mínimos recaudos para no generarlos.

En punto al concreto episodio describió que el 29 de junio de 2010 a la 10,30 hs se encontraba cumpliendo tareas habituales de maquinista de retroexcavadora, y ello exigió "hacer unos arreglos en el motor, la bomba hidráulica del motor, se subió a la máquina para tapar el agujero a fin de evitar el ingreso de tierra en el motor, oportunidad en la cual parado sobre una tapa en "cuclillas" el pié derecho se le resbaló bruscamente sintiendo un fuerte "crack" e inmediatamente un fuerte dolor en la cintura que la inmovilizó. Al no recibir asistencia médica in situ como consecuencia de la falta de atención por parte de los aquí demandados, debió soportar ese dolor hasta el día siguiente cuando formalizó la denuncia del accidente sufrido en Prevención ART...".

Sostuvo también que "la falta de infraestructura del Municipio de la ciudad de Rincón de los Sauces obliga a mi mandante a realizar tareas de mantenimiento sobre la retroexcavadora que utilizaba para desempeñar sus tareas, todo lo cual era consentido por su empleador" y que "fue asistido en la Clínica Rincón, sita en la ciudad de Rincón de los Sauces, brindándole allí antiinflamatorios. No obstante la ART rechazó su pretensión de asistencia médica aduciendo que la dolencia

sufrida ... consistía en una enfermedad inculpable". (fs. 35vta).

Al responder la demanda, la empleadora niega el episodio dañoso, que el día señalado el actor o estaba haciendo un trabajo pesado, la retroexcavadora no lo golpeó, la máquina no tuvo un accidente, ni él se cayó de la misma, estaba en cuclillas y al levantarse sintió un dolor, lo que demuestra sin más la inexistencia del evento (fs. 104vta), sostiene que "la conducción de una retroexcavadora, física y científicamente nunca pudo ser productora de hernia discal" ni "un sobreesfuerzo desmedido que venció la resistencia natural de la columna vertebral que justamente está preparada para ello" (fs. 105vta).

B.- Los antecedentes a considerar respecto a la condición física del actor imponen retrotraerse al momento del examen preocupacional de ingreso realizado el 29.11.2009, a los que se refiere la propia empleadora cuando destaca que el actor "tenía una preexistencia columnaria, con análisis y estudios de imágenes que daban cuenta de osteofitos marginales -que indica una columna degradándose- por lo que se le dieron tareas adecuadas.-" y que "En seis meses es imposible científicamente que un trabajo pueda provocar hernia discal o lumbociatalgia, máxime cuando dicho trabajo no implicaba el levantamiento de elementos pesados en extremo, con carácter de habitual o normal" (fs. 105).

Al concretar el acto de responde, agrega el resultado del estudio de RX de columna lumbosacra frente y perfil:

"COLUMNA; Incipiente osteofitosis somatomarginal en L1-L2. No se reconocen pinzamientos intervertebrales significativos" (fs. 100).

A su vez, fue agregado el certificado médico de atención en la Clínica y Maternidad Rincón del día siguiente al episodio

denunciado, prescribiendo reposo por 72 horas con diagnóstico "Ciatalgia post esfuerzo" (fs. 468).

El informe de ingreso a la clínica CEMIC del día 08 de julio de 2010 registra la descripción del actor de haber resbalado con el pie derecho que genera instantáneamente lumbalgia, que se intensifica a pesar de estar recibiendo AINES más complejo B más corticoides IM por lo que fue internado en la Clínica Rincón para recibir tratamiento del dolor, siendo derivado para realizar RMN de columna lumbosacra para diagnóstico y tratamiento, al examen físico registra "lumbalgia, dolor paralumbar bilateral, hipoestesia y parestesias en cara externa de muslos, Lassegue más Bilateral" e Impresión diagnóstica "Lumbalgia postraumática" (fs. 379) compromiso radicular, con indicación de aines y posible bloqueo raquídeo, peridural y corset ballenado (fs.385), dichos informes son ampliados al día siguiente -09.07.2010- agregando a la lumbalgia "irradiación a ambos miembros inferiores. Presenta RNM donde se observa hernia discal L5-S1", el informe del 10.07.2010 registra como Problemas activos: "Discopatía L5-S1: pendiente evaluación por especialista en Columna. Lumbociatalgia: analgesia. Control evolutivo en forma conjunta con servicio de traumatología" (fs. 381), y el de fecha 13 de julio de 2010:

"Se recibe resultado de rnm de columna lumbosacra presentando como datos positivos osteofitosis marginal de cuerpos vertebrales a lo largo del eje lumbar. Prominente hernia discal lateralizada a derecha a nivel del L5-S1 con compresión evidente de dicha raíz. En el día de ayer el paciente fue evaluado por especialista de columna (Dr. Illanes) quien decidió junto con el paciente indicar alta institucional, con tratamiento analgésico y control por consultorio de forma ambulatoria para continuar con tratamiento de su patología" (fs. 384), describiendo el citado profesional: "pte. De 34

años de edad con lumbalgia bilateral dermat bilateral, más marcado del lado izquierdo. Wasserman positivo bilateral. Vals bilateral. Déficit motor si bilateral 4/5. En RNM se objetiva hernia de disco de los neuroforamenes, se habla con paciente acerca del cuadro actual y de la deterioro de la función neurológica". (fs. 390).

El perito médico de oficio designado en su dictamen reseña que al examen físico: "marcha disbasica. ... Ingresa con muletas. ... se moviliza con limitación funcional. El examen de su raquis vertebral lumbar presenta limitación funcional. Se observa cicatriz quirúrgica de 8 cm de longitud. Flexión 50°, Extensión 10°; Inclinación der 10°, iz 10°; rotación der 10°, izq 10°. La maniobra de Lasegue es positiva bilteralmente a 30°".

Para concluir que "El actor sufrió un accidente laboral que le produjo una hernia de disco L5-S1 con compresión de la raíz S1 derecha, debió ser operado para descomprimir la misma. La incapacidad se calcula según decreto 659/96 en: Hernia de disco operada con repercusión clínica moderada 20%, Factores de ponderación Tipo de actividad (alta 20% de 20%) 4% Recalificación (amerita 10% de 20%) 2% Edad mayor de 31 años 1% = 7% Total 27%", consignando al responder los puntos de pericia: "c)La relación entre el accidente sufrido y las secuelas es indubitable. d)La sintomatología es absolutamente compatible con la patología. e)La patología está consolidada pero aún necesita de tratamiento de rehabilitación. ... 5)La hernia de disco se produjo en el accidente sufrido en una columna con una enfermedad profesional. ... 7)El estado del actor se condice con la actividad. 8)El actor no tiene sobrepeso". (fs. 152/153).

Al responder el pedido de explicaciones el perito describe:

"1.- El mecanismo lesional es doble: A)el golpe directo en la zona lumbar y B)Las vibraciones de cuerpo entero que soporta

como maquinista de máquina pesada (contemplado en el decreto 658/96...

4.-Es posible que la misma actividad desarrollada le produjera la hernia y debió ser tratada como enfermedad profesional".(fs. 168).

Agrega al contestar la impugnación de la demandada y el actor:
"-El actor trabaja en la municipalidad de Rincón de los Sauces manejando una máquina pesada que produce vibraciones de cuerpo entero y está contemplado en el decreto 659/96, no fue seguida por el empleador ni por la ART ni por el servicio de medicina laboral municipal ni contemplado en la evaluación de la comisión médica " (fs. 169)

"1º)No se consignan los valores normales porque en la evaluación el ítem "hernia de disco con repercusión clínica" la imitación funcional queda subsumida en el diagnóstico y no puede agregarse como otra entidad" (fs. 170).

Con lo expuesto, queda fuera de controversia que al ingresar el actor como dependiente de la demandada el 24 de noviembre de 2009 no registraba la **"Prominente hernia discal lateralizada a derecha a nivel del L5-S1 con compresión evidente de dicha raíz"** que fuera constatada en la resonancia nuclear magnética realizada en la ciudad de Neuquén el 10 de julio de 2010, con motivo y con posteridad al episodio denunciado, luego de recibir la inicial atención en la ciudad de Rincón de los Sauces.

C.- Que a tenor del fundamento de la acción intentada por el actor, procede dejar establecido que constituyen recaudos que viabilizan la responsabilidad generadora del deber de indemnizar en el ámbito civil, y que deben concurrir: a) el daño, que consiste en la lesión de un derecho subjetivo como consecuencia de un incumplimiento que genera responsabilidad; b) una relación de causalidad entre el hecho y el daño; c) el incumplimiento objetivo o material, que consiste en la

infracción de un deber jurídico, sea mediante el incumplimiento de un deber contractual, o por la violación del deber general de no dañar; y d) un factor de atribución de responsabilidad por la producción del hecho dañoso, que puede ser subjetivo u objetivo.

Que en el análisis cabe también considerar que, cualquiera sea el fundamento de la responsabilidad civil, la idea de culpa o el riesgo, es doctrina uniforme que para que aquélla tenga lugar, es decir, para que pueda hacerse gravitar sobre una persona, el deber de resarcir el daño inferido por otra, es necesario que exista un lazo causal que una este daño a ciertos hechos que se imputan al responsable (conf. Bueres-Highton "Código Civil" T° 2B, Ed. Hammurabi, pág. 428).

Isidoro H. Goldenberg, considera que el "nexo causal" en la responsabilidad por daños, es el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado (daño) conocido en doctrina como "imputabilidad" o "atribuibilidad objetiva", "imputatio facti" o "vínculo material", agregando que la investigación de la conexión causal apunta al enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente ("La relación de causalidad en la responsabilidad civil", p. 2 y 45).

y a su respecto la doctrina explica que:

"El concepto de causalidad es eminentemente lógico. Involucra una referencia, una conexión entre dos procesos: entre la causa, por un lado, y el efecto o resultado, por el otro. La causa de un hecho dañoso es la condición que se reputa adecuada, entre todas las que pueden haber concurrido, para producir objetivamente el daño como resultado. Por ello se alude a la causa adecuada, que nuestro codificador ha vinculado estrechamente a la previsión del autor ... " y a continuación: "... Debe partirse de la idea de que, entre las diversas condiciones que coadyuvan a un resultado, no todas son equivalentes sino que son de eficacia distinta. Sólo cabe

denominar jurídicamente causa a la condición que es apta, idónea en función de la posibilidad y de la probabilidad que en sí encierra para provocar el resultado. Debe atenderse a lo que ordinariamente acaece según el orden normal, ordinario de los acontecimientos. Según este punto de vista la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que existe entre el daño ocasionado y la condición que normalmente lo produce." ("Cocausación de daños" Una visión panorámica - Eduardo Zannoni Revista de Derecho de daños -RubinzalCulzoni- pág. 7).

Luego, la íntima relación entre los conceptos de relación de causalidad y previsibilidad es receptado en el Código Civil cuando regula las consecuencia de los hechos y su imputación; y en lo que resulta de interés para la causa, mientras las consecuencias inmediatas, resultan imputables al sujeto no porque resulten inmediatas como próximas a la causa, sino porque acostumbran suceder según el curso normal y ordinario de las cosas, es decir, era altamente idónea para producir esa consecuencia por ello se refiere a ellas también como altamente probables o previsibles; por otra parte, las mediatas, también resultan imputables en la medida que el agente las hubiera previsto o hubiera podido preverlas, pues aún cuando esa consecuencia se produce de un modo indirecto, requiriendo la conexión con otro hecho, no puede hablarse de interrupción del nexo causal porque el hecho originario tenía -por sí- virtualidad para producir el resultado.

Por ello, es factible sostener la interrupción del nexo causal únicamente en el caso en que la nueva causa no tenga ninguna relación con la ya existente; y si el hecho fue producido por el hecho posterior absolutamente independiente del primero, hay interrupción interesando la eficacia actual y no la mera eficacia virtual; razonamiento en el que la jurisprudencia es pacífica cuando explica que "el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal)

entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquel. Para establecer la causa del daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquel se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (SCJBA; Ac 37535, Cardone, María Ester c/ Borasi, Edgardo Luis y otro s/ Daños y perjuicios, del 9.8.88).

Que conforme a lo expuesto y en el análisis de la relación de causalidad para determinar la autoría, vinculándose el daño inmediatamente con el hecho de la persona o cosa, y mediatamente con el factor de atribución, dado que la ley para el supuesto que nos ocupa ha establecido uno de carácter objetivo, la previsibilidad del hecho debe examinarse "en abstracto", a diferencia de culpa, que se lo hace "en concreto".

Que en el marco señalado, cabe dejar sentado que si el hecho de la víctima ha influido en la causalidad hasta desplazar fuera de la esfera del demandado la atribución de las consecuencia del hecho (Barbato, Culpa sin responsabilidad, reflexiones sobre la culpa de la víctima y otros supuestos análogos- ED 143-870), y a su respecto se exige que tal obrar haya incidido exclusiva o concurrentemente gravitando en el ilícito y resultado dañoso, de tal forma de que en la atribución de responsabilidad se cumpla en la medida o proporción en que el agente causal haya sido decisivo en el acaecimiento del hecho.

En consecuencia, cuestionada la apreciación de la prueba en punto a la responsabilidad por ACTOS DE LA EMPLEADORA cabe recordar que conforme el art. 386 del CPCyC impera de la sana crítica racional, indicativo de ciertos principios generales que guían en cada caso dicha evaluación y que excluye la

discrecionalidad del juzgador, e importa unir la aplicación de los principios de la lógica y la experiencia ("máximas de experiencia"), omitiendo abstracciones de orden intelectual, para propender a asegurar un eficaz razonamiento.

Este sistema de valoración ha sido definido como el método científico que tiene por objeto determinar cuál de las posiciones del pleito es la correcta, en punto a los hechos afirmados para incluirla dentro del plexo de la norma abstracta, y así aplicar el derecho a la cuestión planteada (Falcón, Enrique M., Tratado de la Prueba, Astrea, Buenos Aires, 2003, t. I, p.573 y ss.).

Que en aplicación de dichas reglas de la sana crítica racional es que el magistrado resulta soberano en la selección de las pruebas, pudiendo preferir unas y descartar otras. La sola omisión de considerar el examen de determinada prueba, no configura agravio atendible si el fallo apelado contempla y decide aspectos singulares de la cuestión y la resuelve con otros elementos de juicio (CNCom. Cap. B, 22/4/91. LL, 1991-C-339).

Y a su respecto, en el caso, el juez de grado se pronuncia por el rechazo de la acción luego de concluir que el hecho estaba improbadado porque advierte la existencia de diferentes descripciones del hecho que desvirtuaban la conexión causal con el daño y que la información médica aportada resultaba inútil a tal fin.

En consecuencia, respecto al episodio y evaluación de la conexión causal con la conducta de las partes, se impone evaluar los datos objetivos proporcionados por el perito médico, los registros de atención y estudios realizados en los centros médicos y el único testimonio que describe el momento y lugar en que acaeció el accidente, y que serán apreciados según las reglas de la sana crítica (art. 386 CPCyC), normas éstas que no son sino las del correcto entendimiento humano,

extraídas con recto criterio de lógica y basadas en la ciencia, experiencia y observación de los demás elementos agregados a la causa.

Luego, en relación al episodio dañoso antecedente, el perito médico designado avala que la patología tiene origen en un mecanismo lesional que es doble: **"A) el golpe directo en la zona lumbar y B) Las vibraciones de cuerpo entero que soporta como maquinista de máquina pesada no se encuentra controvertido que el actor"**, y la única persona que se hallaba en el lugar, el Sr. Elio Omar Acuña, luego de informar que el actor era maquinista afectado por la Municipalidad de Rincón de los Sauces a todo lo que era obra pública (limpieza de canales, limpieza de zanjones) (Respuesta Cuarta y Sexta), describe que aquel sufrió un accidente durante la jornada de trabajo aproximadamente los últimos días de junio de 2010, expresando:

"ellos estaban reparando una máquina, que había aceite hidráulico en el lugar que en un momento se fue a preparar el desayuno y escuchó a Sánchez gritar que se había caído desde la maquina que tiene aproximadamente un metro y medio. Que lo ayudó a pararse y estaba muy dolorido en la espalda. Que en el momento no parecía tan grave pero que se fue para que lo viera un médico", que ocurrió cuando "estaba desarmando la máquina en la que Sanchez se transportaba", siendo el testigo el único que lo asistió "Que lo ayudó a levantarse" (octava -fs. 325 y vta).

De esta forma, el episodio traumático con capacidad de daño que dictamina el perito médico, y que constituye la hipótesis relatada en la demanda, por la que el actor resbala mientras está subido a la máquina que tiene una altura de un metro y medio, recibe el aval del testigo.

De igual forma, la existencia lesión de la columna que informan inmediatamente los centros asistenciales respecto a

la articulación de las vértebras L5-S1 -no registrada en el preocupacional de ingreso- como resultado del citado desplazamiento con caída desde la altura, revelado por el declarante que observó que el trabajador está en el piso, única razón por la que pudo ayudarlo a levantarse, además del dolor en la espalda, para verlo retirarse del lugar de trabajo para que lo atendiera un médico.

D.- En relación a la responsabilidad objetiva endilgada a la empleadora, resulta las circunstancias que rodearon la mecánica del episodio dañoso y sus consecuencias, aquella se limitó a manifestar que las tareas de reparación se encontraban asignadas a otro personal, más no produjo prueba en tal sentido ni de haber proporcionado al actor herramientas, elementos de seguridad ni condiciones que garantizaran de manera segura el acceso a la máquina.

De ello, los términos de la declaración del testigo Acuña habilitan concluir que más allá que el trabajador se desempeñara como conductor de la máquina, era una situación normal que se ocupara de repararla, aún como una colaboración, y que de modo alguno era una actividad que le estaba vedada realizar, implicando ello que debiera aplicar sobre el bien movimientos, fuerza y esfuerzos.

Que el artículo 1113 del Código Civil dispone textualmente que: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder..."

(cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 1.111 del Cód. Civil; y 377 del Cód. Procesal).

Tal como lo recepta actualmente el art.1757 del CCyC, en materia antes regulada en la segunda parte del citado art. 1113 del C.Civil, la calificación de cosa riesgosa que adopta la norma no deviene de forma exclusiva de un objeto concreto susceptible de ocasionar daño, sino que pueden serlo determinadas condiciones en que se cumple la prestación laboral e incluso la misma actividad desarrollada; y en el presente caso, está acreditado que aun cuando no proceda atribuir tal calidad por sí mismo al bien con el que el actor estaba en contacto, fueron los movimientos y esfuerzos físicos realizados sobre aquel los generadores del riesgo a su integridad psicofísica y que, como se analizó, resultaron razonablemente idóneos para producir el daño.

La responsabilidad por daños derivados de actividades riesgosas proyecta al riesgo creado como factor de atribución, más allá de las cosas, a cualquier actividad humana que sea peligrosa. Se habla de actividad en lugar de acción, porque muchas veces no se trata de uno o más hechos humanos aislados, sino de una combinación de éstos con otros elementos mecánicos e inmateriales. ... El factor de atribución es objetivo, por el defectuoso funcionamiento de la actividad, aun cuando no exista culpa in eligendo ni in vigilando, y no se demuestre siquiera una culpa organizativa. ... sólo libera una causa ajena al riesgo. En el sistema del Código Civil vigente, existen dos posiciones. Una interpreta literal y estrictamente el art. 1113... Otra, que compartimos, extiende el régimen jurídico sobre riesgo de la cosa al riesgo de la actividad, con o sin cosa en la acusación inmediata del daño. Así pues, la responsabilidad por riesgo de la actividad es el género y la responsabilidad por riesgo de la cosa una especie... Dado que en el Derecho de daños no rige la exigencia de tipicidad (propia

del Derecho penal); basta que el sistema jurídico reconozca la operatividad de un determinado factor de atribución, para que surja responsabilidad toda vez que él sea reconocido en la producción de un perjuicio... Hay otras actividades que son peligrosas por las circunstancias de su realización; o sea, por factores contingentes referidos a la manera de llevarla a cabo. Se trata de un riesgo accidental, que puede o no presentarse según el caso. ... No basta la mera posibilidad de daños, sino que debe ser previsible una clara probabilidad de que suceda. De allí que las circunstancias de realización que generan el peligro son las instrumentales, concernientes a los medios o elementos utilizados y a los métodos requeridos para desarrollar determinadas actividades, y que pueden y deben ser gobernados por su titular... en la responsabilidad por daños que derivan de una actividad riesgosa, puede ocurrir que no intervengan cosas en el proceso perjudicial o que, aunque sí se la haya usado, el peligro no derive de éstas sino de la manera de emplearlas; en tales hipótesis, debe responder por el daño el titular de la actividad peligrosa, quien suele ser también el dueño o guardián de las cosas eventualmente usadas y el comitente de la personas que trabajan en aquella. En definitiva así como en los daños por riesgo de la cosa es responsable quien tiene un poder jurídico o de hecho, conectado con el factor de riesgo, del mismo modo debe identificarse al responsable por el riesgo de la actividad: queda obligado quien ha introducido este peligro y posee un poder para controlarlo. Por tanto la responsabilidad por las circunstancias de realización de la actividad, alcanza a quienes incumbe el genérico cuidado o supervisión sobre ellas, frente a daños indeterminados y frecuentes... Además, la responsabilidad surge aunque el titular no obtenga un provecho económico en el desenvolvimiento del emprendimiento, según se verifica con actividades riesgosas que el Estado organiza en

interés de la comunidad. El factor de atribución es el "riesgo creado", más amplio que el "riesgo provecho". La responsabilidad puede ser plural, sea por la creación simultánea del riesgo.. Al igual que en la hipótesis de disociación entre la propiedad y la guarda de cosas, los obligados por riesgo de la actividad lo son a título indistinto o concurrente, y la víctima puede accionar contra cualquiera de ellos por el total de la inmunización, sin perjuicio de las posteriores acciones regresivas (conf. Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños" T°4 Hammurabi, págs. 607/612.)

Por otra parte, vale recordar que el actor no había registrado en ocasión del examen preocupacional alguna afección que pudiera vincularse con la lesión posteriormente informada en la articulación L5-S1, lo que claramente permite inferir que su problema físico se manifestó con motivo del episodio denunciado.

Que el daño informado se produjo por el riesgo derivado de la modalidad en que la demandada desplegó las cosas para desarrollar su principal actividad y que llevó al actor a realizar movimientos de fuerza sobre una máquina retroexcavadora a más de un metro y medio del suelo, que lo llevó a caer al suelo, generando una lesión columnaria que el perito médico estimó factible conforme la mecánica descripta, que además era inexistente a su ingreso, con lo que se verifica el factor de atribución de responsabilidad de tipo objetivo en los términos del artículo 1113, 2do párrafo del Código Civil.

E.- Contando ya con el monto de la prestación dineraria resultante de la ley de Riesgos de trabajo que con fecha 09.10.2015 percibiera el actor de la aseguradora Prevención ART S.A. por \$150.000 (fs.190/195 y 204), y de acuerdo a las pautas sentadas por la Corte Nacional en el antecedente

"Aquino", cabe señalar que la reparación reclamada derivada de la incapacidad física sobreviniente se vincula con el derecho que tiene toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral, garantizada expresamente en el art. 5° de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), con recepción legislativa a través de la Ley N° 23054, adquiriendo la misma jerarquía que las propias cláusulas de la Constitución Nacional por imperio de su art. 75, inc.22), conforme reforma del año 1994.

Que respecto al derecho a su reparación, en la causa "CERVERO ROCAMORA ROSER Y OTRO CONTRA HIDALGO CLAUDIA ELIZABETH Y OTRO SOBRE D.Y P.X USO AUTOM C-LESION O MUERTE" (Expte. N° 422099/2010-Sent. 28.06.2016), sostuve que:

"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 ejercicio de sus derechos, sea que ésta provenga de particulares o del Estado. Este derecho básico a la autonomía e inviolabilidad de la persona subyace a la lista del art. 14 y al principio enunciado en el artículo 19, mientras que el derecho a reclamar su protección se encuentra establecido en el art. 18

de la Constitución Nacional" (CSJN, "Díaz, Timoteo" Fallos 329:473 Voto Dra. Argibay). "Los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN 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); 15 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. También receptaba lo sentado respecto que deben presumirse los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

"Por último, mientras el art. 1078 C.Civil, luego de la reforma de la ley 17711 admitió la reparación de la afectación de la esfera espiritual de la persona a través del daño moral, sobre el particular el nuevo art. 1741 CCyC prevé de manera más amplia la "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales" legitimando al damnificado directo a reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo, para finalmente dirigirse al aspecto cuantitativo: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

"En lo que resulta de interés en los presentes, no ha perdido vigencia lo sostenido por la Dra. Matilde Zavala de Gonzalez al señalar que "cualquiera sea la concepción que se siga a propósito de la esencia del daño moral (atentado a un bien de

la personalidad, menoscabo de intereses extrapatrimoniales o alteración del equilibrio espiritual del sujeto) siempre las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenarán un daño moral." para continuar acerca de la evaluación de su importancia e indemnización a acordar que "si se parte del criterio que podríamos denominar abstracto, que atiende al derecho o interés motivo de ataque, intrínsecamente considerados, la reparación debía ser más o menos igualitaria frente a lesiones similares. Es que resulta evidente que la integridad personal encierra análogo valor espiritual cualquiera sea el sujeto de que se trate. En cambio, si lo relevante son, en concreto, las repercusiones subjetivas de la lesión en las afecciones de la víctima, averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias del caso a fin de esclarecer de qué modo y con qué intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual. Esta última opinión, que compartimos, es la que sigue de modo prevaleciente la jurisprudencia" (Dra. Matilde Zavala de Gonzalez (Resarcimiento de daños, Tomo 2ª, Edit. Hammurabi, 2da. Edic. ampliada Pag. 547/548).

"Finalmente, el nuevo ordenamiento en su art. 1740 impone que la reparación del daño debe ser plena y que ello consiste en restituir la situación de la víctima al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, pudiendo aquella optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.

"3.- Conforme los antecedentes fácticos y jurídicos expuestos, si bien estimo correcto que la sentenciante se haya apartado parcialmente de lo dictaminado por el experto en sus conclusiones (Punto C- fs.223), hallo ajustada la crítica contra la forma en que fue valorada la información que aquel

recabó, en tanto se corresponde con los restantes antecedentes detallados, estimándolos suficientes a los fines de acreditar los exactos sufrimientos y limitaciones físicas con impacto en la esfera patrimonial de los actores que debe ser reparada en forma plena, tanto como la extra patrimonial en su cuantificación, considerando la afección emotiva espiritual padecida.

“Al respecto procede atender a que el daño resarcible, más allá de la denominación que le puedan dar las partes, no está representado por la lesión en sí misma, sino por los efectos que ella produce, ya que no es resarcible cualquier daño, sino únicamente aquel que trae aparejado un resultado disvalioso que la reparación procura subsanar o compensar. De allí que, la indemnización que se pueda otorgar como consecuencia de la incapacidad generada, debe atender primordialmente a mantener incólume una determinada calidad de vida cuya alteración, disminución o frustración constituyen en sí un daño susceptible de mensura patrimonial.

“Para su evaluación se deben apreciar las actividades del sujeto aun fuera del ámbito económico o productivo, abarcando aspectos de la vida social, de relación y esparcimiento, vale decir, que la reparación para que sea plena no debe ceñirse únicamente al aspecto laborativo, sino que además, se debe evaluar el estado del damnificado previo al infortunio que generó la incapacidad, sin que quepa estimarla únicamente recurriendo a la aplicación de fórmulas matemáticas, sino determinándola también en función de pautas relevantes, tales como las circunstancias personales del reclamante. En función de lo expuesto, debe evitarse la superposición de los rubros reclamados que impliquen duplicar la indemnización por un mismo concepto, tal como sería que se reclame bajo una misma pretensión indemnización por incapacidad y a la vez por afectación de la calidad de vida”.

1.- Conforme lo expuesto, y 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 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 coprendido 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 original ..."

Respecto al porcentaje de incapacidad que afecta al actor, fue cuantificada por el perito médico en el 20% (fs. 153), contando con 34 años al momento del accidente, siendo el salario anual derivado de multiplicar por 13 el mensual (inclusivo del SAC), adoptándose para este último el

denunciado de \$3.101,65 (conforme recibo de fs. 9) y no controvertido.

Así, aplicando a la fórmula "Méndez" $C=a*(1-Vn)*1/i$ donde: $Vn = 1/(1+i)^n$; $a = \text{salario mensual} \times 75 / \text{edad del accidentado} \times 13 \times \text{porcentaje de incapacidad}$; $n = 75 - \text{edad del accidentado}$; $e, i = 4\% = 0,04$, se obtiene la suma por Capital de \$284.463,49, que es el monto al que accedería el actor por la disminución de su capacidad física conforme las pautas de reparación que la Corte Provincial estima justas por equipararse a las que se reconocen en la práctica judicial a cualquiera persona víctima de un infortunio y con semejante incapacidad (conf. Tribunal Superior de Justicia en la causa "SAMPOÑA PABLO c/ ASOCIART ART. S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expediente N° JNQCIA4 423964 - 2010- Acuerdo N° 20 de fecha 11.12.2019).

Dicho importe devengará intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén desde la fecha del accidente - 29.06.2010- hasta el efectivo pago y de conformidad al procedimiento fijado en el punto V (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. n° 1701/06).

F.-Analizando el reclamo por gastos de tratamiento psicológico, observo que se agrega a fs. 241/248 Historia Clínica del Hospital de Rincón de los Sauces por tratamiento entre los años 2015 y 2016 con diagnóstico "Episodio depresivo moderado" con intervalos de asistencia no inferior a la semanal y quincenal (fs. 241/248), y el dictamen de la perita por el que "recomienda que retome el tratamiento psicológico para poder resolver los conflictos emocionales ligados al evento traumático y mitigar sus secuelas aunque no existe posibilidad de que la huella vivencia traumática acaecida por el accidente y el valor del acto que el motivo en la vía del actor, ni desaparezca por más que pueda disminuir la

sintomatología y el padecimiento psíquico. Durante 6 meses y se estima un valor de \$700 por sesión, dependiendo del profesional" (fs. 341).

A tenor de lo expuesto, y en los términos del art. 165 del CPCyC, se reconocerá el crédito indemnizatorio por la suma de \$16.800,00 considerando la concurrencia semanal a la terapia (6 x 4 x \$700,00), suma a la que se adicionarán intereses a calcularse desde la fecha del dictamen (Julio/2017), hasta su efectivo pago, a la tasa activa del B.P. de Neuquén.-

G.- Respecto a la procedencia y cuantificación de daño moral que incluye el reclamo del actor, también he considerado y desarrollado en la causa "Cervero":

"Que las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenan siempre dicho daño, ahora receptado en el nuevo art. 1741, bajo la denominación de "no patrimonial", equivalente al "extrapatrimonial", y si bien no se ha definido su concepto, si se han fijado pautas para fijar su monto. Que en su análisis y cuantificación resultan relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar su entidad supone una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de que modo y con que intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

"El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto de naturaleza objetiva como subjetivas, pudiéndose enunciar entre las primeras las relativas al hecho mismo (sufrimiento físico y psíquico en el momento del suceso), a la curación y convalecencia (el dolor de la etapa terapéutica), y secuelas permanentes (lesión estética); sin descuidar las segundas que hacen a la particular personalidad del sujeto, conforme sexo, edad, etc..

"La prueba específica operará normalmente por vía de presunciones judiciales y hominis, es decir, por inferencia efectuada a partir de otros elementos, atento la imposibilidad de mensurar este daño de la misma forma material, perceptible a los sentidos que en el daño patrimonial. Por ello, cuando se dice que este daño no requiere acreditación, en general se está aludiendo a la imposibilidad de prueba directa, pero las presunciones que emergen de determinadas situaciones constituyen un medio probatorio indirecto. Las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenan siempre un daño moral, resultando relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de que modo y con que intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

"Que en tanto tal cuantificación constituye una "consecuencia de la relación jurídica" que no se hallaba firme al momento de la entrada en vigencia del CCyC -conforme expresa previsión del art. 7- quedó sujeta al nuevo régimen que estipula a tal fin que "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". "Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia. En este sentido se afirma: "No hay inconveniente en aplicar el nuevo CCyC a los juicios pendientes para cuantificar los daños (v.gr. ver art. 1746 CCyC). "Por qué no aplicar así los mecanismos de cuantificación previsto por la

nueva ley? (art. 165 parr. 3° CPCCN y CPCCBA)“ Una sentencia coincide con esta afirmación con fundamento en que “el artículo 1746 únicamente sienta una pauta para su liquidación. Otros votos afirman sin tapujos la aplicación inmediata.

“Dice el Doctor Sebastián Picasso: “A diferencia de lo que sucede con el resto de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, el artículo 1746 del nuevo Código resulta aplicable en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino a las consecuencias de ella (art.,. 7°, CCyC). En efecto, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima: únicamente sienta una pauta para su liquidación”. De allí que las sentencias dictadas con posterioridad al 1° de agosto de 2015, aunque se trate de juicios comenzados antes, deberían contener las bases cuantitativas y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine.”

“Jalil sostiene que “el modo de cuantificación de los daños se rigen por la ley vigente al momento de los hechos y no cuando esa liquidación se realiza”; la palabra “modo” no es aquí del todo clara pues luego afirma: “cualquier regla del CCyC, que imponga un aumento, atenuación o modificación (art. 1750) no es de aplicación inmediata a los daños producidos con anterioridad.” La norma citada no está referida a un modo de liquidación; solo expresa 29 que fijado el momento (por el modo que correspondía), puede ser atenuado. (Aida Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. Pag. 234/235).

“Que el C.Civil, en su art. 1078, no señaló pautas para cuantificar el daño moral, dejándolo librado a la prudente valoración jurisdiccional que admitía recurrir al auxilio de algunas guías cualitativas, dependiendo de la concepción que se le otorgara en cada supuesto, esto es, su función

sancionatoria o resarcitoria, deteniéndose en la gravedad de la falta o la reparación de la víctima, respectivamente.

“Lo cierto es que el nuevo art. 1741 del CCyC, al establecer expresamente que “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”, 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”, confortando 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/wpcontent/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractual-y-extracontractual.-Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf>)".

Y por último, que procede tenerlo por demostrado con el solo hecho de la dolencia padecida y las penurias que -es de suponer- de él se derivaron esencialmente en los planos emocional y espiritual del trabajador (CNAT, Sala IX, 29/10/04, S.D. 11.918, "Mamani Lupati, Carlos c/ TEL 3 S.A. y otros/accidente - acción civil"; íd., 10/05/07, S.D. 14.194, "De Souza Julio Antonio c/ Alto Paraná S.A. y otros/ Accidente - Acción Civil").

Que atendiendo la afección espiritual que experimentó el actor derivada de las secuelas incapacitantes del ilícito, particularmente por la limitación que genera a lo que constituye su profesión y los padecimientos que sufrió conforme tratamientos que requirieron sesiones de kinesiología, con analgésicos y quirúrgica para descomprimir la raíz derecha de la vértebra S1, generando que deba trasladarse marcha disbásica (conf. informe de fs. 152) y afectado por fuertes dolores físicos en pierna, cadera y brazo

que alteran su estabilidad emocional (conf. informe de fs. 341) estimo ajustado justipreciar el monto de la condena a favor del actor por el daño no patrimonial a la suma de \$140.000, de tal forma de acceder a una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento aplicándolo a la adquisición de bienes muebles que mejoren sus quehaceres diarios tanto como realizar un viaje de esparcimiento a lo largo de un mes.

Dicho importe devengará intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén desde la fecha del accidente - 29.06.2010- hasta el efectivo pago y de conformidad al procedimiento fijado en el punto V.

III.- En definitiva, conforme la incapacidad dictaminada y los antecedentes personales relevados, para considerar plena y justa la reparación dirigida a satisfacer el derecho conforme las pautas establecidas por la Corte Nacional interpretando el art. 14 bis y 19 de la Carta Magna, estimo que el actor debió acceder a una indemnización no inferior a \$441.263,49, resultante de sumar los tres conceptos anteriores.

IV.- Entonces, y atendiendo al marco fáctico y jurídico hasta aquí expuesto, resulta que si se coteja el importe indicado en el párrafo anterior con la prestación dineraria derivada de la fórmula que regula el art. 14.2 de la Ley de Riesgos de Trabajo, tal como fuera establecida en \$150.000, se comprueba que esta última representa el 33,99% de aquella, con lo que se acredita que la aplicación del art. 39.1 LRT al obstar a la plena reparación de la incapacidad, en el caso representa para el actor detrimento patrimonial del 66,01%, justificando así que se declare inconstitucional dicha norma por superar ampliamente todo límite de imposición que nuestro Máximo Tribunal Nacional ha considerado razonable para no condenarlo por confiscatorio; en el mismo sentido esta Sala III en la causa CHARRA MARIA PAULA C/ GALENO ART S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y

PERJUICIOS INCONST. LEY 24557 (EXTE. 405691/2009 - Sent. 15.12.2016).

V.- Por lo expuesto, propiciaré al acuerdo que, haciendo lugar al recurso, se revoque en todas sus partes la sentencia para condenar a la demandada Municipalidad de Rincón de los Sauces a abonar al actor dentro de los diez días de notificada el importe que se determine en la etapa prevista en el art. 51 de la L.921, por:

-La diferencia que resulte de descontar \$150.000 a la suma de \$424.463,49 -determinado en los puntos II -E y G- con sus intereses al 09.10.2015, adicionándole al saldo que se obtenga, los accesorios a la tasa activa del BPN hasta el efectivo pago.

-El monto de \$16.800 por gastos de tratamiento psicológico, con más sus intereses a la tasa activa del BPN a computarse desde julio de 2017 hasta el efectivo pago.

VI.- Dejar sin efecto la imposición en costas establecida en la sentencia recurrida, las que se imponen en ambas instancias a la demandada vencida (arts. 17 L.921 y 68 del CPCyC).

VII.- Dejar sin efecto la regulación de honorarios, y determinarlos en el 22% para el Dr. ..., en el doble carácter por el actor, tomando como base la planilla a practicarse en la forma señalada con inclusión de capital e intereses, y para los Dres. ..., por la demandada en el 10%, 4% y 4%, respectivamente (ars. 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 20, 39 y 47 L.1594), confirmándose los restantes.

VIII.- Fijar los honorarios de la Alzada en el 30% para los letrados de la parte actora y el 25% para los letrados de la demandada, de los determinados para la instancia de grado y que hayan actuado en el mismo carácter (art. 15 L.A. vigente).

El Dr. Ghisini, dijo:

Coincido sustancialmente con los fundamentos y sentido del voto del colega preopinante, pero disientiré sólo en el punto referido a la cuantificación de la indemnización del daño físico del actor.

En cuanto a la suma determinada en concepto de daño físico por el Dr. Marcelo Medori, debo decir que si bien comparto los fundamentos vinculados a la procedencia de este rubro, como así los parámetros utilizados para su determinación, tales como: salario -conforme recibo de fs. 9- \$3.101,65, edad al momento del accidente: 34 años y porcentaje de incapacidad: 20%. No estoy de acuerdo con la utilización de la fórmula Méndez, como propone el vocal que me antecede en el voto, debido a que esta Cámara de Apelaciones, en su mayoría, ha considerado, que como pauta orientativa se debe utilizar el promedio de las fórmulas "Vuoto/ Méndez".

De modo que, 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.

De manera que por "Méndez" se obtiene la suma de \$284.555 y por "Voto" la de \$112.341.

Consecuentemente, de acuerdo a lo explicitado párrafos más arriba, la cifra asciende a la suma de **\$198.448** (\$284.555 + \$112.341 = **\$396.896** dividido 2).

Por lo expuesto, y si mi opinión es compartida se deberá hacer lugar al daño físico por incapacidad sobreviniente por la suma de **\$198.448**, con más los intereses a la tasa activa del BPN S.A. desde la fecha del hecho (29/06/2010) y hasta su efectivo pago -según fuera propiciado en el voto que antecede.

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el **Dr. Jorge PASCUARELLI**, quien manifiesta: Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Ghisini, adhiero al mismo.

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

1.- Revocar la sentencia dictada a fs.501/506, y en consecuencia hacer lugar a la demanda incoada, condenando a la Municipalidad de Rincón de los Sauces a abonar al actor Bernandino Sánchez, en el plazo de diez días de notificada el importe que se determine en la etapa prevista en el art. 51 de la ley 921, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 17 ley 921 y 68 del C.P.C.C.).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que adecuados al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), se determinan en el 22% para el Dr. ..., en el doble carácter por el actor, tomando como base la planilla a practicarse en la forma señalada con inclusión de capital e intereses, y para los Dres. ..., ... y ..., por la demandada en el 10%, 4% y 4%, respectivamente (ars. 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 20, 39 y 47 L.1594), confirmándose los restantes.

4.- Regular los honorarios de la Alzada en el 30% para los letrados de la parte actora y el 25% para los letrados de la demandada, de los determinados para la instancia de grado y que hayan actuado en el mismo carácter (art. 15 L.A. vigente).

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

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pasquarelli
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA