



NEUQUEN, 01 de octubre de 2015

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**GALLARDO VILLANUEVA CLAUDIO HERIBERTO C/ RIVA S.A. Y OTRO S/ D. Y P. RESP. CONTRACTUAL PARTICULARES**", (Expte. **EXP N° 376796/2008**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini** dijo:

**I.-** La sentencia de fs. 657/659 y vta. rechaza la demanda interpuesta por el Sr. Claudio H. Gallardo Villanueva contra Riva S.A. y Luciano Riva S.A., por entender que el accidente del que fue víctima el actor fue producto exclusivamente de su actuar negligente.

Contra esa sentencia la parte actora interpone recurso de apelación a fs. 663, expresando agravios a fs. 684/693, cuyo traslado es contestado por las accionadas a fs. 695/697 y vta. y por la aseguradora a fs. 698/700 vta.

**II.-** En sus fundamentos expresa que le causa agravio que la jueza haya interpretado erróneamente los hechos sucedidos en ocasión del accidente denunciado.

Transcribe parte de la sentencia, y afirma que no es cierto que su parte no haya acreditado el estado de desgaste de la maza, ya que de una simple y atenta lectura de los testimonios brindados por los Sres. Castillo, Oros, Zurita y Ojeda, se ha comprobado no solo el mal estado y desgaste de la maza que utilizaba Gallardo, sino además que se le había sustituido el mango de madera original por un caño de hierro de gas para darle mayor peso al pegar, acrecentando el riesgo.

Critica la valoración que hace la a quo de la historia clínica obrante a fs. 224/227, en cuanto a que de la misma pueda extraerse, sin lugar a dudas, que el siniestro se produjo en la forma que allí se detalla. Entiende que, aunque



no se haya desconocido la misma, es absolutamente ilógico y apartado de la realidad, tener por acreditada la mecánica del accidente, pues la historia clínica fue confeccionada por profesionales de la medicina, a través de la incorporación de información absolutamente ajena a su parte.

Considera que yerra la jueza al interpretar que de los testimonios brindados por Oros, Castillo y Zurita, surja que al actor se le haya resbalado la maza. Luego de transcribir parte de los mismos, afirma no puede concluirse que existió negligencia de su parte.

Afirma que, si bien es cierto que el juez no tiene la obligación de referenciar todas las pruebas, en este caso, se imponía el análisis de las testimoniales de los cuatro compañeros de trabajo, que estaban a escasos metros del lugar del accidente al momento del hecho, por lo que no existe ninguna razón para obviar esta valoración integral.

Refiere que, si la a-quo hubiera leído y analizado los testimonios de Zurita y Ojeda, conjuntamente con los de Oro y Castillo, hubiera concluido sin lugar a dudas, que el accidente se produjo conforme se lo expusiera en la demanda.

Señala que, la antijuridicidad fue cometida por la empresa, quien no brindó capacitación para la tarea específica que desarrollaba el actor (solo fue acreditada capacitación genérica de seguridad en obra) y encima no otorgó el elemento de seguridad más importante y específico para esa función, esto es: ANILLO DE GOMA, para evitar consecuencias dañosas, conforme fuera informado por el perito en seguridad Ing. ... (fs. 421/425 y 435), quien da cuenta de que existen protecciones anulares de esponja de goma que absorben el golpe en caso de ser necesario, o bien utilizándose herramienta soporte, además de la utilización de anteojos y guantes.

En segundo lugar, califica de errónea la interpretación realizada por la jueza en relación a la causal



de exoneración de responsabilidad del art. 1113 del Código Civil.

Expresa que, la causa que exonera de responsabilidad al dueño o guardián, invocada por la sentenciante, exige mucho más que la simple culpa al desarrollar una tarea en las circunstancias impuestas por la demandada, especialmente con una maza desgastada, con puntas redondeadas y con mango de hierro, y sin el anillo protector, que si bien no hubiera evitado el accidente, sí habría impedido las consecuencias dañosas para el actor.

Sostiene que, la moderna doctrina exige culpa exclusiva de la víctima en la causa del accidente, es decir, que solo el actuar de ella haya sido causa del accidente, de manera tal que rompa la relación causal.

**III.-** Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, en primer lugar habré de expedirme acerca de la mecánica del accidente y la relación causal entre éste y el daño que presenta el trabajador.

Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño cuya indemnización se demanda ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que aquél prestaba a su empleadora, no puede prescindirse, a los fines de la apreciación de la responsabilidad, del principio objetivo que emana del art. 1113, párrafo segundo, del Código Civil...En ese marco, basta que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa, para que quede a cargo de la demandada, como dueño o guardián del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quién no debe responder" (autos "Rodríguez c/ Electricidad de Misiones S.A.", sentencia del 21/4/2009).

De acuerdo con los hechos relatados en la causa, el accidente se produce cuando el actor se encontraba en su puesto de trabajo, realizando replanteo de base, esto es,



marcando con estacas de hierro el perímetro donde luego se fundaría la estructura del edificio.

Ahora bien, no se discute que el infortunio se produce al utilizar el demandante, la maza para clavar las estacas de hierro, sino que la disputa radica en si el accidente se produce por la conducta negligente de éste o por la falta de elementos de seguridad necesarios y herramientas adecuadas para evitar o aminorar las consecuencias del mismo.

Así, las partes disienten en cuanto a la responsabilidad, pues mientras la actora le atribuye responsabilidad a la demandada, alegando la falta de elementos de seguridad y de herramientas adecuadas para dicho trabajo, ésta última se excusa alegando la culpa de la víctima en su producción.

Considero entonces que, a los fines de dilucidar la responsabilidad que se reprochan recíprocamente las partes, resulta de fundamental importancia analizar las pruebas rendidas en la causa.

En efecto, de la declaración testimonial brindada a fs. 293 y vta., por el Sr. José Luis Torre, jefe de obra, con respecto a las herramientas utilizadas, se desprende que: "... eran nuevas recientemente compradas, ya que se había formado una UTE para dar origen a la construcción de esta obra..." Sobre los elementos de seguridad para el personal de la obra, expresó: "...el obrero debía contar con ropa de trabajo, botines de seguridad, casco y guantes de mano. Estos elementos habían sido entregados y él los tenía colocados al momento del accidente..." en cuanto a la mecánica del accidente expuso: "...El estaba clavando una estaca en la cual la coordinación correcta del movimiento, es que la masa golpee la estaca y por una descoordinación del obrero, golpea la masa sobre su mano..." En cuanto a la masa como elemento riesgoso, sostuvo: "...se torna riesgosa si dicho elemento es usado incorrectamente...".-



A su turno, a fs. 294 y vta., declaró la Sra. Fernanda Deslinda Villaba, asesora técnica en Higiene y Seguridad de la obra penitenciaria llevada a cabo en la localidad de Senillosa, por la UTE Riva S.A. y Luciano S.A., quién en relación a los elementos de seguridad brindados al actor, expuso: "...Al momento del accidente tenía casco, botín, antiparras o anteojos, no recuerdo bien, pero no tenía los guantes..." AL preguntársele cual era el motivo, respondió: "...De acuerdo a lo que investigue no hubo respuesta por parte de Gallardo, era su obligación y no los estaba usando. Fue su negligencia. En cuanto a la herramienta utilizada, expuso: "...la que él usaba era una masa con mango de hierro que no era de propiedad de la empresa porque no cumple con las normas de seguridad...". En relación al siniestro dijo: "De acuerdo a lo investigado, el obrero Gallardo tomó mal el hierro y no prestó atención a lo que estaba haciendo, por eso se golpea. La culpa fue de él, no tenía guantes, agarró mal el hierro y al agarrar mal la masa y no prestar atención se golpea..."

A fs. 295 y vta., declara el Sr. Marcelo Apolinario Rojas, quién en relación al accidente que sufrió el actor, manifestó: "Entiendo por los comentarios que se golpeó con una maza..." "Normalmente son todas parecidas, de 2 a 3 kilos, la punta es cuadrada de hierro con mango de madera. Eran todas iguales, se compraban por cantidad, la única diferencia eran los kilos..." "...que yo recuerde todos tenían sus elementos de seguridad y todos hacían los cursos..." En relación al accidente dijo: "...Fue falta de coordinación, distracción, es muy difícil que se golpee la mano..."

A fs. 296 y vta., depuso el Sr. Osvaldo Zalazar Centurión, "...las mazas eran nuevas, era una obra recién empezada. Él estaba usando una maza de un kilo y medio con un cabo de madera y con esa maza se pegó en la mano. La punta de la maza era cuadrada no redonda". "...guantes, antiparras,



botines de trabajo, esos eran los elementos de seguridad que utilizaban ellos como ayudante..." Indica que el accidente ocurre: "Por mal manejo de la herramienta, por no calibrar su mano cuando estaba trabajando...".

De los testimonios transcriptos, surge que las herramientas que se estaban utilizando en la obra al momento del siniestro eran nuevas y que en esa oportunidad, el Sr. Gallardo tenía colocados los elementos de seguridad pertinentes (botines de seguridad, casco, guantes de mano). En función esos dichos testimonios, la culpa del accidente habría sido del propio Gallardo, quién por distracción o mal manejo de la maza se habría lesionado su mano derecha.

Ahora bien, sin perjuicio de los testimonios reseñados precedentemente, también obran en el expediente, las declaraciones de otras personas, tales como, Cristian Marcelo Castillo (fs. 343 y vta.) quién declaró: "...lo sé porque estábamos laburando junto con él, las herramientas que teníamos era una maza de fierro, supuestamente tiene que estar cuadrada y estaba redondeada baqueteada mal, tenía un caño de gas amarillo para que haga peso. Adentro del caño tenía otro fierro para que le diera peso a la maza para poder golpear. Él estaba replanteando y al estar plantando una señalización se ve que va a pegar y ocurre el accidente que el dedo le quedó ahí para atrás se ve que la maza no estaba en condiciones como para trabajar. Sobre los elementos de seguridad dijo: "...no te daban las cosas en la empresa, ibas a pedir guantes y no te daban te daban un par de botines, un pantalón la camisa el casco y listo. Lo sé porque estábamos ahí. Compraban 50 pares de guantes todos los días y si alcanzabas a rescatar un guante eras Gardel sino trabajabas así nomás. Compraban 50 pares para los que habían 200 personas más o menos...La maza en mal estado las puntas redondeadas, supuestamente cuando clavabas un fierro una estaca tiene que venir un material especial que cuando pegas si se resbala pega ahí, pero no tenía eso. SE



PEGO EL MAZAZO SE QUEBRO LA MANO..." "En ese año hubieron varios accidentes graves, lo sé porque estaba ahí laburando. Muchachos que han quedado sin dedos...".

A fs. 345 y vta., el Sr. Luis Alberto Oros, manifestó: "...estaba poniendo una estaca Gallardo, la maza y eso estaba mala, así que agarró el hierro la estaca y se resbaló por la maza que estaba en malas condiciones. La maza estaba soldada le habían puesto un caño de gas. Aparte donde estaba el peso estaba toda redondeada. La maza la utilizaba para clavar los hierros, las estacas para ir clavando las estacas de hierro...estábamos en el mismo sector yo estaba como a 3 metros de esto...si tenía elementos de seguridad tenía los botines, pantalón y camisa de grafa y el casco. Lo sé porque estábamos en el mismo punto de trabajo...se golpeó en el dedo, le estaba dando A LA ESTACA DE HIERRO con la maza y estando lisa la maza estaba toda redondeada paso de largo y le pegó en la mano en la parte del dedo, ahí pego el gritó y se fue para la oficina. Lo sé porque estaba a tres metros de él porque tenemos que ir mirando cada vez que ellos pongan las estacas tenemos que ir mirando ahí cómo va la línea..." Al repreguntársele sobre los elementos de seguridad específicos para la mano, respondió: "...No para el cuidado de las manos no teníamos ningún protector ni nada en la mano, ni guantes ni nada. No teníamos porque no había en el pañol...". En cuanto a sí han ocurrido otros accidentes: "...si han ocurrido otros accidentes lo sé porque lo he visto..." Acerca de las inspecciones en la obra, señaló: "...si vino una inspección de Buenos Aires y si tuvieron parada un par de días por que no estaban trabajando bien en condiciones..." Con respecto a la herramienta utilizada por el Sr. Gallardo: "...la maza en si estaba regastada desgastada las puntas, más o menos unos 3 kilos y mas el caño de gas y un fierro adentro para que hiciera peso estaba en 5 kilos más o menos de peso una maza nueva. Lo sé porque yo la vi a la maza y también por ahí la



usábamos nosotros le dábamos una mano. Además después que él se fue el día del accidente a la oficina la agarre yo la maza seguí yo poniendo estacas...”.

A fs. 353 y vta., Paulo Rubén Zurita señaló: “...yo estaba en la máquina de cortar bloques y el estaba haciendo replanteo, en la obra RIVAS en Senillosa...replanteo hacia lo sé porque yo trabajaba ahí al lado de él...estaba clavando una estaca cuando estaba haciendo replanteo, la maza más o menos pesaba 5 kg porque era maciza la maza y después tenía un fierro soldado y la punta donde ud. golpea estaba toda redondeada. Cuando él golpea la maza la maza golpea en el fierro y resbala y le pega en la mano. Esto sucedió en la obra de la cárcel que estaba haciendo Rivas en Senillosa...” En cuanto a los elementos de seguridad brindados por la empresa, dijo: “si tenía casco, botines, ropa de seguridad y guantes no porque no había. Ellos tenían que haber dado un tipo de goma que se pone con un agujerito en la estaca, eso nos cansamos de pedir y nunca nos dieron, que es el elemento de seguridad para clavar estacas...se golpeó la mano izquierda y se rompió el dedo y lo sé porque estaba ahí...” Con respecto a antecedentes de algún otro accidente, expuso que: “...yo tuve un accidente en la circular de banco, que es una máquina para cortar bloques. Luis Oro también tuvo un accidente...”.

Contrariamente a las consideraciones volcadas en oportunidad de analizar los testimonios de los señores Torre, Villaba, Rojas y Centurión, de las declaraciones transcritas se desprende que la herramienta utilizada por el accionante, consistente en una maza, no se encontraba en óptimas condiciones, sino que presentaba un mango de caño de gas para dotarla de mayor peso, y la punta estaba redondeada. Además, la firma no brindaba todos los elementos de seguridad laboral necesarios para evitar accidentes o minimizar las lesiones que se pudieran producir a raíz de un siniestro.





Debo resaltar que, un elemento de suma importancia a tener en cuenta, por la índole de la lesión sufrida y el tipo de trabajo realizado por el actor al producirse el accidente, es la falta de provisión de guantes.

Si bien la testigo Fernanda D. Villaba, Asesora Técnica de Higiene y Seguridad, en su declaración expresó que la empresa proveía de los elementos de seguridad, dejó un marco de dudas -que posteriormente fue disipado con los restantes testimonios- al señalar que el actor al momento del accidente tenía casco, botines, antiparras, pero no recuerda bien si tenía guantes.

En cuanto a los "guantes", de los dichos del Sr. Castillo se desprende que si bien la empresa proveía de ciertos elementos de seguridad, los guantes eran un elemento que escaseaba, pues no alcanzaban para todos. De los dichos de Oros, surge que si bien la empresa proporcionaba botines, pantalón, camisa de gafa y casco, para el cuidado de las manos no tenían ningún tipo de protección.

A su vez, en coincidencia con los testigos anteriores, el Sr. Zurita, expresó que no había guantes y que la empresa tendría que haberles dado un tipo de goma que se pone con un agujerito en la estaca, que es un elemento de seguridad que se utiliza para clavar estacas.

Por otra parte, en relación a los elementos de seguridad que debe brindar la sociedad para este tipo de tareas, resulta ilustrativa la pericia de fs. 421/425, de donde se extrae: "Existen unas protecciones anulares de esponja de goma, que absorben el golpe en caso de que se tome necesario. Hay casos en que debe emplearse herramientas soporte...Aparte se deben utilizar los elementos de seguridad como con las gafas de seguridad, que evitan el daño por desprendimiento de partículas y guantes que preservan las manos de los golpes y del impacto".



En lo que respecta a la herramienta utilizada "maza", los testigos coincidieron en que la misma no estaba en óptimas condiciones. Así, de lo expuesto por Castillo se extrae que la maza estaba redonda, baqueteada mal, tenía un caño de gas amarillo para que haga peso. De los dichos Oros, surge que, la maza estaba en malas condiciones, estaba soldada, le habían puesto un caño de gas y la punta estaba toda redondeada. Y Zurita, señaló que la maza tenía la punta toda redondeada, y tenía un fierro soldado.

Consecuentemente, al encontrarse debidamente probada la relación de causalidad entre el hecho y el daño, la empresa demandada no ha logrado demostrar la culpa del actor en la producción del evento dañoso, ello en función de que precisamente éste ha demostrado -a través de la prueba analizada- las malas condiciones en que se encontraba la maza con la que estaba trabajando, como así también la falta de elementos de seguridad para su empleo seguro (goma, guantes), situación ésta que torna operativa la responsabilidad de la demandada por el accidente sufrido por el operario en ocasión y con motivo de cumplir tareas en la obra llevada a cabo en la localidad de Senillosa.

**IV.-** Que a los fines del resarcimiento del daño reclamado por la lesión sufrida con motivo del accidente laboral, cobra relevancia la pericia médica de fs. 465/467, en donde se expresó: "...A raíz de una violenta contusión sobre la articulación del pulgar izquierdo, el actor padeció la ruptura capsular de la articulación, con luxación recidivante".

Agregando "Tras dos intervenciones quirúrgicas y con el transcurso del tiempo la articulación se fijó (anquilosis) en posición viciosa, en un ángulo de 90° hacia la cara dorsal de la mano, y solo quedó una mínima movilidad de la segunda falange del pulgar. Eso impide absolutamente hacer pinza con el índice y por lo tanto está severamente



comprometida la función prensil de la mano izquierda. Se trata del lado no dominante por cuanto el actor es diestro...".

En relación a los diagnósticos realizados por la A.R.T., la Comisión Médica N° 9 y médicos particulares, el perito manifestó: "Puede que en su momento esos diagnósticos hayan sido correctos, pero con el transcurso del tiempo la lesión metacarpofalángica del pulgar izquierdo del actor se ha consolidado en anquilosis, es decir, se ha fijado con una rigidez total, y en posición viciosa, lo que impide absolutamente cualquier grado de movilidad del dedo".

Respecto a la relación de causalidad entre el accidente y las lesiones padecidas dijo: "...existe un nexo de causalidad adecuado..."

En cuanto a las consecuencias que en el ámbito laboral tiene la lesión sufrida expresó: "Obviamente, con la severa imposibilidad de prensión con la mano izquierda que presenta el actor, no puede volver a trabajar en la construcción y en muchos otros oficios que requieren habilidad manual. Es muy difícil que con esa lesión pueda pasar un examen preocupacional para cualquier tarea manual, salvo que esta requiera únicamente el uso de la mano derecha...".

En lo que respecta al grado de incapacidad dictaminó: "Según el BAREMO GENERAL PARA EL FUERO CIVIL de ALTUBE Y RINALDI (pág. 192), y mi criterio profesional, el actor a raíz de la lesión derivada del hecho de autos, presenta una incapacidad del 20 %(veinte por ciento).

**V.-** Luego, a los fines de cuantificar económicamente el daño y, en particular, para cotejarlo con el monto percibido de la Aseguradora de Riesgos de Trabajo como prestación dentro del sistema reparadora de la Ley 24557, partiendo del grado de incapacidad determinado por el perito (20%), y considerando la edad al momento del accidente: 35 años, así como los ingresos denunciados: \$1186,97, resulta



que, siguiendo la formula MENDEZ, el monto de la reparación por la afección física, ascendería a \$104.713,57.

En cuanto al daño moral, resulta inaplicable su tarifación en relación al daño material. Para su determinación deben ponderarse múltiples factores como, por ejemplo, las características de la víctima, las particularidades del caso y la gravedad del daño.

Esta Cámara ha dicho que: "Es claro, entonces, que el límite de la indemnización a otorgar por los daños es el del perjuicio realmente sufrido; no más, pero tampoco menos" "Ahora bien, el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales". "Esto es así por cuanto, cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia" (autos: "Navarrete Hugo A. c/ RIVA S.A. LUCIANO S.A. UTE S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. N° 343.739/06).

Es necesario destacar que aunque no existan elementos determinantes de la procedencia del daño, atento la situación del actor, el hecho de haber quedado incapacitado, me lleva a presumir la presencia del daño moral. Sin dudas, saberse incapacitado para la realización de las tareas que venía efectuando, trae aparejado una perturbación de la tranquilidad, imposible de soslayar.

En tal sentido la jurisprudencia sostuvo: "Si la actividad manual desarrollada por el actor, la cual constituía no sólo su medio de vida sino su especialidad, resultó imposibilitada por el daño sufrido, aquél ha perdido la continuidad del sistema de vida -proyectado en esa actividad- que él había elegido desde los primeros tiempos de su edad laboral. Es ese un daño que se agrega a los padecimientos de



internaciones, tratamientos, dolores, enojos y fastidios por la alteración de sus actos y que constituye un factor, junto a los otros expuestos, que debe ser contemplado al determinar el daño moral. Más aún si el reclamante no tiene edad para iniciar otro rumbo en sus actividades habituales" (Autos: ALBORNOZ, Héctor Restituto c/ M.C.B.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - Sala: Civil - Sala C - Mag.: FUENTES - Tipo de Sentencia: Sentencia Definitiva - N° Sent.: C. 099763 - Fecha: 28/04/1992).

"En lo que hace a la reparación del daño sufrido como consecuencia de un accidente de trabajo, si el reclamo tiene como fundamento el art. 1113 de la ley civil, la incapacidad laboral solamente constituye una referencia a ponderar junto con otros elementos de acuerdo con el criterio fijado por la CSJN en los casos "Aquino" y "Arostegui". La determinación de la cuantía del resarcimiento debe efectuarse en procura de una comprensión plena del ser humano y su integridad física psíquica, tomando en cuenta que el valor vital de la vida humana no resulta apreciable tan solo sobre los criterios exclusivamente materiales, las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres, y la determinación de la incapacidad se ensambla con las consecuencias presumibles para la víctima en lo individual y social. En este tipo de reclamo también se incluye al daño moral (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - Sala: Sala VI - Mag.: Craig-Fernández Madrid - Tipo de Sentencia: SD - N° Sent. 63400 - Fecha: 27/10/2011 - Nro. Exp. 16184/07).

En definitiva, y al tomar también como parámetro, las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Cámara, teniendo en cuenta las circunstancias acreditadas en la causa y la repercusión negativa que ha tenido en la vida de la víctima, el monto por este rubro se estima prudencialmente en la suma de \$20.000.



En orden a lo analizado hasta aquí, el actor bajo el régimen legal común en que funda su pretensión y como consecuencia de las lesiones sufridas accedería a una indemnización de \$124.713,57.

**VI.-** Abordando entonces el planteo de inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley de Riesgo de Trabajo que limita el acceso del actor a la exacta reparación de su daño tal como se ha cuantificado, entiendo que resulta fundado y tendrá favorable acogida, luego de cotejarlo con el monto percibido bajo el aseguramiento tarifado de la Ley de Riesgos de Trabajo, N° 24557, por \$22.129,31, comprobándose el presupuesto que invalida los alcances de esta última norma, conforme lo sentado por la CSJN en la causa "Aquino c/ Cargo Servicios Industriales S.A." (Sentencia del 21/9/2004).

En el precedente mencionado, la Corte determina la invalidez ab initio de la norma en cuestión, argumentando la violación del principio de igualdad ante la ley: "la igualdad de tratamiento ante la ley -no exenta de razonables distinciones- no admite que se distinga negativamente a quienes ven lesionada su capacidad laborativa por un infortunio, privándole de aquello que se concede a los restantes habitantes en circunstancias similares. Ello, debido a la ausencia de toda relación lógica y normativa entre la condición de trabajador y la denegación del acceso a la justicia para solicitar la aplicación del régimen general previsto en el Código Civil, que no encuentra compensación adecuada en un régimen sustitutivo de indemnizaciones tarifadas, cuya adopción -y la ponderación de sus eventuales ventajas comparativas- no es producto de la libre elección de la víctima" -voto de la Dra. Higton de Nolasco-. Se destaca también en el mismo fallo que "mediante la eximición de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador, la Ley de Riesgos del Trabajo no ha tendido a la realización de la justicia social, sino que ha marchado en



sentido opuesto al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo y, en consecuencia, formular una preferencia legal inválida por contraria a la justicia social”.

Esta postura asumida por la Corte es mantenida en “Díaz c/ Vaspia S.A.” (Sentencia del 7/3/2006).

Desde esta concepción moral es claro que ningún retaceo al principio de reparación integral puede justificarse ya que la renuncia a un resarcimiento completo importa la subsistencia del daño y el sacrificio de la autonomía de la víctima en beneficio de otro u otros. En otras palabras, importa su explotación en beneficio de un tercero, vedada por el imperativo categórico que impone tratar al ser humano como un fin en sí mismo (cfr. Gueselaga, Eladio, “La limitación de la responsabilidad por accidentes y enfermedades profesionales” en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2010-I, pág. 125 y sgtes.).

En consecuencia, y tal como lo adelantara, la declaración de inconstitucionalidad solicitada en la demanda resulta razonable desde el momento que no se adecua a la manda del art. 14 bis, en cuanto brinda especial protección al trabajo y determina como uno de los fines del Estado la realización de la justicia social, del art. 16 -principio de igualdad ante la ley-, art. 17 -inviolabilidad del derecho de defensa-, art. 19 -alterum non laedere-, y art. 28 -prohibición de alterar los derechos y garantías constitucionales mediante las leyes reglamentarias- de la Constitución Nacional, ni a los principios emergentes de los tratados sobre derechos humanos incorporados al texto constitucional, instituir una prohibición de acceso a la vía del derecho común para el trabajador que ha sufrido un infortunio laboral, por el solo hecho de ser tal, negándole a aquél lo que se concede a otros en similares circunstancias.



Por tal motivo, declararé, para el presente caso, la inconstitucional el art. 39 de la Ley de Riesgo de Trabajo.

Conforme a las consideraciones expuestas, propondré al acuerdo que se revoque la sentencia de la anterior instancia, y se condene a las demandadas al pago de la suma de \$ 102.584,57 resultante de descontar a la indemnización fijada por \$124.713,57 lo percibido bajo el régimen tarifado por \$22.129,31, todo ello en base a la responsabilidad endilgada.

A dicho monto se le habrán de adicionar los intereses a la tasa promedio del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha del hecho (05/04/2006) hasta el 31 de diciembre de 2007; a continuación, entre el 1 de enero de 2008 y hasta el 31 de julio de 2015 a la activa del mismo banco; finalmente, desde esta última fecha hasta su efectivo pago, conforme lo establecido en el art. 768 del C.Civil y Comercial, se fija en la máxima aplicada por el BCRA para sus operaciones de descuento (activa).-

**VII.-** Por todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo se haga lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 663, y revocando la sentencia de fs. 657/659 vta., condénase a Riva S.A. Y LUCIANO RIVA S.A. (Integrantes de RIVA- LUCIANO UTE), a que en el plazo de diez (10) días de notificada la presente, abonen al Sr. Claudio Heriberto Gallardo Villanueva la suma de PESOS CIENTO DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$102.584,26), con más los intereses fijados en el último párrafo del capítulo anterior.

Las costas de ambas instancias serán a cargo de las demandadas vencidas y en función del resultado propiciado se dejaran sin efecto los honorarios regulados, debiéndose proceder a una nueva regulación de conformidad con lo dispuesto en la Ley Arancelaria vigente al momento en que se cuente con pautas para ello. Regular asimismo los honorarios





correspondientes a esta Instancia de conformidad con lo establecido en el art. 15 Ley 1594.

Tal mi voto.

**El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:**

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Revocar la sentencia dictada a fs. 657/659 vta., y en consecuencia, condenar a Riva S.A. Y LUCIANO RIVA S.A. (Integrantes de RIVA- LUCIANO UTE), a que en el plazo de diez (10) días de notificada la presente, abonen al Sr. Claudio Heriberto Gallardo Villanueva la suma de PESOS CIENTO DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$102.584,26), con más los intereses fijados en el capítulo VI.

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

**3.-** Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), en oportunidad de contar con pautas para ello.

**4.-** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 35% a los letrados de la actora y en el 30% a los letrados de las demandadas, de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

**6.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

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