NEUQUEN, 7 de agosto de 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"SAMPOÑA PABLO C/ CONSTRUCTORA TAPPATA S.A. S/D.Y P. INCONSTITUCIONALIDAD L.24557"**, **(JNQCI4 EXP** Nº **423964/2010**), 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.-Que a fs. 386/387 obra la expresión de agravios del actor fundando el recurso de apelación que interpusiera contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2016; pide se revoque y se haga lugar a la acción con costas.-

Cuestiona que la juez de grado considere que el accidente sufrido por el actor ocurrió por su propia negligencia por no usar los elementos de seguridad que a su criterio, le hubiese impedido caer, siendo que no se encuentra acreditado que el uso de elementos de seguridad –de haber contado con los mismos- hubiese evitado la caída; afirma que esa prueba se encontraba a cargo de la demandada y nada acredito al respecto.-

Señala que conforme el art. 1113 del Código Civil vigente a la fecha del accidente, se preveía la culpabilidad de la victima como eximente de responsabilidad estando la carga probatoria de tal extremo a cargo de quien aparece como objetivamente responsable, en el caso la Empresa demandada quien además, debió acreditar cuales elementos hubiesen impedido la caída y de que forma.-

Destaca que en el caso quedo claro que el actor se encontraba armando hierros sobre un encofrado, independientemente si se lo ubica sobre el mismo encofrado o sobre un andamio paralelo lo que da la pauta, de que aun no existía a esa altura ningún elemento fijo y resistente; y que el encofrado se arma en el aire solo apoyado sobre los

puntales que van al piso y aun no se llena la viga porque precisamente se arma para comenzar el armado del esqueleto del edificio pero no existe ningún otro elemento rígido que se encuentre clavado al inmueble.-

Indica que las arnés necesitan engancharse a un elementos fijo y resistente capaz de soportar el peso del trabajador; y que en todo caso solo se podrían enganchar sobre el mismo encofrado o andamio que ante la caída del mismo solo produciría que el trabajador cayera junto a él y además atado. Con lo cual el daño físico podría resultar superior.-

Critica que la sentencia sostenga que no quedo acreditado si el actor se encontraba sobre el encofrado o sobre un andamio, y que siendo elementos que generalmente se complementan y sus estructuras son parecidas pudo llevar a confusión a los testigos sobre todo, los que no presenciaron directamente el accidente.-

Agrega que el único testigo que se encontraba en el mismo piso que el actor y presencio el accidente fue el Señor José Eduardo Pardo quien declaro que ambos estaban en el mismo sector y piso, que el actor estaba en un sector manejando unos hierros arriba de un encofrado a 2,5 metros de altura y se le vino abajo el encofrado, cuando ocurrió el accidente el actor estaba arriba del encofrado por lo que supone que cedieron los puntales. Y con respecto a los demás testigos, si bien plantean alguna duda sobre la ubicación del actor –si estaba sobre el encofrado o sobre un andamio- resultan contestes en sostener que se encontraba sobre una estructura de madera –sea un encofrado o un andamio- que cedió y se desplomo produciendo la caída del actor.-

Argumenta que todos los testigo coinciden que el elemento sobre el que se encontraba el actor era una estructura móvil, que puede ser calificada como una herramienta por tratarse de elementos que no quedan unidos a la Obra sino que son reutilizables y de propiedad de la

Empresa; y que esa plataforma sobre la cual se encontraba el actor cedió y cayo produciendo la caída del actor.-

Asevera que yerra el A quo al sostener que no se probo que la cosa fuese riesgosa porque no se acredito que la caída obedeciera a un vicio y por lo tanto al riesgo; explicitando que el encofrado se arma para resistir hierro y hormigón durante varios días hasta que se seque y adquiera rigidez propia siendo muy pesados los materiales que se colocan sobre el encofrado para que luego formen la viga sobre todo cuando se trata de un edificio y por ello, deduce que la circunstancia de haberse desplomado es prueba suficiente del vicio en su armado no requiriendo de ninguna otra medida.-

Concluye que en autos quedo acreditado que el elemento sobre el que se encontraba el actor de propiedad de la Empresa demandada se desplomo. Produciendo un daño en su salud no encontrándose acreditado ningún eximente de responsabilidad objetiva por lo que solicita se revoque la sentencia de grado haciendo lugar a la demanda en todas sus partes, con expresa imposición de costas a la contraria.-

II.-Corrido el traslado de los agravios, contesta la parte demandada a fs. 389/390 y vta.; pide el rechazo del recurso con costas.-

Señala que el recurso considera sobrentendido por la Alzada circunstancias que debió incorporar a la causa, a modo de ejemplo cuando sostiene que “no fue acreditado que se entregaran arneses” y que razones de lógica llevan a concluir que no existen tales elementos de seguridad y que los arneses necesitan engancharse a un elemento fijo y resistente capaz de soportar el peso del trabajador”.-

Afirma que si esto fuese acreditado, es muy fácil señalar en base que si se trataba de un encofrado la cosa en cuestión como dijo al demandar el lugar fijo de donde asegurar el arnés, son tales hierros. Y por otro lado, si es que se trata de un andamio como declararon todos los testigos incluso

el mismo Quezada, también es sabido que tiene partes metálicas sobre las cuales anclar pero esto tampoco quedo claro ya que éste testigo dijo que en realidad no hubo rotura de ningún encofrado sino que Sampoña estaba parado en el andamio y que al resbalársele el aparato se fue para atrás, y se cayo siendo ello visto por la sentencia, al explicitar el relevamiento fáctico.-

Dice que contrariamente a lo afirmado por el accionante, quien tenia la carga de acreditar como ocurrieron los hechos, es quien pretende la indemnización; era a la parte actora a quien incumbía probar y acreditar todos loes extremos que intentan fundar sus pretensiones en la medida de su interés.-

En punto al nexo de causalidad, indica que también debió acreditarse cuando la demanda tiene apoyo en el articulo 1113 del Código Civil dado que es menester determinar en igual forma la causa, toda vez, en tales hipótesis no es suficiente que el trabajo sea causa ocasional o indirecta. Tampoco la supuesta cosa “encofrado” o “andamio” se ha probado como caída y que si esta “cosa ignota” se hubo caído, no es cierto que de ello se infiera automáticamente, la existencia de vicio o cosa porque de lo contrario cuestiona para que se exija probarlo si con cada accidente el riesgo o vicio deriva automáticamente.-

Cita en apoyo a su fundamentación lo resuelto por el Alto Cuerpo en el precedente “Bellegia” e indica que la sentencia atacada rechazó la demanda por cuanto debía probarse el primer elemento de la responsabilidad civil cual es la existencia de un hecho ilícito civil generado por actuar u omisión culposa.-

Concluye que siendo la regla general en nuestro ordenamiento la de atribuir la carga de la prueba de la culpa extracontractual a quien ejerce la pretensión indemnizatoria quien debía acreditar el incumplimiento (la omisión dañosa) es

quien pretende la atribución de responsabilidad; y distingue que el régimen de responsabilidad civil que emana del art. 1113 del Código Civil es diferente del que se apoyaba en el art. 1109 no solo en lo que se refiere a la distribución de la carga de la prueba, invertida en aquel y directa en este, sino con referencia al fundamento mismo propio de cada acción.-

Solicita se rechace el recurso incoada por la actora y rechace la demanda en todos sus términos declarando como fue peticionado, oportunamente, la pluspetición inexcusable.-

III.-Que a fs. 381 obra apelación de los honorarios regulados a los letrados de la parte actora por considerarlos altos interpuesta por la demandada, y por estimar bajos los fijados a los letrados que la asistieron.-

IV.-Abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que el damnificado accionó por la reparación del daño en base al art. 1109 del C.Civil, por el obrar negligente de la empleadora al ordenarle que se ubique sobre un encofrado que se encontraba deficientemente armado, sostenido por puntales, armado por su personal y con materiales de la última, lo que constituía una situación de riesgo, sin que se le haya entregado casco, calzado adecuado, arnés, guantes y ropa de trabajo, ni existir en la obra camilla, destacando además que la ayuda médica tardó mucho en llegar.-

Atribuyó también responsabilidad objetiva, a tenor del art. 1113 del C.Civil, al causarse el daño con una cosa viciosa de propiedad de la demandada y de la cual se sirve para obtener una ganancia.-

Que a tenor de la documental aportada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social-Superintendencia de Riesgos de Trabajo (fs. 156/172) no se encuentra controvertido el 12 de enero de 2009, el día en que aconteció el accidente laboral, la empleadora lo denuncia a la Aseguradora de Riesgos de Trabajo, describiendo que el

empleado damnificado, mientras se encontraba trabajando sobre un encofrado de una losa, éste se derrumba y aquel cae desde una altura aproximada de 2,50 m. fracturándose el sector dorso lumbar de la columna.-

Ello fue caracterizado por la Comisión Médica como accidente de trabajo y el 06 de septiembre de 2009 emitió dictamen con el diagnóstico de politraumatismo y fractura de 1° vértebra lumbar, que fue operada; dicho organismo prescribió prestaciones en especie que se ajustaran a las normas de la ética médica y el consentimiento informado.-

A su vez la ART reconoció el siniestro y brindó al actor las prestaciones que consideró adecuadas a los diagnósticos efectuados, otorgando alta definitiva el 11 de diciembre de 2009.-

Que al examen físico ante la Comisión Médica del día 22 de marzo de 2010 se constató "Columna dorsolumbar: en eje. Lordosis rectificada. Cicatriz mediana dorsolumbar de 15 cm. Otra cicatriz oblicua sobre región lumboilíaca izquierda (toma de injerto). Se palpan contracturas musculares a nivel dorsal y lumbar. Sensibilidad superficial y profunda: conservadas. Maniobras de Lasegue y sucedáneas negativas. Marcha eubásica pero lenta, posible sobre las puntas de los pies y los talones. Reflejos presentes y simétricos. Movilidad de columna dorsolumbar: rotación derecha 20 ° e izquierda 20°, inclinación derecha 10° e izquierda 10°, flexión 30°, extensión 0°. Causa o dificultad para desarrollar la tarea: Alta, para realizar tareas de construcción que impliquen la flexo-extensión de la comuna dorsal".

Que en la causa 420034/10 obra el dictamen médico del perito judicial (fs.71/75), que informa:

EXAMEN TRAUMATOLOGICO: Marcha disbásica por diminución de la movilidad de cadera derecha e hipoestesia miembro inferior derecho.,

MIEMBRO SUPERIORES. Cicatriz en pliegue de codo derecho de 4,5 cm. de longitud irregular. Dolor en región cervical con contractura. Asimetría de hombros, el derecho caído con disminución de la movilidad rigidez. Disminución de la elevación y abeducción. Elevación 80° con dolor región periartricular (tendinitis crónica hombro rígido).

MIEMBROS INFERIORES: Disminución de la movilidad de cadera izquierda dolor a flexión y aducción. Hipoestesia. Muslo derecho con hipotrofia de cuadriceps. Pulsos positivos y simétricos. Síndrome varicoso crónico.

COLUMNA: Lordosis de columna lumbar Cicatriz paraespinal izquierda de 13cm de longitud lineal hipocrónica – cicatriz a nivel iliaco de 5 cm de longitud donde se saco hueso para injerto. Disminución de la movilidad de columna rotación hacia la derecha 20° izquierda 25° flexión 40°.

RADIOGRAFIA DE COLUMNA LUMBOSACRA, placa con tornillos. Rectificación de columna lumbar.

DIAGNOSTICO: Paciente con secuela de politraumatismo, fractura de columna que requirió tratamiento quirúrgico colocación de placa-clavos injerto óseo para estabilización de la fractura, hipoestesia en miembro inferior derecho-hombro derecho con rigidez y limitación funcional.

INCAPACIDAD ACTUAL: LA SUMA DIRECTA

1) FRACTURA DE COLUMNA QUE REQUIRIO TRATAMIENTO QUIRURGICO OSTEOSISTESIS-INJERTO OSEO: 35%

2) HOMBRO DERECHO RIGIDO TENDINITIS CRONICA: 15%

3) HIPOESTESIS MUSLO DERECHO CON DEFICIT SENSITIVO RADICULOPATIA: 3%

4) CICATRIZ REGION QUIRURGICA : 3%

CALCULO DE LA CAPACIDAD RESTANTE (Método de Balthazard): 52,01%

Según “BAREMO GENERAL PARA EL FUERO CIVIL” de los Dres. José Luis Altube y Carlos Alfredo Rinaldi-año 2006 (pág.

160-198-133) Tipo: permanente, grado: parcial, carácter: definitivo.

Que a fs. 83/84 de la misma causa, el perito amplía el dictamen describiendo la suma total de incapacidad en el 39,25% y como factores de ponderación, teniendo en cuenta la edad, que amerita cambio de actividad laboral y tipo de actividad: 2%, 10% y 10%, con un total del 22%, obteniéndose un total de 61,25%.-

Que en base a dicho dictamen el actor y la ART alcanzan un acuerdo de pago de la prestación dineraria prevista en la Ley 24557 por $100.000 al 18.11.2011 (fs. 103/104).-

Finalmente, resulta de la presentación común que realizan actor y demandada a fs. 137 y vta de los presente, su coincidencia respecto al grado de incapacidad conforme lo establecido en los expedientes 420033 y 420034, y haciendo salvedad la última respecto al desconocimiento del nexo causal, la culpa de la víctima y las restantes defensas incoadas.-

En definitiva, dado el acaecimiento de un episodio que tuvo consecuencias dañosas para el actor, el agravio impone el análisis dirigido a constatar la concurrencia del presupuesto de la responsabilidad civil endilgada, en particular aquello que viene cuestionado: la conexión causal directa entre aquel y la actividad o inactividad desplegada por la empleadora e, indirectamente, con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño, tanto como la incidencia que tuvo en su acaecimiento la conducta de la víctima.-

V.-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).-

Que la a quo se pronuncia por el rechazo de la acción luego de concluir que el pretensor no había acreditado uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, esto es, que el hecho ilícito ocurriera por haber estado sobre un encofrado, y en su caso, que este último tuviera un vicio de construcción que provocara su desplome y la caída de aquel; por el contrario, consideró demostrado que se cayó sin que se desarmara el soporte y, al no estar sujeto, se precipitó al suelo.-

En consecuencia, respecto al episodio y evaluación de la conexión causal con la conducta de las partes, estimo relevante el aporte de la información que proporcionan los testimonios colectados, para crear suficiente convicción sobre la verdad de lo acaecido, al concurrir circunstancias que corroboran la fuerza de sus declaraciones, 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.-

Por un lado, el Sr. Canale, jefe del actor en la obra de la que era titular la empleadora, y el Sr. Fuentes Torres, jefe de personal, declaran que recibieron el informe de que el actor estaba desempeñando tareas de armador sobre una plataforma –dice el primero- o andamio –dice el segundo- cuando se cayó desde ese lugar.-

Que el aporte a la causa que realizan los testigos Correa Pardo y Quezada Anabalón -que se encontraban en el mismo piso del edificio- no dejan dudas sobre la existencia de la caída desde una ubicación elevada respecto del piso donde impactó con la zona del cuerpo con las consecuencias dañosas que describen los médicos en sede administrativa y judicial ya transcriptas, luego de que cedieran los apoyos del encofrado sobre el que estaba ubicado el actor con una herramienta que usaba haciendo fuerza para doblar los hierros de la viga que armaba, desplazamiento que lo arrastra sin poder hacer pie sobre el andamio.-

El relato del primero, de acuerdo a la última vez que lo vio al actor, lo ubica sobre el andamio y el encofrado, doblando y introduciendo los hierros para armar la viga, a uno 2,50 mts. de altura; explica que la caída se produce porque “se vino abajo el encofrado” al ceder “los puntales” que lo soportaban.-

El segundo reseña que el demandante se cayó mientras estaba parado en el andamio y hacía fuerza para doblar hierros con una herramienta que denomina “grinfa”, razonando que se le habría zafado dicho elemento, se resbaló, y al no estar firme, se fue para atrás, desde una altura de 2,20mts.-

Con lo expuesto se acredita que la tarea que se le ordenó cumplir al actor fue que a más de dos metros de altura debía doblar los hierros utilizando una grinfa, y para ello requería contar con otro elemento que es el plano/tabla sobre la que se aplica la palanca con aquella herramienta; así, parado sobre un andamio sólo podía concretar utilizando de apoyo al mismo encofrado, el que por su estado de construcción no soportó el peso y la maniobra de fuerza que se estaba realizando; luego, al ceder los puntales o soportes, el trabajador se ve arrastrado por toda esa estructura.-

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).-

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, si no 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 simultanea 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.)

Que la CSJN sostuvo como doctrina en la materia bajo análisis que ante la imposibilidad “de establecer con certeza científica cuál fue el grado de participación en el proceso de causación del daño, en tanto cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral basta que se pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa para responsabilizar al dueño o guardián del objeto riesgoso.”.-

Ampliando el razonamiento: “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, basta que

el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa para que quede a cargo de la demandada, como dueña o guardiana del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. (Insaurralde, Hilario contra Aceros Bragado MB S.A. y Otros sobre Accidente – Acción Civil – 10 de Diciembre de 2013).-

Que la calificación de cosa riesgosa que recepta el art. 1113 de. C.Civil no deviene de forma exclusiva de un objeto concreto susceptible de ocasionar daño, sino que pueden serlo en determinadas condiciones en que en contacto con aquel se cumple la prestación laboral e incluso la misma actividad desarrollada, de tal forma que se admite que el riesgo de daño se derive de la forma en que es ubicada o se usa aún cuando se pueda calificar de inerte.-

Que en el presente caso está acreditado que fueron los mismos bienes dispuestos por la empleadora en forma previa, concretamente los encofrados, los que cedieron y en su arrastre empujaron hacia atrás al actor, con razonable idoneidad para producir el daño por la altura en la que se hallaba parado, tal como lo describen los dictámenes médicos, desplazamiento que no fue detenido por la estructura del andamio en que se hallaba parado.-

En definitiva, la actividad realizada por el damnificado y la disposición de las cosas por parte de la empleadora demandada -en las condiciones que surgen de la prueba -permiten establecer el nexo de causalidad adecuado con la incapacidad que presenta y patología descripta.-

Así, concretado el recaudo causal exigido por la norma, el agravio del actor resulta procedente conforme a que la sentencia no se adecua a la doctrina nacional citada respecto al régimen aplicable en materia de carga de la prueba conforme la responsabilidad objetiva endilgada.-

Luego, y tal como lo dispone la segunda parte del art. 1113 del C.Civil, tratándose de un daño derivado de

la modalidad riesgosa en que la empleadora desplegó las cosas para desarrollar su principal actividad y que llevó al actor a caer desde una altura superior a 2 metros, al verificarse el factor de atribución de responsabilidad de tipo objetivo, le incumbía a la primera la carga de demostrar que su aporte no había sido determinante del perjuicio, probando la interrupción total o parcial de la causación por el hecho de la propia víctima o de un tercero.-

Que frente a tal exigencia, la demandada no aportó información sobre el "Estado de cumplimento en el establecimiento" que impone el Dec. 911/96, particularmente sobre "CAIDA DE PERSONAS", que claramente se vincula con el presente episodio, a los fines de constatar que se hubieran "adoptado las medidas necesarias para, circulación o trabajos, a una diferencia de cota de 2,00m" (art. 54), de que se habían cumplido "con las obligación de protecciones, según lo establecido en el Art. 52 (art. 55) y fundamentalmente en "Tareas de corta duración cinturones anclados a puntos fijos, sujetación inercial" (art. 57).-

Tampoco acerca del estado o condición de los andamios, y más aún si sobre ellos los trabajadores debían realizar fuerza o utilizar herramientas, de tal forma de constatar su "Rigidez, resistencia y estabilidad", que estuvieran "dotados de los dispositivos de seguridad correspondientes", asegurada la " inmovilidad lateral y vertical", que la ubicada a más de 2 metros contara con "barandas a 1,00 - 0,50 y zócalos", un "ancho total de 0,60m", con "tablones de la plataforma deben estar trabados y amarrados", que "El espacio máximo entre muro y plataforma no debe ser mayor de 0,20 m si es mayor debe colocarse baranda a una altura de 0,70 m" y en los "Montantes de andamios: verticales, dist. Max. 3,00 m, empotrados al suelo sustentados sobre calces apropiados que eviten deslizamientos"

(conf. arts. 222 inc. a,b,c),e), f), arts. 223, 224 a 228 del Dec. 911/96).-

Considerando el trabajo en altura, respecto a los elementos de seguridad y capacitación del personal, si bien los empleados jerárquicos Canale y Fuentes Torres informan que se proveían, se expresaron en forma general sin dar mayores precisiones, tal como ocurre con el testigo Quezada Anabalon cuando infiere que si se cayó, no se estaría usando el arnés, sin siquiera describir a qué pudo estar sujeto para garantizar su aplicación.-

De todas formas, la empleadora no aportó la constancia firmada por el actor de que le hubiera entregado dichos elementos (conf. Res. 231/96) y mucho menos sobre el "Programa de capacitación del personal en seguridad" (art. 3 inc. c Res. 231/96 que reglamenta el art. 20 del Dec. 911/96), y el comprobante firmado de habérselo dado (art. 1 inc. g) Res. 231/96).-

Tampoco existe el "Registro de visitas del Servicio de higiene y seguridad" (art. 3 inc. d) de la Res. 231/96, reglamentario del art. 20 Dec. 911/96), ni el informe de "Medidas preventivas de protección de caídas de personas" relacionada con barandas (inc. k) art. 1 Res. 231/96), o que haya dado aviso del inicio de la obra a la Aseguradora de Riesgos de trabajo y entregado dicho programa (Art. 1, 2 y 3 Res. 51/97).-

Que ante el conjunto de los presupuestos de la responsabilidad civil que hacen gravitar sobre la empleadora demandada las consecuencias dañosas que sufrió el accionante, aquella no comprobó que la conducta del actor, víctima, haya incidido en la conexión causal directa acreditada, y mucho menos que haya sido un tercero el que lo provocó.-

VI.-Alcanzada la conclusión de que en el caso concurren todos los recaudos que hacen civilmente responsable a la demandada por la indemnización de los daños sufridos por

el actor, procede abocarse al análisis de la procedencia del reclamo para que aquella se cumpla de manera plena, análisis que impone cotejar si la prestación dineraria percibida por el trabajador bajo el régimen especial de la Ley de Riesgos de Trabajo resulta insuficiente a tal fin, conforme haber introducido a tal fin el planteo de inconstitucionalidad del art. 39.1 vigente a la fecha del acaecimiento del accidente, que obstaba obtener semejante resarcimiento.-

Que en pronunciamiento que ya he citado como fundamento, la Corte Nacional con base en la previsión del art. 14 bis de la Constitución Nacional cuando dicta que el "trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes" y la protección reconocida a todas las personas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por sentencia del 21/09/2004 en la causa "Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S.A" (JA 2004-IV-16), reconoció que el trabajador es un sujeto de preferente tutela constitucional y tal amparo alcanza a que acceda a la indemnización cabal, justa y plena de los perjuicios que sufre con motivo de prestar su fuerza de trabajo a la empleadora, y en la que concluye en la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la LRT que impedía accionar para obtener semejante resarcimiento.-

Que en tal sentido estimo relevante citar aquellos aspectos que el Máximo Tribunal destaca a los fines de retribuir en forma justa para que el daño quede sin ser satisfecho, y que serán seguidos para resolver en el presente:

"… 3°) Que el art. 19 CN. establece el "principio general" que "prohíbe a los `hombres' perjudicar los derechos de un tercero": alterum non laedere, que se encuentra "entrañablemente vinculado a la idea de reparación". A ello se yuxtapone, que "la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 CCiv. sólo consagra el [citado] principio general", de manera que la reglamentación que hace dicho código 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" ("Gunther v. Estado Nacional", Fallos 308:1118, 1144, consid. 14; asimismo: Fallos 308:1109)

"En este sentido, la jurisprudencia del tribunal cuenta con numerosos antecedentes que han profundizado la razón de ser de los alcances reparadores integrales que establecen las mencionadas normas del Código Civil las cuales, como ha sido visto, expresan el también citado "principio general" enunciado en la Constitución. Cabe recordar, entonces, que el "valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia.

"No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres". Es, lo transcripto, la ratio decidendi expuesta ya para el 26/8/1975 (Fallos 292:428, 435, consid. 16; asimismo: Fallos 303:820, 822, consid. 2; 310:2103, 2111, consid. 10, y 312:1597, 1598, entre muchos otros), y que el paso del tiempo y las condiciones de vida que lo acompañaron no han hecho más que robustecer, sobre todo ante la amenaza de hacer del hombre y la mujer, un esclavo de las cosas, de los sistemas

económicos, de la producción y de sus propios productos (Juan Pablo II, Redemptor hominis, 52).

“En esta línea de ideas, la Corte también tiene juzgado, dentro del antedicho contexto del Código Civil y con expresa referencia a un infortunio laboral, que la reparación también habrá de comprender, de haberse producido, el "daño moral". Más aún; la "incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de (la) actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable". En el caso, fue juzgado que "la pérdida casi total de la audición sufrida por el actor, y sus graves secuelas, sin duda producen un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc." (Fallos 308:1109, 1115, consid. 7). De ahí, que "los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos aunque elementos importantes que se deben considerar no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio" (Fallos 310:1826, 1828/1829, consid. 5). En el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de chance, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos 308:1109/1117, consid. 9).

“Estos precedentes, por lo demás, se corresponden, de manera implícita pero inocultable, con los principios humanísticos que, insertos en la Constitución Nacional, han nutrido la jurisprudencia constitucional de la Corte. En primer lugar, el relativo a que el "hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente su persona es

inviolable y constituye valor fundamental respecto del cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" ("Campodónico de Beviacqua v. Ministerio de Salud y Acción Social", Fallos 323:3229, 3239, consid. 15 y su cita). En segundo término, el referente a que el "trabajo humano tiene características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, [...] normativamente comprendidos en la Constitución Nacional... Y ello sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan" ("S.A. de Seguros `El Comercio de Córdoba' v. Trust" Fallos 258:315, 321, consid. 10 y sus citas; en igual sentido, Fallos 304:415, 421, consid. 7). El Régimen de Contrato de Trabajo (ley 20744) se inscribe en esta perspectiva, cuando preceptúa que el "contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico..." (art. 4).

"En breve, como fue expresado hace varios siglos, no es la mano la que trabaja, sino el hombre mediante la mano: homo per manum.

"4º) Que la Corte, en "Provincia de Santa Fe v. Nicchi", juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera "justa", puesto que "indemnizar es [...] eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento", lo cual no se logra "si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida" (Fallos 268:112, 114, consids. 4 y 5). Esta doctrina, por cierto, fue enunciada y aplicada en el campo de la indemnización derivada de una expropiación y con base en el art. 17 CN. Empero, resulta a todas luces evidente que con mayor razón deberá serlo en la presente controversia. Por un lado, no está ahora en juego la

protección de la integridad patrimonial, esto es, según el citado precedente "Campodónico de Beviacqua", un valor instrumental, sino uno fundamental, la protección de la inviolabilidad física, psíquica y moral del individuo trabajador ante hechos o situaciones reprochables al empleador. Por el otro, la propia Constitución Nacional exige expressis verbis, y no ya implícitamente como ocurre con el citado art. 17, que la ley asegurará condiciones "equitativas", i.e, justas, de labor (art. 14 bis). Y aun podría agregarse que si el expropiado amerita tan acabada reparación, insusceptible de mayores sacrificios ante nada menos que una causa de "utilidad pública" (art. 17), a fortiori lo será el trabajador dañado, por cuanto la "eximición" de responsabilidad impugnada tiene como beneficiario al empleador, que no ha sabido dar cumplido respeto al principio alterum non laedere. Adviértase, por lo demás, que según lo indicó el juez Risolia, la regla de "Provincia de Santa Fe" transcripta al comienzo de este párrafo, es aplicable a los litigios por daños y perjuicios (en el caso, derivados de un accidente de tránsito), lo que "impone que la indemnización deba ser `integral' que vale tanto como decir `justa', porque no sería acabada indemnización si el daño y el perjuicio quedaran subsistentes en todo o en parte" (Fallos 283:213, 223, consid. 4 y su cita la itálica es del original). En términos análogos se expresó, en la misma oportunidad, la jueza Argúas: "en forma unánime la doctrina nacional y extranjera y la jurisprudencia de casi todos los tribunales del país, sostienen que la indemnización debe ser `integral' o justa [...] ya que si no lo fuera y quedara subsistente el daño en todo o en parte, no existiría tal indemnización" (p. 225, consid. 8). Asimismo, esta Corte reconoció la aplicación del art. 21 inc. 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de

indemnización justa", a reclamos fundados en violaciones al derecho a la vida, dando así a dichos bienes un alcance que trasciende la esfera de lo patrimonial (O.158.XXXVII "Oharriz, Martín J. v. Mº J y DD HH ley 24411" (resolución 111/1990), 26/8/2003)".-

A tenor de lo expuesto, contando ya con el monto de la prestación resultante de la ley de Riesgos de trabajo que percibió el actor por $100.000 al 18 de noviembre de 2011, se impone su cotejo con la indemnización que estimaré respetando las pautas sentadas por la Corte Nacional en el antecedente "Aquino".-

Que el daño sufrido por el actor se vincula con el derecho que tiene toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral, garantizado 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 la reparación del daño a una persona, 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. Nº 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 ínsito 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, "Diaz, 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 González 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 González (Resarcimiento de daños, Tomo 2ª, Edit. Hammurabi, 2da. Edic. ampliada Pág. 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 Nº 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 Nº 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 copprendido en todo valor indemnizable.-

“En “Mendez” si bien para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad (antes en la fórmula Vuotto era de 65 años) y reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo origina…”

Luego, atendiendo la presentación común realizada a fs. 137 y vta, respecto al porcentaje de incapacidad que afecta al actor, habré de seguir al 39,25% derivado de la patología y el 22% por los factores de ponderación, obteniéndose un total de 61,25%.-

También cabe atender a la edad de la víctima, que en el caso contaba con 50 años al momento del accidente, y el salario anual derivado de multiplicar por 13 el mensual(inclusivo del SAC), adoptándose para este último el de $2.429,10 informado a fs. 33 como valor Mensual del ingreso base por la ART, que no fuera controvertido.-

Así, aplicando a la fórmula “Méndez” C=a*(1-Vn)*1/i donde: Vn = 1/(1+i)n; a = salario mensual x 75 / edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad; n = 75 – edad del accidentado; e, i = 4% = 0,04, se obtiene la suma de $361.094,33.-

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

2.-Que luego, respecto a la procedencia y cuantificación de daño moral que incluye el reclamo de la actora, también he considerado ("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. Las 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. 3º 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. 7º, 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 1º 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 su funciones reparatoria. 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 remplazar 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 otro s/accidente - acción civil"; íd., 10/05/07, S.D. 14.194, "De Souza Julio Antonio c/ Alto Paraná S.A. y otro s/ Accidente - Acción Civil").

Que atendiendo la afección espiritual que experimentó el actor derivada de las graves secuelas incapacitantes del ilícito, particularmente por la limitación que genera a lo que constituye su profesión vinculada con la construcción desde los 16 años, y los padecimientos que sufrió conforme tratamientos que requirieron intervención kinesiológica prolongada, con analgésicos, y quirúrgica para estabilizar y fijar una placa a su columna, (conf. informe pericial de fs. 71/75 de la causa agregada por cuerda Exte. 420.034), estimo ajustado justipreciar el monto de la condena a favor del actor por el daño no patrimonial a la suma de $100.000, de tal forma de acceder a una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento aplicándolo a la adecuación de prestaciones habitacionales que mejoren sus quehaceres diarios tanto como realizar un viaje de esparcimiento a lo largo de un mes.-

3.-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 $461.094,33 a la fecha del siniestro, resultante de sumar los dos conceptos anteriores.-

4.-Entonces, y atendiendo al marco fáctico y jurídico hasta aquí expuesto, resulta que si se coteja el importe obtenido 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 $100.000, se comprueba que esta última representa el 21,69% 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 78,31%, 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.-

VII.-Respecto a la reparación del rubro reclamado como “gastos médicos”, a tenor de la asistencia y tratamientos profesionales que requirió la patología del actor, considerando que la última parte del art. 1746 del CCyC establece que “Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad”, y sin acreditaciones concretas, estimo ajustado cuantificarla en la suma de $5.000.-

VIII.-Por lo expuesto, se habrá de condenar a la demandada a abonar al actor el importe resultante de descontar la suma percibida conforme al régimen especial previsto en la Ley 24557 al crédito por la indemnización

conforme su condición de responsable civil del daño sufrido, y que asciende a la suma de $366.094,33, importe al que se le adicionarán intereses que se devengarán desde la fecha del accidente (12.01.2009) a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén hasta el 14 de agosto de 2015; y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C. Civil, debiéndose utilizar aquella hasta que la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. nº 1701/06).-

IX.-Al proceder el recurso de apelación del actor, propiciaré al acuerdo que se revoque la sentencia de grado, y en consecuencia, haciendo lugar parcialmente a la acción, condenar a la demandada a abonarle dentro de los diez días de quedar firme la presente la suma de $ 366.094,33, con más los intereses estipulados en los considerandos, con imposición en costas a la parte vencida en ambas instancias (art. 68 del CPCyC).-

X.-Que conforme lo postulado se habrá de dejar sin efecto también la retribución de los letrados intervinientes fijadas en la instancia de grado, derivando en abstracto el tratamiento del la apelación honoraria de la demandada.-

XI.-Que considerando los montos que resulten de la planilla de liquidación a practicarse por capital e intereses, se determinan en conjunto los honorarios de los letrados patrocinantes y apoderado de la parte actora en el 18% y 7% respectivamente, y a los que asistieron a la demandada en el 15% y 6%, conforme la misma representación invocada; para las Dras. ..., ... y ..., por su actuación en las audiencias en 1 (un) JUS, para cada una y para la perito psicóloga ..., en el 3% (arts.6,7,8,9,10, 11, 20, 39 s.s. y c.c. de la Ley 1594).-

XII.-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 que se determinen para la instancia de grado y que hayan actuado en el mismo carácter (art. 15 L.A. vigente).-

El Dr. Ghisini, 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. 370/376 vta., y en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la acción, condenando a la demandada Constructora Tappata S.A. a abonarle al actor ..., dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de **$ 366.094,33**, con más los intereses estipulados en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68 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 establecen en los siguientes porcentajes de los montos que resulten de la planilla de liquidación a practicarse por capital e intereses: determinan en el 18% y 7% respectivamente y en conjunto los honorarios de los letrados patrocinantes y apoderados de la parte actora, Dres. ..., ... y ..., y a los que asistieron a la demandada, Dres. ... y ..., patrocinantes en el 15% en conjunto y para el Dr. ..., apoderado, en el 6%; para las Dras. ..., ... y ..., por su actuación en las audiencias en 1 (un) JUS, para cada una y para la perito psicóloga ..., en el 3% (arts.6,7,8,9,10, 11, 20, 39 s.s. y c.c. de la Ley 1594), deviniendo abstracto el recurso arancelario incoado.

4.- Regular los honorarios de Alzada, en el 30% a los letrados de la actora y en el 25% a los letrados de la demandada, de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

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

ln

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