En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., A. y S. d. G., J. c/ E. L. J., P., A. A. y Sucesores de P. I. P. s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 53/12**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución nro. 1 (expte. nro. 545/07), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1201), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1121/1130vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora contra la sentencia definitiva 563/2011 del Juzgado de Ejecución nro. 1 de la jurisdicción (fs. 1121/1130vta., fs. 1131).

La sentencia venida en crisis rechazó la demanda incoada por A. G. y J. S. d. G. contra los Sres. A. P. y sucesores de P. I. P. propietarios del establecimiento denominado "L. J." de la localidad de

Paso de los Indios, no haciendo lugar al reclamo de indemnizaciones, opción ejercida por el art. 16 de la Ley 24028 respecto de J. G.; impuso las costas a los accionantes y reguló los honorarios de los letrados actuantes.

A fs. 1142/1159vta. obra agregado el memorial de agravios de la apelante actora. Solicitó la apertura a prueba por hechos nuevos acaecidos con posterioridad al auto de apertura a prueba en dicho escrito, lo que fuera acordado por este cuerpo por Sentencia Interlocutoria nro. 151/2012, requiriéndose la remisión de los autos "G., J. H. s/ declaración de fallecimiento", expte. 248/06 y expte. 180/08, lo que fuera remitido e incorporado al presente a fs. 1197.

En cuanto al memorial de arribo a esta Alzada, los recurrentes se quejan de la sentencia de grado luego de efectuar una síntesis de lo actuado, como primer agravio de la valoración de la prueba testimonial analizada por el a quo para arribar a la conclusión que J. G. no tenía una relación laboral con los demandados. Dice el apelante que el juez se desentendió de las declaraciones testimoniales de B. y B. quienes eran compañeros del fallecido. Analiza el testimonio de B. obrante a fs. 663 que da cuenta que J. G. estaba en el establecimiento para trabajar. En su crítica continúa señalando que se omitió valorar la causa penal "G. J. H. s/ muerte", expte. 504/1993 del Juzgado de Instrucción nro. 3 de Trelew, destacando en particular la declaración testimonial de B., peón rural que dio cuenta que J. G. trabajaba en la estancia (fs. 8 de dicho expte.). Dice que se ignoraron los testimonios más relevantes del proceso y se priorizaron los testimonios de quienes mantenían vínculos de amistad y

comercial con la parte demandada, caso de O. de fs. 441, y el caso de P. quien es testigo de oídas que tomo conocimiento por P. que el "muchacho" (J. G.) estaba de visita. Referencia al testimonio de fs. 622, M., quien por los dichos del padre sabía que J. G. estaba paseando. En cuanto al testimonio de H., lo califica como de favor. En el mismo sentido M. y A., que considera testigos de oídas, que se contradice con el testimonio de M. S.

Centra su queja en la ausencia de valoración del testimonio en causa penal de S. B. que describió el accidente, afirma el recurrente que el accidente se produjo por el vicio o el riesgo de la cosa.

Bajo el subtítulo "res ipsa loquitur" diciendo que más allá de los testimonios, los hechos hablan por sí mismos. La presencia de J. G. según los testigos S. que lo vio llegar y B. y M. que lo vieron trabajar, formula el interrogante que más allá de los testimonios de M., H., O. y P., como es posible que no siendo bienvenido por el padre permaneció tanto tiempo en el establecimiento.

El segundo *res ipsa* resulta de la forma en que muere J. G. Cayó al río al intentar cargar agua en el balde que era una tarea normal de los peones ante la falta de agua corriente (testimonio de B. y B.), afirma que murió trabajando.

El tercer "hecho parlante", que G. permaneció meses en el establecimiento rural, realizaba tareas de peón (testimonio de G.).

Por último, las tareas de G. beneficiaban al establecimiento ganadero, trabajando durante 5 meses mientras extraía agua del río necesaria para la subsistencia de los peones.

Cita doctrina en el marco del art. 23 de la LCT.

Como argumentos normativos adicionales, agrega fue probado en autos que A. G. fue contratado en el mes de marzo de 1993 para desempeñarse como encargado, máximo puesto o función que tienen esas explotaciones. El hijo J. G. actuó como auxiliar según art. 28 LCT.

La presencia de J. G. en el establecimiento, la realización de tareas y pese a la reiterada presencia de sus dueños nunca fue echado lo que revela que los P. lo autorizaron y/o convalidaron su contratación.

La aplicación del *in dubio pro operari* no solo en su extensión actual el art. 9 de la LCT sino en caso de duda respecto de la prueba.

Tercer agravio: el fallecimiento de la víctima.

El juez de grado sostuvo que no se acreditó el fallecimiento, no obstante tramitarse ante su juzgado la sucesión del mismo "G. J. s/ sucesión ab intestato", expte. 180/2008, que el propio juez dispuso que estando acreditado el fallecimiento... con el certificado de defunción a fs. 8... declaró abierto su juicio sucesorio.... Adolece el fallo de un grave error, a ello agrega los autos donde se dispuso declarar la muerte de J. G., DNI **.***.***, ocurrida el 31 de julio de 1993. Todos los expedientes son ofrecidos como prueba porque fueron promovidos con posterioridad a la apertura a prueba.

Cuarto agravio la cuestión de la responsabilidad. Admitió los hechos afirmados en la demanda pero se aparta de los mismos al considerar que no se acreditó la existencia de relación laboral entre las partes. Más aun en el fallo se reconoció que era una cosa riesgosa productora del daño, pero que era ajena a los dueños. El análisis de la cosa riesgosa es sobreabundante

porque no existió según el propio magistrado relación laboral. Se agravian por considerar que la cosa riesgosa era el río Chubut porque la causa fue la actividad laboral riesgosa, accedió desde un barranco con un balde de 20 litros de agua se resbala y pierde estabilidad.

Remite al testimonio de B. en cuanto dijo que fue a buscar agua porque no tenían agua corriente, no tenían luz, ni donde sentarse, ni camas, el generador eléctrico estaba roto y había dos molinos que también estaban rotos. En idéntico sentido el testimonio de fs. 8 de la causa penal 504/93 transcribiendo parcialmente la declaración. Los trabajadores no tenían lo elemental el agua que debían procúrasela del río. El día del hecho fue J. G. a buscar agua para lavar achuras para el almuerzo. La actividad que realizaba J. G. era riesgosa en pésimas condiciones de seguridad, resultando falaces las declaraciones de los demás testigos.

Otra consideración que formula es la supuesta culpa en que hubiera incurrido el fallecido. Dijo el a quo que el hecho de la víctima desplazaría la responsabilidad refleja.

Critica la afirmación del juez señalando que es distinto el hecho de la víctima que no está contemplado en el art. 1113 del CC como eximente de responsabilidad y, el segundo, culpa de la víctima, también confunde al calificar de refleja. Se equivoca al atribuirle culpa a la víctima por resbalarse en el río porque hubo un incumplimiento del deber de seguridad y la causa eficiente al someter al personal a buscar agua al río. Frente a las lluvias de invierno todo el barranco se encontraba húmedo, no existió ni negligencia ni

imprudencia del operario, sino que fueron inseguras las condiciones de trabajo.

Tampoco hubo caso fortuito como dice el a quo, el río siempre estuvo allí con su peligroso caudal la actividad fue riesgosa.

Alega hechos nuevos la declaratoria de herederos en expte. nro. 180/2008 y la declaración de fallecimiento expte. 248/2006, que fueron incorporados a autos por disposición en Sentencia interlocutoria de esta Sala nro. 151/2012.

2.- A fs. 1161/1181 contesta la parte demandada los agravios. Dice que lo demandado dista grandemente del memorial de agravios de fs. 49. Remite a la exposición policial de fs. 35 que debió ocupar a su hijo y que negaron los patrones, dio una versión distinta al introducir demanda a fs. 35, dijo que G. ocupó a su hijo 23 días, que si falleció el 31 solo estuvo 8 días.

El testigo B. dijo que comenzó a trabajar el 31 de marzo 1993 cuando su propio padre dice que lo contrató después de haber renunciado el 23 de junio de 1993 y ante la autoridad policial expresó que fue por 23 días. En igual sentido el testimonio de B.

Con relación a los testimonios cuestionados el actor en la oportunidad procesal nada dijo. Reanaliza las testimoniales brindadas y la información periodística agregada por esa demandada a fs. 115/116, que no se negó su autenticidad (fs. 940 y 932) y admitió su autenticidad.

La actora refiriéndose a la documental de fs. 932 dijo a fs. 952 que puso en tela de juicio la propia condición jurídica de la viuda de J. G. quien expuso que el fallecido era trabajador petrolero. Analiza el

testimonio de B. diciendo que las achuras estaban en el horno, por lo cual la versión de lavado no es veraz.

El apelante trata de sacar rédito de los dichos de Juárez intenta sostener que se contradice el sargento A., este declaró a fs. 647 y dijo que esperó a G. que venía con el hijo en el año 2000.

Señala que hay falta de sustento de la pretensión porque si M. C. G. es la heredera, los actores carecen de legitimación activa y no se produjo prueba alguna sobre el supuesto aporte económico de J. G.

Ratifica la reserva del caso federal.

Análisis

I.- Iniciaré el tratamiento de los agravios de la parte actora en forma conjunta.

El apelante funda su critica en la valoración de la prueba, si bien ello resultaría insuficiente desde la óptica del mandato procesal del art. 268 del CPCCCh, no obsta el principio general que "la libre apreciación de las pruebas reconoce en nuestro ordenamiento el marco legal de la "sana crítica", expresión que comprende la necesidad de valorar los distintos medios, explicando las razones que ha tenido el juez para formar su convicción al ponderar con un sentido crítico la variedad de pruebas" (elDial.com - AA7BE9); y que en el memorial individualiza circunstancias tendientes a demostrar una extralimitación en la apreciación de las reglas de la sana critica (ver Morello-Sosa "Cód. Proc…", t.III, pág. 365). Más aún, la credibilidad de una prueba testimonial no depende del número de deponentes llamados a esclarecer a la justicia, sino de la verosimilitud de sus dichos, probidad científica del declarante, latitud y seguridad del conocimiento que manifiesta, razones de la convicción que declara,

confianza que inspira, etc. Por ello, carece de importancia que uno de los testimonios sea individual o singular con relación a las circunstancias del caso, pues la verdad se examina ponderando todas las circunstancias que, analizadas con criterio objetivo, valoran el dicho de los declarantes”(elDial.com - AA5E66).

El primer tópico a dilucidar en virtud de la queja lo constituye la existencia o no de la relación de empleo del fallecido J. H. G. con los propietarios del establecimiento ganadero L. J. A. A. P. y sucesores de P. I. P., decisión de grado que trajo aparejado el rechazo de la demanda.

He de retrotraerme al inicio del pleito. A fs. 48 demandaron los progenitores de J. H. G. la suma de $107.406 (daño material y daño moral), denuncia que en junio de 1993 contrató a su hijo (fs. 50). A fs. 81/84 amplían y modifican la demanda. En ese escrito, denuncian que la relación laboral la inicio mayo 1993. Reclama por pérdida de chance evaluando en $43.200, y daño moral $30.000 haciendo referencia a que por ser los padres no resultan desplazados por ningún heredero forzoso.

En todo momento el objeto litigioso de los actores lo constituyó el reclamo de resarcimiento por el fallecimiento producido como consecuencia de un accidente de índole laboral del hijo, que se desempeñaba como peón ovejero, relación laboral que fuera negada por la demandada. Para mayor detalle a fs. 52 ejerce la opción del art. 17 de la Ley 9688 de accidentes de trabajo –responsabilidad objetiva art. 1113 del Código Civil (fs. 54)-. Al ampliar demanda a fs. 83vta. la opción del art. 16 de la Ley 24028 es

reafirmada por los accionantes.

No es veraz la afirmación del sentenciante de grado que al interponer demanda (fs. 48) se pretendiera el resarcimiento de la ley 9688, por cuanto desde la primera oportunidad ya se planteó la opción del art. 17 de dicha norma (art. 16 Ley 24028) en la ampliación peticionó la indemnización prevista en el art. 73 de la Ley 22248.

Es válido señalar, para indagar, que el accidente fatal sufrido por J. G. fue el 31 de julio de 1993 la legislación aplicable en el sublite es la Ley 24028. "Salvo las prescripciones de aplicación inmediata, la nueva ley (24028) no designa el momento de su entrada en vigor. Siguiendo los principios enunciados en el art. 2 del Código Civil se entenderá que el nuevo texto legal entrará en vigencia después de los 8 días de su publicación en el boletín Oficial. En suma, regirá a partir del 26 de diciembre de 1991" (Álvarez Chávez, "Nueva Ley de accidentes de trabajo", pág. 492 (comentario art. 19) ed. La Rocca).

A fs. 644 contesta el Ministerio de Trabajo de la Nación que el expediente solicitado no consta en los registros requerido por oficio 5 (fs. 634), con lo cual y ateniéndome a la documental acompañada al inicio de la demanda no puede inferirse que el accionante al denunciar la muerte de su hijo haya efectuando la opción del art. 16 de la Ley 24028 en sede administrativa. Sin perjuicio de lo cual, la accionada nada dijo al momento de contestar demanda, sin perjuicio de no ser requisito previo al momento de los hechos ni del inicio del juicio, además fue correctamente ajustada a derecho la competencia civil.

En materia de accidentes de trabajo rige la Ley

9688 y sus modificaciones (24028) por imperio del art. 106 de la Ley 22248.

Compartiendo la doctrina que transcribo, analizaré el presente caso: "Hasta la sanción de la Ley 24028 no existía texto legal alguno que proporcionara un sistema de aplicación e interpretación de normas de derecho común en el derecho del trabajo diverso del que –entre nosotros- y citando a Evaristo De Moraes Filho- había fundamentado Justo López: y según este el concepto de autonomía de la rama jurídica es siempre relativo, pero a condición que una vez reconocido el carácter especial de una rama del derecho, esta (y a sus conflictos) no se le puedan aplicar los principios de otra rama ni del mismo derecho común, contradictorios con los suyos propios e inconfundibles. Es a esto a lo que se refiere en lenguaje preciso y económico, el despacho de la Comisión tema I de las VII jornadas de Derecho Laboral…: "La interpretación y valoración de las normas del derecho civil aplicables al juzgamiento de las relaciones laborales debe ser efectuada con arreglo a los principios del derecho del trabajo, preservando su sentido tuitivo"" ("La acción civil por accidentes del trabajo y el art. 16 de la Ley 24028", por Mario Elffeman, publicado en JA-1993-IV, pág.880).

Pero dada la negativa de existencia del vínculo laboral por parte de la demandada, y estando entonces controvertida la existencia de la relación laboral alegada por los actores, donde la misma ha sido enfática y categóricamente negada, al no contener el RNTA una norma similar al art. 23 de la LCT, sobre el demandante pesa la carga de demostrar acabadamente la realización de tareas en beneficio de quien se sindica

como empleador, vinculadas principal o accesoriamente a la actividad agraria desarrollada por el mismo es decir, la suerte de su pretensión quedará supeditada a la acreditación de la subordinación jurídica -art. 2 RNTA-, escaso valor he de brindar a la nota de fs. 105 supuesta expresión del patrón que carece de fecha cierta, y de reconocimiento por el actor.

El Régimen Nacional del Trabajo Agrario, regulado por la Ley 22248, constituía un régimen autónomo, autosuficiente y excluyente de las normas del Contrato de Trabajo (art. 2, inc. c, LCT -t.o., art. 2 Ley 22248-), por lo cual este litigio -anterior, reitero, a la Ley 26727- debe resolverse de acuerdo a aquella normativa y con exclusión del régimen común de la LCT, incluyendo la presunción del art. 23 de la LCT, lo cual no importa desechar la aplicación de los principios generales del derecho laboral, pacíficamente receptados por la doctrina y jurisprudencia como una ineludible y necesaria derivación del principio protectorio, preceptuado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional (VAZQUEZ VIALARD y otros, "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo 6, pág. 643 y sigts., Astrea, 1985; ACKERMAN-TOSCA, "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo V -complemento-, págs. 33/34, Rubinzal- Culzoni, 2007; CAPON FILAS, "Régimen Laboral Agrario", págs.41 y ss., Platense, 1981).

Fueron desestimadas la excepciones de caducidad de la instancia y prescripción opuestas por la parte demandada en la instancia de grado confirmada a fs. 521/524, Sent. Interl. nro. 118/2003 de esta Sala B, decisión que llegó firme en este estadio de revisión.

En este orden de ideas, hay que priorizar el principio que en la materia laboral alcanza su mayor

expresión, de la primacía de la realidad material sobre la formal. “En todo juicio hay que investigar la verdad material por encima de la formal y es tarea fundamental que compete al servicio de justicia decir verdad por encima de las apariencias” (CS Fallos: 288:55, 292:211, 418:485).

Existe jurisprudencia que lleva a un extremo máximo principios de la disciplina en el sentido amplísimo de la apreciación de la prueba y sobre todo en materia de accidente de trabajo (CNacTrab., Sala VII, setiembre 7-92 DJ 1993-2-90), si bien no propicio la aplicación de esa postura, tampoco puedo aceptar la interpretación tan rigorista y formal del Aquo, pues cae en el olvido que en materia de derecho del trabajo los magistrados tienen como función primordial extremar la atención en busca de esa verdad material sobre la aparente y formal. Precisamente las normas laborales son asiento de los efectos presuncionales que juegan en beneficio del actor, y receptora de los principios generales en materia de derecho del trabajo, aun como en la especie se trató de un trabajador encuadrado en la normativa de la Ley 22248 para ser aplicables si previamente se admitieran como demostradas las condiciones de hecho mínimas de acuerdo a la naturaleza de las mismas, que permitieran hablar de la existencia del corpus de una relación de trabajo, de acuerdo a la circunstancia o relaciones que motivaron la presentación, y que sirvan para demostrar la existencia misma de la relación de trabajo (art. 2 Ley 22248), que son las que a su vez admitidas provocan el juego presuncional invocado, (sostenido conforme principio del art. 14 bis CN) y llevan a la conclusión, como en el presente caso, que las partes se encontraban

vinculadas por un contrato de trabajo, sin que se hubiese demostrado que era otro el vínculo que los unía.

El orden público laboral impone esta conducta al magistrado a los fines que los principios rectores, todos ellos de carácter tuitivo, no se vean alterados.

Bajo estos parámetros y conforme ya ha dicho este Tribunal todas las actuaciones glosadas en el expediente penal operan como prueba cierta a la hora de determinar causales de exoneración o atribución de responsabilidad, (ver M. Zavala de González, "Responsabilidad Civil").

Del testimonio de fs. 660/662, las respuestas del deponente dan cuenta de que al padre del fallecido lo contrataron como encargado del campo. También dijo que rara vez se abastecían de agua del río, porque había instalaciones, lo cual no desacredita las manifestaciones de fs. 7 y 8 y vta. de la causa penal expte. 504/93 que J. G. había ido a buscar agua. No puede descartarse lo declarado a fs. 854 (A.) que tomó conocimiento que J. G. iba a trabajar con el padre porque los vio salir y hablaban del trabajo. A fs. 881/882 (A. B.) afirma que J. G. fue a trabajar, que fue a sacar agua (J.G.) que las bombas no funcionaban, se aprovisionaban de agua del río acarreándola con un balde.

Por cuanto parte de la doctrina ha sostenido que si bien la LCT, en principio excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores rurales –conforme modificación de la Ley 22248- la presunción contenida en su art. 23, al configurar un corolario del principio protectorio que se encuentra recogido en la Constitución Nacional –art. 14bis- debe ser aplicado a

los mismos, siendo suficiente a tales efectos, la prueba de la prestación de los servicios sin que sea necesario probar que fueron prestados en relación de dependencia (ver Horacio Maiztegui Martínez, "El trabajador rural", pág. 59, ed. Rubinzal Culzoni-2005).

En cuanto a la existencia de relación de trabajo de G. con la estancia L. J., criterio del que no he de apartarme, y estos testimonios me inducen por la afirmativa, descartando la idea de que se encontraba en la estancia por actividades meramente afectivas, recreativas o deportivas.

En cuanto a la configuración de accidente de trabajo, superado el primer escollo, la existencia de relación de trabajo; y teniendo en cuenta que el infortunio laboral se puede definir como todo evento exterior al trabajador, cualquiera sea su naturaleza y modo de producción, que sobreviene con la prestación de tareas o en el curso de comportamientos de traslación, antecedentes o consecuentes de la misma, ocasionando directa o indirectamente lesiones mediatas o inmediatas con efectos incapacitantes (ver Álvarez Chávez, "Nueva ley de accidentes de trabajo –Ley 24028-", pág. 38, ed. La Rocca).

Conforme la ley especial (9688 y modificatorias), basta con que el hecho se halle en la ejecución del trabajo o en ocasión y por consecuencia del mismo (jurisprudencia en tal sentido DJ 1992.1.932).

Los datos emergentes de la causa penal (fs. 2, 7,8) las declaraciones de los participantes en el rescate demuestran el estado del lugar, la ausencia mínima de contención, más allá de la creciente del río, no se contaba con barandillas de seguridad de donde asirse, que la bomba de agua no funcionaba, que J. G.

había ido al río con el fin de obtenerla, y que además estaba trabajando conforme lo decidido precedentemente. Por mandato legal los empleadores rurales deben someter a sus dependientes a los exámenes preocupacional y periódicos (arts. 5 inc. "a" y 9 inc. "e", Ley 19587) y adoptar las medidas necesarias para que el trabajo se realice en adecuadas condiciones de higiene y seguridad a fin de evitar enfermedades profesionales o accidentes del trabajo (art. 97, Ley 22248, conc. con el art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, regulador del deber de seguridad impuesto al empleador) (elDial.com-WCDC).

Como el citado art. 16 de la ley de accidentes de trabajo permite al trabajador efectuar la opción de someterse a las reglas del derecho especial o del derecho común, opción que, realizada, resulta irrevocable y excluyente, pues no opera el principio "iuria curia novit", ya que no se trata de encarrilar una errónea invocación del derecho (cf. Altamira Gigena y Hünicken en Vázquez Vialard, "Tratado de Derecho del Trabajo", t. 4 p. 366 n° 63; Borda, "Tratado de Derecho Civil Obligaciones", 7ª. Ed. T. II, p. 504 n° 1670. CNTrab., sala III, en JA, 1980-I-260; TS Córdoba, sala trab. Marzo 14 de 1980, "in re". "Nuñez, Ricardo E. c. Sanchez y Ficcioni", B.J.C. XXIV-77), preciso se hace, como paso previo, encuadrar correctamente la cuestión.

Si bien es verdad que existió importante corriente doctrinaria que estudia el tema dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual (cf. Bustamante Alsina, "La responsabilidad civil por el riesgo de las cosas y los accidentes de trabajo" en La Ley 150-905; Borda, Kemelmajer de Carlucci, Mosset Iturraspe, Ramella, Morellom Millán, Salas y Goldenberg, criterio que sustentaran como integrantes de la comisión "G" en

las Primeras Jornadas Australes de Derecho, citados por el último de los nombrados en ED, 91-867), hoy todo ello ha sido superado, en materia de legislación y de doctrina. Coincidí -y aun pienso así- con el criterio opuesto, que la encuadra dentro de la esfera contractual (Llambías, "Tratado de Derecho Civil – Obligaciones", t. IV, p. 182, n° 2857 y "La acción de derecho común originada en accidentes de trabajo", en La Ley, 1979-C, 852; Trigo Represas, "La responsabilidad civil por el hecho de las cosas y los accidentes de trabajo", en DT, 1972-753; Colombo, "Prescripción de la acción resarcitoria del derecho común en los accidentes de trabajo", en DT 1967-609, Compagnucci de Caso, "Los accidentes del Trabajo y el régimen de responsabilidad civil", en "Revista de Trabajo y Seguridad Social", VI-680; "De la Fuente, "Los accidentes de trabajo y la acción de derecho común", en La Ley 1980-A, 989).

Es que la responsabilidad se origina en los daños ocasionados por el incumplimiento del deber de seguridad que el empleador tienen para con su empleado y que se deriva de la ley del contrato. El art. 75 de la ley 20744 (t.o. 1976), la impone un deber de preservar la integridad física del trabajador, en tanto ha celebrado con el un contrato de trabajo. Es decir, la causa inmediata de la obligación es, sin duda, un contrato, ergo, la responsabilidad tienen también dicho origen (cf. Altamira Gigena y Hünicken, op. y loc. cit., p. 389), más aún cuando la ley de accidentes de trabajo vigente que reemplazó a la anterior –24028 y 9688, respectivamente- no incluyó dentro de la norma que permite el ejercicio de la opción la expresión "por causa de dolo o negligencia del patrono" que daba

argumento a algunos doctrinarios para reforzar su criterio extracontractualista (ver Bustamante Alsina, su ponencia en las Primeras Jornadas Australes de Derecho).

Concluyo que de la síntesis de los testimonios que he efectuado párrafos anteriores, tengo por acreditado el accidente de trabajo fatal sufrido por J. G.

II.- Paso seguido corresponde analizar los conceptos y rubros reclamados. Cabe recordar que la acción especial, de la ley de accidente de trabajo y la acción de derecho común son diferentes en los requisitos a cumplir, como en el resultado a alcanzar. La primera requiere que el trabajador acredite el daño y que este sea por el hecho o en ocasión del trabajo o por caso fortuito o fuerza mayor inherente al mismo. La indemnización resultante es tarifada y reconoce un tope máximo. La acción civil en cambio exige la demostración del daño y de la relación de concausalidad y en caso de invocarlo, la acreditación del riesgo o vicio de la cosa. Si el reclamo prospera la indemnización será integral, ilimitada (CFed., octubre-12-92 DJ 1993-1-690).

A fs.48/65 se presentaron los actores padres del accidentado, reclamando daño material y efectuando cálculos detallando que el Sr. J. G. era casado "quedaron en una situación de total desamparo en lo que respecta a su cónyuge y los tres hijos de corta edad" (sic fs. 57). Y daño moral. A fs. 81 modifican y amplían demanda. En cuanto al daño material que dicen pérdida de chance consistente en la ayuda material a sus padres –los actores- sin desconocer ni modificar lo dicho a fs. 57 (fs. 82vta.) manteniéndose los mismos accionantes, J. E. J. y A. G. El estado civil de J. G.

es corroborado por el expediente nro. 180/2008 (agregado como prueba) en el que consta certificado de matrimonio celebrado por el causante con M. d. C. G. el 11 de octubre de 1991 y declaratoria de herederos Resolución nro. 2025/2011 como única y universal a la nombrada (fs. 636 y fs. 46 sin refoliar). Aunque la declaratoria de herederos no sea necesaria, si tiene virtualidad probatoria, pero no porque implique reconocimiento de la calidad de sucesor, sino en tanto este reconocimiento se apoya en un vinculo conyugal o parental con el difunto, que es lo relevante (ver Bueres Alberto "Cód. Civil…", t. 3A, arts. 1084/1085, pág. 256 ed. Hammurabi).

He de desestimar el reclamo por pérdida de chance efectuado por los padres actores, con los siguientes fundamentos que hago propios y la existencia de heredero forzoso.

"No cabe duda debe ser cierto, personal de quien lo invoca, y mantener relación causal adecuada con el hecho. Estos requisitos limitan naturalmente la pretensión resarcitoria de quienes alegan ser damnificados" (Bueres "C.C…", t.3ª, pág.223).

Aun admitiendo que no propicio que pudiera ampliarse a otras personas a raíz del fallecimiento del ser allegado, existe una función procesal que es acreditar, invirtiéndose la carga probatoria que el hecho luctuoso de la pérdida del hijo efectivamente produjo una pérdida de chance y alterándose el régimen común sobre legitimación sustancial. Lo que no ocurrió en autos, el padre era el trabajador, por su parte el hijo tenía familia, lo que da cuenta la propia demanda y la declaratoria de herederos acompañada. Hay una ausencia de acreditación de que el hijo fuera quien

aportaba a los padres.

"Los accionantes, padres del trabajador fallecido, no resultan desplazados por los herederos forzosos de la víctima que la ley coloca en un grado de preeminencia (viuda e hijos; cf. arts. 3545, 3546, 3567, 3570 y conc. del Código Civil) respecto del reclamo de autos, ya que no cabe entender que este (perjuicios por la pérdida de una fuente de asistencia financiera de los actores y el daño moral que a estos produjo la muerte de su hijo) se refiera a bienes y derechos integrantes del acervo hereditario del causante. En el caso del daño material, la procedencia del reclamo se encuentra sujeta a la prueba del perjuicio que, en el caso estaría presente si se acredita que el hijo fallecido contribuía al sostén económico de los actores" (elDial.com - AA4242).

Varía la postura respecto de la reclamación por daño moral de los padres del fallecido.

"El artículo 1084 del Código Civil establece una presunción del daño que el homicidio produjo al cónyuge sobreviviente, el que comprende "lo que fuere necesario para su subsistencia", sin embargo, esta circunstancia no excluye la posibilidad de que otros herederos necesarios (o incluso quienes no tuviesen ese carácter) tengan derecho a reclamar los daños materiales que el hecho ilícito les haya ocasionado (arts. 1077, 1079 y concs. del Código Civil), aunque en estos casos deberán ser probados los perjuicios que estos aleguen como fundamento de sus pretensiones. Este criterio, sin embargo no resulta aplicable a los padres del occiso respecto del daño moral, en tanto éste es evidente en virtud del vínculo existente entre ellos.

"La legitimación activa encuentra su limitación en

el art. 1078 del Código Civil, pero tal limitación solo se encuentra destinada a evitar la proliferación de reclamos pero no debe profundizarse por vía interpretativa. La limitación es suficiente en los términos legales, sin que corresponda negar reparación a quien haya quedado desplazado en el ámbito sucesorio. El artículo 1078 C. Civil otorga acción a los herederos forzosos como damnificados directos, no como sucesores, por eso no rigen las reglas del desplazamiento sucesorio.

Otro sector doctrinario y jurisprudencial no excluye a quienes invisten potencialmente el carácter de heredero forzoso del alcance que corresponde asignar a la locución empleada en el art. 1078 2ª parte del Código Civil y, por consiguiente, alcanzaría a los ascendientes. Que en esta corriente, Kemelmajer de Carlucci sistematiza las razones de su tesis, apuntando que no se contradice la terminología legal, pues un ascendiente, aunque existan descendientes, es también, potencialmente, un heredero forzoso; que la tesis contraria deja sin solución situaciones prácticas como la siguiente: ¿deben restituirse las sumas pagadas al damnificado si luego aparecen otros herederos forzosos?; que asimismo es axiológicamente negativa y no se compadece con la realidad, pues no existe dolor comparable al de la muerte de un hijo, ya que para el hombre común es incomprensible que el daño moral no encuentre eco en los tribunales solo porque ese hijo tiene descendientes; y porque la finalidad de la ley de restringir el número de legitimados no puede llegar al extremo de vulnerar la razonabilidad en soluciones que chocan, decididamente, contra un mínimo de equidad exigible al legislador.

La Corte Suprema de la Nación comparte la interpretación amplia sobre la legitimación activa de los herederos forzosos por reclamo de daño moral indirecto (F. 279 XXII, 'Frida A. Gómez Orue de Gaete y otra c. Pcia. de Bs. As s/ daños y perjuicios', sent. 3-XII-1993; B. 201. XXIII, 'Bustamante, Elda y otra c/ Pcia. de Buenos Aires s/ daños y perjuicios', sent. 10-XII-1996; C.S., 'Badín, Rubén y otros c/ Pcia. de Buenos Aires', sent 7-VIII-1997); y que pese a las razones vertidas en la primera postura, comparte la segunda, ya que el padre demanda sobre la base de un derecho propio y no hereditario: la norma se vale del orden sucesorio sólo para circunscribir la legitimación de los legitimarios, mas no para desplazar un heredero por tener otro un mejor derecho de acuerdo con las reglas del derecho sucesorio, puesto que de ser ello así, se contradice la finalidad perseguida en la norma, o sea, resarcir el sufrimiento que esa muerte causa en las legítimas afecciones de los parientes más cercanos del difunto. También se sostuvo "que en la interpretación de la ley se trata de dar preeminencia a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho. De modo que cuando la inteligencia de una norma basada exclusivamente en la literalidad de sus términos conduzca a resultados que sean adversos a ellos o provoque consecuencias notoriamente injustas, sea posible arbitrar otras compatibles con el fin común; y que 'una cosa es el orden hereditario y otra el orden de los afectos', por lo que cabe acoger el resarcimiento de los padres por el daño moral derivado de la muerte del hijo aun cuando en concreto no sean herederos forzosos. En consecuencia, este Tribunal debe

respetar la doctrina legal emergente de la Corte de la Nación, por razones de economía procesal y seguridad jurídica. Incluso la Sala Iª de esta Cámara ha resuelto, en idéntico sentido, que la madre del fallecido, aún cuando existan herederos forzosos de mejor grado de acuerdo al orden sucesorio (los hijos), se encuentra legitimada para reclamar daño moral (causa nº 97.238 RSD. 157/10 del 15.6.10, "C. c/ C. s/ ds. y ps.").

"Por lo demás, en cuanto a la entidad de la indemnización, es dable destacar que la existencia del daño moral en casos de homicidios, se aprecia como un daño *in re ipsa*: no requiere prueba específica y ha de tenérselo por demostrado con el solo hecho de la acción antijurídica" (SCBA. Ac. y Sent. 1988-II-114, DJBA 138-655; causa nº 107.581 RSD 147/09 del 27.10.09 de esta Sala IIª). (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro-Sala II, citar: elDial.com - SIA55).

No siendo parte del proceso la cónyuge supérstite, la cuestión del resarcimiento por daño moral se resuelve a favor de la madre J. E. J. y del padre A. G., y determino una indemnización total por este rubro de $20.000, con más los intereses a la tasa activa del Banco Nación Argentina para operaciones de descuento a partir del día del hecho 31 de julio de 1993.

Reclamaron también la indemnización prevista en el art. 73 Ley 22248. No dándose la premisa de la norma procede el rechazo del reclamo. "El caso de muerte del trabajador es contemplado por el art. 73, el que dispone que las personas enumeradas en el art. 38 de la Ley 18037, t.o. 1976 (hoy reformado por la Ley 24441), tendrán derecho acreditando el vínculo…".

"…la enumeración de las exigencias o requisitos para la procedencia de la indemnización es taxativa y no simplemente enunciativa,…" (ver Horacio Maiztegui Martínez, "El trabajador rural", pág. 204/205).

III.- Las costas y los honorarios de la instancia de grado se modifican por imposición del art. 279 del CPCCCh.

Las costas de ambas instancia se imponen a la demandada vencida conforme principio objetivo de la derrota (art. 69 del CPCCCh). Se difiere la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

1.- Hacer lugar a los agravios de la parte actora, revocar la sentencia venida en crisis y condenar a los propietarios de la estancia L. J. a pagar a J. E. J. y A. G. la suma de $20.000 en concepto de daño moral, con más los intereses conforme considerando respectivos.

2.- Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida, según considerando respectivo.

3.- Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento de Acuerdo.

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

EL Sr. Juez de la instancia de grado rechaza la demanda incoada por los Sres. A. G. y Sra. J. J. de G., contra los Sres. A. P. y sucesores de P. I. P., propietarios del establecimiento denominado "L. J." de Paso de Indios, no haciendo lugar al reclamo de indemnizaciones, opción ejercida por el art. 16 de la Ley 24028 respecto del Sr. J. G., por los argumentos vertidos y desarrollados en el presente decisorio.

Impone las costas a los actores vencidos, Sres. A.

G. y Sra. J. J. d. G. (art. 69 de la Ley XIII N°5) y regula los honorarios.

Tal decisión es apelada por los actores. Concedido el recurso, cumplen la carga procesal, arts. 262/263 del CPCCCh.

Luego de efectuar la síntesis del caso, dirige el primer agravio a la valoración de la prueba testimonial, ya que el sentenciante entiende que la demanda resulta improcedente por cuanto la parte actora no acreditó la existencia de relación laboral entre J. H. G. y los demandados.

Señala que el Sr. Juez admite la incorporación de dos declaraciones que acreditan la existencia de un vínculo laboral, B. y A., aunque omite valorar sus dichos y contraponerlos a las restantes testimoniales, incumpliendo el deber esencial de interpretar la prueba colectada, con mayor razón cuando el testimonio de B. y de B. en la causa penal resultan absolutamente preferibles porque se trata de compañeros de trabajo.

Se agravia porque se ha desentendido de dichos testigos, testimonios que el apelante transcribe en lo que considera dirimente, violando el a quo el art. 390 del ritual.

Sostiene que otra omisión por parte del sentenciante fue que no sopesó adecuadamente la causa penal, lo que reviste un valor probatorio superlativo, ya que las mismas se labran inmediatamente luego del suceso.

Surge del mismo la declaración de S. B. peón rural del establecimiento y testigo ocular del ahogamiento, quien resaltó lo ocurrido al personal policial y cuyos dichos demuestran la efectiva existencia del vínculo. Transcribe algunas respuestas que entiende confirman

sus reclamos. Testimonio que no se invalidan por la muerte de éste.

Pasa luego a referirse a los testimonios sobre los cuales el a-quo apoya su decisión, consignado el porqué de lo poco creíble de estos, amigos de los demandados, relacionados comercialmente, o del testigo que denomina todo terreno.

Resalta que los dichos de estos testigos son de oídas y agrega que S. contradice al sargento A. Indica que el agravio principal surge de la absoluta omisión de la valoración de la prueba testimonial ofrecida por su parte, que el juez prescinde de ponderar.

Existen hechos absolutamente comprobados en la presente causa que hablan por sí solos, tales como la presencia constante de G. en el establecimiento, reconocido por los testigos; el modo en que fallece G., y que el A-quo reconoce, que por acción u omisión G. se encontraba integrado a una unidad productiva y las tareas de G. beneficiaban a los demandados.

Cita doctrina.

Efectúan encuadramiento normativo alternativo de los hechos litigiosos que a su entender conducen a la misma conclusión, que existió una relación laboral.

Recocieron, dice, que D. A. G. fue contratado en marzo de 1993 para desempeñarse como encargado del establecimiento, lo que surge de los recibos de haberes, máxima categoría o función que tienen lugar en estas explotaciones, por lo tanto en caso que no se considere probada la contratación de J. G., resulta lícito y ajustado a derecho que trabajó como auxiliar de su padre, art. 28 de la LCT.

Señala lo que corrobora sus dichos, que ambos llegaron juntos a L. J., que realizaba tareas propias

de la explotación rural, y si no fue contratado por los P. lo fue por su padre, entendiendo que de la autorización para ello surge que nunca fue echado.

Cita doctrina y se refiere al art. 9 LCT.

En el tercer agravio, ataca la afirmación del sentenciante, en cuanto a que no se ha probado la muerte de J. G., lo que está acreditado en el expte. N° 180/2008 y 3695/00, actual 248/06.

Cuarto Agravio, la cuestión de responsabilidad:

Rechaza el Sr. Juez la responsabilidad, al no haberse probado la relación laboral, aunque admite los hechos afirmados en la demanda en relación con el luctuoso accidente.

El fallo, afirma *obiter dictum* que la cosa riesgosa productora del daño es ajena a los propietarios, lo que cuestionan enfáticamente, ya que debió reparar el A-quo que la cosa adecuada del accidente fue la actividad laboral riesgosa que ejecutaba J. G. para lograr el abastecimiento de agua, ya que debía acceder desde un barranco del río, pisando sobre una suerte de escalones de barro, que se encontraban resbalosos, al intentar sumergir el balde de 20 litros en el curso del río, o al extraer cargado de agua, se resbala, pierde estabilidad y cae al río, donde perece ahogado.

Se encuentra, dice frente a un claro caso de actividad laboral riesgosa, o frente al riesgo de la actividad. Menciona los dichos del testigo G. y B. Concluye que G. y los demás dependientes del establecimiento debían procurarse algo tan elemental como el agua mediante la realización de la riesgosa actividad, toda vez que el agua no era suministrada por el empleador por encontrarse fuera de funcionamiento

los sistemas al efecto, molinos o grupos electrógenos.

Señala que el riesgo de la actividad, encuadra en el art. 1113 del Código Civil. Cita jurisprudencia.

Otra cuestión que analiza se refiere a la supuesta culpa en que habría incurrido J. G. al llevar a cabo la maniobra consistente en extraer agua del río, desde unos escalones resbalosos, considerando el apelante que el a-quo enumera cuestiones muy diversas y hasta contradictorias, así argumenta que existió un hecho de la víctima que desplazaría la responsabilidad refleja, pero agrega que también existió negligencia, falta de atención, de precaución y diligencia, culpándolo por desconocer técnicas de nado y que ello habría sido la consecuencia del accidente, indicando que no deben confundirse "hecho de la víctima" con "culpa de la víctima" conceptos que cobijan situaciones diferentes, ya que el primero no está contemplado en el art. 1113 como causal de eximición de responsabilidad del dueño o guardián, y que el a quo erróneamente califica de refleja, cuando es directa y derivada de la peligrosidad de las cosas de su propiedad o de las que se sirve.

Indica que no fue la culpa de la víctima sino el incumplimiento del empleador al deber de seguridad la causa eficiente del accidente, al someter a sus dependientes a la necesidad de extraer agua.

Agrega que no ha existido un caso fortuito, el río Chubut siempre ha tenido el mismo cauce, podrá tener más o menos agua pero los demandados sabían que estaba allí, pegado al establecimiento por lo que debieron haber adoptado las precauciones necesarias, ya que no se trata de un hecho imprevisible.

Alegó el apelante hechos nuevos y pidió apertura a

prueba.

Los demandados contestaron los agravios y respecto del hecho nuevo entendieron que en nada modificaría la sentencia.

Admitido el hecho nuevo y la apertura a prueba fs. 1184/1186, se agregaron los expedientes solicitados a fs. 1197.

Los actores luego de varias vicisitudes al entablar la demanda, afirman que como consecuencia de la relación laboral que lo unió a P., propietario de la estancia "L. J." y teniendo atribuciones para ello contrató a su hijo J. H. G.

Que encontrándose en dicha estancia y al ir a proveerse de agua cae en el río Chubut desapareciendo, en consecuencia reclaman sus progenitores pérdida de chance y daño moral.

Los demandados niegan la relación laboral con el Sr. J. G. y todo reclamo.

El Sr. Juez entendió con fundamento en las testimoniales que valoró que no existió relación laboral entre P. y J. G. y que los actores no dieron cumplimiento a las exigencias de la normativa civil para la imputación de la responsabilidad, ya que intervino en el hecho una "cosa" ajena a los propietarios en cuanto se trata de un río y no surge que se sirviera de la misma para un objetivo de la actividad del establecimiento.

Llegó firme a esta instancia el encuadre normativo, Ley 24028, así como el fallecimiento del Sr. J. G. el día 31 de julio de 1993.

Resulta indudable que frente a las afirmaciones y negativas de las partes, debo valorar en debida forma las pruebas testimoniales acercadas a la causa, las que

en definitiva permitirán arribar a una sentencia justa, más allá de lo que es norma, doctrina y jurisprudencia sobre la facultad de los jueces en cuanto a la merituación de la prueba.

Sabido es que la apelación devuelve a la alzada la plenitud de la jurisdicción y este se encuentra frente a la reclamación en la misma posición que el inferior, es decir que le corrresponde iguales derechos y deberes, aunque el tribunal ad quem debe ceñirse, sí, a los puntos objetados, pero dentro de ellos tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el aquo (Roberto G. Loutayf, "Recurso ordinario de apelación en el proceso civil", pág.83 y sgtes.).

Con tales premisas y pretendiendo el apelante la revocación total del fallo, revirtió al tribunal de alzada la plenitud de su jurisdicción, de modo que me permiten analizar las cuestiones debatidas y el análisis del material probatorio que sea conducente.

Pues más allá que el Juez de la instancia de grado tiene la facultad para formar su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica, entiendo que en casos como los de autos, debió valorar las pruebas en su conjunto, pues a decir de Higthon-Areán en "Código Procesal Civil", en glosa al art. 386, "Se trata de un proceso intelectual, en el que aquel (el juez) debe desplegar todos sus conocimentos, su experiencia de vida y su intuición, tratando de arribar al resultado que juzgue más próximo a la verdad", de allí que deba advertirse, en caso como el de autos, las coincidencias de los testigos que estuvieron en la Estancia.

En la realidad de los hechos dificilmente exista una prueba conclusiva por sí sola, por ende, incumbe al

juez evitar el análisis o fraccionamineto excesivo del material probatorio para practicar, en cambio, una valoración sincrética y penetrante de la suma de los elementos de demostración.

En autos la prueba testimonial ha sido decisiva para el magistrado y advierto que la de los testigos de la actora no le ha merecido más que una sucinta referencia a la declaración de B. y A. (fs. 1126vta. al final).

Con relación a la relación laboral existente, advierto que el testigo A. B., quien trabajaba en la estancia (21 de abril de 1992 -13-10-93) declaró que J. G. fue con su padre a trabajar, que era peón ovejero, arreglaba alambres, recorría, sacaba animales empantanados, acarreaba en el río para la casa, acarreaba leña en una carretilla.

Asimismo, es claro en cuanto a la necesidad de acarrear agua del río por la falta de agua corriente, detallando el estado en que se encontraba el lugar "no teníamos agua corriente, no teníamos luz, no había con qué sentarse, no teníamos cama para dormir, no había colchones…", el generador eléctrico estaba roto, los dos molinos que acarreaban el agua del río no funcionaban.

Por su parte el testigo S. B., como bien lo señala el apelante, a fs. 13 del expte. encordelado, "G. s/ Declaración de fallecimiento", n° 248/2006, declaró que el Sr. A. G. empezó a trabajar como encargado, junto con su hijo J. H. G.

La testigo N. C. A., vecina del establecimiento, testificó que los veía salir temprano y vio que "él iba a trabajar con su padre".

Y reitero que resultan de gran valor y decisivas

las declaraciones testimoniales de quienes se encontraban en la estancia y cumplían funciones en ella, que aseveran que J. G. realizaba trabajos en el lugar, y las condiciones en que se encontraban los elementos que debían proveer agua, cuyas declaraciones aparecen veraces.

Más aún la declaración de quien se encontraba en el momento del hecho luctuoso, y cuya declaración prestada en sede prevencional al día siguiente del suceso, no aparece con fisura alguna, atento a la inmediatez, precisión y claridad de la exposición a lo acontecido.

Y los dichos de tales testigos no pierden fuerza ante las declaraciones de los ofrecidos por el actor, los que sin desacreditarlos, no resultan decisivos, toda vez que el testigo O. no sabe precisar la fecha en que estuvo trabajando A., 93, 94, 95 aunque luego dice que fue encargado en los años 93, 94, fue infinidad de veces al campo, y que no sabe el motivo de la presencia de J. en la estancia y escuchó a P. que recriminaba al padre por la presencia del hijo en la estancia, pero no sabe en qué quedó porque salió hacia afuera, cree que J. vivía en Comodoro, solo vio a J. G. una sola vez y que trabajaba en el petróleo, incluso andaba en el campo con un térmico y la única vez que lo vio estaba lejos y no sabe lo que estaba haciendo.

P. declara que hacía changas para viviendas N., que lo conoció a P. en el año 90 porque realizó trabajos en el campo, que la estancia en el 93 tenía un encargado que lo sintió nombrar, G., y lo vio una o dos veces acá en la G. S. M., que no sabe durante que tiempo trabajó G., que a la Sra. y al hijo no los conoció y al Sr. G. tuvo oportunidad de verlo en la G.

S. M. y que lo sabe por comentarios, que el hijo había ido a pasear a la estancia, que se lo comentó el Sr. P. y lo sabe porque el padre trabajaba allá. Relató que la última vez que fue al campo fue hace un año y nueve meses, efectuando la declaración el 24 de mayo de 2004, lo que significa que la última vez fue en agosto de 2002, en consecuencia todo lo testificado fue con anterioridad a la relación que unió a A. G. (fs. 661) con el demandado, antes del accidente, y lo que narra sobre el estado del establecimiento.

El testigo M., a fs. 838 declaró que sabe que el establecimiento estaba cerca del río porque se lo dijo P., cuando fue al campo para ver una camioneta en el año 1993 entre abril y mayo, llegó vio la camioneta y regresó, estuvo un rato, viendo al Sr. G. quien dijo ser el encargado, que para tomar mate sacaron agua del tanque y que había un molino, que "calculo que era el que abastecía al tanque", que no sabe realmente si el tanque funcionaba y no sabe si el hijo del Sr. G. trabajaba.

Testimonio que junto con el del Sr. M. H., no resulta conducente para lograr desacreditar los dichos de sus compañeros de tareas. Declaró que viajó a la estancia por los mismos motivos que M., permaneciendo un fin de semana, que fue recibido por el encargado del campo el Sr. A. G., fue en invierno y que fue a pescar con el hijo del Sr. G. quien le contó que trabajaba en el petróleo en Comodoro.

Asimismo, de la declaración de fs. 871, surge que el testigo M. A., respondió a la primera pregunta que le comprendían las generales de la ley, y si bien es cierto que ello no elimina por sí sólo la credibilidad del testigo, no es menos cierto que cuando carecen de

la precisión exigida, producen sospechas de parcialidad que hacen que el testimonio sea apreciado con mayor rigor, máxime cuando no se sabe con certeza respecto cual de las generales de la ley le comprenden y no coincide con aquellos testimonios que reitero sí resultan relevantes.

Ofreció el demandado prueba documental y solicitó se intime a la actora a la exhibición de la Nota del 29-4-93, la de fecha 7-6-93 y la del 17-6-93 (punto 4.) y a E., para que informe la autenticidad y entrega a sus destinatarios.

Al contestar el traslado el actor manifestó que no existían en su poder y que las desconocía, lo que reitera a fs. 678.

A fs. 1094/1096 se declaró la negligencia en la producción de dicha prueba, la que arribó firme a esta instancia, y con la misma se pretendía probar que el Sr. J. G. no debía permanecer en la estancia.

"Habiéndose acreditado la efectiva prestación de servicios por parte del actor para el demandado y no habiendo acreditado este las causales de excepción invocadas, debe operar la presunción contenida en el art. 23 de la L.C.T. como principio tuitivo común a todo el régimen laboral vigente, tal como sostiene el maestro Vázquez Vialard al afirmar que "no solo operan en el ámbito agrario los principios generales del derecho del trabajo, sino también la L.C.T. en caso de carencia normativa del RNTA, hipótesis de difícil verificación de todos modos en cuanto el último reproduce con algunas variantes las mismas instituciones que la L.C.T." (Vázquez Vialard, Director, en "Tratado del Derecho del Trabajo", ed. Astrea, Bs. As.-1985, pág. 671). En consecuencia, se

concluye que en el presente caso ha existido entre las partes un contrato de trabajo de índole o naturaleza rural desempeñándose el actor como peón rural dependiente del demandado" - Tribunal del Trabajo de Formosa, Sala - (causa: "Basualdo, Pedro c/Via, Antonio A. s/ Demanda Laboral" -Sentencia N° 30/02- de fecha 28/08/02; voto de los Dres. E. Dos Santos, N. Zorrilla, M. Linares), elDial.com - FCF2.

El art. 23 LCT, resulta aplicable supletoriamente al presente caso -se trata de un trabajador rural-, por lo que debe receptarse la presunción de que quien trabaja en el establecimiento de otro lo hace como dependiente, salvo prueba en contrario (Excmo. Tribunal del Trabajo de Formosa) (Causa: "López, Ramón" -Fallo N° 21/93-, Sala III, suscripto por los Dres. J. Saettone; M. Franco; A. Gallardo, elDial.com - AUA1D).

Es por lo considerado que concluyo que existió relación laboral entre el Sr. a J. H. G. y el Sr. P. I. P.

Basada en tal relación que admito, los progenitores del Sr. J. H. G. solicitaron indemnización por pérdida de chance y daño moral, ante su fallecimiento acaecido el 31 de julio de 1993, por entender que el mismo se produce al concurrir J. G. a buscar agua al río para preparar la comida, ante la falta de agua corriente, resultando responsable el demandado con fundamento en la omisión de las medidas de seguridad y en la responsabilidad objetiva del artículo 1113 del CC.

No existe discusión en autos que el Sr. J. H. G. falleció como consecuencia de la caída en el río Chubut, tal como lo dispusiera el Sr. Juez en autos "G. J. H. s/ Declaración de fallecimiento" expte. 248/06,

fs. 59/60.

Asimismo, he concluido que el mismo trabajaba en relación de dependencia con el demandado.

Formulada la opción del art. 16 de la Ley 24028, hoy derogada por imperio de la Ley 24547, el actor se somete a la suerte de la normativa común que gira en torno a la atribución de responsabilidad prevista en el art. 1113 CCiv., resultando admisible, tal como se ha señalado reiteradamente, que acumule la obligación de seguridad que preveía el art. 75 LCT en su anterior redacción y es que la norma no regula una obligación nacida o creada en el contrato de trabajo, sino que reitera un deber general de conducta, instaurado para proteger no solo a los trabajadores, sino también a cualquier tercero ajeno a la relación laboral que puede eventualmente ser dañado por las máquinas, instalaciones, etc., de la empresa.

Por lo tanto, la responsabilidad del empleador por el daño sufrido por su dependiente tiene su razón de ser en un deber jurídico preexistente al propio convenio celebrado entre las partes. No se trata del incumplimiento de una obligación creada en el contrato, sino lisa y llanamente de la violación de normas de seguridad.

Y es a partir de la 2da. parte del artículo 1113 CC, frente a la cosa peligrosa ante las circunstancias de tiempo y lugar, invierno, lluvia, nieve, necesidad de proveerse de agua, el empleador debió ofrecer prueba que lo exima de responsabilidad ante el daño causado, lo que omitió.

No puede reprocharse culpa al actor en los términos del art. 512 del CC si el accionar se desarrolló dentro de los límites de su obligación, lo

que fue permitido por el empleador y con los condicionamientos a que se hallaba sometido por las circunstancias ya examinadas y que surge de la declaración de los testigos, quienes coinciden en que la bomba ni el molino funcionaban y el modo en que debían proveerse el agua. “no teníamos agua corriente, no teníamos luz, no había con qué senterse, no teníamos cama para dormir, no había colchones…”, el generador eléctrico estaba roto, los molinos que acarreaban agua del río, no funcionaban.

La actora desconoció la prueba agregada y reservada a fs. 370, la que se refería a la bomba de agua y a la bobina del generador, prueba que fue posteriormente desestimada por el sentenciante

El demandado no probó para poderse eximirse de responsabilidad como pretende, en forma clara, concreta y eficiente la culpa de la víctima o de un tercero por el que no deba responder, ya que la caída y desaparición de J. G. se produce como consecuencia de ir en un día de invierno, y en las condiciones en que se encontraba el lugar, en busca de agua para necesidades básicas como es la comida, agua que no era provista por el empleador.

Con su accionar al no dotar de los medios necesarios para la vida en el campo tal lo exige el Régimen Nacional de Trabajo Agrario en el capítulo III y el decreto reglamentario, “el patrón toleró directa o indirectamente el accionar del trabajador, en consecuencia la negligencia o imprudencia que imputa el actor (fs. 157 y sgtes.), supone una negligencia propia, al permitir -reitero- que se viviera en la estancia en las condiciones que dan cuenta los testigos y las fotografías acompañadas, en los términos del art.

75 de la LCT (cf. "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por Vázquez Vialard, t. 4, págs. 410/413, párr. 87, ed. "Astrea", Buenos Aires, año 1983 y señero fallo de la S.C.B.A. que ante el incumplimiento de las previsiones de Ley de Seguridad e Higiene n° 19587 ha determinado la responsabilidad civil, en los términos del art. 1113, 2da. parte, in fine, del C.C. de la empleadora ("S., J. c/ M. B. S.A.", fallo del 28/05/91, J.A. sup. n° 5769). La referida norma laboral expresamente ordena al empleador "... adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarios para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad del trabajo". Se probó en forma clara y precisa acerca del modo en que se ha incumplido esta obligación y, desde ya, esa conducta del empleador es contraria al ordenamiento jurídico, configura también el presupuesto de la responsabilidad sometido a análisis.

Admitida la responsabilidad del demandado, he de referirme a los rubros indemnizatorios solicitados como daños, pérdida de chance y daño moral.

El demandado al contestar los agravios en el punto 112, manifestó que el hecho nuevo alegado por la actora en nada modifica el decisorio atacado y en todo caso sirve para corroborar la falta de sustento de la pretensión ejercida y ello así porque si la heredera de J. H. G. es M. d. C. G. es nítida la ausencia de legitimación activa de los actores, ya que sería la nombrada la única titular del pretendido derecho resarcitorio derivado de la muerte de su cónyuge, a lo que se suma que ninguna prueba se produjo en la causa

acerca del supuesto "soporte económico de mis mandantes" que representaría el fallecido.

Y dando respuesta a ello, son los padres del causante quienes reclaman en autos el resarcimiento de los daños y perjuicios que les produjo la muerte de su hijo en el accidente denunciado en el inicio. Concretamente reclaman indemnización por daño moral e indemnización por pérdida de chance, es decir, de la privación de la posibilidad cierta de que sus mandantes reciban de su hijo mayor asistencia económica una vez ingresos en la edad pasiva.

Y al contestar la demanda no se opuso a dichos rubros, sino que efectuó planteo subsidiario en punto a la determinación del monto indemnizatorio.

Y he de admitir ambas requerimientos toda vez que los accionantes no resultan desplazados por los herederos forzosos de la víctima que la ley coloca en un grado de preeminencia (viuda e hijos, cf arts. 3545, 3546, 3567, 3570 y conc. del Código Civil) respecto del reclamo de autos, ya que no cabe entender que las peticiones formuladas, "se refieran a bienes y derechos integrantes del acervo hereditario del causante".

Los derechos de la cónyuge, "no excluye la posibilidad de que otros herederos necesarios (o incluso quienes no tuviesen ese carácter) tengan derecho a reclamar los daños materiales que el hecho ilícito les haya ocasionado (arts. 1077, 1079 y concs. del Código Civil), aunque en estos casos deberán ser probados los perjuicios que estos aleguen como fundamento de sus pretensiones".

"Este criterio, (prueba), sin embargo no resulta aplicable a los padres respecto del daño moral, en tanto este es evidente en virtud del vínculo existente

entre ellos (en sentido análogo SD. 55.046 del 16/10/87 en autos "C. d. N., M. C. por sí y en representación de sus hijos menores c/ M. e h. S.A. s/ art. 1113", del registro de esta Sala).

"La legitimación activa encuentra su limitación en el art. 1078 del Código Civil, pero tal limitación solo se encuentra destinada a evitar la proliferación de reclamos pero no debe profundizarse por vía interpretativa. La limitación es suficiente en los términos legales, sin que corresponda negar reparación a quien haya quedado desplazado en el ámbito sucesorio. El artículo 1078 C. Civil otorga acción a los herederos forzosos como damnificados directos, no como sucesores, por eso no rigen las reglas del desplazamiento sucesorio. En el mismo sentido la Cámara Civil ha fijado la siguiente doctrina plenaria: "cuando del hecho resulta la muerte de la víctima, los herederos forzosos legitimados para reclamar la indemnización por daño moral según lo previsto por el art. 1078 del Código Civil, no son solo los de grado preferente de acuerdo al sucesorio" ("Ruiz, Nicanor c/ Russo, Pascual", 28/2/94).- S. 89.073 CAUSA 8.197/2000 - "Insaurralde, Jorge Raúl y otro c/ Transporte Olivos SA s/ accidente - LEY 9688" - CNTRAB - SALA III - 24/09/2007.El dial AA4242).

En cuanto al daño moral, en el caso el sufrimiento de los padres por el fallecimiento del hijo como señalara no debe probarse, más: no debe discutirse ya que el padecimiento moral es claro y debe ser reparado.

Esta Sala ha sostenido que para su determinación no debe estarse a porcentajes respecto de lo establecido para el daño material, sino a las circunstancias propias de cada caso, ya que el daño

moral consiste en el menoscabo o la desconsideración que el agravio puede causar al afectado derivado del hecho perjudicial.

Hechas tales consideraciones, he de admitir ambas indemnizaciones, toda vez que entiendo que aún cuando no se demostrara que el hijo contribuyera al mantenimiento de los padres, pero teniendo en cuenta que la vida no es susceptible de ser evaluada en dinero, si se da la situación que obliga al cumplimiento de los deberes de asistencia familiar (arts. 367 y 372 CC), en el futuro, los padres carecerán de chance de recurrir a su hijo, por lo que esa pérdida de oportunidad debe ser indemnizable CNAT, Sala V, 1987.

Pero he de recordar que cuando se acciona civilmente por un accidente producido como consecuencia de la relación laboral, la fijación del monto resarcitorio queda sujeto a la prudente apreciación judicial, teniendo en cuenta los elementos de juicio acercados, buscándose un justo equilibrio, aunque teniendo presente la importancia de lo sucedido, la edad de sus progenitores, la vida útil del hijo fallecido, pero reitero sin que ello produzca un menoscabo en el demandado.

Con tales pautas y las facultades que me confiere el art. 167 del CPCCCh, fijaré la suma de cuarenta mil pesos ($40.000) como indemnización por pérdida de chance y la suma de $20.000 por daño moral a favor de ambos progenitores

A tales sumas deben sumarse los intereses, que los fijo desde el hecho dañoso, 31 de julio de 1993, a la tasa activa del banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento.

Modifico costas y honorarios por mandato legal.

Las costas de ambas instancias a los demandados vencidos.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la labor profesional, la posibilidad de que las pretensiones prosperen, el resultado obtenido y demás pautas de los arts. 5, 6 y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Revoca la sentencia de fs. 1121/1130vta.

2) Admito la demanda y condeno a los Sres. A. P. y sucesores de P. I. P., propietarios del establecimiento denominado "L. J." de Paso de Indios, a abonar a los actores Sr. A. G. y Sra. J. J. d. G., la suma de $40.000 por lucro cesante y $20.000 por daño moral, para ambos progenitores, más los intereses de acuerdo al considerando respectivo.

3) Impongo las costas de ambas instancias a los demandados y difiero la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de la Alzada, razón por la cual a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes votan precedentemente la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a las mismas me remito.

I.A) Advierto que ha llegado firme a mi consideración por la mayoría lograda por mis colegas

preopinantes, en cuanto a las temáticas planteadas arribando a la decisión de: 1) naturaleza de relación laboral entre el Sr. J. H. G. y los codemandados; 2) Haber sido acreditado el fallecimiento del Sr. J. H. G.; 3) la responsabilidad de la parte codemanda en cuanto al hecho acaecido el día 31/07/93; 4) legitimación activa de la parte coactora; 5) la procedencia de la indemnización del daño moral y su monto y 6) improcedencia del art. 73 de la Ley 22248 y 7) la imposición de costas, quedando como cuestiones a expedirme: a) procedencia o no del concepto pérdida de chance.

La circunstancia apuntada en cuanto a la mayoría lograda hace que no me aboque a la emisión de mi voto en los temas en que coincidieron en la solución, ya que resulta suficiente para adoptar decisión los votos coincidentes de quienes me precedieron, máxime cuando el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia ha admitido en sentencia de 01/06/98, mediante voto del Dr. Torrejón, que "La circunstancia que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia, pues los jueces son libres de decidir los elementos que forman la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión, formando así la mayoría legal suficiente para justificar el fallo".

Asimismo, ha establecido dicho Alto Tribunal Provincial que: "La necesidad de coincidencia en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis, no significan sin más que sea exigible la existencia de fundamentos iguales, cada

juez puede dar sus fundamentos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros porque si fuera necesaria la coincidencia de fundamentos, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que exigir una reiteración de argumentos para establecer si existe mayoría definitiva en aquellos supuestos en que los votos se apoyan en fundamentos distintos" (cf. crit. STJCh, S.I nro. 88/ S.R.E/04; S.D. nro. 45/S.R.E/95; 26/S.R.E/99; S.I nro. 124/SER/06).

I.B-a) En cuanto a la procedencia o no del concepto pérdida de chance, conforme lo peticionado por la parte coactora en su escrito de "Amplia y Modifica Demanda. Ofrecen Prueba", específicamente a fs. 82/vta. pto. 8, ap. a), advierto que más allá de lo expuesto por la parte actora no ha quedado probada la pérdida de chance por la cual se correspondería indemnizar por dicho concepto a los progenitores del causante ya que considero que la edad del padre (80 años) y de la madre (69 años), teniendo en cuenta que si bien la muerte de un hijo importa para los padres la frustración de una legítima esperanza de ayuda, una chance cierta de ser apoyados en el futuro, situación que encuentra sustento también en los arts. 367 y 372 del C.C. que establece el deber de darles alimentos, no menos cierto es que en el presente caso, no se acreditó que su hijo colaboraba económicamente con ellos hasta el momento del deceso.

En concreto, siendo que lo que se reclama es lo que en doctrina se llama chances ciertas y esperanzas frustradas, atento a la edad avanzada de los progenitores y la falta de acreditación de alimentos aportados por su hijo antes de su fallecimiento, arribo a la convicción de que la indemnización por pérdida de

chance no corresponde.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la Dra. Graciela Mercedes García Blanco y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional provincial del art. 169, a la misma me adhiero.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. Reynoso de Roberts, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar a los agravios de la parte actora y revocar la sentencia venida en crisis, condenar a los propietarios de la estancia L. J. a pagar a J. E. J. y A. G. la suma de veinte mil pesos ($20.000) en concepto de daño moral, con más los intereses conforme considerando respectivo.

2) Costas de ambas instancias a la demandada vencida.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia al Dr. C. C. en el ocho por ciento (8%), a los Dres. M. L. B., M. D. V., M. X. P., J. M. G. y V. G., conjuntamente, en el doce por ciento (12%), al Dr. L. P. en el siete por ciento (7%) y a los Dres. I. F. d. l. C., M. A. F. A. y F. F. A., conjuntamente, en el diez por ciento (10%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. M. L. B. y M. D. V., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y al Dr. I. F. d. l. C. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de

grado.

5) Tener presente la reserva del caso federal.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2013
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"