En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil diecisiete, 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, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, y asistencia de las Sras. juezas de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"N., T. C. c/ A., A. I. y otra s/ INDEMNIZACIÓN POR D. y PERJUICIOS (art. 1113 y otros C. Civil)", expte. nro. 72/17**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 2898/04), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1662), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1566/1608? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento en virtud del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusieran el codemandado Sr. A. I. A. (fs. 1615, agravios fs. 1622/1631), la codemandada Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia (fs. 1617, agravios 1633/1638) y la tercera citada A. SA ART (fs. 1613, agravios fs. 1619/1621). Asimismo el primero interpuso recurso de apelación contra los honorarios

profesionales regulados, por altos (fs. 1614). Corrido el traslado de ley, fueron contestados por el actor (fs. 1640/1654). I. Antecedentes:

En acotada síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que la actora Sra. T. C. N., por su derecho y en representación de sus hijos menores S. A. C., I. C. N. C., J. M. C., M. G. C., S. G. A. C. y E. B. O. N., promovió demanda sumaria contra el Sr. A. I. A. y contra la Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia (SCPL), a efectos se los condene al pago de la suma de pesos un millón cuatrocientos ochenta mil ($1.480.000) y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, juntamente con sus intereses conforme la tasa activa del Banco del Chubut SA y actualización monetaria (en caso en que ésta se implementara en el futuro) desde la fecha del evento dañoso y hasta el día de su efectivo pago y expresa imposición de costas, ello en concepto de daño material y moral por los daños y perjuicios derivados del accidente laboral acaecido el día 30 de septiembre de 2002, en que perdiera la vida su cónyuge y padre de los hijos Sr. J. C. C., quien falleciera mientras laboraba en relación de dependencia para el Sr. A. producto de las lesiones que le ocasionara la caída del poste sobre el que se encontraba efectuando tareas de desmonte y recuperación de líneas de energía eléctrica. Pidió se declare la inconstitucionalidad de los artículos 39 y 49.3 de la Ley 24557. Ofreció prueba. Reservó el caso federal. A su turno se presentó el codemandado A.. Opuso excepciones de defecto legal, a la que en oportunidad no se hizo lugar, y de falta de legitimación procesal activa respecto del niño E. B.

O. N., cuyo tratamiento fue diferido para el momento de la sentencia. Pidió se cite como terceros al proceso a la Provincia del Chubut y a la aseguradora A. SA ART. Contestó demanda. Cumplió con la carga procesal de negar los hechos. Impugnó rubros y montos reclamados. Desconoció documental. Ofreció prueba. Hizo reserva del caso federal. Pidió se rechace la demanda, con costas. Se presento la demandada SCPL a contesta la acción incoada en su contra. Negó hechos. Desconoció documental. Reiteró la petición de la citación de la Provincia del Chubut. Ofreció prueba. Hizo reserva del caso federal. Pidió se rechace la demanda en su totalidad, con costas. Se presentó en el proceso la tercera citada Provincia del Chubut. Negó hechos. Adhirió a las contestaciones de los demandados. Ofreció prueba. Pidió sea rechazada la acción o en su defecto no ser alcanzada por la sentencia. Se presentó en el proceso la tercera citada A.SA ART. Planteó falta de seguro, improcedencia de la citación, falta de acción y falta de legitimación pasiva, cuyo tratamiento fue diferido para el momento de dictar sentencia. Contestó demanda en subsidio. Negó hechos. Ofreció prueba. Pidió se rechace la acción impetrada, con costas a las contrarias. Producida la prueba, pasaron los autos a resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado resolvió no hacer lugar a la excepción de falta de legitimación procesal activa respecto del niño E. B. O. N. -hoy E. B. O. C.- planteada por el codemandado Sr. A. I. A. T. Hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 39 -parte pertinente- y 49 disposición adicional tercera de la ley 24.557,

incoado por la parte actora. No hizo lugar al planteo de falta de seguro, improcedencia de la citación, falta de acción y falta de legitimación pasiva de parte de A. SA ART. Hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, condenó al Sr. A. I. A. T. -Sr. A. I. A.-, a la Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia y a A. SA ART, en forma solidaria, a abonar a la Sra. T. C. N., en su carácter de cónyuge, y Sres. S. A. C., I. C. N. C., J. M. C., M. G. C., S. G. A. C. y E. B. O. C., en el carácter de hijos del extinto J. C. C., en el plazo de diez (10) días de quedar firme el decisorio, la suma de pesos un millón doscientos mil ($1.200.000), suma a incrementarse por aplicación de intereses según considerando respectivo. Impuso las costas a los codemandados vencidos -Sr. A. I. A. T., Sociedad Cooperativa Popular limitada de comodoro Rivadavia y A. SA ART-. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. Desestimó la demanda incoada respecto del tercero citado Provincia del Chubut. Impuso las costas respecto de dicha citación a los citantes -Sr. A. I. A. T. y Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia. Reguló los honorarios profesionales.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzaron los codemandados A. y SCPL, y asimismo lo hizo la aseguradora A. SA ART. El primero se agravió en razón de que se omitiera evaluar la culpa del accidentado, el desmedido monto de la indemnización por daño material, el exagerado monto y falta de consideración de la prueba de la causa en la fijación del daño moral, la violación de las reglas de regulación de honorarios y del art. 505 del Código Civil

hoy vigente en el art. 730 del Código Civil y Comercial, lo decidido respecto de la culpa de la víctima, la excesiva tasa de interés y la imposición de las costas, el absurdo rechazo de la citación de la Provincia del Chubut, y la indebida imposición de las costas por la citación de terceros. La SCPL, por su parte, se agravió por lo resuelto en relación con la culpa de la víctima, la Provincia del Chubut y el monto fijado en concepto de daño moral. Por su parte, la tercera citada A. SA ART se quejó por la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 24.557, lo decidido en torno a los planteos de falta de seguro por responsabilidad civil y de falta de acción y falta de legitimación pasiva, y en sus dos últimos agravios cuestionó la valoración de la prueba respecto de lo efectivamente obrado por la ART. Como antes dije, obra apelación autónoma contra los honorarios profesionales regulados, por altos, interpuesta por el codemandado A.

Es entonces que, adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, no resulta ocioso en el inicio recordar que no es preciso que el Tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Sostengo a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio iura novit curia importa los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, RepED, 28-459, n° 16; íd., 8/3/94, RepED, 29-453, n° 20/21; CNCiv, Sala C,12/6/01, ED, 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED 212107).

También he de formular una consideración previa más, ello en razón de la hora en que me toca expedirme en el presente y la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC). En el caso puntual, y en atención a la letra del artículo 7 del cuerpo normativo, resulta de aplicación la ley vigente al momento en que se constituyera la relación jurídica, esto es cuando acaeciera el acto ilícito del que derivara la acción cuya sentencia es aquí apelada, razón por la que corresponde sea juzgada a la luz de las disposiciones del anterior Código Civil.

Por una cuestión de método, me ocuparé en primer lugar del recurso interpuesto por la firma aseguradora, aclarando que con el fin de lograr un orden en el tratamiento de los distintos aspectos que son objeto de los agravios que componen la impugnación formulada, habré de abordarlos en forma conjunta, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que

guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica. (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347-209; 345-154; 347-197, entre otros).

Sobre el mismo, y a la luz de cómo ha sido planteado, entiendo corresponde inicialmente atender a la suficiencia el recurso interpuesto a tenor de la letra del artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial (texto según Ley XIII N° 5) el que dispone que: "El escrito de expresión de agravios debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas…"

Que tal exigencia en relación con el contenido de la impugnación del fallo venido en apelación no es caprichosa o importa un simple formalismo sino que "requiere un análisis serio que demuestre, de manera apropiada, que aquél es erróneo o contrario a derecho, y a tal fin se debe indicar las deficiencias atribuidas al fallo" (*cf*. Fassi Yáñez, "Código Procesal Civil y Comercial", t. 2, p. 483; Cámara Apel. Civ. Com. Fed., Sala II, causa 7628/99 del 26-4-00).

Agrego desde esta óptica que la doctrina entiende que "el ataque en la expresión de agravios va a variar si se pretende ir por vía de apelación o por vía de nulidad. En la vía de apelación (impugnación por errores *in iudicando*), la fundamentación del memorial trata uno de dos temas o ambos: o demuestra que la fijación de los hechos ha sido errada (tanto porque la elaboración de la consideración probatoria es falsa, porque es incompleta, porque se han omitido considerar medios esenciales, etc.) o que la subsunción jurídica es incorrecta (ya sea porque no son de aplicación las

normas previstas o el alcance es distintos, etc.)” (ver Falcón E, t. II, pág. 424, ed. Abeledo- Perrot-988).

Ello, sin dejar de señalar que las simples manifestaciones y disconformidades de la apelante no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia, sino un mero disenso respecto de su propia posición, que considera la apelante debe seguirse. Destaco que la apelación no es un nuevo juicio, sino que implica la revisión de la sentencia impugnada, con las limitaciones que ello impone, en resguardo del principio *tantum devolutum quantum appellatum*.

En tal inteligencia, es evidente que el recurso interpuesto demuestra falencias que lo conminan a transitar el límite de la declaración de deserción, puesto que en los exiguos párrafos que lo componen resulta complejo encontrar una crítica sustentada en los requisitos que impone el ordenamiento ritual. Sin perjuicio de ello, tal incertidumbre debe ser resuelta en el marco del aseguramiento del derecho de defensa; es decir, con base en un amplio criterio de admisión.

Repárese que el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia expresamente ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone la ley procesal respecto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tenerla por satisfecha (*cf*. autos “G. vda. de F., E”, del 31-05-99; idéntico sentido autos “T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular”, del 22-03-00, Nro. SAIJ00150014 y “P., R. c/ M. s/ diferencias salariales”, del 230301, SAIJ01150056, entre otros).

Ahora bien, dejando a salvo mi postura en relación con el tema, entiendo que tal criterio de admisión, amplio, no debe ser llevado al extremo que implique su aplicación lisa y llana en todos los casos, sin importar como haya sido interpuesta la apelación, ello dado que los requisitos impuestos por el código procesal en orden a su procedencia también conforman el derecho de defensa, que a veces parece ser valorado únicamente desde la perspectiva del apelante, más no la del apelado.

Pongo de resalto, sobre ese piso de marcha, que habilitar la instancia de apelación importa una responsabilidad que debe ser exteriorizada en el marco del libelo por el que se pretende se modifique una sentencia judicial, y ello se verifica incorporando al memorial argumentos válidos jurídicamente que se orienten en tal sentido y que permitan a la Alzada acoger aquella pretensión o bien rechazarla detallando el yerro de la impugnación.

En conclusión, con dichas consideraciones, habré de tratarlo excepcionalmente, desde luego en la extensión que lo permite.

Advierto en ese camino que la esencia de la queja se encuentra situada en el primer agravio, vinculado a la habilitación de la vía civil para la fijación de la indemnización por el daño reclamado, ello en perjuicio de la aplicación de la Ley especial 24557 de riesgos del trabajo, cuyos artículos 39 y 49.3 fueran declarados inconstitucionales.

Ahora, sucede que para desvirtuar tal decisión, dijo el apelante que la señora juez de grado no analizó ni meritúo las prestaciones que la ART brindara en oportunidad, acreditadas debidamente a través de la

prueba pericial contable producida. Pues es claro que ello no se condice con la realidad. De la compulsa del decisorio apelado, surge que la actuación y prestaciones brindadas por la ART fueron analizadas en detalle y allí mencionadas en concreto, a saber fs. 1588 *in fine* en que se hace expresa referencia a la prueba antes mencionada, como asimismo a fs. 1601 y ss. en que se verifica que el puntilloso tratamiento del tema en relación con la actuación de la aseguradora.

Por lo demás, habiendo optado la parte actora por la acción de derecho común, el principio de reparación integral consagrado con impecable criterio en el marco del fallo "Aquino" de nuestra Corte Suprema, y del que se hiciera expresa mención en el fallo, permite a la víctima del infortunio –o bien a sus herederos como es el caso- acceder a un resarcimiento que contempla distintas áreas más allá de la estrictamente laboral que pretende cubrir la indemnización que abonan las ART – lo que es a todas vistas coincidente con una legislación que bien pone el acento en la víctima del daño. Lo resuelto permite asegurar en principio que en efecto se ha respetado la doctrina del Alto Tribunal, independientemente de que sus fallos en nuestro sistema federal no resulten de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores. Propondré en razón de lo expuesto el rechazo.

Respecto de los otros agravios comprendidos en el recurso, se juzgan subsidiarios del primero, razón bastante que amerita corran igual suerte, debiendo en consecuencia ser asimismo rechazados.

Ya en tratamiento de la crítica del recurso interpuesto por codemandado A., se queja en sus tres

primeros agravios de lo resuelto en torno a la culpa de la víctima y de los montos fijados en concepto de indemnización por el daño material y el moral.

Por de pronto, destaco que la materia de daños no se presenta sino con determinada complejidad, la que requiere un estudio más detenido de sus componentes so pena de incurrir en interpretaciones incorrectas. En materia de la teoría general del acto ilícito, la acción y la antijuridicidad de la misma, si es que se las quiere ver por separado, o bien la acción antijurídica, debe estar unida al daño en virtud de un nexo causal adecuado. Más aún así, ello no importa el automático nacimiento de la responsabilidad civil, por cuanto ha de haber un factor de atribución, bien subjetivo, bien objetivo, que habrá de colocar en cabeza del agente dañador el deber de resarcir, de reparar el daño causado.

En el caso en particular, la acción civil destinada a obtener la reparación por el daño –muerte del trabajador– se asienta sobre el factor de atribución objetivo riesgo o vicio de la cosa que recae en cabeza de su dueño o guardián. En ese marco, no corresponde entonces se juzgue la culpa de este último, toda vez que deberá responder "sin culpa", no interesa si obró con culpa o dolo, no es ese el eje de la discusión, responde objetivamente por haber introducido la cosa riesgosa. Lo que quiero decir en este abordaje preliminar es que de nada vale que el principal demuestre cuanto hizo o que no tuvo la culpa de lo que sucedió, porque el solo componente que representa la cosa riesgosa –a su cargo- basta para que responda.

En ese contexto, al damnificado trabajador dependiente –o bien al demandante si del hecho ilícito

derivó la muerte del primero– le basta probar el daño y el contacto con la cosa dañosa para que quede a cargo del empleador como dueño o guardián del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder.

Ello así, toda vez que el art. 1113 del Código Civil velezano establecía que en los supuestos de daños producidos por el riesgo o vicio de la cosa, se produce una inversión de la carga probatoria y el principal debe probar la culpa del damnificado como circunstancia desencadenante del hecho. Es decir no sólo tiene que haber obrado culposamente sino que esa conducta debe haber tenido total incidencia en la producción del hecho dañoso.

Es que debe tenerse presente que el alcance que se le otorga a la culpa de la víctima deberá tener un tratamiento especializado en el marco del contrato de trabajo, debiendo ser el motivo excluyente de la causación del infortunio. Así, toda vez que se invocare la culpa de la víctima como eximente de la responsabilidad del empleador en los conflictos en que se reclamare el resarcimiento a la luz del art. 1113 del Código Civil, incumbirá al demandado la demostración de tal extremo, con cánones muy estrictos, en relación con el marco de la relación laboral.

Entonces, en línea con lo que vengo diciendo, surge de la expresión de agravios del codemandado A. la pretendida falta de consideración de una serie de pruebas que allí se detallan (fs. 1622 vta.), las que se corresponden con informes que reportan diversas capacitaciones brindadas al trabajador fallecido, pero que en nada contribuyen a probar su culpa en el momento

del accidente, ello sin contar que el mentado reconocimiento (fs. 1137) al que la queja hace mención fue efectuado por una testigo ofrecida por el hoy recurrente (fs. 262vta., ap. 10.8) y por otro de los codemandados (fs. 455 pto.4).

Luego, y respecto del resto de las declaraciones testimoniales, advierto que ni la testigo Cordero (fs. 1137/1138 vta.), ni C. (fs. 1165/vta.), ni Jurdana (fs. 640/642vta.), ni Caeragioli (fs. 643/645) estuvieron en el lugar del accidente, de lo que resulta que ninguna prueba pueden aportar en relación con la culpa de la víctima. En relación con los demás testigos, O. F. es dependiente del demandado (fs. 1576vta.) –por lo que bien puedo presumir que su testimonio se encuentra condicionado por esa circunstancia– y si bien el día del infortunio formaba parte de la cuadrilla, no estaba junto a C. sino a más de 100 m, y lo que sabe se lo comentó D. (fs. 1577), lo propio sucede con el testigo C., también dependiente del demandado A., quien declaró que "tiene entendido que cayó del poste", en referencia a C., puesto que sin bien estaba ese día allí, se encontraba trabajando a más de 100 m del lugar (fs. 1580/1580vta.), no sabe las razones por las que C. no utilizó la grúa porque él no estaba. El testigo T., quien trabajó para codemandado A., declaró que estaba trabajando con el empleado accidentado (fs. 1578) pero "él no tuvo mucha visión del accidente más bien no recuerda mucho" y no vio si C. revisó el estado del poste cuando se subió. Por último, el testigo D., quien asimismo trabajó para el codemandado A., y que he dejado para el final por su sorprendente contradicción entre lo declarado en sede policial y luego en el marco de

este proceso. En efecto, afirmó D. ante la autoridad policial en su declaración de fecha 4 de octubre de 2002 - es decir apenas 4 días después del accidente – (fs. 15vta. de los autos "C., J. César s/ muerte" Expte. N° 4029/02 – J. I. N° 3, agregados por cuerda) que para verificar si los postes están en condiciones "los golpean y después suben hasta la mitad y lo movilizan para ver si éstos se encuentran en condiciones de treparlo pero ignora si ese día J. hizo esta prueba", más sorpresivamente y luego declarar que se encontraba a unos 20 metros de su compañero sostuvo en este juicio que "C. no realizó el procedimiento de golpear el poste antes de subir porque estaba trabajando al lado de él y si golpea el poste se escucha" (fs. 1580). Esta declaración fue prestada el día 30 de septiembre de 2009, justamente 7 años después de la muerte de C., y será tal vez el tiempo transcurrido desde el lamentable hecho el que haya distorsionado el recuerdo del testigo y que lo llevara a efectuar el sugerente testimonio, en el que estando a 20 mts. Y al lado a la vez, no escuchó el golpe sobre el poste cuando a pocos días del accidente ignoraba si dicha constatación se había llevado a cabo la prueba por parte del infortunado C... En fin, no me cabe duda alguna que este último testimonio junto a los anteriores a los que hice expresa referencia no resultan en absoluto idóneos para concluir endilgando la culpa de lo sucedido al fallecido. Y es por todo lo que he expuesto que coincido totalmente con lo resuelto al respecto por la señora juez de grado. Rechazaré el agravio.

Respecto de la queja por los montos indemnizatorios. En relación con el daño material, hay

una constante remisión a normas que se encuentran integradas al flamante Código Civil y Comercial, el que no resulta aplicable al caso concreto como ya anticipé en el inicio de mi voto, razón ésta por la que no habilitando la normativa en que se sustenta el agravio el análisis jurídico deviene improcedente su admisión y será rechazado. Ya en relación con la indemnización por el daño moral que la muerte del esposo y padre causó a sus herederos forzosos, recuerdo que la protección de la persona humana en toda su compleja dimensión vital, en su "mismidad" como solía decir el maestro Germán Bidart Campos, en opinión que comparto, debe constituir preocupación permanente del quehacer jurídico.

Entonces, en lo que respecta al daño moral, he de recordar aquí sobre el mentado rubro que, además de estar receptado en los arts. 522 y 1078 del Cód. Civil, el daño o agravio moral ha adquirido rango constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, pues en los artículos 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23054) encuentra recepción y tutela dicho bien jurídico. (SCJBA, Ac. 57.531, 16-2-99, "Sffaeir, L. c/Provincia de Buenos Aires -Ministerio de Salud y Acción Social s/demanda contencioso administrativa").

Comparto en tal sentido, la corriente que sostiene que "Sabido es que el daño moral supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor principal en la vida del hombre, tales como son –entre otros- la paz, la tranquilidad, el espíritu, el honor, y los más sagrados afectos, etc. Es jurisprudencia consolidada de este Tribunal que el daño moral tiene su carácter resarcitorio y no punitivo ni ejemplar, y su

cuantía no debe guardar necesaria relación con el daño de carácter patrimonial. Así para su determinación debe partirse del propio afligido, ya que de lo que se trata es de paliar, por un medio inidóneo pero considerado subjetivamente eficaz por quien lo pide, un estado espiritual irreparable subjetivamente" (Cciv. y Com. San Isidro, Sala II, 30-11-98, Velázquez c/Ledesma s/ds. y ps.)

Pero aquí no puede tomarse como punto de partida al sujeto del daño, sino que corresponde sea la persona de los demandantes la que ocupará ese lugar. Debo destacar que luego de la reforma de la Ley 17.711, el art. 1078 del Código Civil velezano dispuso en términos contundentes que "La acción por indemnización del daño moral sólo competerá al damnificado directo, si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Respeto distintas opiniones que puedan derivar en criterios disímiles a la hora de indemnizar el daño sufrido, más no dejaré por ello de expresar y aplicar la mía, la que tiene en miras esencialmente a la víctima – o sus herederos forzosos como en el caso - de aquél por sobre otras consideraciones. Tengo dicho, y sostengo, que los jueces, a quienes la Constitución nos ha confiado la ardua tarea de impartir justicia - si es que ello es posible desde que como virtud cardinal se corresponde aquella con un valor absoluto, por tanto ajena al alcance de la natural condición humana -, más sí de aplicar la ley a través de las reglas de la sana crítica; debemos ser firmes.

Así, creo que no cabe duda de que la muerte de un ser querido –esposo y padre– constituye uno de los mayores dolores que es posible experimentar. Por eso,

siendo imposible fijar la indemnización sobre bases objetivas de ponderación, hay que cuidar que aquella, por lo ínfima, no implique un menosprecio del sufrimiento que se pretende paliar y que a la vez no signifique un motivo de enriquecimiento para los deudos, equilibrio que es verdaderamente difícil lograr. Tengo dicho ya en anteriores votos que de nada vale fijar una indemnización si el monto resulta inidóneo para cumplir los fines a los cuales está destinada, ya que desde que entonces ofende aquél espíritu de justicia ínsito en la legítima expectativa del justiciable.

Es incuestionable la lesión de las legítimas afecciones y el consiguiente daño moral resarcible que deriva de la muerte abrupta del padre de familia a raíz de un suceso como el que nos ocupa.

La jurisprudencia se ha pronunciado sosteniendo que: "… evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano. Esto no solo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en términos de validez general o explicada racionalmente. Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación, la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación al daño. Es la que sugiere por caso su particular comprensión del dolor ajeno" (Tribunal Superior de Justicia Cba., Sentencia n° 30 del 10 de abril de 2001).

A la hora entonces de fijar el quantum indemnizatorio por la partida, tengo presente que los demandantes, más allá de haber estimado el monto, dejaron librado el mismo a lo que en más o en menos resulte de la prueba producirse (fs. 146). Más, como no

es posible humanamente establecer una ecuación entre dolor e indemnización, debe introducirse un tercer término: el valor de los bienes elegidos al efecto del consuelo. Estamos hablando de la tesis de los 'placeres compensatorios', de los que hablaba la autora que ya antes citara Matilde Zabala de González, y que conduce a la indagación de los 'bienes o servicios sustitutos del daño moral' con cuyo ingreso se procura causar una satisfacción que opere como una suerte de contrapeso por el menoscabo espiritual padecido" ("Cuanto por daño moral" La Ley, 1998-E, 1057). Es claro que, en atención a las circunstancias del caso en tratamiento, resulta particularmente difícil imaginar que bienes que puedan mitigar el dolor producido por el absurdo y fatal desenlace (compensarlo es imposible).

Más en ese trance, no encuentro desacertada la cuantificación que efectuara la sentenciante, no se trata aquí de una lesión, sino de la muerte que ha provocado la lesión al espíritu. Confirmaré en consecuencia ambos rubros, material y moral rechazando los agravios respectivos.

Antes de ocuparme de las costas y honorarios, también integrantes de la queja, lo haré respecto del agravio por la omisión del rechazo de la condena a la Provincia del Chubut, citada como tercero al proceso por parte de A. y la codemandada SCPL.

Sostiene el recurrente que no ha sido negado que es el Estado Provincial quien resulta titular o propietario de las líneas, cableado y postes en la zona en la que se produjo el accidente. Ello, sostuvo, debe sumarse a que el servicio eléctrico tiene carácter de servicio público lo que hace que aquella mantenga el

poder de policía sobre todas y cada una de las etapas de la prestación del servicio, según surge de la Ley Provincial N° 191 (antes 4312).

Lo que no dice el apelante es que también en el proceso quedó debidamente probado que el Estado Provincial es concedente y la SCPL concesionaria del servicio de mención. Y siendo así, debe tenerse presente que el contrato de concesión "da origen a dos tipos de vinculaciones: de un lado, una relación entre los otorgantes del contrato concedente y concesionario, regida en principio por la autonomía y respeto a la voluntad expresada en el convenio, y del otro, un vínculo entre el concesionario y sus clientes, respecto del cual el concedente en principio resulta ajeno, no respondiendo por los incumplimientos en que pudiera haber incurrido el concesionario, ya que no es este su mandatario".

La traslación de prestaciones a los concesionarios y licenciatarios del Estado ha importado que sean estos los sujetos pasivos de los reclamos de daños y perjuicios que antes correspondía dirigir al Estado. (El Estado no es responsable por los daños que se deriven del obrar de los concesionarios de obras o servicios públicos: Perrino, Pablo E.,"La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio" ED, 185: 781; V, I, 2, 2), notas 71-75 y 81). Hay en ello una distinta percepción social del entorno de la cuestión, pues si el concesionario o licenciatario obra con fines de lucro en una explotación monopólica tiene mayores razones para ser el único responsable de los hechos que realiza. (Pérez Walde, Alejandro, en AA.

VV., “Derecho administrativo”, pp. 69-70; “El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar”, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 43-5; Sarmiento García, Jorge H. “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado y el Proyecto de Ley con media sanción de diputados,” Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, IJ-LXXI-61; pp. 280-1).

Marienhoff coincide con el mismo criterio sosteniendo que la explotación del servicio público la hace el concesionario a su propia costa y riesgo. Y ello significa que toda la responsabilidad que derive de hechos que concreten el “ejercicio” de la concesión, le corresponde al concesionario (Marienhoff, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo III-B, 1970, pág. 581.)

Y en idéntico sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema de Justicia señalando que el “ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos y dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa” (CSJN, 7-1189, “Ruiz, Mirtha E. vs. Provincia de Buenos Aires”, L.L.1990-C-429; Id., 27-12-90, “Sarro, Antonio vs. Oca S.R.L.” Fallos 313:1636; Id., 7-3-2000, “Colavita”, Fallos 323:318; L.L. 2000-E-496; Id., 7-3-2000 “Bertinat”, Fallos 323:305 y L.L. 2000-E-495; Id., 213-

2006, “Ferreyra, Víctor vs. VICOV S.A.”, Fallos 329:646; Id., 21-3-2006, “Caja de Seguros S.A. vs. Caminos del Atlántico”, Fallos 329:879; Id., 7-11-2006, “Bianchi, Isabel Pereyra de vs. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 329:4944, L.L. 2007-B-287, J.A. 2007-I121; Id., 6-3-2007, “Mosca, Hugo Arnaldo vs. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 330:563).

Diré por último, que numerosos tribunales han resuelto compartiendo o siguiendo ese criterio, el que comparto, de los que citaré sólo a título de ejemplo los dictados por: CNCiv., Sala B, 15-12-2005, “García, Teresa vs. Unidad Ejecutora Programa Ferroviario Provincial”, La Ley Online cita AR/JUR/8167/2005; Id., Sala E, 17-9-2007, “Lencinas, Verónica Cecilia vs. Grupo Concesionario Oeste S.A.”, E.D. 228-39; Id., Sala H, 28-12-2009, “Gauna, Valentín vs. Estado Nacional”, La Ley Online cita AR/JUR/63550/2009; Id. Id., 23-52011, “Tarazi, María Florencia vs. Poder Ejecutivo Nacional”, La Ley Online cita AR/JUR/24826/2011 y J.A, 2012-I, fascículo n° 2, pág. 24; Id. Id., 24-2-2012, “P., M. R. vs. Metrovías S.A.”, La Ley Online cita AR/JUR/3770/2012; Id., Sala K, 30-12-2010, “López, Héctor vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, J.A. 2011-II, fascículo n° 10, pág. 71; Id., Sala L, 22-112006, “Luna, Osmar A. vs. Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A.”, La Ley Online cita AR/JUR/8439/2006. Todo ello me conduce a rechazar con debido fundamento el agravio en cuestión.

Ahora respecto de la crítica por las costas y honorarios profesionales regulados. Advierto que por un lado, invoca el recurrente la letra del art. 505 del

Código Civil velezano, el que dispone: "Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son:

1° Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; 2° Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor; 3° Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. Respecto del deudor, el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente, o el derecho de repeler las acciones del acreedor, si la obligación se hallase extinguida o modificada por una causa legal. Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, derivase el litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederá del veinticinco por ciento (25 %) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades superan dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado, no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas (párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.432 B.O. 10/1/1995)".

Teniendo en cuenta lo previsto en la norma, deberán considerarse únicamente los honorarios profesionales regulados al letrado que representara a la parte actora, ello desde que las pericias practicadas fueron

solicitadas no sólo por ésta última. Y en esa senda, el veinte por ciento (20%) fijado por tal concepto por los trabajos realizados por el profesional de mención no supera el veinticinco por ciento (25%) al que refiere el artículo. En este punto corresponde rechazar el agravio.

Solo un párrafo merece el pretendido agravio que cuestiona la tasa de interés fijada en el decisorio, considerándola excesiva y manifiestamente improcedente, ello toda vez que es jurisprudencia sentada de esta Cámara de Apelaciones la determinación de la aplicación de la tasa activa bancaria en los procesos de esta naturaleza, la cual no resulta conmovida por el exiguo argumento, que revela una mera disconformidad con lo decidido sobre el particular y que conduce a su rechazo.

Ahora bien, se ha interpuesto recurso de apelación contra los honorarios regulados, por altos. Luego, en virtud de lo decidido en el párrafo anterior, habré de expedirme en relación con aquellos fijados a los distintos profesionales que conformaran el litisconsorcio demandado, es decir, a quienes representaran al demandado A. -aquí recurrentes- y a la SCPL, juntamente con los letrados que representaran a los terceros citados A.  SA ART y Provincia del Chubut.

Para la solución del caso debe atenderse en principio a la letra del art. 10 de la Ley XII N° 4 del Digesto Jurídico Provincial que estipula: "En los casos de litis consorcio, activo o pasivo, en que actuaren diferentes profesionales al servicio de cualesquiera de las partes, los honorarios de cada uno de ellos se regularán atendiendo a la respectiva actuación cumplida, al interés de cada litis consorte y a las pautas del

artículo 5°, sin que el total excediere en el Cuarenta por Ciento (40%) de los honorarios que correspondiere por la aplicación del artículo 6°, primera parte".

A su vez, el art. 6 primera parte dispone: "Los honorarios de los abogados, por su actividad durante la tramitación del asunto o proceso en primera instancia, cuando se tratare de sumas de dinero o bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, serán fijados entre el ONCE POR CIENTO (11%) y el VEINTE POR CIENTO (20%) del monto del proceso". Debe tenerse presente igualmente lo previsto en el art. 8: "Los honorarios de los procuradores serán fijados entre un TREINTA POR CIENTO (30%) y un CUARENTA POR CIENTO (40%) de lo que correspondiere a los abogados. Cuando los abogados también actuaren como procuradores percibirán los honorarios que correspondiere fijar si actuaren por separado abogados y procuradores". Y asimismo el art. 9: "Cuando actuaren conjuntamente varios abogados o procuradores por una misma parte, a fin de regular honorarios se considerará que ha existido un solo patrocinio o una sola representación, según fuere el caso. Cuando actuaren sucesivamente, el honorario correspondiente se distribuirá en proporción a la importancia jurídica de la respectiva actuación y a la labor desarrollada por cada uno".

Con dichas pautas, surge claro que los honorarios a regular a los profesionales individualizados no puede supera el veintiocho por ciento (28%) calculado siempre sobre el monto del proceso.

En ese marco, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el codemandado A. contra los honorarios profesionales, por altos,

debiendo procederse a nueva regulación. Así, dispongo fijar en virtud de las pautas del art. 5 de la ley citada, a favor de la Dras. L. J. de M. y A. C. R. conjuntamente el once por ciento (11%), a favor de los Dres. C. N. G. y Dr. C. S. K. conjuntamente el nueve por ciento (9%), a favor de la Dra. D. R. De G. el tres por ciento (3%), y a favor de la Dra. I. A. M. en el cinco por ciento (5%), todos ellos sobre el monto del proceso, y con más el IVA de corresponder.

En análisis del último agravio, se queja la recurrente en razón de que se la hayan impuesto las costas de la citación de la tercera Provincia del Chubut. Sostiene que tal pedido no fue abusivo ni carente de razonabilidad, encontrándose reunidos los requisitos objetivos y habiéndose respetado el procedimiento establecido para la intervención de terceros. Pide se lo exima de las costas.

Es evidente que el agravio resulta improcedente, amén de no encontrarse justificado por los argumentos del apelante, quien debe cargar con las costas que derivan de la citación que promoviera.

Es que si la sentencia definitiva resulta favorable a la posición del tercero, la parte que ha solicitado su intervención debe cargar con las costas derivadas de la misma. (Loutayf Ranea, Roberto G., “Condena en costas en el proceso civil”, pág. 206), ello sin considerar además que la apelante no ha sido condenada exclusivamente a su pago, sino conjuntamente con la codemandada SCPL quien asimismo requiriera la citación del Estado provincial.

Es que “Debe soportar las costas originadas quien pide la citación del tercero que habiendo comparecido

al juicio resulta eximido de responsabilidad" (CNCiv. Esp, Sala II, 8/11/78, ED, 83-149), "Si la citación del tercero resultó estéril, las costas correspondientes a dicho tercero deben ser soportadas por quien lo citó" (CNCiv, Sala B, 2276/93, LL, 1994-B-465), entre otros, razón por la que rechazaré el agravio.

En relación con los agravios de la codemandada Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia, los que se refieren a lo resuelto sobre la pretendida culpa de la víctima, la responsabilidad de la Provincia del Chubut y el monto de la condena por daño moral, advierto que resultan coincidentes con parte de aquellos que fueran expresados en el marco del recurso del codemandado A., los que he tratado en extenso, razón por la que me remito a lo que allí decidiera en relación con tales puntos. Rechazaré en consecuencia el recurso de apelación interpuesto por la codemandada SCPL.

Por último y respecto de las costas, en mérito a lo decidido corresponde mantener las de primera instancia a cargo de los codemandados vencidos Sr. A. I. A., Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia y la tercera citada A. ART SA, con excepción para esta última de aquellos que corresponden a la citación a la Provincia del Chubut, que estarán a cargo de los dos primeros quienes fueran los que la solicitaron. En relación con las costas de esta alzada se imponen a los codemandados vencidos Sr. A. I. A., Sociedad
Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia y la tercera citada A. ART SA en su calidad de vencidos y por el principio general de la derrota, ello sin

perjuicio de la victoria parcial de la primera respecto de los honorarios profesionales desde que no modifica lo decidido en la esencia del proceso (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el Sr. A. I. A., modificando los honorarios profesionales regulados en la sentencia apelada, según considerando respectivo, y confirmando el resto del fallo.

2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la codemandada Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia (SCPL).

3) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la tercera citada A. SA ART.

4) Costas de la alzada a los apelantes vencidos (art. 69 CPCCCh).

5) Diferir la regulación de los honorarios profesionales para el momento del Acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia condenatoria de fs. 1566/1608 luego de declarar la inconstitucionalidad del art. 39 –parte pertinente- y art. 49 disposición adicional tercera de la Ley 24557, resuelve rechazar el planteo de falta de seguro, falta de acción y falta de legitimación pasiva interpuestos por A. ART, hizo lugar a la demanda y condenó a A. I. A. T. –Sr. A. I. A.-, a la Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia y a

A. S.A. ART en forma solidaria a abonar a la Sra. T. C. N., en su carácter de cónyuge, y Sres. S. A. C., I. C. N. C., J. M. C., M. G. C., S. G. A. C. y E. B. O. C., en el carácter de hijos del extinto J. C. C., la suma de pesos un millón doscientos mil ($1.200.000), con más los intereses a la tasa activa promedio para operaciones de descuento a 30 días de documentos del Banco de la Nación Argentina, impuso costas y reguló honorarios.

Tal decisión es apelada por la aseguradora a fs. 1613, por el demandado a fs. 1615, y a fs. 1617 por la Sociedad Cooperativa Popular Limitada –en adelante SCPL-.

A fs. 1614 el codemandado A. recurrió por altos los honorarios regulados por considerarlos altos.

Los recursos fueron concedidos a fs. 1618 y fundados por A. S.A. ART a fs. 1619/1621; por el demandado A. a fs. 1622/1631 y por la SCPL a fs. 1633/1638. A fs. 1640/1654 fueron contestados por el actor.

Los antecedentes del caso, el fallo y los agravios de los recurrentes han sido reseñados por quien me precede en la votación, razón por la que no efectuaré reiteraciones estériles, salvo la enunciación de los agravios a fin de seguir una línea expositiva.

Antes de avanzar, dejo sentado que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (ver, v. *gr.*, Santiago C. Fassi en “Código procesal...”, t. I, pág. 278), y que no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos por ellas

invocados (ver *v. gr.* fallos 258:304 entre muchos), por ello, me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (ver fallos 272:225 entre muchos y CNCiv., sala C, 23/03/2011 – "Ferrocarriles Metropolitanos SA c. Agli, Jorge A.", en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61). 1.- Agravios del empleador demandado y de la SCPL:

Por una cuestión de orden metodológico trataré los agravios del demandado A., en cuanto de su admisión dependerá también el tratamiento de los restantes agravios. Advierto asimismo que conjuntamente y en cuanto corresponda se tratarán los agravios de la SCPL que resultan coincidentes con el primer, tercer y sexto agravio de A..

a) Tanto el empleador A. como la SCPL, denuncian omisión de evaluar la culpa del accidentado en la producción del accidente por prescindir de pruebas fundamentales que señalan en torno la capacitación en seguridad de los empleados afectados al trabajo y testimoniales brindadas por O. F., D., T., C. y C. en relación a la jerarquía del trabajador accidentado, su experiencia en el trabajo, la decisión de haber realizado el desmonte en la derivación en lugar de la línea principal y la conceptualización del mismo como arriesgado y refractario a los llamados de atención.

Destaco entonces que no existe discusión sobre el acaecimiento del infortunio por el cual el reclamante perdiera la vida el día 30/9/2002 ni el encuadre bajo la órbita del art. 1113 2do. Párrafo del CC que efectuó la sentenciante.

Los actores promovieron demanda indemnizatoria de los daños derivados de la muerte de J. C. C. con

fundamento en los arts. 902, 1102, 1111 y 1113 del CC, en la responsabilidad contractual por violación de los arts. 30 y 75 y cctes. LCT, Ley de Seguridad e Higiene. Planteó la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT.

Los codemandados, A. y SCPL, opusieron la culpa grave de la víctima como eximente de responsabilidad, por haber eludido voluntariamente el sistema de seguridad implementado por la empleadora para el cumplimiento de sus tareas.

La sentenciante, tras un pormenorizado análisis de las pruebas obrantes en la causa, concluyó en la ausencia de culpa del trabajador y la queja de los recurrentes se centra en la valoración de la prueba efectuada por la Sra. jueza al concluir que no hubo un actuar culposo de J. C..

Entonces, diré que el hecho de la víctima es la conducta voluntaria o involuntaria del damnificado directo que intervino total o parcialmente en la producción del evento dañoso. Su protagonismo desvincula la relación de causalidad entre el hecho nocivo y los daños sufridos.

Apunta, Fernando Sagarna en glosa al art. 1111 CCiv., que, para que el hecho de la víctima libere de responsabilidad debe reunir ciertas condiciones: a) ser causa adecuada de la producción de los perjuicios; b) no ser imputable al demandado y c) debe ser cierto, no admitir hesitación alguna acerca de su existencia, por lo que si el juzgador tiene dudas sobre la intervención de la víctima en el hecho ilícito, debe resolver a favor de esta por el principio que indica que en caso de duda debe estarse a favor de la víctima (“Codigo Civil y

normas complementarias…", Dir. por Alberto Bueres, ed. Hammurabi, Bs. As. 1999 t. 3ª p. 422 y sgtes.).

En el caso, más allá de que para resolver la controversia se haya echado mano a las normas del derecho civil, no se puede desnaturalizar la acción de carácter laboral, pretendiendo traspolar reglas y principios que le son absolutamente ajenos para postergar el principio protectorio, eje fundamental del derecho del trabajo de raigambre constitucional.

Por ello se señala que una correcta hermenéutica sobre la culpa de la víctima en el caso de autos obliga a analizarla bajo la mirada del "Derecho de Daños del Trabajo", el que efectúa la interpretación de los hechos y las normas entendiendo las circunstancias de la víctima-trabajador y la relación de asimetría entre estos sujetos, en el cual es el primero quien tiene el poder de organización y dirección en la empresa, explotación o establecimiento. El juzgador, a la hora de analizar las consecuencias del accidente no puede dejar de considerar que está en presencia de partes que no son iguales (*cf*. CNAT Sala VII "Barbona Luis Alberto c/ Demoliciones Mitre S.R.L. y otros s/ accidente - acción civil", 15/8/2014, cita: MJ-JU-M-90044-AR - MJJ90044 - MJJ90044). Pero aún en el caso de pensar, hipotéticamente, que el acontecimiento dañoso pudiera definirse como un supuesto de "imprudencia profesional", ello no cambia la suerte del pleito, ya que el acostumbramiento del operario a desarrollar su actividad en forma imperfecta soslayando el riesgo que ello trae aparejado, se revela determinante del infortunio, sin que la víctima haya incurrido en el "proprie dolum". El obrar culposo por imprudencia, torpeza, distracción o

ligereza no enerva el derecho del damnificado de ser resarcido. La culpa grave de la víctima se configura por la libre determinación del trabajador de llevar a cabo un acto que se sabe ilícito (en igual sentido, esta Sala en: "Valea López, José c/ Corfam s/ Accidente", S.D. 24.177 del 30.11.94).

Es doctrina de la CSJN -"Insarraulde"- que cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño cuya indemnización se demanda ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que él prestaba a su empleadora, no puede prescindirse, a los fines de la apreciación de la responsabilidad, del principio objetivo que emana del art. 1113, párrafo segundo, del Código Civil, en el que queda a cargo de la demandada, como dueño o guardián del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" (Fallos 329:2667, 333:2420, considerando 4). En tal sentido, probada la intervención de la máquina –en el caso la realización de actividad riesgosa- de la demandada en la ocurrencia del daño que sufriera el trabajador, corresponde verificar cuál fue la prueba concreta que aportó la demandada para determinar el nivel de graduación de responsabilidad en el hecho. A tal fin corresponde valorar la conducta en el ámbito de los artículos 512 y 902 del Código Civil, y en orden a la previsibilidad de las consecuencias (Fallos: 311:1227; 317:768; 319:2511, etc.).

Y con anterioridad, señaló la Procuradora ante la Corte, en el fallo "Trejo", que la culpa de la víctima con aptitud para cortar —totalmente— el nexo de causalidad entre el hecho y el detrimento, a que alude dicha norma, debe aparecer como la única causa del

perjuicio, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (Fallos 308:1597; 310:2103; 311:1018; 312:2412; 316:912 y 2774 consid. 7, 319:2511; y 320:536; 321:703, 1462; 323:2930; 327:5224; entre otros antecedentes)".

Dicho ello, "La culpa de la víctima encuentra su marco legal de apreciación en lo dispuesto por el artículo 512 del Código Civil, contemplándose al apreciarla (y aquí es donde el Derecho del Trabajo tiene mucho que enseñar) las circunstancias que son propias del ambiente de trabajo, y de manera especial el hecho de que el trabajador carece de libertad de acción e iniciativa, tanto respecto de las herramientas que utiliza como de las máquinas que acciona, recordando también que la familiaridad con el riesgo propio de las tareas habituales genera un mecanismo síquico de debilitamiento del temor ante el peligro a que se ve expuesto a diario y a los efectos de la fatiga que subyacen, según observa Goldemberg- en la etiología de gran parte de los accidentes" (*cf*. Maza, Alberto J. - "Culpa de la víctima" - Errepar DL T. VII - pág. 859).

Héctor Karpiuk señala: "la experiencia nos demuestra que debe evaluarse la responsabilidad en función de la influencia causal de cada conducta a la luz del principio protectorio, lo que incluye la imprudencia profesional que puede llevar a trabajadores expertos a omitir precauciones con el objeto de no interrumpir el proceso productivo y lograr una mayor producción, por la reiteración en la forma en que realizaba su labor. Casos en los que no existe prácticamente voluntad consciente del dependiente ni

puede calificarse su proceder como culposo pues incurrió en un acto propio de sus tareas, que no alcanza a configurar siquiera culpa leve y es el riesgo de la cosa el factor que aparece como la causa adecuada del daño frente a otros factores que pudieran haber concurrido en la configuración de un infortunio laborales el riesgo de la cosa causa adecuada del daño" ("La culpa de la víctima como eximente en el accidente laboral", cita: MJ-DOC-7011-AR - MJD7011). Esto es lo que en doctrina ha dado en llamarse "la habituación al riesgo" o "imprudencia profesional", se aleja en estos casos la idea de peligro por la reiteración en la forma en que realizaba su labor profesional y corresponde descartar la voluntad consciente del dependiente.

Teniendo en cuenta tales directrices, corresponde evaluar la prueba rendida.

Los testimonios brindados y que el recurrente señala como omitidos, no aparecen dirimentes en orden a acreditar la culpa grave del trabajador, que requiere la eximente invocada.

Nótese que ninguno de los deponentes señalados como presentes al momento del accidente (O. F., D. y T.) dan acabada cuenta que C. no efectuó el control del poste; en sede policial O. F. a fs. 02 y vta. Aseguró que sí hacen los controles previos y A. D. a fs. 15 dijo que ignoraba si ese día hizo la prueba. Si hay coincidencia en que se trataba de un trabajador experimentado, muy eficiente y que trabajaba muy bien.

Pero además de ello, que fue detalladamente valorado por la jueza y el primer votante, agrego que el mentado procedimiento de verificación de postes para el ascenso y descenso fue desacreditado como válido y

eficiente a los fines de brindar la seguridad adecuada por el perito en seguridad e higiene obrante a fs. 1281/1288 y aunque impugnado, existen otras pruebas que acreditan la ausencia de la eximente que propone la recurrente. Si el procedimiento era eficiente, premisa de la que parte la recurrente, también existen constancias que el Sr. C. sabía realizarlo "porque en muchas oportunidades lo vio realizarlo", afirmó la licenciada Cordero (fs. 1137/1138).

Del informe de A. ART de fs. 879/921 surge que el Sr. C. verificó el estado general del poste y no pudo detectar la falla oculta del poste por estar podrido a la altura de 0,40 cm debajo de la superficie. Al respecto cabe recordar que el plan de seguridad a fs. 98 en el punto 2 indica comprobar hasta una profundidad de 0,20 cm. a 0,30 cm por lo menos, mientras que en el procedimiento Nro. 2 "Procedimiento de ascenso y descenso en postes de madera" de Industrias Galaxia surge "cavar alrededor del poste por debajo de la línea de tierra de 10 a 20 cm. a los efectos de verificar el daño de putrefacción" (fs. 124) y los testigos fueron contestes en tal sentido.

También señala la recurrente que C. no utilizó la hidrogrúa, pero nada dijo de las consideraciones efectuadas en la sentencia al respecto, en cuanto se acreditó que el terreno era sinuoso con matorrales (fs. 69/70 del presente y 08/09 del expte. Nro. 4029/2002 "C. J. C. s/ Muerte"), la utilización de hidrogrúa no elimina los riesgos (pericial de fs. 1281vta./1282), así como tampoco la referencia a que si bien el camión en el que estaba montada la hidrogúa era manejado por C., no existe constancia que sea quien la operara ni

conforme a su categoría laboral ni a la asignación de tareas, según el Procedimiento de trabajos con hidrogrúas – Procedimiento Nro. 7- (fs. 129/130).

A tenor de tales consideraciones, entiendo que los recurrentes no logran conmover la selección y apreciación probatoria del juez de primera instancia y el grado de certeza adjudicado, máxime sin haber cuestionado la configuración de la responsabilidad por el riesgo (art. 1113 2do. parte CC). En ese sentido, rechazo el agravio.

b) en segundo lugar les causa agravio tanto al codemandado A. como a la SCPL el rechazo de la responsabilidad de la Provincia citada.

Ambos recurrentes se quejan porque la sentencia desvinculó a la Provincia del Chubut del presente reclamo. Indican que no ha tenido en cuenta la sentenciante que la Provincia citada detenta el poder de policía de los servicios públicos y que la Secretaría de Infraestructura, Planeamiento y Servicios Públicos conserva la supervisión de las instalaciones eléctricas aunque estuviesen concesionadas. Sostienen la responsabilidad de la Provincia por ser la propietaria de la cosa riesgosa (poste), y toda vez que el art. 1113 no distingue entre dueño y guardián.

Debo señalar que el punto 6 del fallo desestimó la demanda incoada respecto del tercero citado Provincia del Chubut en una clara contradicción, pues se trata de un tercero citado por los codemandados, no demandado por el actor. En el mejor de los casos debió declarar la responsabilidad o no de la Provincia citada de conformidad a cómo ha sido citada proceso, a los fines de la eventual acción de regreso.

Ello en atención a su citación en los términos del art. 94 CPr. por parte de A. a fs. 251vta. y a fs. 453 la SCPL "en función de ser la Provincia propietaria de las aludidas instalaciones donde se produjo el fatal accidente, y para evitar que en una eventual acción de regreso se pueda argüir la excepción de negligente defensa" (fs. 453 de la contestación de demanda de la SCPL).

No obstante ello, no existe controversia en cuanto a que el acueducto L. M.-Comodoro Rivadavia y M. B. y las instalaciones eléctricas que lo componen han sido cedidos en concesión a la SCPLCR.

En tal sentido, como señala el Dr. Hayes, la doctrina es unánime en considerar que en el contrato de concesión de servicio público, no existe delegación de facultades propias de la Administración Pública a favor del concesionario, si no que este actúa a su propia costa y riesgo, bajo el severo, intensivo y constante control o vigilancia de la concedente. De donde se concluye que el riguroso y constante control propio de todo contrato administrativo en general, y de la concesión de servicio público en particular, en modo alguno impide que la explotación del servicio y la consecuente responsabilidad que de ello se derive, sea a propia costa y riesgo del concesionario (*cf*. Marienhoff, M.S.: "Tratado de Derecho Administrativo", T. III-B, parágrafos 1147/1149).

En concreto, se ha señalado que cuando la explotación del servicio público la realiza el concesionario a su cuenta y riesgo, no cabe extender al Estado nacional la responsabilidad que incumbe a aquel en razón de un accidente ferroviario (CNCiv. Sala E,

voto del Dr. Calatayud en c. 592.152 del 14-6-12 y sus citas; CNCiv. Sala "L" en autos "Luna Osmar A. c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros s/ daños y perjuicios", del 22-11- 06; íd. causa 567.021 del 16-8-11, "De Alemcastro Diana Arlinda c/ UGOFE S.A. San Martín y otro s/ daños y perjuicios"; Sala "G", causa 510.668 del 19-9-08, "Vergara Miguel Orlando c/ Transportes Metropolitanos S.A. y otros s/ daños y perjuicios"; íd. íd., *in re*: "Monzón Héctor Omar y otros c/ Transportes Metropolitanos S.A. y otros", del 3-10-08, publicado en La Ley Online AR/JUR/9881/2008).

A ello agrego que la sentenciante encuadró el caso dentro del supuesto del daño ocasionado por el riesgo de la cosa del art. 1113 CC (fs. 1596vta., 2do párrafo) y luego de señalar la interpretación que cabe efectuar del término "cosa" en el caso, concluyó que se trata de responsabilidad objetiva por actividad riesgosa. Expresamente dijo "las lesiones que sufriera el mismo –refiriéndose a C.- al caerse el poste en el cual estaba desarrollando sus tareas de corte de las líneas eléctricas, constituyendo por sí la actividad que se desarrolla en tales condiciones una actividad riesgosa, lo que la constituye en cosa riesgosa y causa eficiente para la producción del evento dañoso que en el caso en tratamiento sufriera el causante".

Desde tal punto de vista, considerando que tal imputación de responsabilidad devino firme, fácilmente se concluye que la calidad de guardiana de la provincia que invocan las recurrentes, si se hubiera probado, igualmente resulta irrelevante, con lo que el agravio resulta inatendible.

Por ello, entiendo que no cabe admitir la revocatoria de lo decidido en la sentencia de primera instancia en cuanto desestimó la pretensión declarativa de responsabilidad, con la salvedad que corresponde rechazar la citación del tercero y no una demanda que no fue interpuesta en su contra.

c) El último de los agravios comunes lo constituye el monto por daño moral concedido, por considerar que resulta exorbitante.

Antes de avanzar en el tratamiento de los agravios, dejo sentado que participo del criterio que afirma que respecto a la cuantificación del daño, corresponde tener en cuenta los nuevos parámetros para la cuantificación de la indemnización de las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales fijados en el actual Código Civil y Comercial de la Nación. Es que, como bien ha señalado Jorge Galdós, "…la determinación del *quantum* del daño se efectúa en el momento de la sentencia por lo que a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código para la cuantificación del daño se deben acudir a las pautas del mismo. Así para el daño moral corresponde aplicar el art. 1741 "última parte"" (GALDÓS, Jorge Mario; "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", publicado en LA LEY, 16/11/2015. Explica el autor que en la sentencia declarativa de responsabilidad, se efectúan dos operaciones o etapas: una, mediante la cual se determina el contenido del daño, que abarca lo relativo a la existencia, entidad y oscilaciones que haya podido tener o que previsiblemente pueda tener el daño; y otra, en la cual se determina el valor o cuantía del daño, es decir, se define su entidad económica o su

significación pecuniaria, operación que se efectúa al momento de la sentencia de condena.

La nueva norma establece que para los supuestos de indemnización de las consecuencias no patrimoniales el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

La modalidad consagrada por el texto legal "atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar, reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etcétera, que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Nacional obtener satisfacción, goces y distracciones para establecer el equilibrio en loa bienes patrimoniales" (aut. cit. en glosa art. 1741 en "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", T.VII, Lorenzetti, Ricardo –Director-, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 503).

Con base en tal pauta legal, es decir, al acceso a gratificaciones viables se debe analizar el *quantum* fijado.

El empleador cuestiona que no se haya considerado que el Sr. C. estaba separado de hecho y alejado de su mujer y de sus hijos por lo que el contacto no tenía la intensidad que se le atribuye y además que convivía en esta ciudad con la Sra. M. P. M. desde mucho tiempo antes del accidente.

El tribunal de alzada sufre, en principio, una doble limitación: la que resulta de la relación procesal contenida por la demanda y su contestación, y la que el apelante ha querido imponerle mediante el contenido del memorial de la expresión de agravios. Quedando excluidas

las cuestiones que no hayan sido propuestas en los escritos de constitución del proceso, cuando fueran introducidas bajo la apariencia de argumentos de derecho.

En el caso, se advierte que al contestar la demanda, el empleador hizo alusión a "la verdadera situación familiar" (fs. 255vta) argumentando sobre la vinculación entre los accionantes y C., quien se encontraría separado de la accionante desde el año 1998, es decir tres años antes del accidente, habiendo mantenido dos uniones de hecho de las cuales nacieron dos hijos más.

Y si bien la existencia de otros hijos se acreditan con las actuaciones agregadas por cuerda "A. T., A. I. c/ Sucesores de C., J. C. s/ Consignación – Reconstrucción", expte. Nro. 1916/2002, no es menos cierto que no opuso la respectiva excepción de falta de legitimación que ahora esgrime.

Sin embargo, y solo a fin de aventar cualquier atisbo de excesivo ritualismo, no puede desconocerse que los lazos afectivos de los cónyuges separados de hecho, se mantuvieron -aunque reducidos por efecto de esa separación- y, en el caso quedó demostrada la situación de aflicción espiritual a la que atiende el resarcimiento por el daño moral.

Es que, aunque separados, teniendo la descendencia de 6 hijos, y quince años de convivencia conforme emerge del informe social de fs. 1027, no puede pasarse por alto que existe una historia familiar común, crecida al amparo de ese frustrado matrimonio. Pero, además, surge de la prueba pericial psicológica rendida (fs. 1061), que efectivamente tanto a nivel grupal como individual los actores presentan momentos de tensión y angustia al

recordar al padre y marido desaparecido. La Sra. N. se siente desbordada y angustiada por las situaciones cotidianas que debe resolver dado que aunque el Sr. C. no vivía en forma permanente en la ciudad de Viedma con su grupo familiar, viajaba constantemente y fue una presencia de peso para su mujer y sus hijos. Señaló la profesional que la Sra.
N. presenta crisis de angustia, momentos de llanto de difícil contención, enfermedades orgánicas de fuerte componente psicógeno y más adelante advirtió que la muerte produjo un grave daño psíquico a su esposa, entendido como la manifestación de una disfunción conductiva psicológica del individuo al dolor.

Puesto en estos términos, no habiendo deducido la defensa de falta de legitimación oportunamente y ante la contundencia de la prueba producida, el agravio debe rechazarse.

La tarea de medir la dimensión del dolor es tarea ímproba. El dolor como tal no es objetivo; más bien reviste el tenor de las lesiones intangibles. Pero se busca compensarlo mediante su costo de reversión, por una suma de dinero que represente la posibilidad de procurar goce que aunque no lo dispensen, al menos procuren en alguna medida paliarlo.

La estimación del sufrimiento espiritual de cada uno de los hijos afectados por el fallecimiento del padre no resulta absurda ni arbitraria teniendo en cuenta la edad de los hijos al momento del deceso (16 años, S.; 13 años I.; 11 años J.; 10 años M.; 8 años, S. y 4 años E.) y la forma abrupta en que ello acaeció.

Por otra parte también da cuenta de ello la pericial psicológica en cuanto afirma que la muerte siempre es

de difícil tramitación, y en el caso es más complejo por la forma en que murió C. pudiendo dejar huellas en el desarrollo psíquico de los menores y por el momento evolutivo atravesado al momento de la desaparición de la figura parental y que las grandes pérdidas provocan una herida que no podrá ser eliminada de la vida anímica. Demás está decir que la aflicción espiritual que la pérdida de un padre provoca es un daño que no requiere demostración según el curso natural de la cosas.

No merece atención la crítica que efectúa la SCPL, pues en su fundamentación demuestra que la suma condenada y que fuera pedida, al momento de la demanda representaba U$S 26.315 y hoy solo a U$S 6.134. Tales cálculos demuestran la inexistencia del carácter que le asigna, pero además la misma no resulta exorbitante, pues no importa un cambio de vida para las víctimas, ni es fuente de enriquecimiento.

Asimismo, si se tiene en cuenta que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas (art. 1741 CCyC), fácilmente se concluye que el agravio no puede prosperar.

En cuanto a los intereses responden al principio de la integralidad de la reparación que, para ser tal debe ser abonada desde el mismo momento en que surge el daño y no al momento de la sentencia en que deben cuantificarse los mismos. Lo cierto es que la actora no contó con su crédito en tiempo oportuno y se generó un daño adicional por la mora y en el caso, la sentenciante específicamente señaló que la cuantificación fue efectuada al momento de la fecha del accidente de allí debe también llevar intereses a la tasa activa que

contiene un componente de corrección de la depreciación monetaria.

Ha sostenido el Superior Tribunal de Justicia, y es criterio que se comparte, que en materia de daños impera el principio de reparación integral y los intereses en todo caso deben liquidarse desde la fecha del acaecimiento del mismo. La indemnización debida, debe ser acompañada por el pago de los intereses, que tienen como función esencial "asegurar al acreedor la reparación integral a que tiene derecho evitándole el mayor perjuicio que pudiera significarle la demora en obtenerla". Estos intereses comienzan a correr a partir de cada perjuicio, y con ello se logra colocar al damnificado en las mismas condiciones que estaría si hubiese recibido la reparación en el mismo momento en que sufrió el daño", Sala de Casación (José Luis Pasutti-Agustín Torrejón. AC), "Acuña, Beatriz c/ Transportes Malvinas SRL y-o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios", 29 de diciembre de 2002-; Sala de Casación (Fernando Royer-Agustín Torrejón-AC) "Flores, César c/ Provincia del Chubut s/ Daños y perjuicios" (19 de febrero de 2002, SD 2-Año 2002 y 34SRE-2000).

En conclusión, los montos otorgados por la sentenciante por daño moral deben confirmarse.

d) Se queja el empleador demandado por el monto de la partida otorgada por el daño patrimonial.

Erróneamente fundamenta su queja en el art. 1746 del CCyC que no resulta aplicable, pues no se trata aquí de indemnizar las lesiones o incapacidad física o psíquica, sino el fallecimiento a la que refiere el art.

1745 CCyC. Aun cuando la Sra. jueza no ha referido a ninguna norma para cuantificar el mismo.

Un elemento que no puede escindirse al momento de analizar este tema de la presunción de daño material contemplada en el artículo 1084 del Código Civil lo constituye la edad de la víctima fallecida, en el caso 35 años.

La expectativa de vida, y especialmente útil para generar bienes, juega un rol de extrema importancia en la determinación cuantitativa de la indemnización a favor del cónyuge supérstite y en cuanto a los hijos, deberá repararse en el plazo de tiempo que resta entre la edad que tienen a la época del ilícito causante de la muerte de su padre o madre y la fecha en que podrán valerse por sí mismos, por entender que en esta data ya no hubieran recibido más el aporte material del fallecido.

En este sentido la recurrente cuestiona la edad tenida en cuenta para la jubilación del trabajador en atención a que conforme el régimen aplicable a las tareas de oficial electricista de líneas aéreas (Dec. 937/74), es de 55 años y 30 años de servicios.

De las constancias de la causa, surge que en el año 1995 trabajaba como “oficial” en “AMI Empresa de O. y Servicios S.R.L.” (fs. 80 de la causa 4029/2002 por cuerda); también existe constancia que desde julio de 1999 a septiembre de 2001 se desempeñó en Incro en trabajos de línea (fs. 867) y de la certificación de servicios y remuneraciones acompañada por el recurrente a fs. 243 surge que en el año 1999 trabajó 3 meses y 11 días a los que corresponde adicionar 11 meses y 23 días

trabajados en los años 2001/2002 como oficial electricista de líneas aéreas.

De tales extremos concluyo que C. en el mejor de los casos, y en la hipótesis –no acreditada en autos- de haberse desempeñado en tales tareas desde el año 1995, no podría haber obtenido la jubilación sino hasta el año 2025 a los 59/60 años (pues debía acreditar los 30 años de servicios), lo cual demuestra la improcedencia del planteo señalado, máxime ante la falta de prueba del historial laboral del fallecido trabajador, sin que pueda presumirse que hubiera cumplido la función desde el año 1995 hasta el año 1999 en forma ininterrumpida.

En cambio sí acogeré la segunda y tercera crítica que refiere el recurrente en cuando la jueza tuvo en cuenta una remuneración que no guarda relación con la efectivamente percibida por el Sr. C. y la existencia de 2 hijos más a fin de considerar la proporción de recursos que podría haber destinado a los reclamantes, pues es de toda lógica que debió atender también la alimentación de sus otros vástagos.

Por ello corresponde tener por acreditada una remuneración promedio de $1.200 mensuales conforme los recibos de sueldos agregados por el codemandado A. a fs. 222/229. El recibo adjuntado por el actor a fs. 51 asciende a la suma de $2.203 porque contiene la ayuda escolar anual ($1950).

Creo oportuno señalar que el STJ en SD 45/94 y 25/99 ha indicado "que el arbitrio, tiene en la cuestión un amplio margen. No existen normas fijas, ni proporciones apriorísticas, la valuación del perjuicio queda sujeta a las circunstancias particulares del caso.

Máxime cuando se trata del valor vida, que tantas disquisiciones doctrinarias y jurisprudenciales viene causando, no solo en su concepción, sino en su modo de reparación".

Por ello, teniendo en cuenta la remuneración del padre y esposo, la descendencia que debía atender (8 hijos), el tiempo probable de vida útil, su edad, su oficio, el caudal de sus ingresos a la época del fallecimiento, sus posibilidades de ahorro, fijaré la indemnización por daño material a favor de la cónyuge e hijos accionantes en la suma de $300.000, en la forma dispuesta por el juez *a quo*, es decir descontada la suma percibida.

La falta de discriminación de las sumas que corresponden a cada uno de los actores –6 hijos y esposa- debe ser observada por ser una forma técnica oscura. Pero ni la técnica ni sus consecuencias han sido observadas y no puede este tribunal modificar el contenido sustancial de la sentencia en perjuicio del único apelante. Sí se señala que el modo en que se ha condenado no se ajusta a la técnica que exige la previsión contenida en el inciso 6° del artículo 165 del CPr. Dicha norma legal exige una decisión positiva y precisa que en el caso está ausente. Es que en cumplimiento de tal manda se debió establecer en forma diferenciada el monto que correspondía en concepto de daño material a cada reclamante. Todo ello sin perjuicio de que pudiere entenderse que corresponde la distribución por partes iguales.

e) Le causa agravio al empleador demandado, la tasa de interés activa que fija la sentenciante.

La cuestión relativa al uso de la tasa activa ha sido planteada reiteradamente a este tribunal e inveteradamente –aún con distintas integraciones- se ha manteniendo su aplicación. De allí, que en la circunscripción, la tasa activa –aun de diferentes entidades bancarias- ha sido la aplicada desde el año 2000 en forma invariable con el propósito de mantener incólume el contenido económico de la sentencia y en ejercicio de la facultad judicial dispuesta en el art. 622 regla 3° del C.C.

Se busca resarcir al acreedor el daño moratorio sufrido por la indisponibilidad del crédito judicialmente reclamado, a cuyo efecto, se parte de la razonable presunción de que el actor, se ha visto necesitado de suplir esa indisponibilidad mediante el recurso a fuentes de financiación en el mercado de dinero. De ahí que las tasas activas que perciben los bancos constituyen una razonable pauta acerca del costo del dinero, pues el trabajador no es un inversor financiero que puede elegir entre prestar su dinero a un banco o a su empleador.

Frente a tales razones, se advierte que son inatendibles las alegaciones referidas a que no hubiera sido la tasa activa, la que habrían tenido acceso los actores en caso de contar con el monto reclamado. Tales razones bastan para el rechazo del agravio.

e) El empleador demandado cuestiona la regulación de honorarios en violación al art. 505 del Código Civil que hoy se reproduce en el art. 730 del CCyC.

Este tribunal ya se ha pronunciado sobre esta cuestión (S.I. 227/03 del 9/12/2003), sosteniendo que las previsiones de la mentada norma no inciden en las

pautas regulatorias dado que las reglas arancelarias específicas no han sido derogadas ni sustituidas por la normativa en cuestión. Asimismo, agregamos que no se debe confundir el derecho de los profesionales al reconocimiento de una justa compensación por los trabajos cumplidos en el proceso, con la eventual limitación de la responsabilidad de alguna de las partes en orden a su efectiva satisfacción.

Ello así, concuerdo con el rechazo del agravio con el primer votante, sin perjuicio de que las regulaciones efectuadas serán objeto de revisión por el recurso deducido por la misma parte a fs. 1614, toda vez que las consideró altas y la revocación parcial de la sentencia que propongo me conmina a readecuar costas y honorarios (art. 282 del CPr).

2.- Agravios de la Aseguradora:

En su primera queja, luego de transcribir considerandos de la sentencia, sostiene que la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 LRT, no tiene sustento y debe revocarse, pues no se valoraron las prestaciones brindadas por su conferente y recibidas por los actores, que se encuentren acreditadas con la prueba pericial contable.

De la lectura integral de los agravios de la aseguradora apelante, se extrae que a partir de su disconformidad con la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 deriva sus restantes quejas que en lo esencial tienden a liberarse de la condena impuesta con fundamento en el art. 1074 del CC, por la omisión culposa del cumplimiento de su obligación de prevención de riesgos, -al no haberse acreditado que hubiera informes de higiene y seguridad industrial, ni

un programa de seguridad laboral, ni que fueran efectuadas inspecciones de seguridad-, existiendo una relación de causalidad entre el incumplimiento del deber de contralor de la ART y el accidente sufrido.

Dice la recurrente que la jueza no analizó ni meritúo las prestaciones que brindó en el marco de la LRT y en tal sentido no sería aplicable el criterio sustentado por la Corte en “Gorosito” y “Aquino”.

Lo cierto es que de la lectura de la sentencia surge que se analizaron pormenorizadamente las constancias de la causa y en tal sentido, el pago de $50.000 por prestación por fallecimiento no ha sido desconocido por la sentenciante, sino que por el contrario, lo consideró al momento de estimar la indemnización por daño material.

Lo que omite rebatir y demostrar el recurrente es cómo el pago de la prestación de $50.000 puede erigirse en la reparación integral del daño sufrido.

No asumió el recurrente que la decisión se fundó en los principios de reparación integral con afectación del derecho de igualdad –art. 16 de la CN-, y la construcción jurisprudencial de la Corte en relación a su raíz constitucional desde los fallos “Santa Coloma” y “Gunther” y través de los casos citados “Gorosito” y “Aquino” en que la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la LRT; en cuanto exime de responsabilidad civil al empleador, y porque las prestaciones de la Ley 24557 no reparan adecuadamente el daño sufrido por el dependiente tornándola incompatible con el art. 19 CN. Tampoco se hizo cargo del criterio de esta Sala confirmado posteriormente por el Superior Tribunal provincial en los autos “Martínez,

Ramón José c/ Cooperativa de Trabajo El Golfo Ltda. y otros s/ Demanda laboral". Razones dirimentes que la jueza señaló para declarar la inconstitucionalidad en el caso.

Por ello, habiéndose ejercitado la acción civil y no rebatido mínimamente los argumentos por los que se ha descalificado el art. 39 en la parte pertinente, con respaldo en la sólida jurisprudencia señalada, la revisión fundada en haber abonado la prestación sistémica por fallecimiento determinada únicamente en función de la retribución, no resulta admisible.

En tal sentido los argumentos no pueden calificarse como crítica seria y fundada a la motivación del fallo que declaró la inconstitucionalidad.

A través del segundo agravio, y como consecuencia de la admisión del primero sostiene la procedencia de la citación, falta de acción y falta de legitimación pasiva que fueron rechazados por la sentenciante, por lo que siendo subsidiario del primero corre su misma suerte.

La tercera queja está constituida por el desconocimiento del plan de mejoramiento que presentó la ART y que surge de las pruebas testimoniales que la propia jueza individualiza. Sostiene que la observancia del deber de seguridad es responsabilidad de la empleadora, sin que deban confundirse la subrogación legal que se opera por efecto de la LRT –y solo respecto a las contingencias amparadas y a las prestaciones indemnizatorias- con las obligaciones a cargo del empleador. En el cuarto agravio reitera que su mandante cumplió con las obligaciones que le imponen el régimen de la LRT habiéndose acreditado que al momento del infortunio, el actor cumplía con el procedimiento

establecido para ascender al poste del cual cayera y que utilizaba todas las herramientas de seguridad proporcionadas por su empleadora. No hubo culpa en el accidente y acreditó haber efectuado el pago de la prestación dineraria por fallecimiento que le imponía la Ley 24557.

Cuestiona entonces, la configuración de responsabilidad a su respecto.

La sentencia detectó la falta de cumplimiento adecuado con técnicas necesarias para tutelar la integridad psicofísica del trabajador; un cumplimiento deficiente de la obligación de prevención y reducción de la siniestralidad que imponen los arts. 1, 4 y 31 de la LRT. Señaló que no efectuó informes de higiene y seguridad, habiendo reconocido que no contaba la empresa con programa de seguridad (fs. 887), incumplió con su deber de contralor respecto del cumplimiento del plan de mejoramiento de la empresa. Todos estos deberes impuestos por el art. 31, 19 LRT, 8 de la Ley 19587 y arts. 18 y 19 del Dec. Nac. 170/96.

Tales incumplimientos que fijan la responsabilidad por culpa derivada de los arts. 1074 y 1109 del CC no han sido rebatidos con la sola remisión “a los dichos de los testigos que así lo expusieron” simplemente porque ninguno depuso sobre tales extremos en concreto, solo referenciaron cómo verificaban el estado de los postes. Lejos estuvo la aseguradora de haber demostrado cumplir con sus obligaciones a fin que proceda la eximición de responsabilidad que pretende, máxime cuando el plan de mejoramiento que refiere, fue sugerido con posterioridad al hecho que aquí se ventila.

Las omisiones que fueron señaladas resultan relevantes para responsabilizarla a la luz de los criterios expuestos por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia en autos "M., R. J. c/ Cooperativa del Trabajo El Golfo Ltda. y otros s/ demanda Laboral (Acc. de trabajo), expte. N° 20.975-M2007, Sentencia Nro. 09/SRE/2008 en que señalara que la eventual responsabilidad de la ART es independiente de la del empleador, ya que no emerge del contrato de seguro. Dicho contrato es la ocasión, pero no la causa del deber de obrar que surge de la propia ley, la responsabilidad consiste en omitir el cumplimiento de los deberes a su cargo y cuando entre el incumplimiento de esos deberes y el daño existe una relación de causalidad adecuada corresponde responsabilizar a la ART en razón de los importantes deberes que, en materia de prevención, capacitación e información le impone la ley.

Luego en "C.C, A. c/K.K. S.A. y Otra s/ Accidente", expte. N° 22.474-C-2011 Sentencia Nro. 11/SRE/2012 reafirmó: "si bien la LRT tiene previsto en el art. 39 la responsabilidad civil del empleador, nada contempló este régimen sobre la eventual responsabilidad civil de las ART por los daños que pudieran sufrir los trabajadores de los empleados asegurados por ellas.

Siguiendo el criterio sustentado por la CSJN en "Torrillo", señaló que nada obsta a que las ART, como sujetos de derecho, puedan ser responsabilizadas civilmente por los daños causados por su eventual obrar antijurídico. Una acción no prevista por la LRT y que no requiere la declaración de inconstitucionalidad de ninguna norma de aquellas, la que puede intentar el trabajador con fundamento en el art. 1074 del CC. La

finalidad de la misma es condenar a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) a abonar a la víctima del infortunio el resarcimiento pleno en base a la normativa civil e independientemente del otorgamiento de las prestaciones de la LRT… Desde la perspectiva contractual se trata de un caso de "no seguro". La aplicación del art 1074 CC, presupone el incumplimiento por parte de la ART de un deber propio de obrar emergente, no del contrato de seguro ya que dicha responsabilidad es ajena al mismo, sino de una obligación impuesta por la ley a la ART. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual subjetiva frente al trabajador o sus derechohabientes, esto es en el que se debe probar la culpabilidad, en sentido amplio, es decir, abarcativo del dolo o de la culpa, por omisión de la ART y su intervención en el nexo causal".

En consecuencia también se rechazan los agravios tercero y cuarto.

3. Costas y honorarios:

Ya adelanté, que la modificación de la sentencia que propongo implica la readecuación de costas y honorarios según lo impone el art. 282 del CPr. De allí, que expedirme específicamente sobre la queja del codemandado respecto de los honorarios regulados carece de oficiosidad.

La modificación del monto de condena no alcanza para revisar la imposición de costas en la anterior instancia; la naturaleza del proceso así lo determina. Por supuesto, tal argumento determina que las costas de la alzada se impongan a los codemandados vencidos y la citada A.  ART en forma concurrente.

Asimismo, las costas de primera instancia, generadas por la citación de la provincia del Chubut, se imponen a los citantes A. y SCPL en partes iguales.

Los honorarios correspondientes a la labor desarrollada en la primera instancia deben ser regulados teniendo en cuenta las pautas de los arts. 5 a 9 y 10 que prevé el supuesto de litisconsorcio de la Ley XIII-4 DJPCh.

En consecuencia, regularé a favor del Dr. A. E. G. el dieciocho por ciento (18%) del monto del proceso.

En relación a los honorarios de los letrados del demandado A., Dras. L. J. de M. y A. C. R., los fijaré conjuntamente en el 11% y los de los Dres. C. S. K. y C. N. G. en representación de la SCPL por su actuación a partir de fs. 1257, en el cinco por ciento (5%). Al letrado de la ART citada, Dr. D. R. D. G., en el nueve por ciento (9%) y a la Dra. I. A. M. en el cinco por ciento (5%), porcentajes todos a calcular sobre el monto del proceso.

Los honorarios de los peritos intervinientes los fijaré de conformidad con las pautas establecidas en los arts. 5 y 60 de la ley arancelaria vigente y el art. 22 de la Ley XIII nro. 18. En consecuencia, a favor del licenciado en Higiene y Seguridad del Trabajo S. D. R. los fijo en el dos por ciento (2%) y los del perito contador A. L. en el cuatro por ciento (4%) del monto de la condena.

Los honorarios correspondientes a esta alzada se fijan a favor del Dr. A. E. G. en el veintiocho por ciento (28%); a favor de las Dras. L. J. de M. y A. C. R. conjuntamente en el veintiséis por ciento (26%), los del Dr. D. R. D. G. en el veinticinco por ciento (25%)

y los de los Dres. C. S. K. y F. L. L. conjuntamente en el veinticinco por ciento (25%). En todos los casos, calculados sobre los que se regularon en la primera instancia para los letrados de las partes que representaron (arg. art. 5, 13 y 46 ley arancelaria vigente).

En todos los casos deberá adicionarse el IVA si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

En consecuencia adhiero a la fórmula postulatoria propuesta por el Dr. Hayes con la salvedad del monto de condena por indemnización del daño material en cuanto hago parcialmente lugar al agravio del codemandado A. y lo fijo prudencialmente en la suma de $300.000 y la modificación de los honorarios profesionales propuestos.

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito en tercer orden ante la inexistencia de concordancia entre los señores camaristas que me precedieron sobre el monto del resarcimiento por daño material por el fallecimiento del sr. J. C. C..

La sentencia definitiva nro. 106/2016 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción dispuso por el concepto señalado un resarcimiento de $500.000.

Por ello iniciaré directamente el tratamiento del tema, toda vez que el detalle del objeto venido a conocimiento de esta alzada fue reseñado por quienes me precedieron.

I.- Daño material:

La exigencia de explicitar criterios objetivos de ponderación se corresponde, de un lado, con el

requerimiento de que las sentencias deben ser fundadas y, de otro, guardan relación con la doctrina de la CSJN en cuanto, en diferentes situaciones, ha señalado que se debe evitar que la discrecionalidad judicial pueda convertirse en arbitrariedad, exigencia esta que no se satisface con la mera alusión a las circunstancias del caso particular y al prudente arbitrio y criterio judicial (v. doctrina de Fallos 299:125, 300:197, 303:2010, 306:749, entre muchos otros).

Los arts. 1084 y 1085 del Código Civil imponen a los responsables la obligación de solventar los gastos de subsistencia de la viuda y de los hijos menores, respecto de los cuales existe una presunción *iuris tantum del daño*. A fin de establecer el daño emergente resultante de la falta de sostén material que supone la muerte del trabajador, en conclusión la vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir.

Lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la muerte de una persona. En este tipo de actuaciones no está en juego la vida, ya que ella es irrecuperable. Se trata de medir económicamente el perjuicio que ocasionó a los actores la irrevocable pérdida de la vida de que se trata, ya que ella es potencialmente fuente de ingresos económicos y ventajas patrimoniales, y es la privación de los beneficios actuales o futuros que la persona reportaba a otros seres lo que se mide como valor económico por la muerte de la víctima.

Para fijar la indemnización por valor vida no se aplican fórmulas matemáticas, sino que se consideran

variables relevantes de cada caso en particular, tanto en relación con la víctima (capacidad productiva, cultura, edad, estado físico e intelectual, profesión, ingresos, laboriosidad, posición económica y social, expectativa de vida, etc.) como de los damnificados (grado de parentesco, asistencia recibida, cultura, edad, educación, condición económica y social, etc.) (CSJN "Ledesma de Gamarra, María de los Ángeles y otros c/ Entre Ríos. Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", L. 285. XXXIII, del 02/11/2010 - Citar: elDial.com - AM1800).

Si la presente acción incluía daño emergente por el valor de la vida perdida, la jueza *a quo* omitió analizar su viabilidad jurídica en función de los términos de la litis. Si bien, no puede negarse la trascendencia del infortunio, también es cierto que no hay un "valor vida" como objeto resarcitorio. Por ello es ineludible individualizar y demostrar en cada caso el perjuicio "material" sufrido para contar con parámetros indispensables para medir la privación del beneficio, evitando que la facultad discrecional se torne en arbitrariedad, como señalé con la jurisprudencia citada *ut supra*.

En la delicada misión de fijar una reparación por el daño causado, se debe atender, como antes he anticipado, a las diversidades de cada caso.

En consecuencia entiendo que se configura al menos una chance perdida o un daño cierto, luego, para admitirlo es menester una certeza relativa o una seria probabilidad del beneficio que el hecho ha truncado. No puede obviarse que la privación consiste en la

posibilidad de obtener alimentos del excónyuge y progenitor fallecido.

Por lo que el menoscabo se verifica. Por ello, debe objetivarse su determinación para lo que es menester tener en cuenta: a) respecto de los ingresos que su padre debió aportar había constituido una nueva relación, de la cual nacieron otros dos hijos tal como surge del expte. nro.1916/2002 por cuerda agregado; b) que al momento del accidente tenía treinta y cinco años de edad (fs. 165/66 y de la causa penal agregada por cuerda); c) que percibía como sueldo promedio la suma de pesos mil doscientos ($1.200) como surge de los recibos de haberes incorporados; d) que el causante era un hombre cuya expectativa de vida útil no se demostró que pudiera ser inferior a los sesenta y cinco años, término hasta el que se puede trabajar normalmente; e incluso que en la especie no resulta aplicable la reducción de edad jubilatoria del Dto. 937/74 y en ello he de coincidir con la Dra. Zanatta, toda vez que de los aportes no resultan que hubiere mantenido la actividad comprendida en dicha norma jurídica por el lapso en ella determinado; e) en cuanto a las mayores expectativas laborales, es una posibilidad que no puede descartarse en cuanto a que el Sr. C. al momento de su fallecimiento era un joven de 35 años, con lo cual he de considerar que existía un margen importante para el crecimiento personal y laboral.

Para considerar el monto resarcitorio, entiendo que de la totalidad del ingreso mensual debe descontarse el porcentaje que el occiso destinaba a sus gastos personales y a su familia -concubina y dos hijos- y aquellos que tenía con su cónyuge en otra localidad.

Aparece prudente entonces, fijar una suma equivalente al veinte por ciento (20%) de su salario, que es lo que considero debió destinar para cubrir las necesidades de su vestuario, salud, alimentos y esparcimiento, entre otras, y el monto restante para los hijos habidos de la relación con la actora Sra. N.. El monto del 20% que reservaba para sí me parece apropiado en atención a la cantidad de hijos que tenía, y que como buen padre de familia debía sostener.

Otra circunstancia a valorar es que transcurrieron desde la fecha del fallecimiento hasta el dictado de la sentencia de grado, catorce años, para ser más precisa 169 meses y dos días, a los fines del perjuicio, corresponde por cada mes el 20% del ingreso mensual lo que equivale a la suma de $960 que es lo destinado a la manutención de su familia (descontado el 20%)($960 x 169 (meses)= $162.240).

No hay que olvidar para evaluar, los años que les faltaban a los hijos para alcanzar la mayoría de edad, que es variable porque en el momento del deceso las edades estaban entre los 14 años y los 2 años de edad, siempre en función del 20% al que antes se arribara de descuento para la manutención del fallecido.

Pero parto de la hipótesis de que el fallecido seguiría aportando $960 para la manutención que no disminuiría no obstante la mayoría de edad de alguno de los hijos por cuanto seguiría siendo un aporte para la formación integral desde el punto de vista educacional de los jóvenes.

Por otra parte, el Sr. C. tenía una especialidad, lo que lleva suponer que tendría mayores oportunidades laborales, valorando que al momento de su muerte tenía

35 años, y que los cálculos efectuados precedentemente son indicativos para la determinación discrecional.

Para fijar la indemnización por valor vida sin sujetarme estrictamente a las fórmulas matemáticas que fueron meros parámetros, variables relevantes y presuponiendo la capacidad productiva de la víctima, su posibilidad futura de mejora laboral, estimo que el monto resultante de los cálculos efectuados estimativamente es indicativo y que debo readecuarlo con fines de equidad, por lo que considero prudente para el rubro daño material la suma de pesos trescientos mil ($300.000).

Vino cuestionada la regulación de los honorarios de los profesionales (fs. 1627), conforme haber adherido a la decisión de la Dra. Zanatta y en consecuencia constituir mayoría en punto a la modificación de la sentencia de grado, por imposición del art. 282 del código ritual, corresponde la readecuación de las costas y honorarios de los profesionales actuantes en la instancia anterior.

Toda vez que la magistrada prevotante efectuó los cálculos conforme la ley arancelaria (arts. 5 a 9 y 10, y de los peritos art. 60 Ley XIII-4) y valorando la labor profesional, el monto del proceso, la trascendencia para las partes, estimo adecuada la propuesta y adhiero a los porcentuales sugeridos.

En idéntico sentido se proponen los porcentajes para la actuación en segunda instancia, toda vez que el art. 13 de la ley arancelaria delimita el margen de estimación a lo fijado para la instancia de grado, y habiendo coincidido con la readecuación propuesta, adhiero también a esta misma.

Hay coincidencia respecto de la imposición de costas en primera instancia, y de esta alzada por lo cual no me expido.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Siendo la presente mi propuesta para el acuerdo, adhiero a la Dra. Zanatta.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial del Dr. Hayes, la siguiente

**SENTENCIA**:

**1)** Hacer parcialmente lugar al agravio del codemandado A. I. A., modificar parcialmente la sentencia de fs. 1566/1608 y fijar en la suma de trescientos mil pesos ($300.000) la condena por daño material.

**2)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la codemandada Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia (SCPL).

**3)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la tercera citada A. SA ART.

**4)** Confirmar la imposición de costas del punto 5 de la sentencia de fs. 1566/1608.

**5)** Costas de primera instancia, generadas por la citación de la provincia del Chubut, se imponen a los citantes A. y SCPL en partes iguales.

**6)** Costas de la alzada a los codemandados vencidos y la citada A. ART en forma concurrente.

**7)** Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia al Dr. A. E. G. en el dieciocho por ciento (18%), a las Dras. L. J. de M. y A. C. R., conjuntamente, en el once por ciento (11%) a los Dres. C. S. K. y C. N. G. en representación

de la SCPL por su actuación a partir de fs. 1257, en el cinco por ciento (5%), al Dr. D. R. D. G. en el nueve por ciento (9%), a la Dra. I. A. M. en el cinco por ciento (5%), al licenciado en Higiene y Seguridad del Trabajo S. D. R. en el dos por ciento (2%) y al perito contador A. L. en el cuatro por ciento (4%) del monto de la condena, porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

**8)** Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. A. E. G. en el veintiocho por ciento (28%), a favor de las Dras. L. J. de M. y A. C. R. conjuntamente en el veintiséis por ciento (26%), al Dr. D. R. D. G. en el veinticinco por ciento (25%) y a los Dres. C. S. K. y F. L. L. conjuntamente en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

**9)** Regístrese, notifíquese y devuélvase.

**MARÍA FERNANDA ZANATTA**
**Jueza de Cámara**

**RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES**
**Presidente**

**GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO**
**Jueza de Cámara**

**REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017**
**DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"**

**MARÍA MAGDALENA CONSTANZO**
**Secretaria de Cámara**