------ En la ciudad de Rawson, capital de la Provincia del Chubut, a los 22 días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, se reúnen en Acuerdo los integrantes de la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia: el Presidente, Dr. Miguel Ángel Donnet y la asistencia del Ministro Dr. Mario Luis Vivas (Acuerdo Plenario N° 4609/18 STJCh), para dictar sentencia en los autos caratulados: **"H., E. G. c/ L. S. ART SA s/ Accidente de trabajo (acción civil)" (Expte. N° 522 - año 2015)"** (Expte. N° 24692-H-2017). Según el sorteo practicado a fs. 481 corresponde el siguiente orden para la emisión de los votos: Ministros Donnet y Vivas (art. 28, Ley V N° 3). -------

------ Acto seguido, se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es procedente el Recurso de Casación? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? ----------

------ **A la primera cuestión el Dr. Donnet dijo:** ----------

----- **I.- <u>ANTECEDENTES. EL RECURSO. SU TRÁMITE.</u>** ----------

------ **1.-** La sentencia de la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew, a fs. 417/426vta., revocó la sentencia de primera instancia en todas sus partes y rechazó la demanda de la parte actora por considerar -básicamente- que no se acreditó la relación causal que justifique la responsabilidad civil pretendida; impuso las costas de ambas instancias al perdidoso, y adecuó la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes al nuevo resultado del pleito. ----------

------ Contra esa decisión la actora presentó el recurso de Casación de fs. 434/452 vta., con fundamento en la causal de arbitrariedad de sentencia (art. 291, inc. "e" del CPCC). La Cámara declaró inadmisible esa presentación por resolución de fs. 454/459 vta. y deducida la queja extraordinaria (expediente 24.364-R-2016, por cuerda), por resolución de fs. 471 y vta. se declaró mal denegado el recurso de casación y se dispuso su trámite. ----------

----- **2.- El recurso de casación:** ----------

------ En lo que interesa a esta etapa, la actora casacionista dejó constancia del objeto de su presentación (fs. 434/452 vta.), del cumplimiento de requisitos de admisibilidad y reseñó los antecedentes del caso (demanda, contestación, sentencia de primera instancia y pruebas producidas, recursos de la aseguradora y sentencia de segunda instancia, Caps. I, II y III); luego, señaló como motivo de la Casación: violación de la ley por sentencia arbitraria (fs. 443 vta. y ss.). ----------

------ En particular, expresó su crítica sobre dos aspectos de la sentencia de la Alzada: uno vinculado al fundamento del reclamo y de la solución; y otro, a la acreditación de la relación de causalidad en el caso. ----------

------ **3.-** En cuanto al primer aspecto, la actora señaló, sintéticamente, que ambos jueces de Sala de la Cámara interviniente consideraron que no procede reclamar la indemnización plena del ordenamiento civil con las ventajas probatorias y de tratamiento de la legislación laboral. ----------

------ La casacionista contrapuso que los jueces no consideraron que la condena de primera instancia se fundó en el art. 1074 del Código Civil sin invocación de normas o criterios laboralistas, y por ello causa agravio; agregó que aquellos no asumieron que el trabajador es ciudadano bajo dependencia laboral; y que la garantía de las condiciones dignas de trabajo como el deber de indemnidad tienen raíz constitucional. ----------

------ Señaló que los camaristas revocaron la sentencia de primera instancia sin tratar la crítica del perdedor contra la imputación de responsabilidad en los términos del citado art. 1074 (fs. 445 vta.). Agregó que los magistrados flexibilizaron tanto ese ataque que entraron a analizar los hechos (firmes por no haber sido cuestionados) según la queja que la parte perdedora formuló sobre la falta de tratamiento en el grado de la culpa del dependiente y la falta de acreditación de la relación causal (fs. 446). ----------

--- **4.-** En línea con lo anterior, como segundo aspecto indicó que la Cámara decidió que no se había acreditado en autos cómo ocurrió el siniestro, y con esto asumió que no se probó la relación causal. ----------

------ Contrapuso que es absurdo que la Cámara exija la acreditación detallada del último instante del siniestro con una prueba rigurosa, para poder analizar la relación de causalidad (fs. 446 y vta.). El hecho que provocó la muerte del trabajador -dijo la casacionista- está suficientemente probado en autos (la dinámica de lo ocurrido: caerse dentro de la hormigonera) y arribó firme a la Alzada. Agregó que, además, el art. 1074 del Cód. Civil aplicado no requiere que se acredite la mecánica total del accidente. ----------

------ De este modo, indicó que el razonamiento de la Alzada viola las normas sobre carga y valoración de la prueba así como de fundamentación de la sentencia (arts. 165, incs. 5° y 6°, 381 y 481 del CPCC, fs. 447). Precisó que no se consideró que la demandada reconoció que no haber brindado servicio alguno de prevención sino hasta después del hecho (fs. 448), y por esto, la decisión se apartó de su pretensión, no tuteló al trabajador y soslayó la verdad objetiva del caso (fs. 448). Agregó que la Cámara nulificó la pericia técnica (de fs. 150) por su lenguaje sencillo, sin señalar qué prueba la desvirtuaba, y causó agravio al decidir que no había relación de causalidad probada (fs. 448 vta. y 449). ----------

------ **5.-** Expresó que el no hacer de la ART se acreditó de modo suficiente (citó testigos, la falta de acreditación de documental de la ART sobre el cumplimiento de sus obligaciones y su reconocimiento en el responde demanda “para que el hecho no vuelva a suceder”), genera causalidad apta para reprocharle responsabilidad, y por ello causa agravio el criterio de la Cámara que no se funda en norma alguna y se dirige a impedir la confirmación de la aplicación del art. 1074 del Cód. Civil (fs. 450). ----------

------ Precisó la presentante que la sentencia recurrida ni siquiera trató este tema pese a integrar el primer agravio de la recurrente, y esto genera un perjuicio a su parte y contradice la doctrina de este Superior Tribunal de Justicia sobre la aplicación del citado art. 1074 a las ART por sus omisiones (según jurisprudencia que citó y reseñó, fs. 450 vta.) y se aparta del precedente *“Torrillo”* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 451 vta.). ----------

------ **6.-** En suma, la casacionista peticionó que se case la decisión de la Cámara interviniente porque fue incongruente, omitió y no valoró medios de prueba, no comprendió ni resolvió la causa al no tratar la responsabilidad del art. 1074 del Código Civil; y con ello violó los arts. 34, inc. 4° del CPCC; 902 y 906 del Código Civil, 4° de la LRT, la Ley 19.587, y 17 y 18 de la Constitución Nacional. ----------

------ Frente a una eventual decisión adversa, formuló "reserva" del caso federal con mención de las garantías constitucionales que estimó involucradas (fs. 452). --------

------ **7.- El memorial de la contraria:** ----------

------ La demandada presentó el memorial del art. 296 del CPCC a fs. 473/477 vta. Señaló, en síntesis, que la casacionista estaría argumentando sobre una arbitrariedad fáctica, e indicó que la presentación no satisface la carga técnica del recurso en examen. Precisó -a su modo de ver- cuándo es arbitraria una sentencia, y contestó los agravios. ----------

------ Así, descartó que el art. 1074 del Código Civil, como fundamento de la condena de primera instancia, hubiera arribado firme a la Alzada; agregó que su parte negó la mecánica del hecho y la actora no lo acreditó, y que por ello la Cámara consideró que no se probó la relación de causalidad. Señaló que la Corte Suprema en el caso "Torrillo" expresó que las ART pueden ser condenadas por responsabilidad civil siempre que se acrediten los presupuestos de esta responsabilidad. ----------

------ Reiteró que la actora optó por el régimen civil en vez del laboral, que lo liberaba -dijo- de ciertas cargas probatorias, y no acreditó el hecho que motivó el reclamo. Rechazó la pretensión de la casacionista de que se considere la probabilidad del hecho y se tenga por acreditado el nexo de causalidad entre la cosa -cuyo riesgo, a criterio del demandado, tampoco se demostró- y el daño. ----------

------ Recalcó -invocando la declaración del Ing. M.- que la capacitación operativa sobre la máquina corresponde a la empresa y que las ART sólo brindan nociones generales sobre prevención según la Res. N° 38/96 (SRT) y el Decreto 170/96. -----

------ Acto seguido, la demandada señaló que la Alzada revocó la decisión de primera instancia y que su parte no pudo apelar (*sic*) esa decisión por resultar vencedora; por ello, ante la eventualidad de que este Superior Tribunal admita la Casación, pidió que se trate su apelación implícita respecto de los planteos que, oportunamente, introdujo en primera instancia, y que la Alzada no consideró por estimarlo innecesarios. ----------

------ Por último, formuló "reserva" del caso federal por una sorpresiva sentencia arbitraria que condene a su parte. ----------

------ Solicitó que se rechace la Casación y se confirme la decisión de la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew en cuestión. ----------

----- **8.- El dictamen del Procurador General:** ----------

------ El Procurador General a fs. 479 y vta., en lo pertinente, señaló las coincidencias fácticas de las partes de autos respecto del hecho luctuoso que motiva el reclamo. Consideró que asiste razón a la casacionista sobre el yerro de valoración en que incurrió la Cámara actuante, en relación con la mecánica del accidente, la valoración de las pruebas y el encuadre jurídico de la responsabilidad en el caso. ----------

------ En particular, respecto de la pericia de fs. 149/150 y vta., señaló que, sobre la base de las evidencias existentes y las declaraciones de los testigos, el experto, Ing. M. concluyó que pudo haber ocurrido que una de las paletas haya enganchado parte de la ropa que estaba suelta y desgarrada y lo haya llevado al interior del semicilindro donde están las mismas moviéndose. Y agregó que si bien esa conclusión fue objetada por la ART, en rigor esta parte no acreditó haber cumplido con su obligación en lo que se refiere a prevención de siniestros, capacitación del personal y recomendaciones sobre trabajo seguro. Y completó que de haber cumplido (la

ART) esas obligaciones legales, el accidente pudo haberse evitado; la contracara de esta conclusión -según sostuvo- es la congruente responsabilidad de la ART por las consecuencias de su omisión (art. 1074 del Código Civil). ----------

------ Cerró su dictamen indicando que ese es el fundamento de la responsabilidad en el caso, que fue correctamente valorado y ponderado en la sentencia de primera instancia; y propone que se haga lugar al recurso en todas sus partes, casando la sentencia de la Cámara de apelaciones y confiriendo vigencia a la decisión de primera instancia de fs. 348/377. ----------

----- **II.- ANALISIS:** ----------

------ **1.- Consideraciones previas:** ----------

------ Como previo debo señalar que, si bien el caso traído a conocimiento de este tribunal trata cuestiones de hecho y de prueba, que son en principio ajenas a la instancia casatoria (SI N° 14/SRE/2013 y sus remisiones), en rigor, corresponde hacer excepción a esa regla en razón de los argumentos con que la recurrente fundó su presentación contra la decisión de la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew, pues señala que ésta resulta sustancialmente arbitraria al revocar la sentencia del juez *a quo* y rechazar el reclamo indemnizatorio por la muerte de un trabajador. ----------

------ Consecuentemente, advierto que en caso de verificar el vicio no habría propiamente sentencia de alzada (CSJN, 24/04/01, *Fallos* 324:1344), y ello hará necesario que trate la apelación ordinaria que la demandada dedujo contra la condena de primera instancia (principio de devolución implícita: SD N° 28/SRE/2017). Esto, en tanto y en cuanto, contenga agravios que no fueron tratados por la alzada, y resulten técnicamente suficientes. ---------- **2.- El caso en Casación:** ----------

------ La casacionista señaló que los camaristas se apartaron de la pretensión de la actora y de las pruebas de autos, con violación de los arts. 34, inc. 4°, del CPCC,

902 y 906 del Código Civil, 4° de la Ley 24.557, la Ley 19.587, y 17 y 18 de la Constitución Nacional. ----------

------ Precisó que revocaron la decisión de primera instancia que había hecho lugar a la reparación, porque consideraron -básicamente- que no corresponde plantear el reclamo civil con las ventajas probatorias del régimen laboral (no procede acumular los regímenes), y que no se acreditó la mecánica del hecho y con ello la relación causal como presupuesto de responsabilidad. ----------

------ La recurrente indicó, en síntesis, que los camaristas no consideraron que los hechos arribaron firme a la alzada, y con ello la dinámica del siniestro; que la demandada reconoció que no brindó el servicio de prevención sino luego del siniestro; que el juez de grado imputó responsabilidad a la ART por el art. 1074 del Código Civil y no con criterios laboralistas; que con la solución desestimatoria de la demanda contradicen la doctrina de este Cuerpo y el precedente “Torrillo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. ----------

------ En suma, la recurrente afirmó que la alzada fue arbitraria al soslayar la verdad del caso y apartarse de la pretensión sin tutelar al trabajador (*rectius*: derechohabientes). ----------

----- **3.- Análisis preliminar. Arbitrariedad del fallo recurrido:** ----------

------ **3.1.-** Así planteada la Casación, considero -en línea con el dictamen del Procurador General- que asiste razón a la recurrente en los aspectos que planteó, por los siguientes motivos. ----------
En efecto, del expediente surge que el caso arribó a la Cámara con: ----------

------ **A)** Hechos admitidos por las partes: el fallecimiento del trabajador ocurrió en ocasión del trabajo (24 de agosto de 2010), cuando cayó dentro la máquina hormigonera que se encontraba limpiando en funcionamiento. ----------

------ **B)** Hechos acreditados por las pruebas: los testigos C. P. a fs. 130/131, F. M. a fs. 168/189 y O. P. a fs. 170/171 declararon en forma concurrente que el aprendizaje de la operación y limpieza de la máquina fue autogestionado; la testigo M. P. a fs. 129 y vta. declaró que la ART visitó la empresa luego del accidente; los testigos O. P. fs. 170/171 y J. M. a fs. 233/234 declararon que la ART no capacitó a los empleados en la prevención del riesgo de atrapamiento, que es un riesgo general de las máquinas; y que luego del siniestro se modificó la máquina, se colocó una reja o valla donde se ubica el operario para impedir que una persona caiga dentro. ---------

------ A su vez, de las actuaciones que realizó la Secretaría de Trabajo de Trelew a partir del siniestro (agregadas a estos actuados) surge a fs. 18 a 24 que la ART realizó con posterioridad al siniestro (30 de agosto de 2010), capacitación al representante obrero ("explicación de PRAM y recomendaciones"), un detalle de incumplimientos a la normativa vigente por parte del empleador, evaluación de riesgos del puesto de trabajo según Res. 1721/04-SRT (PRAM); y, en particular, a fs. 29 obra el informe de verificación de la documentación de seguridad e higiene que presentó el propietario de la empresa empleadora ante el requerimiento de la Secretaría de Trabajo (6 de septiembre de 2010); allí, en particular, el funcionario administrativo indicó: "No presenta: servicio de seguridad e higiene con anterioridad a la fecha del accidente fatal"; "No presenta: constancia capacitación utilización de máquinas hidráulicas, eléctricas, mecánicas, portátiles"; "No presenta: procedimiento limpieza máquina indhor modelo-600 serie n° 553"; "No presenta: constancia capacitación orden y limpieza". ---------- De la pericia en seguridad e higiene de fs. 148/150 vta., surge como respuesta a los puntos de pericia -según la conclusión del experto a partir de la observación personal del lugar del hecho, de la máquina en cuestión, y las referencias del empleador, Sr. P., que lo asistió durante ese acto- que el operario cayó dentro de la máquina en funcionamiento, por el atrapamiento de su ropa al estar reclinado sobre ella durante el proceso de limpieza.

------ Esta prueba, contrariamente a lo que sostuvo la alzada, no se ve perjudicada por el hecho de que el perito desarrolle conclusiones personales. Al respecto observo que su valoración -según el recto ejercicio de la función jurisdiccional- exige sopesar los motivos en que se fundó según las circunstancias del caso y las restantes pruebas

existentes (Varela, 1998. *Valoración de la prueba*, Buenos Aires: Astrea, 2ª ed., p. 298 y sig.). Así, advierto que las afirmaciones en que se basa la conclusión del perito se apoyan -según detalló- en los antecedentes de la causa y en sus conocimientos técnicos específicos (pues, ciertamente, no se trata de una simple opinión de un lego en la materia). Por lo que con ello satisface, a mi modo de ver, su labor como auxiliar de la justicia, a la que contribuye con su saber, ciencia y conciencia (CSJN, 01/12/1992, *Fallos* 315:2834). ----------

------ Sumo a lo anterior, las constancias del legajo de la investigación fiscal (caso 26842, agregado a fs. 32/33 de estos actuados), no impugnadas. En particular, el acta de intervención policial a raíz del siniestro, de donde surge el detalle de la inspección ocular que efectuó la policía científica (a fs. 2 y vta. del legajo); y que con relevancia para esta causa- indica que: "se procede al secuestro preventivo de prendas de vestir que se encontraban en el interior de la batea, una camisa de color azul tipo 'Ombú' de trabajo, una remera blanca, ambas prendas totalmente manchadas y húmedas con líquido presumiblemente hemático" (*sic*); y lucen agregadas la secuencia de fotografías oficiales tomadas en el lugar del hecho, donde claramente se ve la máquina, las paletas giratorias y las piezas de las mencionadas prendas en el interior de la máquina (foto 9, fs. 16; foto 23, fs. 23; foto 27, fs. 25; foto 57, fs. 40; y foto 64, fs. 44). ----------

--- **3.2.-** En síntesis, realizando una integración armónica de los resultados de las pruebas producidas, puedo concluir como verdad del caso que el siniestro ocurrió cuando, al trabajador limpiaba la máquina perteneciente al empleador, y que -a tenor del resultado fatal y de las posteriores modificaciones que se efectuaron a la hormigonera- carecía del conocimiento adecuado sobre el riesgo de atrapamiento inherente a esa tarea, y de los elementos necesarios para hacerla sin peligro para su integridad. ----------

------ **3.3.-** Frente a estas fuentes materiales, aparece congruente la pretensión que la actora plasmó en su escrito inicial (fs. 3/23), pues imputó a la ART la omisión del control, información y capacitación del personal que le impone la ley, y encuadró el caso en los términos del art. 1074 del Código Civil. ----------

------ En particular, señaló que el siniestro fatal ocurrió por las omisiones de la ART demandada: no examinó los riesgos operativos de la hormigonera, no instrumentó un plan de limpieza segura y no capacitó a los empleados en los riesgos propios de ese procedimiento (fs. 8/12, en especial las referencias de fs. 10 vta. y 11). ----------

------ Y la oposición de la demandada -sin que esto implique, ahora, abrir juicio sobre ella- resulta consecuente con esa imputación. Advierto que para eximirse de responsabilidad civil -y sobre la base de los mismos hechos- la ART invocó la culpa de la víctima (fue imprudente al realizar ese proceso de limpieza, fs. 53) y la responsabilidad de la empleadora en materia de seguridad e higiene, porque a la fecha del siniestro -dijo- no contaba con asesor en la materia (fs. 54 y 56). Y agregó para cerrar ese razonamiento que, como aseguradora de riesgos laborales, no le correspondía asesorar a la empresa sobre el manejo de la máquina en cuestión, e invocó (en línea con el objeto de la demanda) el precedente "Torrillo" resuelto por la Corte Suprema en el año 2009. ----------

------ **3.4.-** En este contexto, vistas las posiciones de las partes junto a los hechos admitidos y probados en autos, tengo claro que el caso requería una decisión diferente de la que propuso la Sala de la Cámara interviniente. ----------

----- En efecto, los jueces partieron de considerar que la actora eligió la vía civil y que por ello dejó de disponer de las ventajas y tutelas especiales del régimen laboral (voto del Dr. López Mesa, fs. 418, y Dr. Velázquez a fs. 423 vta.). Luego, asumieron que en el caso no se probó el hecho ni cuál fue la mecánica del accidente (analizaron los testimonios en forma fragmentada, descalificaron la pericia en seguridad e higiene y soslayaron la documental agregada) para concluir que no puede sostenerse que en el caso existe relación de causalidad entre el daño y el "riesgo de la máquina" (voto del Dr. López Mesa, fs. 420 y vta. a 421, concordante Dr. Velázquez, fs. 424 y vta.). Sobre esta base, sintéticamente, la Cámara revocó la decisión de primera instancia y rechazó el reclamo indemnizatorio. ----------

------ Echa de verse que, con esas referencias y razonamiento, la decisión jurisdiccional no se presenta como una derivación razonada del derecho vigente y aplicable a las constancias del expediente; así, en síntesis, pues: ----------

------ **A)** Se apartaron de los hechos admitidos y probados. Según la reseña que efectué antes queda en evidencia que los magistrados arribaron a una conclusión inadecuada acerca de la materialidad concreta del hecho dañoso. ----------

------ **B)** Desinterpretaron la pretensión de la parte actora. Ésta, lisa y llanamente, reclamó la reparación integral de los daños -derivados del fallecimiento del trabajador en ocasión de sus tareas- contra la ART, a la que le imputó la omisión culposa de las mandas legales a su cargo (en los términos de los arts. 1109 y 1074 del Código Civil, vigentes a la época del hecho). Tal pretensión fue, a la sazón, la que receptó el fallo de primera instancia. ----------

------ **C)** Trajeron a colación la idea de una opción rígida y excluyente; inaplicable a la especie -por lo menos- por dos motivos. Primero, porque la pretensión que se dirigió contra la ART -como indiqué- era extrasistémica (esto determinaba, incluso, innecesario tratar las inconstitucionalidades planteadas; v.g. SD N° 31/SRE/2013, voto del Dr. Royer); segundo, porque -sin perjuicio de lo anterior- la idea de una opción, del modo en que se la invocó, carecía de respaldo legal a la fecha del hecho (24 de agosto de 2010). ----------

------ Así, los jueces arribaron -por conducto de estos desvíos y dogmatismos- a una decisión que es contraria al criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la responsabilidad civil de las ART por omitir las medidas positivas de seguridad que la ley pone a su cargo (“Torrillo”, *Fallos* 332:709; cons. Schick, Horacio, *La aplicación del derecho civil en el resarcimiento de los infortunios laborales*, La Ley, cita online: 3/402288, Cap. VII); criterio que también prohíja este cuerpo (SD Nros. 9/SRE/2008, 11/SRE/2012, 28/SRE/2013, 31/SRE/2013, y últimamente 28/SRE/2017). ----------

------ **3.5.-** Por lo tanto, bajo las condiciones de hecho y derecho involucradas en la causa, y vistas las conclusiones precedentes, la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Trelew impugnada no satisface -según es mi criterio- la exigencia constitucional de fundamentación razonable (arts. 18 y 19, CN; actualmente: art. 3°, CCyC); de modo que, siendo arbitraria, debe ser casada en su integridad. **ASI LO VOTO**. ----------

------ **4.- Resolución del caso. Apelaciones implícitas:** ----------

------ En función de la decisión anterior -como lo adelanté al iniciar mi análisis- en el presente apartado corresponde que examine las cuestiones que planteó la demandada recurrente a fs. 405/413 vta. contra la decisión de primera instancia de fs. 348/377 vta., en tanto sean viables y hubieran sido rechazadas u omitidas por la Cámara (SD N° 10/SRE/1999 y N° 14/SRE/2000 con sus remisiones). ----------

------ En esta tarea advierto que no estoy obligado a seguir a las partes en todas sus alegaciones, sino que, asumiendo el rol de la alzada (por conducto del *iura novit curia* y la sana crítica) estoy facultado para calificar autónomamente la realidad fáctica del caso y dilucidar las cuestiones planteadas en concreto, en tanto conducentes para la solución del litigio. ----------
----- Hechas las aclaraciones precedentes, de la lectura de la pieza recursiva surgen distintos agravios. Cotejándolos con la decisión de la alzada -casada- advierto que ésta trató sólo un aspecto del primer agravio (el referido al hecho y su mecánica, en forma arbitraria como concluí) y, en consecuencia, no trató los restantes planteos. Por una cuestión lógica, me concretaré en ellos según el orden de invocación. ------

------ **4.1.- El primer agravio:** ----------

------ La ART demandada expresó como primer agravio -en síntesis- que el juez *a quo* no analizó la culpa de la víctima que alegó como eximente de responsabilidad, y trajo a colación los testimonios de M., P. y P. para dar su versión del hecho sobre la imprudencia del trabajador fallecido. También indicó que el magistrado no consideró que la actora adoptó la vía civil y no acreditó la relación de causalidad

entre el daño y las omisiones que le imputó a su parte. Y por último, señaló que por las funciones que le corresponden a su parte -dijo- no puede formulársele ningún reproche. Sobre esta base solicitó que se revoque la decisión de primera instancia (síntesis en fs. 409). ----------

------ Así integrado el agravio, no le asiste razón a la demandada en sus planteos por los siguientes motivos. ----------

------ Conforme analicé en el capítulo anterior, el deceso del Sr. R. M. se produjo en ocasión del cumplimiento de sus tareas en el lugar de servicio, cuando, al trabajar reclinado sobre la hormigonera industrial durante el proceso de limpieza, su ropa fue atrapada por las paletas de la máquina en movimiento, lo que provocó que cayera dentro de la batea mezcladora con el resultado fatal que motiva el presente juicio. --

------ Las pruebas de autos también permiten tener por cierto que, antes del siniestro, la ART demandada no controló el riesgo de la máquina ni del proceso de empleo o limpieza, no capacitó a los trabajadores en el riesgo general de atrapamiento, no denunció al empleador por incumplir las normas de seguridad e higiene respecto a la ausencia de un responsable en la materia y de un plan de mejoramiento posible y necesario. ----------

------ En esto convergen los testigos P., P., M., M., según la reseña que antes realicé; también la documental agregada: las actuaciones administrativas de la Secretaría de Trabajo de Trelew, y el legajo de investigación fiscal; así como la pericia en seguridad e higiene obrante en autos. ----------

------ Estos aspectos concretos del caso colocan en cabeza de la ART la responsabilidad por el hecho fatal. ----------

------ Y esto es así, -agrego- sin perjuicio de la responsabilidad concurrente que pudiera corresponder al empleador (Schick, *La aplicación del derecho…*, cit., Cap. VII). ----------

------ Me explico. En lo que interesa al caso, la demandada con su recurso no se hace cargo de que la sentencia de grado responde (art. 165, inc. 5°, CPCC) adecuadamente, en función de las pruebas, a la imputación de responsabilidad por omisión que le formuló la parte actora en los términos del art. 1074 del Código Civil (fs. 8/12, en especial las referencias de fs. 10 vta. y 11). ----------

------ La ART soslayó que su responsabilidad surge -por contraste- de la omitida actuación positiva que la LRT puso a su cargo, precisamente, para conjurar los daños en los lugares de trabajo (según es doctrina de este Tribunal en las SD Nos. 9/SRE/2008, 11/SRE/2012, 28/SRE/2013, 31/SRE/2013, y últimamente 28/SRE/2017, con remisión al caso de la CSJN en "Torrillo" de 2009, *Fallos* 332:709; comp. Schick, Horacio, *La aplicación del derecho civil en el resarcimiento de los infortunios laborales*, La Ley, cita online: 3/402288, Cap. VII). ----------

------ Es que (como señalé, en lo pertinente, en el caso resuelto por la SD N° 28/SRE/2017) las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo son agentes obligados por ley (y en esto el legislador ha sido pragmático en procura de eficacia) a adoptar -en forma concreta- medidas positivas de seguridad: preventivas, correctivas y de control, con el fin de evitar que los riesgos de las labores que realizan los operarios se traduzcan en daños a su integridad. Es decir, las ART son agentes especializados por sus conocimientos en la materia, con un deber de actuación preciso (doc. art. 902, Cód. Civil). ----------

------ Dicho de otra manera, si el legislador impone a las ART que adopte medidas positivas de seguridad en el trabajo, es porque está asumiendo que el cumplimiento efectivo de esas medidas guarda relación causal adecuada con la prevención y reducción de la siniestralidad laboral que reclama la Ley 24.557 como uno de sus objetivos principales (doc. art. 901, Cód. Civil); y, por lógica, va de suyo, también presupone que la omisión de tales medidas es fuente de perjuicios para los trabajadores. Tal es el caso. ----------

------ En particular, esas medidas positivas de seguridad encuentran fundamento en:

a) arts. 1°, inc. 2°, apartado “a”, 4°, y 31, incs. 1°, apartados “a”, “c”, y 2°, ap. “a”, de la Ley 24.557; **b)** arts. 1°, 4°, incs. “a” y “b”, y 7°, inc. “e”, de la Ley 19.587; **c)** en cuanto resulta aplicable por el empleo de una máquina hormigonera en los arts. 1°, 2°, párr. final, 262 y 263 del Dec. 911/96; **d)** las previsiones de la Res. 23/97SRT, que impone a las ART la fiscalización del cumplimiento del Dec. 170/96 (reglamentario de la LRT) y de las normas de seguridad e higiene, además también regula el procedimiento de denuncia de los incumplimientos ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo; **e)** la Res. 436/09-SRT que impone a las ART el deber de verificar la veracidad de los riesgos informados por el empleador, evaluar el cumplimiento de las fechas de regularización, visitar la empresa a estos fines (CSJN, “Torrillo” de 2009, *Fallos* 332:709, Consid. 5°). ----------

------ En el caso concreto, a la luz de las pruebas de autos, la ART omitió tales medidas preventivas, correctivas y de control. De modo que, cotejando *ex post facto* lo que debió hacer la ART y no hizo (conf. Goldemberg, 1987. *Responsabilidad Civil y su aplicación a los infortunios laborales*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, T.1, pp. 140-141), se puede -razonablemente- explicar y vincular el daño que se reclama en autos con la falta de “interposición” adecuada y oportuna (doc. arts. 1109 y 1074 del Cód. Civil) por parte de la ART en materia de prevención (con capacitación de los operarios en el riesgo de atrapamiento y con adecuación de la máquina para su operación segura; por caso: arts. 262 y 263, Dec. 911/96, como de hecho ocurrió luego del siniestro según el testimonio de P. y la pericia en seguridad e higiene), o en el control de los riesgos de operar la máquina hormigonera industrial (con estandarización del proceso de operación y limpieza, como de hecho ocurrió luego del siniestro según surge de la pericia y de las actuaciones de la Secretaría de Trabajo de Trelew). ----------

------ Todos actos necesarios y (como se ve) posibles, que fueron omitidos por el sujeto que debía realizarlos por ley; y la demandada nada acreditó en contrario. A mi modo de ver, ello encuadra en los términos de los arts. 901, 902, 1109 y 1074 del Código Civil. ----------

------ Frente a la conclusión anterior la demandada pretende: como que el accidente responde a la culpa de la víctima (para justificar esta idea trajo a colación las declaraciones de los testigos M. y P., pero en forma parcial y sesgada, de modo que su conclusión no se ajusta al caso; al punto que también invocó la declaración de un tal "H.", fs. 406 vta., que nunca integró la prueba proveída según resolución de fs. 66 y vta.) o a la responsabilidad del empleador (cuyas omisiones, en rigor, antes dan cuenta de la responsabilidad de la propia demandada a tenor de las exigencias legales a su cargo que invoqué). ----------

------ Echa de verse, en función de la valoración integral de la prueba que efectué antes, que el recurso así planteado no se ajusta a la realidad del expediente. A mi criterio lo cierto es que la ART no acreditó, en concreto, haber adoptado -en forma oportuna y prudentemente- las medidas legales a su cargo para prevenir los riesgos del trabajo de manera eficaz (doc. arts. 1°, inc. 2°, ap. "a"; y 4° de la Ley 24.557, según la causa CSJN, "Torrillo", *Fallos* 332:709, Consid. 5°, 6° y 8°). ----------

------ Por ello, la crítica que presentó la demandada es subjetiva, con argumentación paralela y sin confrontar la realidad del caso que la sentencia de primera instancia resolvió (conf. SD N° 1/SRE/2012), según lo que analicé. **ASI LO VOTO**. ---------

----- **4.2.- Los restantes agravios:** ----------

------ Ahora bien, en función de lo anterior, corresponde que analice los agravios subsidiarios. ----------

------ **4.2.1.- Fórmula e intereses:** ----------

------ La demandada recurrente señaló que el juez de grado aplicó la fórmula "V." con un interés del 4% anual, cuando -según entiende el recurrente- en la circunscripción se vienen aplicando un interés del 6%; afirmó que a menor interés le corresponde una indemnización mayor, y por ello solicitó que se revoque la decisión en este punto para aplicar la fórmula "Moore-Bernasconi" (fs. 409vta. y siguiente cita jurisprudencia -que estimó aplicable- para justificar la crítica). --------

------ Además, se agravió porque el juez *a quo* aplicó la fórmula "V." según el salario futuro a percibir por la víctima -lo que calificó de aleatorio-, y no en función del salario que percibía al momento del accidente. Señaló que tampoco se descontó aquello que corresponde para uso personal. Solicitó que se efectúe el cálculo en función de lo que el occiso percibía al momento del hecho con los descuentos de ley (fs. 410 vta. y 411). ----------

------ Por último, para el caso de que no se haga lugar a lo anterior, la ART solicitó que se discrimine la tasa de interés aplicable: pura desde la mora y hasta que quede firme la sentencia, y a partir de allí la tasa activa para operaciones de descuento de documentos a treinta días del Banco del Chubut (fs. 413). ----------

------ Así expuestos los agravios, no le asiste razón a la recurrente. Expondré -a mi modo de ver- por qué. ----------

------ **A)** El juez indicó, expresamente, que se ajustará a la fórmula "MooreBernasconi" con las correcciones del caso "M." o "V. II" (fs. 372 vta.). La denominación de la fórmula no es relevante. Se trata de la misma idea, expresada por fórmulas similares, pero con adecuaciones realistas en los valores considerados para superar las críticas (Acciarri–Testa, *La utilidad, significado y componentes de la fórmula para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muerte*, La Ley Online, cita: AR/DOC/311/2011; Guibourg, *Cuantificación del daño*, La Ley Online, cita: AR/DOC/821/2009; entre muchos otros). ----------

------ En este sentido, el agravio de la recurrente por cuanto pretende, sin más, que se aplique la primera e histórica fórmula, no es computable; pues, parte de bases inadecuadas (salario histórico, sin chance de mejora, con una tasa de rendimiento del 6% porque asume que es mejor que una tasa del 4% y así pagaría una indemnización menor) y ajenas a la realidad del caso (derechoshabientes especialistas en inversiones financieras y en economía) con el fin de llegar a conclusiones insostenibles (Peyrano, 2003. *Procedimiento civil y comercial*, Santa Fe: Juris, T. 2, p. 69) para la reparación en examen. Por ello entiendo que corresponde rechazar el planteo. **ASÍ LO VOTO**. ----------

------ **B)** En relación con la determinación del salario base sin deducción de gastos, advierto que el recurrente con su queja no se hace cargo de las consideraciones que expresó el juez *a quo* para decidir así. ----------

------ En efecto, el magistrado indicó a fs. 373 (párr. 4°) y vta. las pautas que consideró para determinar el salario base del cálculo (deducción de consumo personal, posibilidad de mejora, otros aportes, etc.), y la ART por su lado centró su queja en pedir, sin más, que se utilice otra base de cálculo. No realiza una confrontación crítica de las razones del juez, ni demuestra -de algún modo- que resulta equivocada o irrazonable la decisión (SD N° 1/SRE/2012). La pretensión recursiva es, por lo tanto, paralela y como tal técnicamente insuficiente para revertir la decisión. **ASÍ LO VOTO**. ----------

------ **C)** Por último, en cuanto a la discriminación de los intereses que pretende el recurrente (una tasa pura desde la mora hasta la sentencia firme y luego la tasa prevista por el juez), debo señalar que nos encontramos ante un reclamo extrasistémico y los intereses se devengan desde el día del hecho dañoso (STJCh, SD N° 28/SRE/2017); además, la determinación de la tasa compensatoria es facultad privativa del magistrado (doc. art. 622, Cód. Civil; conf. este cuerpo en la SD Nº 24/SRE/2001 con sus remisiones). Frente a esto no advierto una razón viable -el recurrente tampoco la aportó- para dejar sin efecto la decisión de primera instancia sobre el punto. **ASI LO VOTO.** ----------

4.2.2.- Concubina: ----------

------ La demandada también se agravió porque -a su entender- el juez *a quo* no trató el planteo que formuló respecto a que no le corresponde a la concubina la presunción del art. 1085 del Cód. Civil; además, dijo, no hay pruebas de que ésta haya sufrido perjuicio alguno; no se acreditó la cohabitación ni la convivencia en familia (fs. 410 vta.). ----------

------ Así planteado el agravio, no asiste razón al recurrente por los siguientes motivos. ----------

------ **A)** De la lectura de la contestación de la demanda (parte pertinente, fs. 60/62) surge que la ART trajo a colación la doctrina de un fallo de la Cámara de Trelew sobre la inconstitucionalidad del art. 1078 en cuestión, invocó la doctrina del daño por rebote y la posibilidad de que la ampliación de legitimados afecte -sin más- el sistema de seguros; y, por último, expresó su posición subjetiva sobre el citado art. 1078 -como que no discrimina- en abstracto, soslayando las consecuencias de su aplicación en concreto. ----------

------ De modo que, en rigor, el citado art. 1085 no fue, en sí, un capítulo propuesto a la decisión del magistrado; y no corresponde que me expida al respecto (art. 280, CPCC; este cuerpo en la SI N° 3/SRE/2012 con sus remisiones). ----------

------ **B)** Sin perjuicio de ello, a su vez advierto que los argumentos del juez de primera instancia sobre el art. 1078 del Cód. Civil, no fueron tachados por irrazonables sino enfrentados mediante una crítica subjetiva y paralela, lo que resulta insuficiente para revisar la decisión del punto (doc. art. 268, CPCC). ---------- A mayor abundamiento, igualmente observo que esa solución del grado es concurrente con la regulación del art. 1741 del CCyC, que receptó la evolución jurisprudencial en la materia (así, sin perjuicio de otros, Boragina-Meza, 2017. *Derecho de daños*, AAVV, Buenos Aires: Hammurabi, p. 159 y sig.). ----------

------ **C)** También se queja la ART de que la concubina no probó daño alguno; en particular, dijo que no se probó -básicamente, según la posición de la recurrente- la convivencia familiar. ----------

----- Tampoco resulta atendible esta crítica. ----------

------ El recurrente no se hace cargo de las referencias concretas que efectuó el magistrado de la primera instancia (fs. 367) para tener por acreditada la relación y las repercusiones del fallecimiento del Sr. M. (dictamen del Cuerpo Médico Forense, a fs. 217/218; ETI, fs. 296/305). ----------

------ El recurrente no cuestionó adecuadamente esas razones con la invocación escueta que efectuó fs. 410 vta.; la crítica -una vez más- no es técnicamente idónea para revocar el punto (art. 268 del CPCC). **ASÍ LO VOTO.** ----------

----- **4.2.3.- Compensación:** ----------

------ La ART también se quejó de que si bien -dijo- la decisión de primera instancia dispuso compensar el pago a cuenta que efectuó según expediente que corre por cuerda, no explica -a criterio de la recurrente- cómo hacerlo; además, solicitó que se aplique a esa suma iguales intereses de condena, y que esta cuestión se difiera para la etapa de liquidación (fs. 413). ----------

------ En rigor, la sentencia de primera instancia en examen dispuso expresamente a fs. 374 y vta. que: "sin perjuicio de que, en oportunidad de la liquidación, se detraiga de la misma la indemnización abonada por la ART (…) conforme expediente de pago por consignación que tramitara por ante el Juzgado Laboral n° 1 de esta jurisdicción, el cual obra agregado por cuerda a los presentes (…), de conformidad con lo establecido por la ley 24.557, con el pertinente devengamiento de intereses a la fecha de su pago". ----------

------ Así, los aspectos principales que motivan la presentación de la recurrente surgen del fallo. Su concreción, en efecto, corresponde a la etapa de liquidación (punto firme). De modo que este agravio resulta extemporáneo, por prematuro. **ASÍ LO VOTO.** ----------

------ **5.- Síntesis:** ----------

------ En razón de los agravios que analicé en los párrafos precedentes, a modo de síntesis de la parte pertinente, señalo que: **a)** la sentencia de la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew de fs. 417/426 vta. debe ser casada por cuanto no satisface la exigencia de fundamentación razonable, según los hechos acreditados y el derecho a ellos aplicable, considerando la fecha del hecho y el carácter extrasistémico del reclamo; **b)** las pruebas de autos, valoradas en forma integral, dan cuenta de que el

deceso del Sr. M. se produjo durante su trabajo habitual, cuando -reclinado sobre la máquina hormigonera en ocasión de su limpieza- su ropa fue atrapada por las paletas en movimiento, lo que provocó que cayera dentro de la batea con resultado fatal; **c)** la ART omitió cumplir las medidas positivas de seguridad que la Ley 24.557 pone a su cargo; **d)** cotejando *ex post facto* lo que la ART debió hacer según la LRT y no hizo, se puede explicar y vincular el daño con la falta de interposición adecua y oportuna por parte de la ART en materia de prevención o en el control de los riesgos operativos de la máquina en cuestión; **e)** la crítica de la ART, por cuanto invocó la culpa de la víctima o la responsabilidad del empleador, no puede ser atendida por subjetiva, traducir una argumentación paralela, y no ajustarse a las constancias del expediente; **f)** la crítica de la ART contra la aplicación de la fórmula de cálculo del daño resulta inadecuada por subjetiva, pues la utilización de los criterios del caso "M." o "V. II" resulta adecuada (previendo una tasa de interés de rendimiento prudente, tomando un salario base según el que cobró el fallecido y con posibilidad de mejora así como con deducción de gastos ajenos al grupo familiar, y aplicando al resultado la tasa que corresponde a la circunscripción desde el momento del hecho) para las circunstancias del caso y el contexto económico general; **g)** la crítica de la ART contra la legitimación de la concubina y la prueba de su relación y de los daños, no puede ser atendida por subjetiva y porque no se hace cargo de las constancias de autos que consideró expresamente el magistrado de primera instancia; **h)** el cuestionamiento dirigido a la compensación de la suma pagada por la ART en el expediente de consignación que corre por cuerda, fue diferido para la etapa de liquidación y el planteo resulta extemporáneo por prematuro. ----------

------ **A la misma primera cuestión el Dr. Vivas dijo:** ----------

------ **I.-** El recurso de Casación y su trámite fueron suficientemente sintetizados por el Dr. Donnet. Por lo que razones de celeridad y economía procesal aconsejan remitir a su lectura. ----------

------ A su vez, para sumar claridad a la lectura de la sentencia, seguiré un orden de análisis ajustado al propuesto por el colega pre-votante tanto respecto de la Casación como de la apelación ordinaria. ----------

------ **II.- La Casación:** ----------

------ Sintéticamente, la actora dedujo Casación a fs. 434/453 vta. contra la sentencia de la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew de fs. 417/426 vta., con fundamento en la causal de sentencia arbitraria (art. 291, inc. e, CPCC). La demandada ART presentó su memorial a fs. 473/477 (art. 296 del Cód. procesal) rechazando esta pretensión. Y a fs. 479 y vta. obra el dictamen del Procurador General que avala la invocación del casacionista en función a las pruebas, y sostiene la decisión de primera instancia. ----------

------ **1.-** En concreto, la actora indicó que los camaristas no consideraron los hechos que arribaron firmes a la alzada; además, que la mecánica del accidente surge acreditada y no valorada; que la demandada reconoció en su presentación que no prestó el servicio de prevención antes del hecho; y que el juez de primera instancia imputó responsabilidad a la ART en los términos del art. 1074 del Código Civil, siguiendo el fallo "Torrillo" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. ----------

------ **2.-** En este contexto, la casación satisface la carga técnica y habilita la revisión de la decisión de la Cámara en los aspectos cuestionados por arbitrariedad. Esta tarea no se perjudica por la circunstancia de que se invoquen cuestiones de hecho y prueba, que -por principio- son ajenas a la Casación (SI N° 14/SRE/2013), pues advierto, por las constancias del expediente en estudio, que los sentenciantes se apartaron de los hechos acreditados en autos y arribaron a una solución normativa incompatible con la realidad del caso. ----------

------ En efecto, no advirtieron que las partes estaban contestes en que el día 24/08/2010 el Sr. M. falleció en ocasión de sus tareas habituales, al caerse dentro de la máquina hormigonera que estaba en movimiento, cuando la estaba limpiando. ---

------ Y menos aún valoraron las pruebas producidas en forma integral (cotejando los testimonios de los Sres. P., M., P. y M., con la conclusión del perito Ing. M. en el contexto de la investigación Fiscal y de la Secretaría de trabajo de Trelew, expedientes éstos que corren por cuerda y no fueron objetados), pues, de haberlo

hecho, adecuadamente, hubieran tenido por cierto que ese desenlace fatal ocurrió como consecuencia de la inadecuada -por inexistente- tarea de prevención que le corresponde a la ART (arts. 1° y 4°, de la LRT, conc. Dec. 170/96, y la Ley 19.597, así como arts. 2°, 262 y 263 del Dec. 911/96, y lo previsto por las Res. 23/97 y 436/09 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo) en cuanto al control de la máquina y su operación segura, ya sea con capacitación oportuna de los operarios en los riesgos derivados de las tareas o, ya sea, con la adecuación de la hormigonera para inhibir los riesgos probables de su empleo (esto, sin perjuicio de la -eventual- responsabilidad concurrente que pudiera corresponderle al empleador). ----------

------ **3.-** Esa, y no otra, era la plataforma de hecho y de derecho que debieron considerar los camaristas para evaluar, a la luz del recurso de apelación de la ART, tanto la pretensión de responsabilidad extrasistémica que imputó la actora, como la decisión del juez de primera instancia. ----------

------ Es que, considero que las circunstancias acreditadas en autos permiten establecer -en concreto- que la ART no cumplió las tareas legales de prevención y control que están a su cargo en el campo laboral; y a partir de ello resulta justificada la condena a reparar de modo integral, y con ajuste al derecho común, los daños que se presentan -de un modo evidente- causalmente relacionados a la omisión culposa y antijurídica de la Aseguradora (doc. arts. 512, 901, 902, 1109 y 1074 del Código Civil). ----------

------ **4.-** Ello así, además, porque tal es el criterio corriente que adoptó la jurisprudencia sobre esta responsabilidad (aspecto que también soslayaron los camaristas). ----------

------ La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Torrillo, Atilio A. y ot. c/ Gulf Oil Argentina SA y ot.* (*Fallos:* 332:709) señaló que: "…no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivado de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado

(excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente de los deberes legales por parte de la primera de sus deberes legales…" (en la doctrina, confr.: Ackerman, *La Corte precisa las hipótesis de responsabilidad de las ART*, Revista de Derecho Laboral Actualidad, 2009-2; entre muchos otros). ----------

------ **5.-** Ese criterio también es el que adoptó este Cuerpo en los recordados casos SD N° 9/SRE/2008; en particular: SD Nros. 11/SRE/2012, 28/SRE/2013 y 31/SRE/2013; y el suscripto en ocasión de integrar la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn (v.gr.: SDL Nros. 32/2013 y53/2013). ----------

----- **6.-** En suma, el examen de la plataforma fáctica y la consecuente imputación de responsabilidad civil a la ART por omisión deja en evidencia la arbitrariedad del decisorio. ----------

------ Se asumió que la actora ejerció una opción civil excluyente, y por ello, tenía la carga de la prueba de los presupuestos de responsabilidad (Dres. López Mesa y Velázquez, a fs. 418 y 423 respectivamente) para afirmar luego -dogmáticamente- que el hecho en sí, la mecánica del siniestro, y, por ende, la relación de causalidad entre el riesgo (*sic*) de la cosa y el daño, no estaban acreditados (*ídem*, a fs. 420 y vta., y a fs. 424 y vta., respectivamente); y así justificaron la revocación de la sentencia de primera instancia y el rechazo del reclamo indemnizatorio. ----------

------ Resulta claro que en la sentencia de cámara no se consideró la verdad jurídica del caso y se desinterpretó el objeto de la demanda, y además se invocó un fundamento aparente, pues la mentada opción -vista la fecha del deceso- no contaba con respaldo legal. ----------

----- **7.- Conclusión:** ----------

------ Por lo tanto, en concordancia con el dictamen del Procurador General, y en relación con el voto del colega que me precedió, también considero que corresponde casar la sentencia de fs. 417/426 vta. por cuanto no representa una derivación

razonada del derecho vigente y aplicable a los hechos acreditados de la causa **ASÍ LO VOTO**. ----------

---- **III.- La apelación implícita:** ----------

------ Ahora, como consecuencia de la decisión casatoria a la que concurro, la sentencia de alzada quedó sin efecto; por lo tanto, por el principio de devolución implícita (SD. N° 28/SRE/2017 y sus remisiones), corresponde que me aboque al conocimiento de los agravios que formuló la demandada a fs. 405/413 contra la sentencia de primera instancia, en tanto sean atinentes y hubieran sido omitidos o tratados inadecuadamente por la Cámara. ----------

----- En esta tarea me hago eco del juez pre-votante y asumo también que cuento con facultades iguales a las que poseía la alzada sobre la materia; y por ello, si bien debo ceñirme a los agravios, puedo calificar autónomamente la realidad fáctica y resolver los puntos de conflicto sin estar obligado a seguir a las partes en sus argumentaciones (CSJN, 18/10/2006, *Fallos* 329:4372, entre muchos otros en igual sentido). ---------

--- **IV.- Agravios:** ----------

------ De la pieza recursiva de la ART advierto una secuencia de agravios: uno principal y los demás subsidiarios. Así, la demandada expresó -en lo conducente- que: **1)** la actora inició una acción en el marco del derecho común y le correspondía acreditar los presupuestos de responsabilidad, lo que no hizo; su parte invocó la culpa de la víctima como eximente, en función de testigos que citó, y el juez *a quo* no trató el punto. ----------

------ En subsidio, se agravió: **2)** de la aplicación de la fórmula "V." con un interés del 4% cuando, a su entender, debe aplicarse "Moree-Bernasconi" con un 6%, sino el monto resultante es más oneroso; **3)** no corresponde aplicar la presunción del art. 1085 del Cód. Civil a la concubina, como alegó, y ésta no acreditó el daño ni la relación; **4)** para calcular el valor vida se utilizó de base el salario que debería recibir el operario en vida y no al momento del accidente; **5)** el juez *a quo* ordenó pagar intereses según la tasa de operaciones generales vencidas del Banco del Chubut,

desde el accidente, cuando -a su criterio- debería discriminarse una tasa pura al 6% desde la mora hasta que quede firme la decisión y luego la tasa prevista; **6)** la sentencia ordena descontar lo que su parte pagó en el expediente por cuerda, pero no dice cómo y debe revocarse para que esa suma lleve una tasa de interés como la anterior y se determine en la etapa de liquidación. ----------

------ Sobre esta base solicitó la demandada que se haga lugar al recurso y se deje sin efecto la sentencia de primera instancia. ----------
- No asiste razón a la recurrente por las consideraciones que siguen. ----------

------ **IV.1.-** Respecto del primer agravio, en rigor, de la valoración integral de las pruebas obrantes en autos (según la síntesis que antes realicé, y a la que aquí me remito) no surge la culpa de la víctima sino la de la propia quejosa ART, pues está probado que ésta omitió los actos que debía legalmente realizar, por idóneos, para prevenir que el riesgo del trabajo derivara en un daño al operario. Y de ningún modo acreditó lo contrario. ----------

------ Considero, pues, que la petición de la quejosa no tiene sustento. Es más, afirmó su petición en los testigos M. y P. (e, incluso, en la de un tal "H." -fs.406 vta.- que no declaró en autos), pero parcializó sus declaraciones y obtuvo una conclusión que está, claramente, fuera del contexto del caso. ----------

------ En estos términos, no hay crítica atendible (art. 268, CPCC) para revocar la decisión concreta en examen. ----------

------ **IV.2.-** En cuanto a los agravios subsidiarios, considero que: ----------

------ **IV.2.1.-** El empleo de la fórmula "M.", en sí, con una tasa de interés del 4% y tomando el salario futuro probable -dedicado a la familia y con deducción del consumo personal y el eventual mantenimiento de otra hija no presentada en juicio- como base de cálculo, no fue atacada idóneamente. ----------

------ En rigor, advierto que la crítica de la ART en este punto no es idónea por insuficiente. No cuestionó adecuadamente las razones con que el magistrado de grado justificó la adopción de los valores de cada variable que integró en la fórmula corriente y actual (fs. 372); que, a mayor fundamento, aparece adecuada para la evolución en la materia (cons. Juárez Ferrer, 2017. *El derecho constitucional a la reparación integral*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 229). ----------

------ Además, la recurrente ni siquiera intentó demostrar que la solución propuesta resulte irrazonable (este cuerpo en la SD N° 8/SRE/1998) para las circunstancias personales del caso. ----------

------ No hay agravio, pues, que justifique revisar la sentencia en este aspecto. ------

------ **IV.2.2.-** En relación a la concubina, su prueba de la relación y del daño, y el cuestionamiento a la aplicación del art. 1085 del Código Civil, tampoco asiste razón al recurrente. ----------

------ La ART nada invocó respecto del art. 1085 en su contestación de demanda parte pertinente-; de modo que por expresa imposición del art. 280 del CPCC no tengo habilitado su examen en esta instancia (art. 280, CPCC). ----------

------ Por otro lado, la ART se opuso al reclamo de la concubina porque pretende -básicamente- la constitucionalidad abstracta del art. 1078 del Cód. Civil. Considero que estos argumentos traducen una posición personal, inadecuada como crítica (doc. art. 268, CPCC), e insuficiente para atacar la decisión del magistrado.

------ Sin perjuicio de ello, a mayor fundamento, no pierdo de vista que se trata de un tema que no tiene posiciones pacíficas y que el juez optó por una de las doctrinas posibles; no obstante, está definida por el estado actual de la evolución jurisprudencial y legal (doc. art. 1741, CCyC). ----------

------ **IV.2.3.-** Respecto de la pretensión de la ART recurrente de que se aplique una tasa pura desde el día del siniestro y hasta que la sentencia quede firme, y luego una tasa de descuento de operaciones comerciales, no puede admitirse. ----------

------ La actora imputó responsabilidad a la ART por omisión en los términos del art. 1074 del Código Civil; no se trata, pues, de un reclamo fundando en la Ley 24.557. No hay razón viable para apartarse del criterio corriente de este cuerpo sobre el curso de los intereses a partir del día del hecho (SD N° 38/92; SI N° 46/91 y 294/92). ----------

------- **IV.2.4.-** En cuanto a que la sentencia de primera instancia ordenó compensar de la reparación la suma pagada en el expediente por cuerda, advierto que los planteos que trae la ART corresponden -como lo señaló la propia quejosa- a la etapa de liquidación. El recurso se presenta, en este aspecto, prematuro y no corresponde que me expida sobre él. ----------

-------- **V.- Conclusión:** ----------

------ Como conclusión del análisis precedente, a los fines de mi voto resulta pertinente señalar que: ----------

------ **1.-** La sentencia de la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew resulta arbitraria y debe ser casada, porque se apartó de los hechos, valoró inadecuadamente la prueba y no aplicó el derecho vigente al caso concreto. ----------

------ **2.-** De las pruebas valoradas en forma integral no surge la culpa de la víctima sino la responsabilidad de la ART por omitir, en forma oportuna y adecuada, las medidas positivas de seguridad que la LRT -y normas concordantes- pone a su cargo para prevenir la siniestralidad laboral; la pretensión de la ART no resulta idónea para revertir estas razones. ----------

------ **3.-** La fórmula “M.”, así como las variables adoptadas para su cálculo, no fue criticada adecuadamente. ----------

------ **4.-** Las críticas dirigidas contra el art. 1078 del Código Civil, la prueba de la relación y de los daños, resultan subjetivas e insuficientes para dejar sin efecto la decisión; que, además, no fue tachada de irrazonable y responde a los criterios actuales. ----------

------ **5.-** La discriminación de tasas de interés entre pura y por descuento de operaciones comerciales no tiene fundamento y la ART no aportó elementos para apartarse del criterio corriente en el caso de un reclamo extracontractual y no sistémico. ----------

------ **6.-** Resulta extemporáneo por prematuro, el cuestionamiento que la ART trajo en relación con la forma de deducir los importes que pagó en expediente que corre por cuerda y los intereses que deberían aplicarse. ----------

----- En estos términos, **ASI LO VOTO.** ----------

------ **A la segunda cuestión el Dr. Donnet expresó:** ----------

------ **I.-** En mérito de las consideraciones precedentes, y en función del dictamen del Procurador General, propongo casar la sentencia de fs. 417/426 vta. de la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew en todas sus partes, y confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 348/377 vta. ----------

------ **II.-** También propongo readecuar las costas y honorarios de alzada (art. 282, CPCC). Así, imponer las primeras a la demandada perdidosa (art. 69, CPCC) y regular los respectivos honorarios por las tareas efectivamente realizadas en esa etapa ordinaria, atendiendo a la extensión, calidad, eficacia y resultado de la labor profesional cumplida por los Dres. Adolfo Fernández y J. M. Fernández Cittadini, como patrocinantes conjuntos, en el 25% de lo que se reguló por su actuación de primera instancia, y los del Dr. Ricardo Lens, como apoderado de la ART, en el 30% de los honorarios que resulte aplicable a los anteriores (arts. 5°, 6°, 8°, 9°, 13 y 19, Ley XIII N° 4); con más IVA si correspondiera. ----------

------ **III.-** Por último propongo imponer las costas por la intervención ante este Tribunal a la demandada La Segunda ART SA, por haber mediado contradictorio y resultar perdidosa (art. 69, CPCC). ----------

------ En cuanto a los honorarios, haciendo mérito de la extensión, calidad y eficacia de la labor profesional cumplida en esta etapa extraordinaria, propongo regular los correspondientes al Dr. Leandro C. Bassagaisteguy, como apoderado de la actora, en el 35% de lo que se reguló en la instancia de grado a esa representación letrada; y los del Dr. J. M. Fernández Cittadini como patrocinante de la demandada, en el 25% de lo regulado en la instancia de grado; y los del Dr. Ricardo Lens, como apoderado de la ART, en el 30% de lo regulado al anterior (arts. 8° y 13, ley XIII N° 4). Sin perjuicio de la aplicación de los mínimos legales, según sea el caso, y con más IVA de resultar pertinente. **ASÍ LO VOTO**. ---------- **A la segunda cuestión el Dr. Vivas expresó:** ----------

------ En mérito de las consideraciones que formulé, en coincidente opinión con el Ministro Miguel Donnet, y en línea con el dictamen del Procurador General, la resolución que corresponde dictar en relación a la Casación y el recurso ordinario, costas y honorarios, es la propuesta por el colega prevotante, por resultar un fiel reflejo del acuerdo alcanzado. **ASÍ LO VOTO**. ----------

----- Con lo que finalizó el acto, quedando acordado dictar la siguiente: ----------

---------- **S E N T E N C I A** ----------

------- **1°) CASAR** la sentencia de fs. 417/426 vta. de la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew para revocarla en todas sus partes y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 348/377 vta. ----------

------- **2°) ADECUAR** las costas y honorarios de alzada (art. 282, CPCC) para imponerlas a la demandada perdidosa (art. 69, CPCC) y regular los estipendios de los Dres. Adolfo Fernández y J. M. Fernández Cittadini, en el 25% de lo que se reguló por su actuación de primera instancia, y los del Dr. Ricardo Lens, en el 30% de los honorarios que resulte aplicable a los anteriores; en ambos casos con más IVA si correspondiera. ----------

------ **3°) IMPONER** las costas por la intervención ante este Tribunal a la demandada, La Segunda ART SA (art. 69, CPCC). ----------

----- **4°) REGULAR** los honorarios de esta instancia extraordinaria al Dr. Leandro C. Bassagaisteguy, en el 35% de lo que se reguló en la instancia de grado; al Dr. J. M. Fernández Cittadini, en el 25% de lo regulado en la instancia de grado; y al Dr. Ricardo Lens, en el 30% de lo regulado al anterior; así, sin perjuicio de la aplicación de los mínimos legales, según sea el caso, y con más IVA de resultar pertinente. ---

------ **5°) REGÍSTRESE**, notifíquese y oportunamente, devuélvase. ----------

Fdo. Dres. Mario Vivas; Miguel Angel Donnet. ----------

Recibida en secretaría el 22/5/2018.----------

Registrada bajo el N° 14/SRE/2018. CONSTE. ----------

Fdo. Claudia Tejada. Secretaria. ----------