

//NERAL ROCA, 19 de junio de 2012.

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "RIQUELME ASTUDILLO SONIA DEL CARMEN por sí y en Rep.de sus hijos menores: S.O.A.; S.C.V.; S.M.A.; S.E.M. y S.N.S. c/ ANTONIO F. MARTINEZ S.A. y PREVENCIÓN ASEGURADORA s/ RECLAMO (DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. -MENORES-)" (Expte.Nº 2CT-20350-08).

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaría, corresponde votar en primer término al Dr. Diego Jorge Broggin, quien dijo:

RESULTANDO: 1.- Que Sonia del Carmen Riquelme Astudillo, bajo el apoderamiento del Dr. Rubén Omar Jurgeit, por sí y en el carácter de representante legal de de sus hijos menores Oscar Alejandro, Cristian Vladimir, Mauricio Alejandro, Esteban Mauricio y Nicole Soledad, todos de apellido Solís, deduce demanda contra la firma Antonio F. Martínez S.A. y contra Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A., por la suma de \$ 1.044.015,00, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios generados a raíz del fallecimiento de su cónyuge y padre de sus hijos, Oscar Celestino Solís Jara, ocurrido en ocasión de encontrarse trabajando para la primera de las demandadas.

Pretende por esa vía la condena solidaria del empleador y de la aseguradora, por el monto total de la reparación reclamada, en virtud de haber incumplido ésta última las obligaciones impuestas por la ley 24.557, lo que a su criterio torna aplicable a su respecto el art.1074 del Código Civil.

Sin perjuicio de solicitar en forma subsidiaria que la ART responda dentro del límite sistémico de la LRT, mediante el pago único y total de la suma correspondiente.

Deduce planteo de inconstitucionalidad del art.46 inc.1º de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, a efectos de que este Tribunal entienda en el caso, invocando para ello la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Castillo" y antecedentes en el mismo sentido de esta Cámara.

Relata que el infortunado falleció el 19 de octubre de 2007 mientras desempeñaba funciones como tractorista en la Chacra 28 de la ciudad de Allen, propiedad de Antonio F. Martínez S.A..

Con sustento en las constancias de las actuaciones policiales labradas en la Comisaría 6ta. de Allen, además del certificado de defunción, refiere que el deceso se produjo a raíz de un fuerte traumatismo craneano, como consecuencia de haber el occiso

enganchado su ropa en el cardan en funcionamiento que en ese momento traccionaba una máquina curadora, siendo arrastrado el cuerpo contra la máquina.

Ello –expresa- en razón de que el protector plástico reglamentario que debía poseer el cardan no se encontraba o estaba destruido, por lo que la cosa además de ser riesgosa era viciosa.

A la vez que explica –con referencia a los testimonios rendidos en la sede penal- que la maniobra que debió hacer el accidentado fue parte de la rutina propia de la tarea de cura, en la que los tractoristas deben efectuar operaciones en la parte delantera de las máquinas, pues la curadora levanta mucha presión y cuando comienza a pestañar (larga líquido con aire) se debe cerrar una válvula o canilla que corta la presión y una vez que se va a comenzar a curar, se vuelve a abrir para producir la pulverización.

En relación con la firma aseguradora contratada por la empleadora, sostiene que si bien realizó tareas de capacitación y prevención de accidentes, lo fueron con posterioridad al trágico desenlace narrado.

Funda la responsabilidad del empleador en diversas citas jurisprudenciales y de doctrina, sustentando la pretensión en la normativa civil, a fin de añadirla a la indemnización tarifada que corresponde en los términos del Sistema de Riesgos del Trabajo y con ello alcanzar una reparación integral.

Para lo cual sustenta la obligación de resarcimiento que atribuye al principal de su cónyuge, en el deber genérico de seguridad existente en toda relación laboral, a resultas de la manda legal de observar las normas de seguridad e higiene en el trabajo; en el factor de atribución objetivo por el riesgo o vicio de la cosa y en el subjetivo por la culpa o negligencia en la omisión de adoptar las medidas adecuadas de seguridad destinadas a evitar la producción del daño.

Añadiendo que de no prosperar la atribución de responsabilidad solidaria que solicita, el monto reclamado al empleador deberá ser el resultante de la diferencia entre la indemnización tarifada a cargo de la ART y la reparación integral por daños y perjuicios que pretende.

Funda luego la responsabilidad que atribuye a Prevención ART S.A. en el incumplimiento de las obligaciones legales impuestas por la Ley de Seguridad e Higiene Industrial, el Decreto 617/97 y los arts.1º y 4º de la Ley 24.557.

En la medida –expresa- que su inacción posibilitó la operación de maquinaria intrínsecamente peligrosa en condiciones deficientes, lo cual conduce a su modo de ver a la responsabilidad solidaria de ambas codemandadas por la totalidad del monto

reclamado, ya que lo contrario sería admitir una suerte de exención de responsabilidad civil absoluta y permanente de las empresas aseguradoras, según lo resuelto en el caso “Soria” por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Formula planteo de inconstitucionalidad de los arts.15 apartado 2°; 18 apartado 1° y 19 apartado 1° de la ley 24.557 y del art.5° del Decreto 334/96, en cuanto habilitan el pago en cuotas de las prestaciones dinerarias debidas, vulnerando así la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad, el derecho a la seguridad social integral y a la justa indemnización previstos en los arts. 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional. Todo de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Milone”, también receptada por este Tribunal.

Igual tacha opone contra el art.39 de la LRT, en cuanto limita la reparación por accidentes de trabajo al otorgar menores prestaciones que las previstas en el Código Civil y con ello vulnera la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad y de libre acceso a la justicia consagrados en los arts. 16, 17, 18 y 19 de la Ley Fundamental. Cita al respecto precedentes de este cuerpo, del STJRN y de la CSJN.

Estima los montos reclamados por los rubros “valor vida” y “daño moral”, comparándolos con los que corresponden por el sistema cerrado de la LRT, para así concluir en la existencia de un agravio constitucional concreto.

Deja introducida la cuestión federal; practica liquidación; ofrece prueba; funda en derecho y solicita finalmente que se haga lugar a la demanda, con costas.

2.- A fs.96/102 se hace parte y contesta demanda Prevención Aseguradora de Riesgos de Trabajo S.A. con el apoderamiento de la Dra. María Marcela Sosa y el patrocinio letrado de Pablo Antonio Koharic.

En relación al planteo de inconstitucionalidad del art.46 de la ley 24.557, si bien argumenta en relación a la inexistencia de agravio constitucional, consiente la competencia de los tribunales provinciales con la finalidad de no generar costas ni dilatar el pleito.

Seguidamente opone excepción de falta de legitimación pasiva por considerar que al tratarse de una aseguradora de riesgos del trabajo, sólo responde dentro de los límites de la ley que la ha creado y del contrato de afiliación que la une con la codemandada y por el cual presta cobertura a los empleados; no así por la responsabilidad en los términos de los arts.1109 y 1113 del Código Civil invocados en el libelo inicial.

Niega a continuación que el accidente se haya producido del modo que relatan los actores; que el cardan que enganchó la ropa de Solís Jara tuviera el protector plástico

reglamentario destruido o faltante; que no se cumplieran las tareas de prevención y capacitación en tiempo oportuno; que no hubiera cumplido con las obligaciones a su cargo respecto a efectivizar las prestaciones dinerarias correspondientes por el fallecimiento del trabajador; que el infortunado haya sido completamente ajeno a la producción del accidente; que no se le pueda reprochar culpa alguna y que el accidente haya ocurrido como consecuencia única y exclusiva de la peligrosidad y el vicio de las máquinas o por incumplimiento de las normas de seguridad e higiene.

Cuestiona los montos reclamados en concepto de “valor vida” por considerar erróneamente aplicada la fórmula matemática financiera, como así también por el “daño moral”, al apartarse a su criterio de la doctrina legal sentada por los tribunales locales, planteando por ello el pedido de “plus petitio” inexcusable.

Reivindica el cumplimiento de las obligaciones que la LRT le impone y sostiene -con citas de jurisprudencia de la CSJN-, que en todos los casos en que se admitió la acción civil para accidentes laborales, se condenó a los empleadores a abonar las prestaciones ajenas a la LRT, mas nunca a la aseguradora.

En cuanto a los planteos de inconstitucionalidad, niega la existencia en autos de violación alguna a derechos constitucionales que permita echar mano de la herramienta prevista como última ratio del ordenamiento jurídico.

Con apoyatura jurisprudencial, rechaza la demostración concreta, circunstanciada y suficiente de los agravios que se alegan, desconociendo el pretendido trato desigualitario o discriminatorio y destacando el hecho de que una norma opte por un sistema de reparación tarifada, vedando la vía civil, no conlleva per se una inconstitucionalidad, por tratarse de una decisión de política legislativa.

Resalta que no hay norma en la Constitución Nacional que imponga al Código Civil como único parámetro para la reparación de un daño, como que además el sistema de la LRT va mucho más allá de eso, al contemplar un esquema resarcitorio que incluye tanto prestaciones en dinero como en especie, junto con mecanismos para evitar la insolvencia del deudor, al prever un Fondo de Reserva, un Fondo de Garantía, la percepción rápida de las prestaciones, etc.

Sostiene no haber incumplido con sus deberes de seguridad, ni estar a su cargo en la situación planteada el control de la seguridad e higiene, por lo que entiende que a este respecto la demanda debe rechazarse.

Sobre los hechos, relata que al momento del accidente se encontraba vigente el contrato de afiliación celebrado con la firma codemandada, registrado bajo el N° 100241; que el

accidente fue notificado el mismo día que aconteció y que una vez certificado el deceso del trabajador procedió a notificar a la empleadora y a los derechohabientes por Carta Documento 02/11/07, requiriéndoles la documentación necesaria para efectivizar el pago de la indemnización por muerte y las prestaciones correspondientes.

Aduce que la empleadora contestó la interpelación, dando cumplimiento con la entrega de la documentación en su poder, pero que a los derechohabientes se les debió cursar una nueva misiva en fecha 15/11/07, pues la anterior había sido devuelta.

Luego, que el 16/04/08 recibió una Carta Documento de los actores, solicitando el pago único de la indemnización por fallecimiento, a lo que el mismo día y por idéntico medio respondió, reiterando el pedido de la documentación faltante sin respuesta hasta la interposición de la demanda de estos autos.

Sin perjuicio de ello expresa que cumplirá con su obligación de abonar las prestaciones en forma de renta periódica, en virtud de que los arts. 14, 15 y 18 de la LRT no han sido derogados, por lo que se encuentran vigentes, sumado a ello que la inconstitucionalidad dictada en el fallo “Milone” por la CSJN no tiene efecto erga omnes y por tanto no la obliga en el caso.

En relación al reclamo fundado en la omisión de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la LRT, refiere que al no ser el empleador codemandado el único cliente que posee dedicado a la actividad frutícola, los cursos de capacitación se dictan en forma programada según las afiliaciones de las empresas, cantidad de empleados, disponibilidad horaria, etc.

Con apoyo en el criterio del Máximo Tribunal Federal en autos “Rivera c/ Techo Técnica SRL”, argumenta que la eventual deficiencia en los controles de Higiene y Seguridad por parte de la empleadora, no puede derivar en responsabilidad para la aseguradora, ya que no mediaría nexo causal entre el deficiente ejercicio de control y el siniestro.

Por lo demás, considera haber dado cabal cumplimiento con sus obligaciones legales, incluyendo las derivadas de las Resoluciones SRT Núms. 158/00 y 552/01.

Finalmente, manifiesta que la obligación de capacitación de los trabajadores se halla en cabeza de los empleadores y no de las ART, correspondiéndoles a éstas sólo el apoyo y recomendación de las medidas más idóneas a implementar con la finalidad de evitar accidentes laborales, todo lo cual impide hablar de una “responsabilidad objetiva” o de un “deber de garantía” de su parte.

Ofrece prueba; hace reserva del caso federal y solicita el rechazo de la demanda, con

costas.

3.- La codemandada Antonio F. Martínez S.A. se hace parte y contesta a fs.118/119, con el apoderamiento del Dr. Daniel Ernesto Cuomo.

Niega haber incumplido con las previsiones de la ley 24.557, impugnando los rubros indemnizatorios y los montos reclamados, a la vez que afirma haber acatado la totalidad de la normativa vigente, de acuerdo con las directivas impuestas por la aseguradora que contrató.

Sostiene en tal sentido haber recibido dos Cartas Documento de parte de la ART codemandada, una requiriéndole documentación específica para la atención del siniestro y otra anoticiándole que el Sr. Rafael Paviolo había sido designado como el liquidador inspector del accidente acontecido.

Manifiesta haber dado cumplimiento a lo solicitado, según acredita mediante Carta Documento enviada el día 2/11/07 y con ello considera haber sido diligente en un todo con las obligaciones a su cargo, no correspondiéndole responsabilidad alguna sobre el evento sucedido.

Ofrece prueba; funda en derecho y solicita el rechazo de la demanda con costas.

4.- Se celebra la audiencia obligatoria de conciliación con la presencia de las partes y resultado fallido a tenor de las constancias del acta que corre a fs.137/138, decretándose en consecuencia la apertura de la causa a prueba. Se produce la prueba propuesta por la actora, consistente en la documental agregada; documental en poder de las codemandadas; testimonial; confesional de la empleadora; informativa del Banco Patagonia (fs.235); del Banco Nación (fs.145); de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (fs. 304/310), de la Delegación de Trabajo de la ciudad de Allen (fs.252/268) y del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la misma ciudad; instrumental (sumario prevencional 746 “FCA” Allen y Expte. N° 1CT-19907-07 “Riquelme Astudillo Sonia del Carmen por sí y en representación de sus hijos menores s/ prueba anticipada”); pericial accidentológica a cargo del perito designado por el Tribunal Francisco José Giambirtoni (fs.174/188 y 279/288), informe del consultor técnico Aldo Fabián Capitán (fs.218/233 y 286/290) y pericial psicológica a cargo de la perito designada por el Tribunal María Viviana Ibargüen (fs. 334/339); de la propuesta por la codemandada Prevención ART S.A. sólo la documental agregada y de la propuesta por la codemandada Antonio F. Martínez S.A. la documental adjuntada y la pericial psicológica (fs. 334/339). La pericia practicada por el consultor técnico de la parte actora a fs.218/233 es impugnada por la empleadora codemandada a fs.241/242,

en tanto que la pericial accidentológica de fs.279/284 lo es por la actora a fs.292/300.

5.- A fs. 354/355 la codemandada Prevención ART S.A., acredita haber depositado a favor de los derechohabientes del Solís Jara la suma de \$ 126.164,42 en concepto de prestación dineraria prevista por el art.18 de la ley 24.557, dando así cumplimiento a las obligaciones que dicho ordenamiento legal pone a su cargo, en virtud de que la inconstitucionalidad resuelta por la CSJN en el caso “Milone” no posee efectos erga omnes. Dicho monto es depositado en un plazo fijo, siendo retiradas las partes alícuotas pertenecientes a cada familiar en distintos momentos por cada uno de ellos, quedando pendiente al momento de dictar sentencia la rendición de cuentas sobre el capital extraído y correspondiente a los menores de edad intervinientes en el pleito.

6.- Se lleva adelante la audiencia de vista de causa que se glosa a fs.357 con la comparecencia del Dr. Omar Rubén Jurgeit, apoderado de Sonia del Carmen Riquelme Astudillo, Oscar Alejandro Solís, Cristian Vladimir Solís, Mauricio Alejandro Solís, Esteban Mauricio Solís y Nicole Soledad Solís presentes en el acto; de la Dra. María Marcela Sosa, apoderada de la codemandada Prevención ART S.A. y del Dr. Daniel Ernesto Cuomo, apoderado del codemandado Antonio F. Martínez S.A. Se produce en dicha audiencia el desistimiento conjunto por ambas partes de la prueba confesional y de la prueba testimonial ofrecidas; la contestación del pedido de explicaciones solicitado por la actora de parte del perito accidentológico Francisco José Giambirtone; la agregación de la instrumental acompañada por Antonio F. Martínez S.A.; su impugnación en su contenido y veracidad por la actora; la formulación de alegatos por los letrados comparecientes y el pase de los AUTOS al ACUERDO para dictar sentencia.

CONSIDERANDO: I.- Puestos en tales condiciones a resolver y comenzando por el análisis de la plataforma fáctica del caso y la delimitación de las cuestiones en conflicto sobre las que corresponde expedirse, bajo las pautas de apreciación en conciencia de la prueba que impone el art.53 inc.1º de la ley 1.504, se tiene ante todo como hechos ciertos que el causante, Oscar Celestino Solís Jara, se desempeñó laboralmente para la firma demandada Antonio F. Martínez S.A. en la Chacra N° 28 de la ciudad de Allen, donde se encontraba trabajando cuando el 19/10/2007 sufrió un accidente que le costó la vida.

El hecho ocurrió en circunstancias en que maniobrando un tractor para las tareas de cura de plantas frutales, consistentes en ese momento en cargar remedio agrícola y agua para realizar la pulverización, su ropa se enganchó en el cardan que hacía funcionar la

máquina curadora que arrastraba y, al hacerlo girar, su cabeza golpeó fuertemente con una superficie contundente de la curadora, provocándole las lesiones mortales (politraumatismo con traumatismo de cráneo severo), certificadas por el médico policial interviniente (cfr.fs.6 y 32 del Sumario Previsional 746 "FCA" agregado por cuerda). En virtud del siniestro, la empleadora acordó con los causahabientes -y les abonó- la suma de \$ 13.104 en concepto de Indemnización por extinción del contrato de trabajo y Liquidación Final, de acuerdo con las constancias del Expediente Administrativo N° 133.383 DTA/07 "Antonio Francisco Martínez S.A. c/ Riquelme Astudillo Sonia del Carmen s/ Pago Seguro" remitido por la Delegación del Trabajo de Allen (fs.252/268). La aseguradora de la empleadora, Prevención ART S.A., procedió a depositar a nombre de los causahabientes del obrero rural la suma de \$ 126.164,42, en cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 14, 15 y 18 de la Ley de Riesgos del Trabajo (fs.354/355). Se encuentra severamente debatida la dinámica del accidente, siendo esa la cuestión liminar a dilucidar, de la que luego dependerán las conclusiones a que se arribe sobre la atribución de responsabilidad y las consecuentes condenas que en su caso corresponderá decidir.

CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES DE LA CAUSACIÓN DEL ACCIDENTE.-

1.- Al declarar como testigo en las actuaciones penales Carlos Rubén Alonqueo, trabajador rural de la firma Antonio F. Martínez SA, con diecisiete años de antigüedad en ese momento, sostuvo que en la mañana en que se produjo el hecho le tocó trabajar realizando cura en los cuadros frutales de manzana Red. En otro sector de la chacra estaba Solís Jara a cargo de la cura de la manzana Granny, junto con otro trabajador de nombre Martín Sánchez. El día anterior habían dejado las máquinas con agua y solamente debían ir a recargar remedio para iniciar la primera cura. Que "...se hallaba conduciendo un tracto marca Deutz interno 03 con la máquina curadora interno 14, mientras que SOLIS JARA un tractor VALTRA interno 15, con la máquina curadora nro.16..."; "...que eran estimativamente las horas 09.30, cuando el declarante en su tractor se dirigió hasta el lugar donde estaba la chata frutera a cargar agua y remedios agrícolas ... que cuando se dirigía al lugar, estando a unos dos cuadros y medio de distancia de la chata frutera, pudo divisar que había una máquina curadora, pero no sabía a cuál de sus compañeros pertenecía, agrega que desde la distancia el tractor no se veía, dado a que queda estacionado delante de la máquina ; que "...estaciona a unos cinco metros de distancia de la máquina y una vez que se levanta del asiento de su tractor, se percata que el tractor que estaba enganchado en la curadora era el VALTRA,

el que conducía SOLIS JARA...”; que “...de una observación no pudo ver a su compañero, agrega que tanto el tractor VALTRA como la curadora estaban en marcha...”; que “...descendió del lado sur del tractor y se dirige caminando hasta detrás de la chata, luego la rodea caminando por el sur y cuando llega a la altura de la curadora de SOLIS JARA, pudo ver que esta persona estaba tendida boca abajo sobre el sector del cardan del tractor que engancha con la curadora. Al mismo tiempo vio que el brazo derecho estaba girado y que el cardan y enganche del mismo le giraba en el sector del abdomen. Que al ver esta situación decide de inmediato parar el motor del tractor que al mismo tiempo detiene la curadora. Que una vez que apagó el motor y sin darse cuenta de lo que podía haberle ocurrido a su compañero se comunicó vía telefónica con la oficina de la empresa, dando cuenta que ‘EL NENE’ había sufrido un accidente y que enviaran una ambulancia. Que intentó de inmediato levantar a SOLIS JARA pero no pudo lograrlo dado que el impermeable de color amarillo que llevaba estaba aprisionado con el enganche. Que luego intenta desenganchar el tractor pero le era muy dificultoso, recurriendo a la caja de herramientas donde pudo sacar la llave de rueda, y haciendo fuerza con la misma no pudo desenganchar el cardan. Que no tiene presente cuantos minutos transcurrieron pero en un momento cuando intentaba liberar el tractor ve que MARTIN SANCHEZ se aproximaba al lugar del hecho y una vez que estaba cerca del sitio, el declarante le hizo señas para que se apresurara. Que una vez que estuvo SANCHEZ le ayuda a colocar una pata para sostener la curadora y una vez que lograron colocar la pata, le pidió a SANCHEZ que sujetara a SOLIS JARA, y el dicente se subió al tractor VALTRA y mediante una palanca con la que cuenta el tractor, logra que el cardan ya no girara y luego de ello puso en marcha el tractor, agrega que antes había desenganchado las mangueras. Que con el motor en marcha sale hacia adelante mientras SANCHEZ sujetaba a SOLIS JARA y finalmente cuando alejó el tractor algunos metros, y SANCHEZ deposita el cuerpo de SOLIS JARA en el piso...”. Que “...el declarante no se percataba de que su compañero estaba sin vida y le hablaba. Que en un momento SANCHEZ agarra el tractor VALTRA, porque la ambulancia no llegaba y se dirige a la oficina para ver que pasaba y luego de esto aguardó en la ruta, dejando estacionado el tractor donde estaba al momento del arribo de la policía...” Que (Solís Jara al momento de ser encontrado) “...estaba boca abajo, con la cabeza orientada hacia el Norte, estaba como a caballo en forma vertical respecto al cardan...”. Interrogado sobre qué tareas se realizan normalmente en la cura entre el tractor y la curadora, sostuvo que “...ese día SOLIS JARA curaba con SEVIN, por lo que cuando se utiliza

este remedio se debe operar una canilla ubicada en la curadora que sirve para sacar y poner presión en la máquina para luego realizar la pulverización...”; que “...mientras se carga la máquina, necesariamente se debe operar la canilla para cortar la presión y una vez que se quiere comenzar con la cura se debe accionar nuevamente para pulverizar. Que esta función de operar la canilla se realiza para que la bomba no trabaje mientras se realiza la recarga de agua y remedio...”. (cfr. fs.20/21 del expediente agregado).

A su turno, el testigo Martín Eduardo Sánchez, empleado temporario de Antonio F. Martínez S.A que trabaja en temporada de cura de frutales y cosecha, da cuenta que ingresó esa mañana a trabajar estimativamente a las 06.15 hs., dado que debían hacer cura de frutales junto a Solís Jara y Carlos Alonqueo. "...Que vio a la distancia que ALONQUEO le hacía señas con sus manos, interpretando que quería que se apurara. Que de inmediato comenzó a circular mas fuerte y arribó al lugar donde estaba la chata frutera y los dos tractores de sus compañeros ... cuando se bajó pudo ver que SOLIS JARA a quien todos le decían "NENE", estaba montado sobre el cardan de la curadora y con la cabeza hacia el norte, pudiendo ver que estaba enganchado del cardan desde sus ropas, tratándose las ropas de un impermeable...”. Que juntos (referido a ALONQUEO) “...intentaron retirar el cuerpo de SOLIS JARA desde sobre el cardan pero no podían hacerlo...”. Que “...trataron en principio de desenganchar el cardan pero no se podía, luego lograron colocarle una pata soporte a la curadora y anular el cardan, corriendo ALONQUEO el tractor hacia delante, mientras que el declarante sostenía el cardan y el cuerpo de SOLIS JARA, pudiendo así retirarlo del lugar. Que... una vez que logra liberar el cuerpo, recostó hacia atrás a SOLIS JARA, pudiendo ver que estaba lesionado en el rostro, para luego de esto subirse al tractor VALTRA y se dirigió a la oficina donde habló con un empleado administrativo y le consultó si habían llamado a una ambulancia, para luego conducir al personal del hospital hasta el lugar ... los médicos le dijeron que su compañero SOLIS JARA había fallecido...”. Interrogado sobre si es frecuente que durante la carga de agua y remedio el tractorista realice algún tipo de actividad en la parte delantera de la máquina curadora, contestó que ésta “...levanta mucha presión y cuando la misma empieza a pestañear, es decir larga líquido con aire, se debe cerrar una válvula o canilla que corta la presión y una vez que se va a empezar a curar se vuelve a abrir para producir la pulverización...”. Interrogado sobre si los tractores cuentan con algún tipo de protección en el sector del cardan contestó que “...actualmente si, pero antes algunas curadoras no lo tenían. La protección se trata de un cubre cardan...”. Sobre si el tractor VALTRA poseía éste tipo de seguridad contestó

que "...generalmente deben llevar un cubre cardan amarillo y el otro de color negro, son dos tramos, pero cree que el tractor que conducía SOLIS JARA solo tenía en un sector... que tenía una parte de color amarillo, cree que solo tenía un solo tramo, no está seguro si tenía el protector de color negro...". (cfr. fs.22/23 del expediente agregado).

2.- Luce a fs.25 del mismo expediente el detalle del material secuestrado en el lugar, dentro del cual es de destacar la ausencia del protector del cardan, sus partes o el suplemento que de acuerdo con los dichos de los testigos parecería haber faltado.

3.- Con tales antecedentes -únicas constancias fehacientes de las circunstancias en que se produjo el deceso de Solís Jara-, el perito mecánico y accidentólogo designado por el Tribunal -Francisco José Giambirtone- emite su dictamen a fs.174/188.

En cuanto a la descripción del tractor, refiere que "...por la parte trasera hay una cruceta para el enganche de un árbol de transmisión llamado comúnmente Eje Cardan, que se acopla con la máquina curadora...", en tanto que la curadora "...es una máquina con grupo de aire para plantaciones frutales y otros..."; que "...se encontraba a pocos metros de donde ocurrió el accidente, puesto que esta estaba siendo cargada con producto...".

Refiere haber encontrado "...los protocolos de la ART y de las inspecciones efectuadas como así también las instrucciones sobre seguridad efectuadas al personal...", los que detalla y adjunta como anexo al informe, a saber: "...1. Relevamiento de trabajadores expuestos a riesgo del 05/07/2005, firmada por el Sr. Martínez Antonio F. y Prevención ART; 2. Entrega de mamelucos y un par de guantes. De fecha 19/05/2003. 3. Entrega de mameluco de grafa y equipo impermeables (pantalón y chaqueta) al Sr. Solís de fecha 14/12/2005; 4. Entrega de ropa al Sr. Solís, de mameluco, equipo impermeable, máscara con filtro, par de botas de goma, par de antiparras, de fecha 17/09/05. 5. Diploma al Sr. Solís, sobre manejo seguro y responsable de fitosanitarios de Expofrut el día 15/09/06. 6. Curso de seguridad efectuado por la ART, entre el 2003 año 2004, donde está integrado el Sr. Solís. 7. Ídem anterior pero de fecha 2004 al 2005. 8. Ídem anterior pero de fecha 2005 al 2006. 9. Ídem anterior pero de fecha 2006 al 2007. 10. Entrega de ropa de seguridad al Sr. Solís de fecha 23/09/03. 11. Entrega de ropa de seguridad al Sr. Solís de fecha 23/10/02. 12. Entrega de elementos de seguridad al Sr. Solís de fecha 20/09/02. 13. Certificado de Sembrar Conciencia sobre capacitación al Sr. Solís de fecha 24/08/2007. 14. Listado de asistentes a la capacitación del 24/08/07. 15. Entrega de ropa de seguridad al Sr. Solís de fecha 11/09/07. 16. Prevención en el uso del tractor y maquinaria agrícola...".

Da cuenta de haber realizado una inspección general al establecimiento, verificando que

“...el personal tenía los elementos de seguridad necesarios para el trabajo que realiza, como así también los vehículos tractores, máquinas de cura, y otros se encuentran con los elementos de seguridad. Todas las máquinas de cura tienen el cardan protegido con un elemento plástico que al ser tocado solo se detiene y gira solamente el cardan, puesto que éste queda libre por seguridad...”.

En cuanto a la dinámica del accidente, sostiene que nadie lo presencié, pues sólo “...acudieron compañeros de éste luego del siniestro. Las lesiones sufridas y que fueron causas del deceso del Sr. Solís se centraron en traumatismo de cráneo severo y politraumatismo. De acuerdo a los sucesos el tractor se encontraba en marcha puesto que el cardan estaba girando, y además estaba cargando la curadora (para operar la máquina ésta debe tener parado el giro del cardan, o sea que el tractor no debe estar en marcha como lo indican las especificaciones aportadas por el actor en su demanda), seguramente como dice uno de sus compañeros que el piso estaba húmedo, por lo tanto la única forma en que se pudo enrollar con la ropa en la cruceta del cardan la cual esta protegida, es que el Sr. Solís, quiso pasar sobre el cardan el cual tiene un espacio de apenas unos 25 cm, entre la máquina y los soportes de seguridad trasero del Tractor, mostrados en las fotografías, por lo tanto el Sr. Solís debe haberse trastabillado y cae sobre el cardan y como tenía el saco impermeable desabrochado éste se enganchó sobre el eje donde está la cruceta de la curadora...”.

Por lo tanto, concluye en que “...el accidente ocurre por negligencia del Sr. Solís: 1) por no atender las indicaciones del uso del tractor, puesto que éste estaba en marcha con el cardan en giro; y las indicaciones dicen que tiene que estar detenido el motor del tractor cuando ese se baje de él; 2) no cumplió con el aviso de no pasar por encima de la toma de fuerza o de la barra de enganche; 3) no cumplió con el aviso de no pasar por encima del cardan de la curadora u otro máquina...”.

En respuesta a los puntos de pericia propuestos por la actora, sostiene que “...los elementos que se relevaron en la chacra donde sucedió el siniestro, se encontraban en buen estado de conservación, como así también lo dice el perito propuesto en la prevención policial. Yo he encontrado los elementos en la misma forma y apariencia...”; que las constancias documentales que incorpora como anexo dan cuenta del cumplimiento de acciones fehacientes por parte del empleador y la ART destinadas a identificar, evaluar y eliminar factores de riesgo existentes en la actividad que cumplía el actor y actividades de capacitación de los trabajadores impuestas por la Ley 24.557 y el Decreto 617/97 y que “...se contaba con protector de cardan en el momento de la

inspección, y también en el momento del accidente como se muestran en las fotografías que adjunta la actora...”.

4.- Ahora bien, frente a esta última afirmación surge como interrogante crucial cómo pudo ser que estando protegido el total del tramo del cardan, con los conos finales que se apoyan sobre la pared del tractor y de la pulverizadora en las condiciones que ilustran las fotografías agregadas a fs.183, 225 y 228 (del 29/6/09), una punta de las prendas de Solís Jara fuera atrapada por aquél, aún bajo el riesgo que se supone cruzar por encima del mismo.

También cuál fue la razón que llevó al infortunado a realizar la maniobra y en todo caso si se hallaba real y suficientemente capacitado sobre el manejo seguro de la maquinaria a su cargo, de modo de aventar toda posibilidad de poner en riesgo su integridad física o –en vista del desenlace habido en el caso- su propia vida.

5.- El informe del consultor técnico propuesto por la parte actora, Aldo Fabián Capitán, que corre a fs.218/233 aporta al respecto conclusiones ciertamente disímiles.

En efecto, al reseñar como primer punto la inspección que realizó el 29/6/2009, refiere haber sido atendido por los responsables de la firma Antonio F. Martínez S.A., con quienes procedió a inspeccionar la máquina curadora marca FAMACO modelo AR 2005 y efectuar las fotografías respectivas, constatando que “...el sistema de cardan y protectores no se corresponde con el que figura en fotografía en el momento del accidente de fecha (19-10-07), en la cual conforme averiguaciones los responsables de la firma me informan que el mismo había sido cambiado, no lográndose individualizar los elementos de prueba para la inspección..”.

Asimismo, que “...la carga de agroquímicos se realizaba indefectiblemente con el tractor en marcha en virtud que la máquina curadora cuando se coloca el agua y se hace el agregado del agroquímico, al estar en marcha cumple la función del MEZCLADO por sistema interno de la misma, en el momento del accidente lo estaba llevando a cabo el Tracorista V.F (Solís)...”.

En orden a las características del siniestro, bajo el acápite “características técnicas del sistema de transmisión, por tracción de cardan” sostiene que “...compuesto por dos barras de hierro denominados (hembra-macho), se ensambla uno a otro, en sus extremos se encuentra adherida la horquilla mediante soldadura, en la cual se anexa otra horquilla unida por una cruceta, poseen como elementos de seguridad, dos tramos de caños plásticos en los extremos con PROTECTOR tipo cono de color negro y amarillo, también se ensambla mediante encastre hembra-macho en la cual se adhiere mediante

sistema de anillo de sostén fijo y por enganche de cadena anti rotación del cono protector. La característica fundamental de este sistema es que cuando se encuentra enganchado y trabajando al cardan del tractor adquiere una velocidad angular de 540 RPM...”

En cuanto al sistema de trabajo de la barra de mando o árbol de transmisión cardánico, explica que “...consiste en la transmisión de potencia entre la máquina agraria automotriz (Tractor), y la máquina accionada (Curadora), y hace el trabajo interno (mezclado) y externo expansión del líquido agroquímico sobre la cura de las plantas...”. A partir de la observación de las fotografías que incorpora al informe, destaca que “...en el sector del CARDAN que se encuentra enganchado a la CURADORA, no posee protector en el momento del ACCIDENTE, conforme análisis de confrontación, como así existen indicios suficientes que en el cardan se encuentra incrustada ropa del operador, como corte del traje de color amarillo. Como así el único protector es donde se ubica el extremo opuesto que conecta a la tracción del tractor. Macrofotografía: donde se ilustra el faltante del protector plástico del cardan, como así el deterioro del protector del encastre macho, específicamente donde se encuentra enganchada la máquina CURADORA. Obsérvese corte de la ropa del operador, incrustado en el mismo...”.

En párrafo aparte, que de acuerdo con las restantes fotografías, “...en la unión de la cruceta con BARRA DE MANDO puede observarse a simple vista la soldadura, como así la cruceta de color amarilla, desgaste importante sobre ambas crucetas, producto de contacto directo con elementos contundentes, incrustación de corte de ropa, por desgarró y/o enganche, es decir, estos indicios nos indican que en el momento del ACCIDENTE LABORAL carecían de ELEMENTO PROTECTOR, tanto de la barra como del cono de la cruceta, principalmente en la zona de enganche CRUCETA CARDAN - MAQUINA CURADORA...”.

Ya en el capítulo “Conclusiones”, al referirse en concreto a la posible existencia de acciones documentadas del empleador y de la ART sobre factores de riesgo en la actividad que cumplía el actor y capacitación de los trabajadores, refiere que “...no consta documentales de cursos o medidas de seguridad sobre capacitación al operador de máquinas agrícolas formas de prevenir ACCIDENTES LABORALES, específicamente RIESGOS INMINENTES DE LA ‘ART’, donde conste fehacientemente de fechas y firmas de los operarios. No constan documentales del EMPLEADOR en cuanto cursos específicos de manejo de tractores agrícolas ni de

prevención, específicamente desde el AREA INTERNA DE LA FIRMA. Constan dos certificados de manejo seguro y responsable de fitosanitarios, extendidos por la firma Expofrut S.A. De fecha 15/09/06, con una carga horaria de 1 ½, como así de la firma PEDRO S. VILLEGAS S.A de fecha 24 AGOSTO 2007, de 4 horas reloj. Digo que no consta en forma fehaciente porque la mayoría de las documentaciones anexadas figuran como recomendaciones y no como CAPACITACIONES, como así existen faltantes de firmas tanto como del empleador/art y/o operarios, siendo para este PERITO irrelevantes por la dinámica y factor desencadenante del ACCIDENTE...”.

También, que “...no existe constancia fehaciente de capacitación sobre los altos riesgos que presentan estas maquinarias agrícolas, mas aún si se detectó que el sistema de protección del cardan se encontraba deteriorado con faltante de la parte fundamental como es el protector del cardan y protector deteriorado de la barra de mando. Este perito considera S.S. que la capacitación era mínima en cuanto a manejos defensivos de maquinarias agrícolas. Por carencias de recomendaciones de la ART y otros organismos competentes clarificados en forma concreta hacia los operarios. Para evitar estos ACCIDENTES no basta con mínimos seminarios prolongados, se necesita una constante y permanente capacitación en forma conjunta con EMPLEADOR, ART, Y TODO OTRO ORGANISMO COMPETENTE, con el fin de crear una cultura de PREVENCIÓN DE ACCIDENTES de manejo responsable...”.

Asimismo, respecto al suministro de elementos de protección necesaria, que “...consta de elementos de seguridad mínima que fueron entregados, minimizando su autenticidad por NO encontrarse debidamente autenticadas, es decir que no podemos dilucidar en forma concreta sobre fotocopias, como así algunos carecen de fechas como es de interés para la investigación...”.

Insiste en relación con la presencia del protector de cardan reglamentario, que “...conforme análisis del perito en el momento del accidente, el sistema de PROTECCIÓN como medida de seguridad de la barra de mando o árbol de transmisión del CARDAN se encontraba DETERIORADO en su extremo de enganche que se ensambla a la maquina curadora, como así no poseía el elemento protector fundamental que es el CONO AMARILLO O NEGRO, que va colocado sobre la horquilla y cruceta, por eso el fenómeno físico del enganche y/o atrapamiento de la ropa del operario. Quedando demostrado en el análisis pericial del anexo de fotografías...”.

Importando un elemento –explica- cuya finalidad es la de ser “...aplicado como elemento altamente PROTECTOR hacia las personas, principalmente por el sistema de

revolución de la barra de mando o árbol de transmisión y sus extremos (horquilla y cruceta), en el trabajo en movimientos adquiere una velocidad de 540 RPM, además éste elemento PROTECTOR por la fuerza que ejerce ante el peligro inminente por contacto con el operario cumple la función de elemento de despegue ante el mínimo contacto con el plástico protector, o en su defecto está preparado para no causar daños hacia las personas. En caso de deterioro o faltante de éstas medidas de seguridad lo recomendable es sustituirlo en forma automática para que cumpla su función específica desde el punto de vista seguridad e higiene...”.

En cuanto a si el "cardan" que transmite la tracción del tractor a la curadora encuadra en las pretensiones del art.7 del Decreto 617/97, y requiere la adopción de las medidas de prevención allí descriptas, señala que conforme su análisis, "...dicho sistema de elemento PROTECTOR deteriorado y faltante de uno de sus CONOS, y sin cadena y/o anillos de seguridad antigiratoria, se determinó en forma categórica que "NO" encuadra en las medidas de seguridad e higiene en cuanto prevención como lo recomienda dicha NORMA...”.

De ese modo, que “...en fecha 19 de octubre de 2007, siendo las 09.30 horas aproximadamente, en momento que se encontraba trabajando con máquinas agrícolas más precisamente en sector de carga de agroquímicos a la curadora el SR. SOLIS OSCAR, en momento dado es enganchado y atrapado por el sistema de cardan de ensamble de la máquina curadora ..., y producto de la transmisión y revolución de la potencia de la tracción del tractor..., siendo enganchado por sector de la ropa del operario lado derecho, haciendo perder la estabilidad, para luego ser golpeado su cuerpo por elementos contundentes sobre su parte CRANEANA...”.

Indica como causa del infortunio la “...atracción del cuerpo por sistema de cardan, y carente de elementos PROTECTORES, quedando demostrado en estudio de la fotografía confrontada y/o inspección por este PERITO...”, a la vez que como factores agravantes y/o desencadenantes identifica “...el faltante de PROTECCIÓN del sistema de CARDAN y deterioro del sector de protección de la barra de mando o árbol de transmisión, localizando en forma categórica el lugar accidente en el enganche del extremo de la barra de mando (horquillas-crucetas) y cardan-máquina curadora, siendo este factor concluyente por el desenlace final de las lesiones que presentaba la V.F (operario)...”.

Finalmente que “...desde el punto de vista ACCIDENTOLOGICO, y del análisis de PREVENCIÓN en GENERAL, el siniestro era físicamente evitable, en virtud que si se

hubieran cumplido con las normas de seguridad y sistema de prevención y riesgos inherentes a los operarios, en cuanto a una adecuada PROTECCIÓN de elementos que se conectan de una u otra manera al ACCIDENTE, desde el punto de vista de las normas de seguridad e higiene, y normas laborales vigentes en cuanto a los riesgos inminentes EL ACCIDENTE se hubiera evitado o minimizado los daños hacia el operario en caso de la ocurrencia del mismo con el elemento protector correspondiente...", dejando constancia de que "...el PERITO ACCIDENTOLÓGICO designado en autos (PERITO OFICIAL), no coordinó ni tampoco se puso en contacto ... para llevar a cabo las diligencias respectivos para una mejor labor pericial...".

6.- La parte actora solicitó al perito oficial las explicaciones detalladas en la presentación de fs.215, a las que éste respondió que las fotografías que adjuntó a su informe (glosadas a fs.183/184) fueron tomadas "...en el momento de efectuar la inspección, ... y las fotografías de la curadora corresponden a la misma curadora pero a la fecha de la inspección...", en tanto que la del tractor a uno similar. Asimismo, que las fotografías no se corresponden al estado de la máquina curadora interviniente en el accidente pues éste fue en octubre de 2007 y fue reparada, "...conforme me fue informado en el lugar, además no he utilizado las fotografías existentes en el expediente ya que sólo muestran como quedó luego del accidente, y por otro lado ya las mismas se encontraban adjuntadas a los expedientes de autos..." .

Sobre la mecánica del infortunio, que antes de éste "...la curadora se estaba cargando agua con un producto químico líquido denominado SEVIN, el cardan se encontraba girando, por lo tanto el tractor se encontraba en marcha, el operario, trata de cruzar sobre el cardan el cual tenía su protección para dirigirse imprudentemente sobre la derecha de la máquina curadora, (cosa que es imposible de hacer, puesto que sobre la derecha de la máquina se encuentra el tanque a la curadora) y como se ve en las fotografías no hay espacio para circular por la derecha, solo lo puede hacer sobre la izquierda, para movilizar el cierre y apertura del grifo. (Digo la derecha sobre la derecha del conductor sentado al volante y digo a la izquierda sobre la izquierda del conductor sentado al volante). Es por eso que afirmo que seguramente debe haber trastabillado y cayendo sobre el cardan y sus ropas se enrollaron en la cruceta del cardan..." .

De ahí concluye en que en el hecho "...no tuvo una causa determinante, única y eficiente la máquina que operaba con anterioridad al accidente, sino que el operario debió haber trastabillado en el desarrollo de tareas por haber realizado una maniobra imprudente para luego caer sobre el cardan enganchándose con la cruceta la capa de

seguridad que llevaba colocada...”. Pero que, “...analizando las lesiones sufridas por el trabajador el médico forense informa que la real causa del deceso fue un traumatismo de cráneo, por lo tanto se deduce que cuando la víctima trata impropia de cruzar por arriba del cardan se trastabilla y cae golpea la cabeza contra la máquina curadora enganchándose su ropa en el cardan y envolviéndola por la rotación del mismo y generar su posterior rotura...”.

7.- A su turno el perito de parte Capitán responde a fs.287/290 la observaciones de la presentación impugnatoria de la codemandada Antonio F. Martínez S.A. de fs.241/242, señalando que en su informe estudió y analizó en forma concreta las fotografías “...con gran sustento de rigor científico, siendo indiscutibles dichas imágenes capturadas por la Prevención Policial en el momento de la inspección, más aun si podemos observar con claridad la escena del accidente y el entorno de los indicios y/o evidencias de los denominados testigos mudos...”.

Sostiene que en el “informe oficial” se insertó una fotografía digital ilustrando la máquina curadora con elemento protector de cardan modificado con respecto al momento del accidente, “...haciendo esto una interpretación e información errónea al lector que impugna mi pericial..., obsérvese fotografía confrontada en mi informe pericial como así las anexadas en la Instrucción Penal, siendo concluyente el informe orientado en los aspectos relevantes desde el punto de vista técnico-científico...”.

Añade que “...la fotografía que se observa en fojas 10 tomada por el Perito Oficial designado en autos coincide con la fotografía obtenida por el perito en la Inspección de la chacra (protector de cardan); `no` coincide con la fotografía obtenida por la Prevención Policial, esto quiere decir ... que en el momento del accidente no tenía elemento protector adecuado sobre el extremo del cardan que engancha la máquina curadora, obsérvese estudio sobre horquilla y soldadura que se aprecia a simple vista en mi Informe Pericial; quedando demostrado a través del estudio de confrontación de las fotografías que el protector de color negro ha sido colocado a posterior del accidente, siendo concluyente mi presentación, no así el Patrocinador impugnante que se guía únicamente por el informe del Perito Oficial...”.

Reitera también que “...desde el punto de vista analítico específicamente capacitación en máquinas agrícolas en cuanto a los riesgos, se detectó carencia de capacitación desde lo teórico y práctico, caso contrario ... éste siniestro no se hubiera producido, como es el factor desencadenante `faltante de elemento protector de cardan`...”.

Haciendo a este respecto énfasis en que “...el perito oficial desestimó la importancia de

las fotografías obtenidas por la Instrucción Policial, es en esas tomas fotográficas donde nos ilustra en forma categórica e indubitable la carencia del elemento protector del cardan...”, como que en las últimas fotografías “...se le ha insertado un protector usado al sistema de cardan...”, amén de remarcar como inexacta la conclusión del perito oficial en cuanto a que el protector plástico del cardan se deterioró en el accidente, por considerar demostrada científicamente no sólo su inexistencia sino también del faltante o trozos del mismo para el estudio pericial. Ello a partir de la observación de la fotografía obtenida por la Prevención Policial de la que resulta que “...no existe protector sobre la horquilla del sistema de cardan que engancha la curadora, ni tampoco se localizó en las fotografías ni en la inspección en la Chacra los restos deteriorados del protector del cardan...”.

Finalmente, al brindar explicaciones ante el Tribunal en la audiencia de vista de causa, el perito oficial dejó en claro que basó su informe en las fotografías obtenidas al momento de la inspección; que las tomas correspondientes a la instrucción policial muestran que el protector del cardan fue roto para desenganchar el cadáver del Solís Jara e interrogado sobre si en la hipótesis de haber estado tal elemento en el estado adecuado hubiera sido posible que la ropa quedara atrapada, contestó que no.

8.- En tales condiciones, el punto concreto a dirimir radica en la condición en que se encontraban los elementos obligatorios destinados a proteger el cardan que unía el tractor con la máquina curadora, necesarios para suprimir la posibilidad de accidentes relacionados con el contacto entre la persona o sus ropas y un elemento cuya peligrosidad es evidente, de solo considerar la velocidad con que gira (540 RPM) y las consecuencias que podrían derivarse del hecho de quedar en él enganchada o atrapada un prenda del operario que manipula el sistema, como sucedió en el caso.

Obligatoriedad concerniente a las medidas y elementos de seguridad sobre la maquinaria que se utiliza en la actividad rural, junto con la capacitación del trabajador en cuanto a un uso que minimice riesgos, emanada de prolíficas fuentes normativas.

En primer lugar, el art.97 de la ley 22.248 (Régimen Nacional del Trabajo Agrario), vigente a la época del infortunio, en cuya virtud “...el trabajo agrario deberá realizarse en adecuadas condiciones de higiene y seguridad a fin de evitar enfermedades profesionales o accidentes de trabajo...”.

Desde ya las normas pertinentes de la ley 19.587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo, que además en su art.7º impone a la reglamentación el deber de considerar primordialmente “...b) la protección de máquinas, instalaciones y artefactos...; e)

prevención de accidentes de trabajo y enfermedades del trabajo...”.

La ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, fundamentalmente en su objetivo primario de reducción de la siniestralidad laboral, a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo.

Luego el Reglamento de Higiene y Seguridad para la Actividad Agraria aprobado por Decreto 617/97, reglamentario de la LRT, cuyo art.7º, en lo que aquí interesa, dispone que “...las máquinas, herramientas, equipos, productos, repuestos, accesorios y demás útiles de trabajo deben: a) Estar diseñados y contruidos minimizando los riesgos que puedan generar; b) En caso de poseer volantes, correas, ruedas con rayos, ejes y mecanismos de transmisión, salientes (como pasadores o tornillos) o cigüeñales, deberán estar cubiertos de forma tal de eliminar toda posibilidad de que los trabajadores, o parte de su cuerpo o vestimenta, puedan ponerse en contacto con las partes en movimiento; c) En caso de poseer extremos de los ejes de transmisión, deben estar completamente protegidos si sobresalen en más de un tercio de su diámetro, o deberán ser redondeados en caso contrario; d) En caso de poseer elementos o partes móviles que pudieran producir a los trabajadores atrapamientos, aplastamientos o cortes, estar protegidos o cubiertos; e) La zona de recorrido de los contrapesos, péndulos u otros mecanismos oscilantes, deberá estar protegida por medio de un cerramiento; f) Estar provistos de dispositivos de bloqueo para su puesta en funcionamiento accidental o involuntaria y de señalizaciones de peligro, de inscripciones o etiquetas con instrucciones de operación, regulación y mantenimiento, escritas en castellano, de acuerdo con la normativa vigente...”.

A la par de la obligación que pone en cabeza del empleador de capacitar al trabajador sobre los métodos de prevención, respecto de los que ilustra el art.1º, al disponer que “...el empleador debe aplicar los criterios de prevención para evitar eventos dañosos en el trabajo. A tal fin, en el marco de sus responsabilidades, el empleador desarrollará una acción permanente con el fin de mejorar los niveles de seguridad y de protección existentes...”, como así también “...con el asesoramiento y el seguimiento de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo a la que se encuentre afiliado, debe: a) Identificar, evaluar y eliminar los factores de riesgo existentes en su establecimiento; b) Priorizar la prevención de accidentes y enfermedades profesionales a partir de la minimización de los riesgos en la fuente; c) Proveer de elementos de protección personal a los trabajadores que se encuentren desempeñando tareas en su establecimiento. Siempre que existan en el mercado elementos y equipos de protección personal homologados, se

utilizarán éstos en lugar de otros que no reúnan tal condición; d) Informar y capacitar a los trabajadores acerca de los riesgos relacionados con las tareas que desarrollan en su establecimiento; e) Llevar a cabo un programa de prevención de accidentes y enfermedades profesionales; f) Instrumentar las acciones necesarias para que la prevención, la higiene y la seguridad sean actividades integradas a las tareas que cada trabajador desarrolle en la empresa; g) Cumplir con las normas de higiene y seguridad en el trabajo establecidas por la autoridad competente...”.

En tanto que es deber de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, respecto de los empleadores afiliados a ellas, “...a) Identificar y evaluar los factores de riesgo existentes en los establecimientos; b) Priorizar la prevención de siniestros a partir de la minimización de los riesgos en la fuente; c) Colaborar en la selección de elementos y equipos de protección personal; d) Suministrar información relacionada con la seguridad en el empleo de productos químicos y biológicos; e) Informar y asesorar a los empleadores en materia de cumplimiento de la normativa de higiene y seguridad, como así también respecto de las acciones necesarias a implementar con el fin de ir superando los niveles de cumplimiento de la normativa de Higiene y Seguridad; f) Elaborar y arbitrar los medios técnicos para implementar los módulos de capacitación en higiene y seguridad del trabajo, atendiendo al nivel de instrucción de los trabajadores dependientes del empleador y a los riesgos que entrañen las tareas que desarrollen los trabajadores. Entre los temas que formen parte de los módulos de capacitación, deberá incluirse además todo lo concerniente al uso de los elementos de protección personal necesarios; g) Denunciar ante la S:R:T: los incumplimientos de sus afiliados de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, incluidas las del Plan de Mejoramiento; h) Tener acceso a la información necesaria para cumplir con las prestaciones de la L.R.T; i) Promover la prevención, informando a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo acerca de los planes y programas exigidos a las empresas; j) Mantener un registro de siniestralidad por establecimiento; k) Informar a los interesados acerca de la composición de la entidad, de sus balances, de su régimen de alícuotas y demás elementos que establezca la reglamentación...”

Finalmente, la ley 25.739 (B.O. 24/6/2003), que aprueba el Convenio sobre la Seguridad y la Salud en la Agricultura adoptado por la 89° Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la Ciudad de Ginebra, cuyo Capítulo destinado a la Seguridad de la Maquinaria y Ergonomía, dispone en sus arts.9° y 10 que “...1. La legislación nacional o las autoridades competentes deberán establecer que la

maquinaria, el equipo, incluido el de protección personal, los utensilios y las herramientas utilizados en la agricultura cumplan con las normas nacionales o con otras normas reconocidas de seguridad y salud, y se instalen, mantengan y protejan adecuadamente. 2. La autoridad competente deberá tomar medidas para asegurar que los fabricantes, importadores y proveedores cumplan con las normas mencionadas en el párrafo 1 y brinden información adecuada y apropiada, con inclusión de señales de advertencia de peligro, en el o los idiomas oficiales del país usuario, a los usuarios y a las autoridades competentes, cuando éstas lo soliciten. 3. Los empleadores deberán asegurar que los trabajadores reciban y comprendan la información sobre seguridad y salud suministrada por los fabricantes, importadores y proveedores...” y que “...La legislación nacional deberá establecer que la maquinaria y el equipo agrícolas: a) se utilicen únicamente en los trabajos para los que fueron concebidos, a menos que su utilización para fines distintos de los inicialmente previstos se haya considerado segura, de acuerdo con la legislación y la práctica nacionales, y, en particular, que no se utilicen para el transporte de personas, a menos que estén concebidos o adaptados para ese fin, y b) se manejen por personas capacitadas y competentes, de acuerdo con la legislación y la práctica nacionales...”.

9.- Ahora bien, la profunda discrepancia que se presenta entre las conclusiones del perito oficial Francisco José Gianbirtone y el Consultor Técnico de la parte actora Aldo Fabián Capitán radica en que para el primero el hecho obedeció exclusivamente a la maniobra que reputa de negligente por parte de Solís Jara, al haber cruzado por encima del cardan, el cual contaba –según afirma- con la totalidad de los elementos de protección adecuados, además de haber obviado el infortunado precisas instrucciones y avisos sobre el manejo cuidadoso de la maquinaria que le habían sido fehacientemente impartidos.

Esto último de acuerdo con el instructivo que acompaña como anexo a su pericia a fs.211, el que bajo el título “Prevención en el Uso del Tractor y Maquinaria Agrícola”, hace las siguientes referencias puntuales: “ - No pase por encima del cardan de la curadora u otra maquinaria; - Si tiene protector de cardan, no lo saque; - Avise al encargado cuando alguna maquinaria no tenga protector de cardan; - Si el cardan no tiene protección, tenga precaución y no realice trabajos cerca, si lo atrapa puede ser mortal; - Toma máquina que tenga un elemento rotativo, como correas, engranajes, etc. debe tener protección...”, concluyendo en que “...si no tiene cuidado al operar el tractor y la maquinaria agrícola puede sufrir un accidente muy grave o mortal...”.

Mientras que el segundo, si bien no refuta las circunstancias de la maniobra, se muestra vehemente al sostener que en el momento del accidente se hallaba en parte deteriorado el elemento protector que cubre la barra del cardan y, fundamentalmente, no estaba el cono que debía cubrir la cruceta en la parte que se une con la máquina curadora, siendo ese el motivo que provocó el enganche de la ropa del operario como factor concluyente del desenlace.

En un siniestro a su modo de ver evitable, en virtud que de haberse cumplido con las normas de seguridad y sistema de prevención y riesgos inherentes a los operarios se hubiera evitado o minimizado los daños. Pues, además, refiere no haber hallado constancias fehacientes de capacitación sobre el uso de la maquinaria agrícola y las formas de prevenir accidentes laborales.

Con lo que bajo tal contexto de apreciaciones diametralmente disímiles, prácticamente dirime la suerte del pleito la conclusión a que se arribe en relación con la convicción extractable de una u otra labor pericial, sin dejar de lado –claro está- la diferente naturaleza que caracteriza la pericia a cargo del auxiliar designado por el Tribunal, respecto de la opinión con que nutre al pleito el consultor propuesto por la parte que ejerce la pretensión resarcitoria.

10.- En efecto, sabido es que la prueba pericial reglada en los arts.457 y ccs. del C.P.C.C., se halla a cargo de auxiliares de la justicia (peritos) que en el ejercicio de la función pública o de su actividad privada, son llamados a emitir parecer o dictamen sobre puntos relativos a su ciencia, arte o práctica, asesorando a los jueces en las materias ajenas a su competencia.

De ahí que se rata de un medio probatorio por el cual “...un tercero designado por un tribunal en razón de sus conocimientos científicos, artísticos, prácticos, ajenos al saber común y jurídico del magistrado, le informa acerca de los hechos percibidos o deducidos, sus efectos y causas, y el juicio que los mismos le merecen, a objeto de que éste, bajo tales bases, pueda formar su convicción acerca de ellos...” (cfr. Eduardo Caruso, en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial", dirigido por Elena I. Highton y Beatriz A. Areán, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, Tomo 8, pág.383).

Su atributo sobresaliente es el de la imparcialidad, producto de intervenir en el pleito a resultas de la designación por autoridad judicial y sin posibilidad de reparos a tal respecto, si es que las partes consienten la intervención al no ejercer la potestad recusatoria que acuerda el ordenamiento procesal, en base a causales que, según el art.

466, son las previstas respecto de los jueces, con el añadido de la falta de título o incompetencia; o llegado el caso no demostrarlas.

Corolario es que el carácter no vinculante –como tiene dicho este Tribunal- en nada justifica un apartamiento de las conclusiones periciales sin razones válidas, “...atendiendo a que si se ha recurrido al auxilio de un perito, es precisamente por la ausencia en los magistrados de conocimientos especializados suficientes para dirimir el conflicto en base a sus propias consideraciones en lo estrictamente técnico...” (cfr. "Cheima, Richard Alberto s/ Apelación - Ley 24557" (Expte.Nº 2CT-22386-10, Sentencia Definitiva del 13/6/2012).

Frente a ello, el art. 458 del C.P.C.C., en su último párrafo, acuerda a los litigantes la facultad de designar un consultor técnico o perito de parte, que interviene para quien lo ha propuesto, asesorándolo en todo aquello que haga a su especialidad y resulte ajeno al conocimiento jurídico, posición desde la cual es dable asimilar la naturaleza de su intervención a la del defensor jurista o abogado.

En la medida que esencialmente se orienta hacia el contralor en el desarrollo de la prueba pericial llevada a cabo por el experto designado de oficio por el Juez, “...pudiendo –aunque no es obligatorio- presentar su propio informe, y hasta evitar hacerlo, cuando los conceptos que tuviere que vertir fuesen desfavorables para la parte a la que asiste...” (cfr. Caruso, op.cit., pág.407).

Razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia son contestes en que frente a diferencias o criterios encontrados entre el dictamen del perito de oficio y el informe del consultor técnico de parte, debe en principio darse prevalencia al primero, “...pues se presume su imparcialidad por el hecho de haber sido designado por el Juez de la causa...”

Lo cual sin embargo no importa una regla absoluta e inmovible, atendiendo a que allende la apuntadas diferencias, tanto un informe como el otro conforman elementos probatorios sometidos a las condiciones generales de apreciación propias de la normativa procesal que rige el trámite (arg.art.53, inc.1º de la ley 1.504)- y, junto a ello, las específicas pautas de eficacia probatoria que establece el art.477 del C.P.C.C., que imponen al Juez tener en cuenta “...la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y demás elementos de convicción que la causa ofrezca...”.

Es que las conclusiones periciales “...deben ser convincentes, como consecuencia

lógica de sus fundamentos y motivaciones, de modo que el Juez, si al apreciar el dictamen entiende que presenta conclusiones poco claras y carentes de sustento, no podrá otorgarle la eficacia probatoria, indispensable para formar convicción sobre los hechos controvertidos...”, siendo para ello indispensable la claridad en las conclusiones y la observancia de un orden lógico, “...ya que tal como sucede con toda prueba, si aparece como contraria a máximas de experiencia común, hechos notorios, principios elementales de lógica o el orden natural de las cosas, debe descartarse el elemento probatorio que adolezca de tales deficiencias...” (cfr. Beatriz Arean, en op.cit., pág.544).

A contrario sensu, nada impide al Juez acudir a los aportes del consultor técnico para sostener su convicción respecto de la materialidad de los hechos sobre los que indaga, si los encuentra cualitativamente superiores a las conclusiones periciales y si halla y puede fundar la concurrencia de los presupuestos que así lo justifican.

Pues tratándose en todos los casos de presunciones que operan en el entendimiento del juzgador, es tan refutable la eficacia que supone el rol imparcial que ocupa el perito oficial, como su ausencia en el consultor técnico por el hecho de intervenir en el pleito en auxilio de uno de los interesados en el conflicto, máxime si no se pasa por alto que, aun desde ese lugar, éste pone en juego la responsabilidad y la ética que implica todo ejercicio profesional.

Con lo que en definitiva nada impide al Juez descartar en el primero y hallar en el último los argumentos sólidos para orientar su decisión en un determinado sentido, siempre que no lo haga discrecionalmente, sino a través de razones adecuadas en su fundamentación, habida cuenta su libertad en el ejercicio del rol valorativo, donde por cierto tampoco pierden entidad sus propios conocimientos personales, las normas generales de la experiencia, el análisis lógico y la evaluación comparativa.

Siendo así “...absurdo ordenarle al Juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos, sea que convengan o parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle el conocimiento sobre hechos, como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones...” (Areán, op.cit.pág.550).

11.- En tales condiciones y siempre en la etapa de determinación de los hechos sobre los que más adelante se ponderará la solución jurídica del caso, habré de tener por suficientemente probado que el cardan que conectaba el tractor con la curadora al

momento del infortunio contaba con el elemento de protección obligatorio en condiciones de deterioro, al hallarse roto uno de sus extremos y ausente el cono que debe cubrir íntegramente la cruceta de enganche.

Siendo tal el motivo por el que parte de la ropa del operario quedó atrapada y éste no pudo resistir ser atraído hasta golpear su cabeza contra la superficie sólida de la máquina, del modo violento que generó su muerte, producto de la fuerza del movimiento giratorio.

Al realizar una maniobra por cierto imprudente pero no inusual -de estar sobre todo a los dichos de los testigos y el consultor técnico, en relación con la razón por la cual solía ser necesario operar la canilla de la máquina curadora con el tractor en marcha- y sobre cuyas potenciales consecuencias riesgosas no había sido convenientemente alertado, al haberse omitido la capacitación sobre las condiciones de prevención legalmente impuestas y no existir en el lugar los avisos de rigor, necesarios para generar conciencia y entendimiento sobre el modo adecuado de conducirse.

Vale decir, todo en el modo afirmado por el consultor técnico Aldo Capitán y negado por el perito José Giambirtone.

Habida cuenta que las conclusiones que este último aporta pierden toda verosimilitud, a poco que se advierte la notable contradicción en que incurre al dar cuenta en su primer informe, con tono concluyente, del correcto estado de conservación del elemento protector, para luego y ante las precisas observaciones de la parte actora, admitir que las fotografías que evaluó al arribar a tal conclusión son las tomadas al momento de llevar a cabo la inspección, sin corresponderse con el estado de la máquina curadora interviniente en el accidente, en razón de haber sido reparada con posterioridad, como asimismo no haber acudido a las fotografías existentes en el expediente (las aportadas en la demanda tomadas por la instrucción policial) por sólo mostrar la situación al momento posterior al infortunio.

De suerte que no se logra comprender bajo qué cuadro de situación habría de compartirse su opinión en favor de que la indumentaria del infortunado se enganchó al entrar en contacto con el cardan en movimiento totalmente cubierto por el elemento de protección, ya que la lógica indica que no quedaba espacio libre por el cual ingresar la parte de la prenda que quedó atrapada.

Peor cuando a la postre, en audiencia ante el Tribunal y las partes, sostuvo que la existencia de la protección hubiera evitado que las ropas se engancharan.

En las antípodas, el consultor técnico resulta coherente al inclinarse por la versión

contraria, no sólo por la forma en que expone sus razonamientos, sino fundamentalmente por destacar un dato puntual y objetivo que el Tribunal advierte independientemente de su consideración por el auxiliar, cual es el de la ausencia de los restos deteriorados del protector del cardan entre los hallazgos obtenidos en la instrucción policial.

Pues indudablemente, de haberse roto el suplemento protector en las maniobras de los compañeros de Solís Jara tendientes a desenganchar el cuerpo del fallecido –como intenta traslucir el perito oficial- debió quedar el cono protector o sus restos en el lugar y formar parte del conjunto de elementos secuestrados por los funcionarios actuantes policiales.

Empero en las constancias de fs.25 del sumario prevencional N° 746 "FCA" labrado con motivo del accidente fatal, agregado por cuerda, no hay registro alguno que así lo indique.

En síntesis, pudo Solís Jara haber realizado una maniobra riesgosa, al pasar por encima del cardan que es un espacio pequeño y que limita los movimientos, pero lo cierto es que ese riesgo concluyó en el resultado fatal, a resultas de las deficientes condiciones del elemento protector que, tal como destaca el consultor técnico, cuadra entre las medidas de precaución obligatorias impuestas por el Decreto 617/97.

No en vano éste y también el perito oficial -el último al cabo de una exhaustiva indagación- coinciden en ese sólo punto, esto es que de haber existido el cubrecardan en condiciones el accidente no se hubiera producido o en todo caso el daño hubiera sido menor.

De otro lado, la experiencia del trabajo cotidiano con la maquinaria hubiera indicado lo inconveniente de evitar la maniobra, pero ello nos coloca en otra zona de análisis, inherente a la eficiente o deficiente transmisión del conocimiento acerca de los mecanismos preventores de riesgos, donde similares consideraciones se imponen a la luz del confronto entre las conclusiones periciales y las del consultor de parte.

En efecto, del detalle de elementos de inspección que hace el perito Giambirtone a fs.184/185 se extrae la entrega de mamelucos, guantes, equipos impermeables, botas de goma y antiparras, todo ello en distintos momentos históricos, como así también que Solís Jara participó de cursos sobre el manejo seguro y responsable de fitosanitarios en Expofrut S.A.; de seguridad efectuado por la ART; de capacitación brindado por Sembrar Conciencia y que hubo prevención en el uso del tractor y maquinaria agrícola (cfr. punto 16).

Refiriendo haber hallado los protocolos de la ART y de las inspecciones efectuadas, junto con las instrucciones sobre seguridad impartidas al personal, que detalla y adjunta como anexo, que lo llevan a considerar que hubo acciones efectivas por ambos demandados, destinadas a identificar, evaluar y eliminar factores de riesgo existentes en la actividad que cumplía el actor y actividades de capacitación de los trabajadores impuestas por la ley 24.557 y el Decreto 617/97.

En tanto que el consultor técnico Aldo Capitán se inclina por la carencia de capacitación fehaciente desde lo teórico y práctico, específicamente sobre los riesgos de las máquinas agrícolas, destacando que ello es así por tratarse la mayoría de documentación aportada de recomendaciones y no capacitaciones, a la par de advertir en ella faltantes de firmas tanto del empleador como de los operarios, todo lo cual les resta a su modo de ver relevancia frente a la dinámica y el factor desencadenante del accidente.

Sin haber constatado una verdadera capacitación sobre los altos riesgos que presentan estas máquinas agrícolas y su manejo defensivo, más aún si se detectó que el sistema de protección del cardan se encontraba deteriorado, habida cuenta que para evitar este tipo de infortunios no basta a su modo de ver con mínimos seminarios prolongados, sino que es menester una constante y permanente capacitación conjunta entre trabajador, empleador, ART y todo otro organismo competente, con el fin de crear una cultura de prevención.

Aquí también corresponde compartir tales observaciones, pues por un lado armonizan con las restantes constancias verificables de la causa y, por el otro, permiten cabalmente advertir hasta qué punto llega el grado de confusión del Perito Mecánico y Accidentólogo Francisco Giambirtone, quien evidentemente no ha comprendido que su función como auxiliar era la de ilustrar al Tribunal sobre las circunstancias de hecho precedentes que originaron el evento, a efectos de dilucidar su imputabilidad o no en grado de responsabilidad hacia los sujetos que aquí son demandados, ya que de existir, ésta en nada se diluiría por las acciones habidas con posterioridad y como consecuencia del infortunio.

Más grave si se atiende a la permanente falta de fundamentación de la mayoría de sus conclusiones y al hecho de que varios pasajes de su informe inducen al error, al ponderar como ciertas y propias del estado de cosas al momento del siniestro cuestiones que la simple compulsión de la restante información obtenida en el trámite demuestra que no lo han sido.

Así, desde que las constancias documentales que presenta como “elementos de

inspecciones” (punto 4.a.3. de fs.184/185) se corresponden en rigor con los instrumentos incorporados al Expte.Nº 1CT-19.907-07 "RIQUELME ASTUDILLO SONIA DEL CARMEN por sí y en Rep.de sus hijos menores: S.O.A.; S.C.V.; S.M.A.; S.E.M. y S.N.S. c/ ANTONIO F. MARTINEZ S.A. s/ PRUEBA ANTICIPADA", agregado por cuerda, tramitado en su momento a instancias de la parte actora con el objeto de conocer cuál fue el dictamen elaborado por Prevención ART respecto de las causas y demás circunstancias que llevaron al fallecimiento de Solís Jara.

Obran allí los certificados de asistencia del causante a los cursos de “Manejo Seguro y Responsable de Fitosanitarios” y “Seguridad en el Manejo de la Maquinaria Agrícola”, ambos en Expofrut el 15/9/2006 con un total de una hora y media cada uno; sobre “Uso Seguro y Manipulación de Fitosanitarios” del día 24/8/2007 en la Sala de Conferencias de la Empresa Pedro Villegas S.A. durante cuatro horas y las constancias de entrega de la cartilla de instrucciones que también obra a fs.196/197 de estos autos (período 2003/2004); fs.198/199 (período 2004/2005); fs.200/2001 (período 2005/2006) y fs.202/203 (período 2006/2007), orientadas a hacer hincapié en la responsabilidad en el manejo de los productos fitosanitarios y con indicaciones sobre el uso de los elementos y equipos de protección, el manipuleo y almacenamiento de productos fitosanitarios, la preparación y prohibiciones al momento de aplicación del producto, la importancia en el uso de la vestimenta apropiada, al lavado del equipo con posterioridad a cada aplicación, la eliminación de los envases, etc.

De lo que es dable deducir que fue esa única temática la considerada como aspecto inherente al cumplimiento de la obligación de capacitación en la prevención de riesgos y sólo por el empleador, ya que ninguna referencia a la participación de la ART resulta de tales instrumentos, soslayándose de plano la importancia de las cuestiones que el consultor técnico destaca como atinentes a la peligrosidad y empleo defensivo de las máquinas agrícolas confiadas al trabajador para sus tareas cotidianas, puntualmente en lo que hacía a la necesidad de verificar y alertar sobre el estado de conservación de los elementos protectores.

Habida cuenta que nada permite aseverar que el documento agregado a fs.147 del Expte.Nº 1CT-19.907-07 y fs.211 de estos autos se corresponda con las instrucciones brindadas en aquéllos cursos, por la inmovible razón de no llevar a diferencia de los anteriores instrumentos la firma y en tanto tampoco es factible suponer que hubiera sido esa la concreta temática.

Aun cuando los datos que allí se aportan son de extrema importancia, pues bajo el título

“Prevención en el uso del tractor y maquinaria agrícola”, entre las condiciones indica que no se debe pasar por encima del cardan de la curadora u otra maquinaria; que no se debe sacar el protector de cardan si lo tiene; que se debe avisar al encargado cuando alguna maquinaria no tiene protector de cardan; que si el cardan no tiene protección debe tenerse especial precaución y no realizar trabajos cerca pues "...si lo atrapa puede ser mortal..." y que toda máquina que tenga un elemento rotativo como correas, engranajes, etc, debe tener protección (por ejemplo la desbrozadora), para terminar alertando que "...si no tiene cuidado al operar el tractor y la maquinaria agrícola puede sufrir un accidente muy grave o mortal...".

Por su trascendencia y si se atiende a la dinámica y factor desencadenante del hecho, hubiera sido clave el conocimiento cabal del infortunado acerca de semejantes precauciones, empero ni la exposición pericial ni ninguna otra prueba indica que tal elemento haya formado parte de una instrucción efectiva y anterior al 19 de octubre de 2007; menos que hubiera estado oportunamente colocada, en lugar visible y pertinente, para conocimiento del personal.

Pues en el modo que luce en ambos expedientes no deja de ser un papel sin firma archivado en alguna carpeta de la empresa o, por qué no decirlo, labrado con posterioridad al accidente y a consecuencia de éste, observando idéntico temperamento con el que en las mismas circunstancias se subsanó la falta del elemento de protección con anterioridad inexistente conforme ha quedado aquí comprobado.

Conclusión esta última sumamente probable, si se atiende a que el Informe de Investigación del Accidente de Trabajo labrado el 24/10/07 por el Ingeniero Roberto D. Espina de Prevención ART S.A., en el punto 41, indica como medidas correctivas a implementar: "...realizar instructivo de uso seguro del tractor e implementos agrícolas; realizar capacitación de todos los tractoristas y supervisores sobre uso seguro del tractor e implementos agrícolas y realizar relevamiento documentado del estado de protectores de cardan...", todo en el plazo de "...tres días hábiles..." (fs.56 del expte.agr.).

Luego a fs.61 (expte.agr.) surge identificado el código de riesgo 104 y la recomendación de reemplazo de protecciones de cardanes que dejan la cruceta al descubierto por otras adecuadas al riesgo, con fecha comprometida de ejecución para el 1/12/2007 y fecha de seguimiento al 30/12/2007.

A la vez que el 29/10/2007 se realiza una visita a la chacra 28 para verificar el estado de los protectores de cardan de las diferentes maquinarias en uso en el establecimiento y en las observaciones que se hacen durante el recorrido se observa que las máquinas

pulverizadoras poseen la protección de cardan correspondiente, se recomienda que las protecciones posean en los extremos (en las horquillas) las protecciones completas que cubran totalmente las horquillas para evitar atrapamientos. Se recomienda colocar protecciones a todas las máquinas que posean partes rotativas para evitar atrapamientos y se recomienda revisar periódicamente el estado de las protecciones, pues todas las máquinas que posean cardan deben tener su protección en buenas condiciones de contralor, donde están claramente reseñadas las cautelas que deben tomarse con el uso del tractor y maquinaria agrícola.

Finalmente a fs.146 (expte.agr.), en 14/2/2008 a resultas de la implementación de recomendaciones, se tiene por cumplida la "recomendación de "realizar Instructivo de uso seguro del tractor e implementos agrícolas", la "recomendación de realizar capacitación a todos los tractoristas y supervisores" y la "recomendación de realizar relevamiento documentado de estado de protectores de cardanes".

Tales constancias hablan por sí solas y son fulminantes de la tesis negadora de las accionadas, plenamente abonada por el auxiliar designado por el Tribunal, desde que si el inspector interviniente por la aseguradora hubiera advertido las medias de prevención convenientemente observadas de antemano, no se hubiera expedido en tales términos y tampoco el informe del estudio Barattero S.A. hubiera concluido tan escuetamente que "...el evento se produce cuando el empleado se encontraba trabajando y por razones que se desconocen en su totalidad efectúa un mal movimiento lo que le provoca el accidente en tiempo y lugar acorde a su tarea establecida, por lo que se debería aceptar el presente siniestro..." (fs.70/71 del expte.agr.).

Además de ser sugestiva la forma en que la aseguradora emite allí respuesta al punto d) del pedido de informes, eludiendo expedirse sobre el requerimiento concreto acerca de si la cartilla identificada como "Prevención en el uso del tractor y maquinaria agrícola" fue elaborada por personal de Prevención ART y entregada a personal de la firma Antonio F. Martínez S.A. con posterioridad al 19 de octubre de 2007 y limitándose a expresar que "...forma parte de la documentación elaborada por la empresa..." (fs.150 del expte.agr.).

De suerte que las múltiples razones dadas me convencen acerca del carácter ex post facto del instructivo de marras, producto de la directiva impartida por el inspector que analizó el siniestro por encargo de la aseguradora.

Así como en conjunto sobre que los hechos sucedieron de una forma que válidamente amerita apartarse, como se anunciara, de las conclusiones del perito de la causa, por

considerar reunidos suficientes elementos de juicio (vgr. las constancias documentales, las testimoniales y los aportes del consultor técnico propuesto por la actora), que me permiten sostener que ha errado y hecho uso inadecuado de los conocimientos técnicos de los que por su profesión cabía suponerlo versado, siendo absolutamente mendaz al sostener la negligencia de Solís Jara por "...no atender las indicaciones del uso del tractor, puesto que éste estaba en marcha con el cardan en giro...", no cumplir "...con el aviso de no pasar por encima de la toma de fuerza o de la barra de enganche..." y "...con el aviso de no pasar por encima del cardan de la curadora u otra máquina..." (cfr. punto 4.B.1 de fs.186).

Por cuanto es evidente que tales indicaciones y avisos surgieron como consecuencia del afán de ambas demandadas por enmendar las condiciones que habían generado un hecho a esa altura irremediable.

Siendo plenamente factible tal apartamiento en las condiciones que describe Areán y que en el caso se verifican, desde que el Juez, "...para apreciar la pericia y, en su caso, apartarse del dictamen, deberá acudir a los informes u observaciones de los consultores técnicos, a los informes de academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o, en todo caso, a los testimonios técnicos, únicos elementos de juicio que le podrán proporcionar argumentos serios ... indispensables para motivar este tramo de la sentencia...", debiendo "...demostrar que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos..." (op.cit.pag.551).

12.- De modo que teniendo como materia comprobada que el elemento protector del cardan se hallaba deteriorado y que el infortunado no se hallaba adecuadamente capacitado sobre el uso correcto de la maquinaria que le había sido confiada y sobre cómo proceder ante aquella circunstancia, es hora de ingresar en el análisis de la pretensión resarcitoria del caso.

Donde cómo se explica en la demanda, se persigue el reconocimiento del derecho a la reparación integral de los daños y perjuicios en forma solidaria entre el empleador y la aseguradora, con fundamento en la normativa del derecho civil y al margen de la que también se pretende en las condiciones del sistema de Riesgos del Trabajo, por considerar que ésta es insuficiente y que en el supuesto se configuran los extremos que llevaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a declarar la inconstitucionalidad de la cláusula limitante del art.39, inc.1º, de la LRT en los autos "Aquino, Isacio c/

Cargo Servicios Industriales S.A.”, sentencia del 21/9/2004, en Fallos 327:3753. Solución que éste Tribunal abonara desde autos "Quevedo, Estefanía Fabiana c/ Parmalat Argentina S.A. s/ reclamo" (Expte.Nº 2CT-15660-03, Sentencia Definitiva del 27/2/2009), en base a la contradicción con los arts. 14 bis, 16, 17, 19 y 28 de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional de acuerdo con el art 75 inc.22, todo conforme los argumentos a los que en homenaje a la brevedad cabe remitir.

Fundándose en el caso la responsabilidad que se entiende conjunta y solidaria de ambos demandados, en las disposiciones de los arts.1074, 1109 y 1113 del Código Civil.

Respecto del empleador, por el vicio en el cobertor reglamentario del cardan que produjo el accidente, la negligencia en cuanto a imponer al trabajador el cumplimiento de una actividad de por sí riesgosa en condiciones que la tornaban aún más peligrosa y la omisión de adoptar las medidas de seguridad adecuadas para evitar el daño. La aseguradora, por el incumplimiento de sus obligaciones legales en materia de prevención y control.

RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR

En el contexto reseñado la responsabilidad de la empleadora radica en el riesgo creado en los términos del art.1113 del Código Civil, al encontrarse deteriorado el protector indispensable del cardan (vicio de la cosa), del cual era dueño.

Potenciando de ese modo la peligrosidad de una actividad de por sí riesgosa, como lo es toda aquélla que implique el uso de maquinaria de ese porte, la que contrariamente a lo acontecido impone un deber de adoptar todos los recaudos posibles para aventar los factores de causación de infortunios.

Lejos de lo cual se permitió el trabajo con el elemento de protección en tales condiciones, sumándose el hecho de no haberse instruido al dependiente acerca de las maniobras adecuadas en el manejo de la maquinaria agrícola que operaba habitualmente.

En lo concreto sobre el grave riesgo de pasar por encima del cardan, lo cual importa el soslayo a un expreso deber legal, emanado de las apuntadas disposiciones de las leyes 22.248, 19.587, 24.557, 25.739 y del Decreto 617/97.

Normas que en conjunto positivizan para el caso el deber de seguridad en cabeza del empleador, genéricamente enunciado en el art.75 de la LCT y consistente en la obligación de “...tomar las medidas necesarias para que las tareas se presten en condiciones de seguridad adecuadas, evitando así la producción de daños evitables...”,

para lo cual se le impone "...adoptar medidas de seguridad –obligación de hacer- y abstenerse de realizar cualquier acto que resulte perjudicial para la salud psicofísica –obligación de no hacer-...", resultando incumplido "...cuando se produce una situación de riesgo para la integridad psicofísica del trabajador que se pudo evitar tomando alguna medida..." (cfr. Julio Armando Grisolfía y Ricardo Diego Hierrezuelo, "Derechos y Deberes en el Contrato de Trabajo", Buenos Aires, AbeledoPerrot; 2008, pág.299).

Añadiéndose así otro fundamento legal para la responsabilidad del principal, cual es el del art.1074 del Código Civil, en cuyo mérito toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, "...será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido...", también resarcible dentro de los cánones extrasistémicos.

Habida cuenta que como sostienen Julio Grisolfía y Ricardo Hierrezuelo, "...sólo podría estar subsumido en la LRT el reclamo de los daños emanados del incumplimiento de las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo del primer párrafo de la nueva redacción...", en tanto que "...los demás incumplimientos, que tuviera origen convencional o en el contrato individual, o que constituyan un deber de conducta implícito en el desarrollo de la relación laboral y que produjeran daños en la salud del trabajador, no están constreñidos por la LRT...", pudiendo "...reclamarse su reparación integral sobre la base de la normativa del derecho común..." (cfr.op.cit.pág.304).

Sobre todo frente a la prevalencia del principio constitucional del "alterum non laedere", tan firmemente ensalzado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Aquino" como base para el reconocimiento del derecho a la reparación integral.

De otro lado, no operan en el supuesto las eximentes previstas por el art.1113 del Código Civil, al dejar de ser la culpa el centro de imputación, pues de ordinario, en estos casos, la víctima suele desconocer toda aquello a lo que se expone.

Tratándose de conceptos esenciales que no son exclusivos del Derecho del Trabajo, sino del Derecho Civil orientado hacia la seguridad.

En el contexto reseñado, la culpa de la víctima como interruptiva del nexo causal entre el hecho y el daño carece de entidad, pues si bien cabe sostener Solís Jara era un operario conocedor de la tarea, nada indica, ya que la demandada no lo ha demostrado, que tuviera el conocimiento de los riesgos que tenía que obviar, en el grado cabal que hubiera sido posible, de haber mediado el adecuado cumplimiento de las mandas de seguridad y prevención, esto es, por ejemplo, si se contara con la certeza de que aquel

instructivo no solo llegó a conocimiento del trabajador, sino que era un tema cotidiano de prevención y recordatorio, hasta llegar al cambio de hábitos que deben extirparse.

Empero queda claro que si la firma Antonio F. Martínez S.A. obró un cambio de condiciones, lo fue lamentablemente a consecuencia del hecho que costó una vida.

En tal sentido, enseña Horacio Schick que el alcance que se otorga a la culpa de la víctima merece un tratamiento particularizado en el marco del contrato de trabajo, debiendo ser el motivo excluyente de la causación del infortunio, con lo que toda vez que se la invoque como eximente de responsabilidad del empleador, "...en las controversias en las que se procurare resarcimiento a tenor de lo preceptuado en el artículo 1113 del Código Civil, incumbirá al excepcionante la demostración de tal extremo, con cánones muy estrictos, en atención al contexto de la relación laboral..." (cfr. "Riesgos del Trabajo – Temas Fundamentales"; Buenos Aires, David Grinberg Libros Jurídicos; 2011; Tomo 1, pág.239).

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Trejo, Jorge Elías c/ Stema S.A. y otros", sentencia del 24/11/2009, en Fallos 332:2633, donde la Procuradora Fiscal, en dictamen que el voto mayoritario comparte, destacó que de acuerdo con la jurisprudencia del mismo Máximo Tribunal "...los daños causados por el riesgo de la cosa se rigen por las disposiciones del artículo 1113, párrafo 2º, parte final. del Código Civil; y 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, considerando 7º, 319:2511; y 320:536; 321:703, 1462; 323:2930; 327:5224; entre otros antecedentes)..." (énfasis agregado).

Añadiendo los Dres. Carlos Fayt y Enrique Petracchi en su voto concurrente, que "...que a la luz de la Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo, '\todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores, especialmente en lo relativo\ a \las operaciones y procesos de trabajo\, y a \la colocación y mantenimiento de resguardos y protectores de maquinarias y de todo género de instalaciones, con los dispositivos de higiene y seguridad que la mejor técnica aconseje" (ley 19.587, artículo 8, incs. d y b)...'\..."; como que "...en este sentido, el Tribunal tiene dicho que la citada ley es esencial \para determinar la responsabilidad derivada de las cosas riesgosas de las

cuales una persona se sirve y para descalificar (o aún graduar) la eventual culpa de la víctima [...]\' ("Rivarola, Mabel Angélica c/ Neumáticos Goodyear S.A.", Fallos: 329:2667)...”.

Pues “...en atención a los delicados bienes que ponen en juego casos como el sub examine, esto es, la salud e integridad psicofísica del trabajador, cuando no su misma vida, la Corte juzga imprescindible formular las siguientes consideraciones que, en lo sustancial, tienen como punto de partida la doctrina asentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. En efecto, en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares, y que los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Esta obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares. \Dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores\ (Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N\ 18, párrs. 140, 146 y 151)...”.

Más aún –destacan- cuando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expresó “...dos lineamientos específicos para la presente cuestión. Primeramente, el relativo a que \[e] l trabajo, según reza el artículo 6 del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], debe ser un trabajo digno. Este es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral (work safety) [...] Estos derechos fundamentales también incluyen el respeto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo\ (párr. 7), lo cual remite a uno de los elementos esenciales que caracteriza a un trabajo digno, su \aceptabilidad y calidad\'. \La protección del derecho al trabajo presenta varias dimensiones, especialmente el derecho del trabajador a condiciones equitativas y satisfactorias (just and favourable) de trabajo, en particular a condiciones laborales seguras (safe working conditions) [...]\' (párr. 12.c)...”.

Amén de ser enfático el criterio del Alto Tribunal de la Nación, en orden a que “...cuando el fallecido es un dependiente y el hecho que produjo el daño cuya indemnización se demanda ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral, no puede prescindirse, a los fines de la apreciación de la responsabilidad, del principio objetivo que emana del art. 1113, segundo párrafo, del Cód. Civil en el que se funda la demanda y, en ese marco, basta que se pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa, para que quede a cargo del demandado, como dueño o guardián, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder...”. Asimismo, que “...la omisión del juzgador de considerar la ley de higiene y seguridad del trabajo y su decreto reglamentario, en tanto se trata de normas esenciales para determinar la responsabilidad derivada de las cosas riesgosas de las cuales una persona se sirve y para descalificar –o aun graduar– la eventual culpa de la víctima o de un tercero en el hecho, hace que la sentencia que rechazó la demanda indemnizatoria no constituya una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias de la causa, que la descalifica como acto jurisdiccional...” (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo, en autos “Rivarola, Mabel A. c/ Neumáticos Goodyear S.A.”, sentencia del 11/7/2006, en Fallos 329:2667).

En síntesis -cabe enfatizar- podría en abstracto aceptarse cierto grado de descuido en una maniobra como la de Solís Jara, consistente en pasar por arriba del cardan en movimiento, en lugar de detenerlo o bien rodear el tractor o la máquina curadora.

Empero ante la ausencia de prueba concreta acerca de las circunstancias que lo llevaron a obrar de ese modo al nivel de hacer factible la atribución de su culpabilidad bajo los parámetros reseñados, junto con la circunstancia de abundar elementos que convencen acerca de que no ha sido su sólo acto el motivo del resultado, sobran las razones para descartar la eximición en cualquier grado de la plena responsabilidad que cabe atribuir al empleador en la causación del daño.

RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO

Los argumentos vertidos en el acápite anterior concurren para la desestimación de la hipótesis ensayada por la codemandada Prevención Aseguradora de Riesgos de Trabajo SA. en cuanto a negar que Solís Jara haya resultado totalmente ajeno a la producción del accidente y que no se le pueda reprochar culpa alguna.

Allende no aportar ésta ningún dato o antecedente sobre su control –como hemos visto igualmente obligatorio- en materia de seguridad e higiene o en su caso la exigencia hacia la empleadora de ciertas condiciones en el desarrollo del trabajo, de modo de

proteger a quienes operaban las máquinas peligrosas y advertir, en lo particular, un concreto deterioro en un elemento trascendente para la seguridad en la tarea.

Deberes que como ya se ha dicho, cumplió en forma tardía como parte del trámite sustanciado a efectos de establecer la procedencia de la cobertura, lo que demuestra a las claras la forma en que malinterpretó las mandas de la ley que regula su actuación, en tanto pone a la misma altura los objetivos de reparación y de prevención (arg.art.1º de la ley 24.557).

Es que en el sistema de la Ley de Riesgos del Trabajo, la aseguradora suplanta en innumerables oportunidades al empleador, resultando entonces obvio que sea cual fuere el tipo de pretensión, debe responder siempre que el empleador la haya contratado a efectos de obtener cobertura frente a las consecuencias de los posibles daños de los trabajadores.

Así, en materia de responsabilidad no puede la aseguradora excusarse de solventar el daño padecido por los trabajadores poniendo como límite el contrato de seguro, pues ello importa el liso y llano descuido de la obligación que le impone el art.4º, apartado 1, de la ley 24.557, fuente sustancial de su obligación en orden a "...adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo...".

Como que dentro de sus deberes y obligaciones el art. 31 del mismo cuerpo legal, en lo que aquí nos compete, indica en su inc.1º que las ART: "...a) Denunciarán ante la SRT los incumplimientos de sus afiliados de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, incluido el Plan de Mejoramiento...c) Promoverán la prevención, informando a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo acerca de los planes y programas exigidos a las empresas; d) Mantendrán un registro de siniestralidad por establecimiento...".

En consonancia con ello, el art. 512 del Código Civil establece que "...la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar...", al tiempo que el ya citado art.1074 dispone, como hemos dicho, el deber de toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, de asumir responsabilidad cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.

Con lo que bajo el contexto legal reseñado, la falta de interposición de la aseguradora del control eficaz para conjurar el daño –cuestión fáctica sobre la que extensamente nos hemos exployado- tiene virtualidad suficiente para considerar la presencia de una relación causal adecuada con el resultado.

Atendiendo a que ante el daño generado por el empleador, la acción esperada de la aseguradora, aquí omitida o cuanto menos no demostrada, cobraba entidad para evitarlo o disminuirlo, ya que como señala Alberto Bueres, "...sin perjuicio de la existencia previa de un proceso casual que desencadena el daño, la falta de interposición del omitente para conjurarlo, cuando el ordenamiento se lo impone, tiene virtualidad suficiente para considerar que hay relación causal..." (cfr. Schick, op.cit.pág.327).

Sostiene así Juan Formaro, que cuando las ART son demandadas con sustento en la responsabilidad civil, "...deberán afirmar y probar haber cumplido, con respecto a las tareas del actor, en su puesto de trabajo, con anterioridad a la fecha del accidente, y específicamente en relación a ese trabajador, con la capacitación, la indicación de provisión de elementos, denuncias al respecto, planes de mejoramiento, etcétera ... de tratarse de prueba documental, deberá adjuntarse la misma al contestar demanda, para cumplir con la bilateralidad y permitir al actor expedirse respecto de la autenticidad de la misma. Esto resulta especialmente relevante, por ejemplo, cuando se pretenda acreditar su asistencia a cursos de capacitación o la entrega de elementos de protección ... Respecto de la responsabilidad de la ART, debe tenerse en cuenta, además, su alto grado de especialización y su superioridad técnica. Todo ello la obliga a obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (arts. 512, 902 y 909, Cód.Civil). Es obvio entonces que su conducta no puede apreciarse con los parámetros aplicables a un neófito, sino que debe ajustarse a un estándar de responsabilidad agravada. Adunamos a lo expuesto que la existencia de un sujeto asegurador conlleva como efecto que en él se deposite la confianza relativa a los hechos que se obliga a cumplir; es decir, no se espera otra cosa que una adecuada y leal cobertura (que, en el caso, no sólo aborda la indemnización, sino especialmente la prevención de daños). El incumplimiento de esas obligaciones de cobertura agrava esa confianza y destruye la seguridad aparentemente dada por el asegurador, lo cual resulta especialmente agravante cuando se encuentra en juego la integridad psicofísica y moral de los trabajadores..."

Resumiendo, se impone legalmente en materia de riesgos del trabajo que la prevención de la ART sea eficaz, esto es que en todo lo atinente a la seguridad haya sido eficiente, no sólo no incurriendo en omisiones sino en un "obrar activo" en el sentido indicado.

De ahí que el reproche de culpa a Solís Jara no se compadece con la posición de la ART, quien interpone el estricto cumplimiento de las normas de seguridad e higiene y niega cualquier omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, aún cuando ninguna prueba aporta en orden a ello sobre el control a que estaba obligada en materia de

seguridad e higiene, o en su caso la exigencia hacia la empleadora de ciertas condiciones en el desarrollo del trabajo tendiente a proteger a quienes operaban las máquinas rurales peligrosas.

Todo lo cual ensambla en los presupuestos del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Torrillo, Atilio Amadeo y Otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y Otro", sentencia del 31/3/2009, en Fallos 322:709, el que como explica Shick cierra cualquier tipo de debate, "...determinando la adhesión del Máximo Tribunal de la Nación a la tesis de la responsabilidad civil amplia de las ART, en el sentido de que éstas no pueden limitarse a la percepción de las cuotas y al otorgamiento de las prestaciones del sistema, sino que deben desarrollar un auténtico rol preventivo, controlador y supervisor de la higiene y seguridad en los lugares de trabajo, así como también capacitador del personal asegurado..." (cfr.op.cit.pág.317).

Haciendo para ello hincapié en "...la índole primaria, sustancial o primordial dada a la faz preventiva en materia de accidentes y enfermedades del trabajo...", impuesta "...fundamentalmente por su indudable connaturalidad con el principio protectorio enunciado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional ('El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes'), el cual, además, dispone que estas últimas deberán asegurar al trabajador "condiciones dignas y equitativas de labor"...". A la par de todo aquéllo "...proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para el cual uno de los más antiguos aspectos de sus estándares internacionales en el campo laboral, fue el de asegurar que las condiciones de trabajo resultasen, a la vez, seguras y saludables..." (cfr. Considerando 4º del voto de la mayoría).

De lo cual se derivan las relevantes funciones preventivas que la LRT impuso a las ART sobre sus empresas afiliadas, por vía de los arts.4.1; 4.2; 31.1.a, los Decretos 170/96 y 617/97 en este caso, de un modo que las hace trasvasar ampliamente la condición de meras aseguradoras, para convertirse en actores principales de esa función por expresa disposición legal, concluyendo, como criterio medular, en 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 derivados 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 por parte de la primera de sus deberes legales..." (cfr. Considerando 8º del voto de la mayoría).

A consecuencia de todo lo expresado, entiendo que la responsabilidad a aplicar al caso se enmarca en la teoría del riesgo y la ineficiente política de seguridad aplicada, razones que justifican el acogimiento favorable de la acción contra ambos demandados, quienes respecto del actor han de responder solidariamente.

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL.

En este capítulo, la parte actora sostuvo que debe percibir de la ART en el marco de la ley 24.557 la suma de \$ 230.000. Sin embargo, en consideración a los daños sufridos por la desaparición física de Solís practica liquidación que ascendería a \$ 1.044.015, de los cuales \$ 444.015 involucran el daño emergente y \$ 600.000 el daño moral de esposa e hijos.

Importe que sostiene en la privación de los beneficios actuales o futuros que la vida de esposo y padre de sus hijos reportaba.

Para lo cual argumenta que al momento del fallecimiento tenía 38 años de edad, que aportaba a su familia un ingreso mensual de \$ 1.265 mensuales y que tomando en cuenta la cantidad de años restantes hasta su jubilación (27), la familia deja de percibir por su deceso la suma de \$ 444.015, ascendiendo a esa cantidad la cuantificación de lo que llama "valor vida".

Discrimina que las 2/3 partes son la cónyuge supérstite y 1/3 para distribuir entre los menores Oscar de 20 años, Cristian de 18 años, Mauricio de 16 años, Esteban de 12 años y Nicole de 9 años.

De modo que con idénticas premisas de mérito que este Tribunal hizo en "Quevedo" -en la cual se tuvo en consideración la visión de la CSJN en "Aquino" y "Aróstegui"- he de tratar la integridad indemnizatoria que cabe dar a la actora Riquelme Astudillo y los hijos que tuvo con Solís Jara.

Si bien ninguna prueba específica se ha producido sobre los hechos que materializan los daños invocados, en cuanto a lo que hace concretamente al daño material, resulta verosímil el derecho de los actores en lo objetivo, pues fácilmente se pueden deducir ciertas consecuencias elementales, bajo las pautas de la acción civil, donde se ha de tener en consideración lo que de ordinario resultaría del curso natural de las cosas, como parámetro económico del puro daño emergente, mas allá del menguado resultado que a tal efecto resulta de la fórmula "Baltahzar" utilizada por la LRT.

A tal fin, se ha de aplicar la llamada fórmula "Méndez" ya considerada en "Quevedo" como la que mas eficientemente se ajusta al cálculo de los daños patrimoniales hasta los 75 años de edad de la esposa, en los casos en que el fallecido en un accidente de trabajo

deja la familia íntegra desprotegida.

Mas por la obligación legal impuesta en el art. 43 de la ley 2430, hemos de atender la pauta de "Pérez Barrientos" del STJRN fallado en 30-11-2011.

Allí, con un detallado análisis histórico de la importancia que tiene la aplicación de fórmulas para el cálculo de indemnizaciones por daño material y desarrollando la evolución, a la luz de las concepciones jurídicas en los alcances de la reparación integral, se dijo que "...teniendo en cuenta el procedimiento de cálculo '\lineal\' tal como fue aplicado por la actora en su demanda, que consiste en multiplicar la remuneración anual del trabajador (doce meses más SAC) por los años restantes para alcanzar la edad jubilatoria y por el porcentaje de incapacidad correspondiente (en este caso, el dictaminado en sede judicial), se obtiene un resultado ($\$ 9100 \times 12 \times 0,0606 = \$ 6617,52$) que no difiere mayormente -incluso es algo inferior- del efectivamente abonado por la ART según recibo de fs. 48 ($\$ 6699,12$). Aplicando otro modo de cálculo, tal como la conocida '\fórmula Vuoto\'', desarrollada en un fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo del 16.06.78, recaído en los autos '\Vuoto, Dalmero v. AEGT Telefunken\'', también se llega a un resultado menor al ya abonado. Como se recordará, '\Vuoto\'' consiste en una fórmula financiera que posibilita determinar un capital (C) que, colocado a una tasa de interés compuesto (i), le permite al trabajador damnificado retirar mensualmente un importe equivalente al desgaste del sueldo que verosímilmente puede ocasionarle el porcentaje de incapacidad que detenta durante el tiempo de vida que le resta hasta el momento de lograr el derecho a la jubilación (n), momento en el cual el referido capital queda agotado por los retiros mensuales efectuados hasta ese momento. Precisamente, los datos que permiten despejarla serán la remuneración anual (A), la cantidad de años que le faltan a la víctima para cumplir 65 años (n), la tasa de interés compuesto anual del 6% (i) y el porcentaje de incapacidad laboral, además de un componente, el Valor Actual (Vn), que se obtiene del siguiente modo: $V_n = 1 / (1 + i)^n$. En consecuencia, y en mérito a lo expuesto, la fórmula comúnmente denominada "Vuoto" es la siguiente: $C = A \times (1 - V_n) \times 1 \times \% \text{ de incapacidad}$. En el caso de autos, la remuneración anual (A) es de $\$ 9.100$ ($\$ 700 \times 13$); el valor (n) -teniendo en cuenta que el damnificado tenía 52 años al momento del infortunio- es igual a 13 (ello surge de restar dicha edad al número 65), y el valor actual (Vn) es 0,4688390222. Luego, el cociente $1 / (i)$ será 16,666667 ($1 / 0,06$) y la incapacidad del orden del 6,06% de la T.O. Concluyendo, de acuerdo con este procedimiento de cálculo, el capital que le hubiera correspondido al actor habría sido

igual a $\$ 9.100 \times (1 - 0,4688390222) \times 16,666667 \times 0,0606$, lo que hace un total de \$ 4.881,90. Llegado a este punto, no puede soslayarse considerar lo que surge del fallo 'Méndez', también de la Sala III (del 28.04.2008), que recoge las críticas formuladas por la Corte en "Arostegui" (Fallos 331:570, del 08.04.08) y readapta la doctrina de 'Vuoto', a la que introduce los siguientes cambios: a) En lo que hace a la edad tope con la que se aplica la fórmula, introduce una modificación elevándola de 65 a 75 años, teniendo en cuenta el fin de la 'vida útil' de la víctima, y que la presupuesta merma de salario que el trabajador sufre como consecuencia de su incapacidad laboral se reflejará, en la etapa pasiva, en su haber previsional. b) A partir de la crítica de "Arostegui" acerca de 'que la fórmula congela el ingreso de la víctima', estima que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se halla estabilizado hacia el futuro; en consecuencia, el 'ingreso a computar' resulta de multiplicar el ingreso actual por 60 y dividirlo por la edad (tope de 60 años). c) Reemplaza la tasa de interés empleada en la fórmula original (6% anual) por la que la propia Corte adoptó en el fallo 'Massa' (27/12/2006), para los contratos de depósitos pesificados celebrados con entidades financieras, del 4% anual no capitalizable, pero sin advertir que además ello iba ajustado con el índice CER, mientras que en la causa 'Longobardi, Irene y otros' (del 18.12.07), en que se trataba del cumplimiento de un mutuo hipotecario entre particulares superior a los doscientos cincuenta mil dólares, mandó aplicar la fórmula del esfuerzo compartido y en ese caso la pesificación fue uno a uno y el interés se fijó en el 7,5% anual. En síntesis, se trata de soluciones particulares para situaciones derivadas de la emergencia pero no para indemnizar. En este sentido, preferimos mantener la tasa del 6% que se sustenta en criterios de estabilidad cuando se trata de fijar indemnizaciones sobre la base de cálculos probabilísticos proyectados a largo plazo -en el caso, veintitrés años-, ya que es imposible concebir un país que no refleje en su economía estos parámetros de normalidad. De lo contrario, subiendo o bajando la tasa o computando las habitualmente usadas (activa, pasiva o mix) se llega a resultados disvaliosos o fuera del marco de la realidad, lo que se genera por el cambio de criterio para cada tipo de créditos, máxime cuando -como en este caso- se utilizan fórmulas de la matemática financiera para establecer los valores en que se fijará la indemnización. Es preferible recurrir siempre a tasas de normalidad cuando se trata de fijar los intereses a largo plazo, porque no es bueno que los jueces sustituyan al legislador ni que se construya una solución para cada causa diferente, aunque se trate de un crédito que -como en este caso- goza de un

régimen especial de aseguramiento, ya que también para los que tienen que pagar el riesgo el interés no puede constituirse en un factor de imprevisibilidad. En esta dirección se ubica el análisis económico del derecho, justamente para evitar cambios de criterio o soluciones que tornen imposible establecer los costos reales en el marco de una economía de emergencia, con la consecuente imprevisibilidad de las resoluciones judiciales, sobre todo cuando se trata de reparar daños, como ocurre en el presente caso. La razonabilidad de la tasa del 6% responde a criterios tradicionalmente usados en nuestro país para períodos de estabilidad y receptados jurisprudencialmente, tal como ocurrió con el precedente '\Vuoto', lo que conduce a reafirmar una vez más que, después de la ley, la jurisprudencia es la principal fuente del Derecho del Trabajo. Aplicando estos nuevos parámetros se llega a un resultado que, si bien algo superior [$\$ 10.500 \times (1 - 0,26179726) \times 16,666667 \times 0,0606 = \$ 7.828,64$], no proyecta una diferencia respecto de la suma ya abonada al trabajador por la ART con entidad suficiente como para justificar la habilitación de la instancia extraordinaria pretendida...".

En tren de formular el cálculo en el caso, cabe tener en consideración la situación familiar de los damnificados, su posición social, su situación patrimonial y las circunstancias relativas al difunto, tales como la edad (los 38 años que tenía al momento del fallecimiento), la salud, la probabilidad de vida, la expectativa de ingresos futuros y la relación de parentesco con los derechohabientes reclamantes.

Se configurará así una reparación equivalente a un número de salarios mensuales tomados a valores históricos (teniendo en cuenta remuneraciones promedio percibidas, categoría laboral), como parámetros sobre la base de los cuales determinar del modo más aproximado y justo, lo que esa pérdida pudo representar para el grupo familiar en la etapa de crianza y hasta la previsible independencia de la hija menor.

Sin dejar de considerar la suma deducible de los gastos propios que el fallecido hubiera tenido que detracer para la cobertura de sus propias necesidades de haber continuado con vida.

De acuerdo a lo expuesto, teniendo en cuenta que Oscar Celestino Solís Jara al momento del deceso integraba una familia compuesta por su esposa y cinco hijos menores de edad al tiempo de su muerte, que tenía 38 años de edad y que era el sostén del hogar con una remuneración promedio de \$ 1.265,00 mensuales, como que la mayoría de los obreros de nuestra sociedad destina su salario a las necesidades del grupo familiar, incluyendo alimentación, vivienda, vestido, educación, etc., habrá de

extraerse de tal ingreso el 30% como porción razonable de cuanto el infortunado hubiera destinado para sí, en promedio a lo largo de su vida.

Evaluando la porción del 70% como destinada a las exigencias de su familia, con mérito de las variables ineludibles que importa el devenir de la vida particular y promediando las variaciones que indudablemente se producirían en tramos de mayor aporte familiar y otros de mayor gasto personal en Solís Jara, entre los daños de vida probable que va desde los 38 en que falleció y los 75 años.

Ello así, porque mientras sus hijos sean menores o dependan de sus padres y hasta que se independizan (aunque aún después también), la porción personal disponible para necesidades personales será menor, pero irá creciendo a medida que ellos cumplan la mayoría y formen sus vidas de manera independiente, de suerte tal que solo entre diez y quince años después de su fallecimiento, podría decirse que recobraría el matrimonio cierta capacidad de gasto, inversión o ahorro de manera mas exclusiva para sí.

De manera que el 30% previsto para Solís es un mix mensurado a lo largo de todos esos años, en que hay etapas en que la disponibilidad será menor y otras en que será mayor.

En términos económicos puros, calculado el salario base menos el 30% a la fecha en que aconteció el fallecimiento del esposo y padre de los accionantes, la cuenta parcial y final, con un ingreso de \$ 1.265, lleva a una base de \$ 885,50, lo cual supone un total en concepto de daño material puro de \$ 268.209,40, suma a la cual deberá adicionarse el interés que seguidamente se explicita, desde el 19/10/2007.

Ahora bien, del total de ese importe, según dijeron los demandantes en su escrito inicial, corresponde descontar la suma que, cualquiera fuese el resultado de la acción civil y la responsabilidad, debía por imperio de la ley abonar la ART y que sin mayores explicaciones la parte actora estimó en \$ 230.000,00, a consecuencia de aplicar el tope de \$ 180.000,00 en concepto de lo dispuesto por los arts.15.2 -segundo párrafo- y 18.1 de la LRT y \$ 50.000,00 por el art.11.4.c del mismo cuerpo legal, en su texto según el Decreto 1278/2000.

Empero en fecha 17/3/2010 (casi dos años y medio después de la muerte de Solís Jara) Previsión Aseguradora de Riesgos de Trabajo, deposita a fs.354 la suma de \$ 126.164,42, la que imputa a los arts.18, 15 y 14 de la LRT, que es la que ciertamente se corresponde con los \$ 180.000 que por dicho concepto reclamaba la parte actora, quien fue directamente por la aplicación del tope cuando la prestación en cuestión, atendiendo al salario que se describe en la demanda como tractorista al momento de fallecer Solís Jara y la edad, alcanzaba a ese importe y no al techo económico indicado.

Si bien en escritos posteriores los demandantes entienden que ella incluye los \$ 50.000 del art.11.4.c. y piden al Tribunal fondos imputados a tal rubro (suma de pago único), y así se entregan, lo cierto es que no hay un sólo elemento que indique que la ART ha cumplido con tal prestación, sino únicamente la de las normas individualizadas en el párrafo anterior (arts.15.2 -segundo párrafo- y 18.1 de la LRT, en su texto según el Decreto 1278/2000).

En consecuencia, del indicado capital de \$ 268.209,40 con más sus intereses judiciales hasta el 19/3/2010 -fecha en que según fs.357 la parte actora toma conocimiento del depósito de \$ 126.164,42-, calculados a la tasa mix del Banco de la Nación Argentina que es el que regía en ese tiempo, corresponderá descontar este último monto y sobre el remanente calcular los accesorios nuevamente a la tasa mix hasta el 24/5/2010 en que por el fallo “Loza Longo” del STJRN cambiaron para elevarse con la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, el que sigue rigiendo al momento de dictarse esta sentencia.

Ello da un saldo que contempla exclusivamente el daño patrimonial bajo los parámetros del derecho común a resarcir por ambas accionadas, con los referidos intereses, calculados hasta el 31/5/2012, último índice con que se cuenta y sin perjuicio del que se siga devengando hasta el efectivo pago.

Luego y en razón de los conceptos que por esta vía resarcen el daño causado a un grupo familiar integrado por la madre y cinco hijos, algunos más y otros menos próximos a alcanzar la situación de independencia personal, el crédito por daño patrimonial deberá ser distribuido en el 60% para Sonia del Carmen Riquelme Astudillo y el 8% para cada uno de los restantes actores.

Sin perjuicio de lo precedente, frente a las observaciones hechas en relación al art.11.4.c de la LRT, la aseguradora deberá sufragar como obligación propia la prestación pendiente de \$ 50.000, con más sus intereses calculados desde la fecha del infortunio.

Se impone destacar que si bien al contestar el punto 5 (fs.s 339 vta), la psicóloga María Viviana Ibargüen hace una valoración económica del costo aproximado del tratamiento psicológico individual y familiar, no ha habido en lo concreto un reclamo económico del daño psicológico, mas allá de la inclusión del dato como un aspecto puntual sobre el cual expedirse. En tal sentido, deniego toda pretensión sobre este rubro, con la sola excepción de los datos que el dictamen aporta para el análisis del daño extrapatrimonial.
DAÑO EXTRAPATRIMONIAL - DAÑO MORAL.

Por cuanto tienen de evidentes los padecimientos generados con motivo del

fallecimiento de un ser querido, tan íntimamente unido a la vida que deseamos tener y vivir, hacer referencia a las razones que justifican la indemnización por daño moral aparece como redundante.

La definición misma del concepto nos acerca a la idea de dolor y sufrimiento, que remite a lo que no es mensurable en términos económicos.

Los jueces tenemos claro que cualquier apreciación que hagamos al respecto, puede tildarse de arbitraria si mediante una suma (cualquiera que ella sea) se procura compensar el daño sufrido por el afectado, pero también sabemos que su objetivo es mitigarlo a través de sucedáneos o placeres compensatorios que solo aproximan un mejoramiento de la vida y buscan que la víctima se distraiga, ocupe su tiempo y su mente en otra cosa distinta que mortificarse.

Bajo la búsqueda de un modo de transcurrir lo ineludible del dolor (melancolía, tristeza, apatía y tensión nerviosa) con medios que optimicen cualquier situación difícil.

Como ser individual y no fungible que es la persona humana, cada agravio moral tendrá una repercusión personalísima, pues la misma naturaleza da cuenta de que unos son mas fuertes y otros mas susceptibles al sufrimiento.

Aunque como explica Jorge Mosset Iturraspe, "...sin concluimos que son daños morales los resultados disvaliosos -\`males\`- padecidos por una persona, en sus intereses legítimos o en sus derechos subjetivos, y, para una mayor concreción aceptamos, como supuestos no limitativos sino ejemplificadores, propio de un catálogo abierto a la conciencia social de cada época, la mención de la \`seguridad personal\`, \`goce de los bienes\` y \`afecciones legítimas\`, poco, muy poco, es lo que puede quedar afuera..." (cfr. "Responsabilidad por Daños", Rubinzal Culzoni Editores, 2006, Tomo V - Daño Moral, pág.125).

Proponiendo las siguientes diez reglas para la determinación de la cuantía resarcitoria, a saber: "...1. No a la indemnización simbólica; 2. No al enriquecimiento injusto; 3. No a la tarifación con \`piso\` o \`techo\`; 4. No a un porcentaje del daño patrimonial; 5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia; 6. Sí a la diferenciación según la gravedad del daño; 7. Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario; 8. Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes; 9. Sí a los placeres compensatorios; 10. Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general standard de vida..." (cfr.op.cit.pág.228).

Trasladado ello al caso, las conclusiones de la pericia psicológica ilustran acabadamente sobre el modo en que reaccionó cada hijo ante la muerte de su padre y la esposa

respecto de la falta definitiva de su marido, brindando con ello pautas ilustrativas para la cuantificación.

La Sra. Sonia Riquelme evidencia en su personalidad inestabilidad emocional producto de diversos aspectos de su vida e historia personal, habiendo el fallecimiento de su esposo incrementado el malestar subjetivo presente, ello evidenciado porque la estructura psicológica no le permite que el suceso traumático se elabore.

Alejandro, el mayor de los hijos con 21 años al momento de la entrevista, después de dos años del fallecimiento, al relatar la pérdida de su padre evidenció la presencia de dolor que lo llevó a negarse a continuar hablando del tema.

Cristian, de 18 años y Mauricio de 17, evidencian una modalidad defensiva, con sentimientos depresivos y de abandono, sin haber elaborado el duelo por la pérdida.

Esteban, de 13 años, muestra un profundo deseo de ser protegido y amparado por la presencia de su padre y vive su ausencia como un dolor inconciliable con la realidad.

Nicole de 10 años, tampoco ha podido resolver el duelo y de tanto en tanto presenta llantos repentinos y aislados, que hasta el momento del dictamen no sugerían un trastorno psicológico.

Define que en cierta medida, las limitaciones parentales por parte de la madre, aparejan una disfuncionalidad familiar, donde no está habilitada la comunicación abierta que favorezca la expresión de las necesidades de cada uno de los miembros del grupo.

Agrega que "...si bien estos indicadores no surgen por el fallecimiento del padre, se incrementan con esta situación vivida ... No sólo la familia se vio afectada por el impacto de la muerte inesperada, sino que también hay que tener en cuenta, el rol que tenía el fallecido en este sistema familiar. Por lo que se pudo evaluar, el rol del sr. Solís, era una posición funcional importante y central que desempeñaba dentro de la familia, por lo que, inevitablemente el impacto de la pérdida ha creado un gran malestar en el equilibrio del sistema familiar. El rol fundamental del Sr. Solís se relacionaba con un papel principal a la hora de establecer y satisfacer las necesidades familiares, por ejemplo: ejecutar las funciones parentales sobre todo las normativas para mantener el orden, indicar pautas y reglas a las cuales cada miembro debía asumir, mantener el sistema con sus límites apropiados, inclusiva es el que permitía la individuación y autonomía de los hijos mayores...".

Concretamente el modo en que cada individuo vive y resuelve los duelos, como asimismo la vida posterior a la pérdida, es muy personal y, en gran medida, depende de la dinámica familiar de la que habla la licenciada Ibargüen, pero el caso en lo concreto

no difiere de tantos casos como los que se suelen presentar en la justicia. Aún así, no se dan particularidades especiales que difieran de los casos tradicionales en que se evalúa el daño moral habitualmente.

De sólito la intimidad de la relación, la proximidad del vínculo y el afecto involucrado hacen que el daño moral surja in re ipsa, aunque en este caso existen factores perceptibles para merituar el nivel de afectación en los hijos ante la carencia, por el resto de su existencia y desde un momento temprano, de la figura parental, fundamental para su crecimiento y salud emocional; como así también de la viuda, a cuyas propias aflicciones se suma la corta edad de aquéllos, de un modo que al padecimiento ordinario añade la intensificación de la responsabilidad y las dificultades que deberá afrontar para atender las necesidades morales y materiales de su descendencia.

Por lo que en concreto, se advierte prudente y equitativo fijar la indemnización por daño moral en \$ 120.000 para la Sra. Sonia del Carmen Riquelme Astudillo y en \$ 70.000 para cada uno de los hijos.

LIQUIDACION FINAL.

Dado que los daños aquí sentenciados y las responsabilidades asignadas, se suman intereses sobre los rubros de daño patrimonial al 19-3-2010, fecha en la que se hace la deducción del importe depositado por la ART en concepto equiparable (daño emergente), capitalizándose la diferencia y volviendo a producir intereses, los que se calculan conforme lo antes dicho hasta el 30-4-2012.

SUMA TOTAL POR DAÑO MATERIAL \$ 268.209,40.

intereses (31,22%) \$ 83.734,97.

TOTAL CAPITAL + INTERESES h.19-3-10 \$ 351.944,37.

PAGO ART \$ 126.164,42.

DIFERENCIA d. 19-3-2010 \$ 225.779,95.

intereses h. 31-5-2012 (40,58%) \$ 91.621,50.

TOTAL DIFERENCIA D.PATRIM + int. \$ 317.401,45.

DAÑO MORAL RIQUELME ASTUDILLO \$ 120.000,00.

int.d.19-10-2007 h.31-5-12 (71,81%) \$ 86.172,00

TOTAL \$ 206.172,00

DAÑO MORAL OSCAR SOLIS \$ 70.000,00

int.d.19-10-2007 h.31-5-12 (71,81%) \$ 50.267,00
TOTAL \$ 120.267,00

DAÑO MORAL CRISTIAN SOLIS \$ 70.000,00
int.d.19-10-2007 h.31-5-12 (71,81%) \$ 50.267,00
TOTAL \$ 120.267,00

DAÑO MORAL MAURICIO SOLÍS \$ 70.000,00
int.d.19-10-2007 h.31-5-12 (71,81%) \$ 50.267,00
TOTAL \$ 120.267,00

DAÑO MORAL ESTEBAN SOLIS \$ 70.000,00
int.d.19-10-2007 h.31-5-12 (71,81%) \$ 50.267,00
TOTAL \$ 120.267,00

DAÑO MORAL NICOLE SOLIS \$ 70.000,00
int.d.19-10-2007 h.31-5-12 (71,81%) \$ 50.267,00
TOTAL \$ 120.267,00

TOTAL D.EXTRAPAT. + int. \$ 807.507,00

La suma total de los dos daños (patrimonial y extrapatrimonial) con los intereses respectivos y la correspondiente deducción de lo pagado por la ART, alcanza al 31-5-2012 a un total de \$ 1.124.908,40 (\$ 317.401,45 por daño patrimonial y \$ 807.507,00 por daño extrapatrimonial).

Dejando en claro que "...la fijación de la indemnización por daño moral a valores actuales -los vigentes a la fecha de la sentencia- no se contraponen con la obligación de la demandada de pagar intereses moratorios desde que cayó en mora, por cuanto ésta opera automáticamente desde la producción del perjuicio..." (cfr. Matilde Zavala de González; "Tratado de Daños a las Personas"; Tomo "Resarcimiento del Daño Moral"; Editorial Astrea, pág.457, citada en autos "Quintulén, Juan Carlos c/ Frigorífico Héctor Gutiérrez S.A. y ASOCIART S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ reclamo" (Expte.Nº 2CT-20792-08, Sentencia del 7/2/2012).-

ART.11.4.c de la LRT \$ 50.000,00

int.d.19-10-2007 h.31-5-12 (71,81%) \$ 35.905,00

TOTAL \$ 85.905,00

Pagaderos el 50% en favor de Sonia del Carmen Riquelme Astudillo y el 10% a cada uno de los hijos en tanto eran todos menores al momento del accidente, conformidad con las disposiciones del art.18.2 de la LRT, en cuanto remite al art.53 de la ley 24.241.

La imposición de costas atento la forma en que se resuelve es conjunta y solidaria para ambos demandados perdidosos ANTONIO F. MARTÍNEZ SA y PREVENCIÓN ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO SA., en relación con la condena al resarcimiento de los daños con arreglo al derecho común.

Mientras que la aseguradora deberá hacer frente por sí sola a las costas generadas por la obligación de pago de las prestaciones sistémicas, tanto la que aquí se condena, como las canceladas a resultas y en el transcurso de este trámite.

En ambos casos de acuerdo con el principio objetivo de la derrota de los arts.68 del C.P.C.C y 25 de la ley 1.504.

Respecto a la regulación de honorarios, los de los profesionales letrados intervinientes se ajustarán en cada caso a los porcentuales y condiciones previstas en los arts.6,8,10 y 40 de la Ley de Aranceles, con consideración del monto del pleito como base arancelaria y teniendo en cuenta el resultado obtenido, la importancia, calidad y extensión del trabajo realizado.

Los del consultor de parte Aldo Fabián Capitán y la perito psicóloga María Viviana Ibargüen en el 3% y el 2% de la misma base, haciendo mérito en la forma con que cumplieron su labor y la utilidad que ésta tuvo como auxilio del Tribunal en el análisis de las cuestiones en debate sujetas a prueba.

En tanto que por el mismo razonamiento, en inverso sentido, los del Perito Francisco José Giambirtone lo serán sólo en el 1%, atendiendo a que sin posibilidad de privar de retribución a una tarea realizada, tampoco puede pasarse por alto -dentro del mérito cualitativo que faculta el art.478 del C.P.C.C-, que su intervención lejos estuvo de lo que se supone un ejercicio eficiente de la tarea encomendada, a un grado -conforme surge palmario de las extensas consideraciones precedentes- que hizo incluso mas ardua la faena decisoria a la que desde su rol debería haber asistido.

TAL MI VOTO.

Los Dres.Nelson Walter Peña y Gabriela Gadano, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, la SALA II de la CAMARA del TRABAJO de la SEGUNDA

CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL, con asiento en esta ciudad;

RESUELVE: I.- DECLARAR la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT y acoger favorablemente la acción civil deducida contra ANTONIO F. MARTÍNEZ SA y PREVENCIÓN ASEGURADORA DE RIESGOS DE TRABAJO SA.-

II.- HACER LUGAR a la demanda deducida por SONIA DEL CARMEN RIQUELME ASTUDILLO por si y en representación de sus hijos menores ESTEBAN MAURICIO de 15 años y NICOLE SOLEDAD de 13 años todos de apellido SOLIS y de los hoy mayores de edad OSCAR ALEJANDRO de 23 años, CRISTIAN VLADIMIR de 21 años, MAURICIO ALEJANDRO de 19 años, también de apellidos SOLÍS, contra las demandadas ANTONIO F. MARTINEZ SA y PREVENCIÓN ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO SA y en consecuencia condenar a éstas a pagar a los actores, en el plazo DIEZ (10) DIAS de notificadas y en forma conjunta y solidaria, en concepto de resarcimiento por daño patrimonial y moral, para Sonia del Carmen Riquelme Astudillo la suma de \$ 396.612,87 (\$ 190.440,87 + \$ 206.172,00) y para Esteban Mauricio, Nicole Soledad, Oscar Alejandro, Cristian Vladimir y Mauricio Alejandro, todos de apellido Solís, la suma de \$ 145.659,11 (\$ 25.392,11 + \$ 120.267) a cada uno, lo que hace un total de \$ 1.124.908,40, que incluye los intereses indicados en el Considerando hasta el 31-5-2012 y que seguirán devengándose hasta el efectivo pago. Con costas a cargo de las demandadas en forma conjunta y solidaria, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. Omar Rubén Jurgeit, por las labores cumplidas en el doble carácter por los actores en las dos etapas del trámite en la suma de \$ 213.732,00 (MB \$ 1.124.908,40 x 19%); los del Dr. Pablo Antonio Koharic por las labores cumplidas como patrocinante de Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. en las dos etapas del trámite en la suma de \$ 123.740,00 (MB \$ 1.124.908,40 x 11%); los de la Dra. María Marcela Sosa como apoderada de la misma parte en las mismas etapas en la suma de \$ 49.500,00 (MB \$ 123.740,00 x 40%); los del Dr. Daniel Ernesto Cuomo por las labores cumplidas en el doble carácter por Antonio F. Martínez S.A. en las dos etapas del trámite en la suma de \$ 123.740,00 (MB \$ 1.124.908,40 x 11% + 40%); los del consultor técnico de la parte actora Aldo Fabián Capitán en la suma de \$ 33.750,00 (MB \$ 1.124.908,40 x 3%); los de la perito psicóloga María Viviana Ibargüen en la suma de \$ 22.500,00 (MB \$ 1.124.908,40 x 2%) y los del perito mecánico y accidentólogo Francisco José Giambirtone en la suma de \$ 11.249,00 (MB \$ 1.124.908,40 x 2%), todo por las razones expuestas en el Considerando.

III.- HACER LUGAR a la demanda deducida por SONIA DEL CARMEN RIQUELME

ASTUDILLO por si y en representación de sus hijos menores ESTEBAN MAURICIO de 15 años y NICOLE SOLEDAD de 13 años todos de apellido SOLIS y de los hoy mayores de edad OSCAR ALEJANDRO de 23 años, CRISTIAN VLADIMIR de 21 años, MAURICIO ALEJANDRO de 19 años, también de apellidos SOLÍS, contra la demandada PREVENCIÓN ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO SA y en consecuencia condenar a ésta a pagar a los actores, en el plazo DIEZ (10) DIAS de notificada, en concepto de prestación del art.11.4.c. de la LRT (texto según Decreto 1278/00), para Sonia del Carmen Riquelme Astudillo la suma de \$ 42.952,50 y para Esteban Mauricio, Nicole Soledad, Oscar Alejandro, Cristian Vladimir y Mauricio Alejandro, todos de apellido Solís, la suma de \$ 8.590,50 a cada uno, lo que hace un total de \$ 85.905,00, que incluye los intereses indicados en el Considerando hasta el 31-5-2012 y que seguirán devengándose hasta el efectivo pago, teniéndose por abonadas las prestaciones de los arts.15.2 -segundo párrafo- y 18.1 de la LRT (en su texto según el Decreto 1278/2000) y declarándose con ello inoficioso el tratamiento de su planteo de inconstitucionalidad. Con costas a cargo de Prevención Aseguradora de Riesgos S.A., a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. Omar Rubén Jurgeit, por las labores cumplidas en el doble carácter por los actores en las dos etapas del trámite en la suma de \$ 40.293,00 (MB \$ 212.069,42 x 19%); los del Dr. Pablo Antonio Koharic por las labores cumplidas como patrocinante de Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. en las dos etapas del trámite en la suma de \$ 23.327,00 (MB \$ 212.069,42 x 11%) y los de la Dra. María Marcela Sosa como apoderada de la misma parte en las mismas etapas en la suma de \$ 9.331,00 (MB \$ 23.327,00 x 40%), considerando en la base el monto por el que se condena y el sufragado a resultas y en el transcurso de este trámite, todo por las razones expuestas en el Considerando.

IV.- Una vez que se encuentre firme la presente sentencia, por secretaría practíquese planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por las demandadas condenadas en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal.

V.- Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DRA.GABRIELA GADANO

Vocal de Trámite- Sala II

DR.NELSON WALTER PEÑA DR. .DIEGO JORGE BROGGINI

Vocal - Sala II Vocal - Sala II

Ante mi: