

//neral Roca,03 de julio de 2017.-

-----Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "NAVARRETE MARIA ESTER por sí y en representación de sus hijos menores: V.N.M.B.;V.N.J.M.;V.N.G.A., V.N.M.A. y VARGAS NAVARRETE MARIA DE LOS ANGELES C/ PREVENCION ART SA y ARENERA DON PEDRO SA S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (I)" (Expte. N° H-2RO-1121-L1-14).-

-----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 a la Dra.Paula Inés Bisogni quien dijo:

-----RESULTANDO:

1.- A fs.23/37 se presenta María Ester Navarrete, por sí y en representación de sus hijos menores María de las Mercedes Vargas Navarrete, Milagros María Belén Vargas Navarrete, Guadalupe Ailén Vargas Navarrete y Mateo Agustín Vargas Navarrete a promover formal demanda contra Arenera Don Pedro S.A. y Prevención ART por la suma de \$9.252.980 en concepto de indemnización por daños y perjuicios por el fallecimiento de Jorge Luis Vargas, ocurrida en ocasión del trabajo y Seguro de Vida obligatorio.

Subsidiariamente, solicita que Prevención ART responda dentro del límite sistémico de la Ley de Riesgos del trabajo, mediante el pago único y total de la suma que corresponda.-

Plantea en primer término la inconstitucionalidad del art.46 de la LRT, en base al fallo "Castillo" de la CSJN, en virtud de lo cual sostiene la competencia de este Tribunal para entender en la presente causa.

Relata que Jorge Luis Vargas se desempeñó como Maquinista al servicio de la empresa Arenera Don Pedro S.A. (CCT 36/89) desde el mes de febrero del 2013, cumpliendo una jornada laboral de 10 y 1/2 horas de lunes a sábados.- Percibía inicialmente una remuneración de \$1.000 semanales, y el último tiempo \$6.000 mensuales, conforme recibos que acompaña. Expresa que el contrato no fue registrado Oficial hasta el día 1

de octubre del 2013.-

Manifiesta que el día 19 de octubre del 2013, siendo las 10.37 aproximadamente, en momentos en que el actor maniobraba una máquina vial (Pala cargadora, marca SDLG, modelo LG 956, año 2011), siguiendo indicaciones de la empleadora, por un camino lindante al sector de oficinas y casa de una cantera de áridos de la empresa Arenera Don Pedro, cedió el terreno producto de la humedad y profundidad de la excavación colindante.

El camino tenía un ancho reducido de 3,50 mts. aproximadamente y a su lado se conformó una laguna, con un precipicio de más de 10 metros de profundidad.

Al desmoronarse el terreno la máquina cayó, produciéndose su desplazamiento desde la derecha hacia el lado izquierdo de la cabina, hasta lograr su posición final en el sector de laguna con abundante agua y sector barroso, orientándose en la situación de reposo hacia misma trayectoria, cardinal sur, quedando la víctima atrapada en sector este de la máquina, donde fue localizado luego de un prolongado trabajo de drenaje de agua por parte del personal de Bomberos.

Sostiene que existieron graves fallas de seguridad que debieron adoptar la empleadora y la aseguradora, que fueron determinantes para la ocurrencia del siniestro: a) ausencia de soportes o barandas de contención específicas para este tipo de trabajos pesados; b) carencia de rellenado y soporte de sostén sobre lateral derecho e interno de la excavación (tipo alambrado olímpico con pedregullos), para evitar derrumbes; c) reducida dimensión del camino para el trabajo con máquinas y rodados de gran porte y peso y d) influencia de infiltración de agua desde el canal lateral este del camino, con sistema de agua para riego y trabajo específico sobre los áridos. Refiere que todos los factores agravaron la peligrosidad de la tarea de Vargas, incidiendo causal o concausalmente en la producción del accidente que le costó la vida.-

Según se determinó en las actuaciones penales "Vargas José Luis s/víctima muerte accidental" (Expte 2RO-6435-P2013) , la máquina que conducía Vargas cayó tras el desmoronamiento del camino y quedó tapada por el agua. Allí constan los trabajos realizados para recuperar el cuerpo, constatando el médico policial el fallecimiento de Vargas por aplastamiento e inmersión.

Imputa responsabilidad tanto del empleador Arenera Don Pedro como de Prevención ART fundada en el derecho común, en el acaecimiento del accidente ocurrido a Vargas en ocasión de su trabajo.

Expresa que existió negligencia del empleador al imponer al trabajador el cumplimiento

de una actividad de por sí riesgosa, en condiciones que la tornaban aún más peligrosa (vicio de la cosa)- La omisión de adoptar las medidas de seguridad destinadas a evitar el daño torna aplicable, además del art.1113 CC, la responsabilidad subjetiva del art.1109, que impone el deber genérico de no dañar.

Expresa que el accidente tuvo lugar por la intervención mecánica de una "cosa riesgosa" (pala cargadora), en el marco de una "actividad riesgosa" (caminos inseguros). Cita jurisprudencia y doctrina.

Reclama por esta vía al empleador la diferencia que exista entre la indemnización tarifada a cargo de la ART y la reparación integral de los daños y perjuicios sufridos.

Asimismo, sostiene que existe responsabilidad civil de la ART por incumplimiento de la Ley de Higiene y Seguridad industrial. Tal omisión posibilitó la operación de maquinaria intrínsecamente peligrosa en condiciones deficientes, como lo fue hacerla circular por un terreno no apto para soportar su peso. Cita jurisprudencia de la CSJN "Torrillo" y del STJRN, en los que se enfatiza el rol de prevención a cargo de las ART.-

La muerte de Vargas no hubiera ocurrido si el camino hubiese tenido las condiciones de seguridad necesarias y si se hubiesen adoptado en tiempo y forma medidas de información y de inspección por parte de la ART.-

Plantea la inconstitucionalidad de los arts.18 y 15 ap.2 LRT en cuanto prevé el pago en cuotas de la indemnización sistémica, que menoscaba la posibilidad de los derechohabientes de disponer de la reparación patrimonial de acuerdo a sus necesidades, por violentar con ello sus derechos constitucionales (art.16, 17 y 14 bis CN).-

Relata que Prevención ART si bien en Cartas documento de los días 6 y 7 de noviembre aceptó el siniestro, -incluso abonó los gastos funerarios-, en una tercera comunicación del día 15-11-13 rechazó el mismo por considerar que "el evento no constituye una de las contingencias previstas en la LRT por no revestir la naturaleza de un accidente de trabajo", que por el contrario, claramente reviste tal carácter.-

Cita la jurisprudencia emanada del fallo "Aquino" de la CSJN que declaró la inconstitucionalidad del art.39 inc.1 de la ley 24.557. Dicha norma fue posteriormente derogada por la ley 2.6773, sin perjuicio de lo cual solicita la declaración de inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios previstos en el régimen especial. Expresa que la insuficiencia de la reparación tarifada surge del cotejo de ambos regímenes, ya que el resarcimiento resultante del régimen de la LRT (\$820.742,16) resulta notoriamente inferior al que corresponde según los criterios de la reparación

integral (\$9.252.980). Cita jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones Civil local, en materia de reparación y actualización de indemnizaciones, cuya aplicación solicita.-

A los fines de la determinación del monto correspondiente a la reparación integral, cuantifica los montos que la integran. Así, en relación al valor vida, toma en cuenta que Vargas tenía 39 años al momento del accidente y una remuneración de \$6.000 mensuales. Era la única fuente de ingresos de su familia, compuesta por esposa y 5 hijos de entre 6 y 16 años, solicitando se asigne a aquella el 50% de la indemnización y el 50% restante a los hijos.

Reclama daño moral, para la esposa e hijos. Cita jurisprudencia. Solicita se resarzan gastos por tratamiento psicológico y los montos correspondientes al Seguro de Vida obligatorio, que fue rechazado por falta de contratación.-

Solicita se admita la acumulación de acciones, según jurisprudencia que cita.

Peticiona se declare la inconstitucionalidad de las normas que afectan la regulación de honorarios (art.17 inc.3 ley 26773), por contrariar el monto del proceso establecido por la ley 2212.

Formula reserva federal, y practica liquidación de las sumas reclamadas. Solicita que la cifra reclamada quede sujeta a lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos, por tratarse de hechos sujetos a prueba pericial.

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita se haga lugar a la demanda, con intereses y costas.-

2.- Corrido el traslado pertinente, el mismo es contestado por Arenera Don Pedro S.A. a fs.71/86, por apoderado, oponiéndose a su progreso. Solicita se aplique pluspetición por exceso en los montos demandados.

Niega que Jorge Vargas se desempeñara desde febrero del 2013, y que el accidente hubiera ocurrido en la forma y por los motivos que se invocan en demanda. Niega que el mismo ocurriera al ceder el terreno producto de la humedad y profundidad de la excavación colindante, que existieran fallas en las medidas de seguridad, que debieran existir soportes o barandas de contención, que debieran existir rellenos o soportes de sostén (tipo alambrado olímpico con pedregullos) para derrumbes, que estuviera reducida la dimensión del camino, que el terreno no fuera apto para soportar el peso de la máquina, que existieran infiltraciones de agua desde un canal lateral este o que el agua pase por la calle por donde transitaba la máquina, y que tales factores hayan incidido causal o concausalmente en la producción del accidente.

Niega que deba atribuirse a la causa penal los alcances que pretende, que los rubros

reclamados se ajusten a derecho y que en especial el rubro "daño moral" se compadezca con los presupuestos de autos, doctrina y jurisprudencia que cita.

Impugna y desconoce la liquidación practicada, así como el contenido, autenticidad y firmas de toda la documentación no imputable a su parte. Reconoce los recibos de haberes acompañados en demanda.-

Expone su versión de los hechos. Reconoce la relación laboral establecida con Vargas, así como el ingreso, categoría y vigencia del vínculo según la documentación laboral y contable adjunta. Su remuneración era acorde a la escala salarial, y cumplía una jornada discontinua de 8 horas.-

Las partes se vincularon laboralmente a partir de Octubre de 2013, cumpliendo Vargas funciones de "Maquinista de equipo móvil" conforme a CCT 36/89.-

Expresa que Vargas poseía acabado conocimiento en la conducción de la máquina asignada, e incluso registraba paso previo en empresas del ramo en idéntica categoría (Hormigonera del Interior, Concretos Roca, Rodan S.A.).

La relación se desarrolló normalmente hasta el día 19 de octubre por la mañana, en que en oportunidad de trasladar Vargas restos de un alambre tejido con la pala cargadora, hasta un sector paralelo a la alameda, desvió el trayecto y cayó a la fosa perdiendo la vida.-

El lugar donde debía trasladar el alambrado tejido distaba unos 80 metros de los galpones donde se guardan las máquinas. Vargas debía conducir la máquina por el sector paralelo a la alameda para llegar al otro extremo, distante a unos 80 mts.- Mas a poco de iniciar su recorrido, en su conducción siguió derecho y en su consecuencia, al no girar a la izquierda, culminó cayendo a la citada fosa.

El camino que debía recorrer era de tránsito cotidiano, "virgen", no era compactado ni de relleno o acopio. Es decir, no era armado o de material agregado. Mas dicho camino no alcanzó a ser recorrido por Vargas, ya que el mismo "condujo derecho hacia la fosa".-

En la pericia obrante en la causa penal tramitada por muerte accidental, se determina el "sentido de la circulación de la máquina al momento del accidente", el que se ubica "al inicio del camino", y se coteja con la fotografía la "rodadura de la máquina sobre el barranco".- Refiere que si bien las actuaciones penales esclarecen el hecho, no se manifiesta en materia de seguridad, ni surgen de ella las conclusiones que le atribuye la parte actora.- Muy por el contrario, sostiene que ha sido la conducta de la propia víctima el factor preponderante en la producción del accidente.

Niega que las "graves fallas de seguridad" que la actora imputa a la empleadora hayan desencadenado el evento, ya que, insiste en que éste no ocurrió en el camino, sino antes de acceder al mismo, en el inicio del trayecto y sin haber circulado por el mismo.

La máquina era modelo 2011, con pocas horas de uso y en perfecto estado de mantenimiento y función. Estaba dotada de todos los dispositivos de seguridad para evitar situaciones complejas y accidentes. Por ejemplo poseía un sistema de convertidor en vez de caja de cambios, lo que permite ante una emergencia, activar la palanca que acciona instantáneamente la marcha reversa, evitando el avance de la máquina, palanca que está al lado del volante.

Por ello sostiene que no puede achacársele a su parte el acaecimiento del hecho traumático, sino al propio Vargas.- Vargas habría padecido alguna situación vinculada a su salud, no hecha saber a su parte, según surge de testimonios recibidos en la causa, en el que Murillas declaró que un rato antes del evento había estado con Vargas quien le manifestó sentirse mareado.- Obra también allí el testimonio de otro maquinista que expresó que "el accidente pudo ser el resultado de una distracción o que Vargas haya padecido un problema de salud en ese momento".-

En dichas actuaciones surge asimismo que luego de ocurrido el accidente, y al realizar la búsqueda del cuerpo, se arrojaron al agua Fernández y Riffo, advirtiendo Fernández el sonido de una alarma, encontrando en el piso de la cabina el celular de Vargas.- Finalmente encontraron el cuerpo por debajo de la zona de la escalera de la máquina, recurriendo a ayuda para sacarlo del lugar, encontrándose presente bomberos y policía.- Por ello sostiene que la maniobra efectuada por Vargas en la conducción de la maquinaria que culminara en el pozo, es atribuible al conductor, sin que hayan intervenido otros factores causales o concausales.

La peligrosidad de la tarea no era tal, ya que en momentos del accidente sólo trasladaba alambre tejido, sin carga de material que potenciara el peso de la unidad.

En consecuencia el factor desencadenante para la producción del siniestro no fue el estado del camino, sino la propia culpa del actor al conducir la máquina, directamente hacia la zona del pozo. El desmoronamiento ocurre luego, ya que con el descenso brusco de la maquinaria, se ocasiona el movimiento del suelo y consecuente arrastre hasta el destino final. Se configura culpa de la víctima, ya que el actor actuó en forma temeraria y negligente hacia un objetivo que no era el encomendado, y tenía experiencia en el oficio o actividad.-

Niega que el accidente haya ocurrido por el riesgo de la máquina, el suelo o el terreno,

sino que fue la conducción indebida de Vargas la que aparejó el riesgo.

Se opone al planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.557, ya que la actora se acogió a dicho régimen al reclamar a la ART la indemnización pertinente, y por aplicación de la teoría de los propios actos.- Expresa que dicho régimen no conculca derechos constitucionales, ya que la opción de ejercer la acción civil no es una necesidad jurídica, sino tan solo una posibilidad de eminente política legislativa, como ya se hiciera en la ley 24.028.- Afirma que no es inconstitucional "per se" la existencia de regímenes especiales de reparación de daños.

Se opone asimismo a la inconstitucionalidad del art.15 y cdtes. de la LRT en relación al pago en forma de renta, mecanismo que se adecúa, por el contrario, al Convenio 17 de la OIT sobre prestaciones por accidentes laborales.-

Impugna la liquidación practicada, y en particular la base pretendida, ya que conforme los recibos acompañados la remuneración del actor acorde con el periodo y categoría, asciende a \$ 3.525,72.-

Cuestiona el cálculo efectuado del valor vida, ya que por la categoría laboral de maquinista desempeñada, le correspondía una jubilación a los 55 años de edad y 25 de aportes, conforme al Dec 4257/68, art.1, restándole 16 años para alcanzar tal beneficio al momento del accidente.-

Impugna el valor reclamado en concepto de daño moral que llega inexplicablemente al valor de \$7.000.000. Niega que resulte de aplicación al caso la jurisprudencia que cita.

Impugna asimismo el cálculo efectuado por la reparación sistémica.- Niega la procedencia de gastos por tratamiento psicológico, al no detallarse en forma personal e individual las secuelas que se dice padecer, efectuando solo merituaciones genéricas.-

Se opone a la solicitud efectuada en demanda de que el monto del juicio quede sujeto - sin perjuicio de la liquidación practicada-, a lo que en más o en menos surja de las probanzas.- Niega que el monto involucrado dependa de tales pericias (¿edad y sueldo de la víctima?), considerando por el contrario que la actora ha incurrido en una pluspetición inexcusable.

Solicita la citación a juicio de la aseguradora Prevención ART.- Ofrece prueba, formula reserva de caso federal y solicita el rechazo de la demanda, con costas.-

3.- A fs.97/101 comparece Prevención ART a contestar demanda. Solicita se rechace el planteo de inconstitucionalidad de los arts.46, 39 y cc. de la ley 24.557, norma a la que la actora se acogió oportunamente.- Invoca la teoría de los propios actos. Niega que se haya acreditado que la norma en cuestión conculque en modo alguno derechos

constitucionales. Expresa que la opción por la acción civil es una posibilidad legislativa, no una necesidad jurídica, tratándose de un tema de eminente política legislativa, sin raigambre constitucional. No es inconstitucional "per se" la existencia de regímenes especiales de reparación de daños. Cita jurisprudencia.

Niega las fallas en las medidas de seguridad que debieron adoptar la empleadora y su parte, como sostiene la actora, y que éstas hayan sido determinantes de la ocurrencia del siniestro, en forma causal o concausal.

Niega que el accidente haya tenido lugar con la intervención de una cosa riesgosa o peligrosa (pala cargadora), en el marco de una actividad riesgosa (camino inseguro). Niega que sea aplicable la responsabilidad objetiva del art.1113 CC, como la subjetiva del art.1109 CC que impone el deber genérico de no dañar.

Niega que su parte no haya dado cumplimiento a lo prescripto por la Ley de Higiene y Seguridad.

Niega la procedencia de la liquidación practicada en demanda. Desconoce la publicación del diario La Comuna, certificados de matrimonio y nacimientos e impresión del diario Río Negro acompañados en demanda.

Reconoce la póliza celebrada por su parte con Arenera Don Pedro bajo el nro.228228. Reconoce haber tramitado denuncia de accidente de trabajo de fecha 19/10/13 en el que resultara damnificado el sr.José Luis Vargas, en el marco de dicha póliza y que se le otorgaron prestaciones, mas agrega que dicho trabajador no se encontraba en nómina al momento del accidente.-

Niega por no constarle a la ART las circunstancias de hecho que se describen en la demanda. En fecha 15/11/13 se notificó a la actora el rechazo de la cobertura por considerarse contingencia no cubierta por la LRT.-

Ofrece prueba, formula reserva de caso federal y solicita el rechazo de la demanda, con costas a la contraria.-

4.- Corrido el traslado del art.32 de la ley 1504, el mismo es contestado por la actora a fs. 103/104.-

A fs.107/108 se ordena la producción de las pericias médica, psicológica, accidentalológica y en higiene y seguridad ofrecidas por las partes.-

A fs.119/120 se agrega pericia médica, notificada a las partes a fs.121 vta, 127, 128.-

A fs.146 se ordena requerir la remisión del expediente "Vargas José Luis s/víctima muerte accidental", al Juzgado penal n°2 y policía de Río Negro a fin de que remitan registro fotográfico de su intervención en el sumario que diera origen al mismo. Se

adjuntan a fs.150 y 239.-

A fs.162/225 se agrega pericia psicológica, notificada a las partes a fs. 250/251.-

A fs.242 y 271 se establecen especificaciones en orden a la realización de las pericias accidentológica y en higiene y seguridad.

A fs.290/292 se agrega pericia accidentológico efectuada por el Ing. Albornoz, notificada a las partes a fs.305/306. A fs.295/299 obra informe del consultor técnico Aldo Capitán. A fs.309/310 se agrega impugnación a la pericia accidentológica efectuada por la demandada Arenera Don Pedro S.A.- Dicha impugnación es contestada por el perito a fs.404/406.

A fs.314/401 se agrega pericia en higiene y seguridad realizada por el Ing.Hugo Donald Castro, notificada a fs. 411/412.- A fs.406 obra impugnación de la actora y a fs.408 pedido de explicaciones de la demandada. a fs.414/426 obra informe de consultor técnico de la demandada Arenera Don Pedro en relación a dicha prueba.

A fs.430/435 se agrega pericia accidentológica del Ing.Hugo Donald Castro, impugnado por las demandadas a fs.438/441. A fs.463/468 obra respuesta del perito a las mismas.

A fs.444 y 454 se fija audiencia de conciliación, notificada a la Defensora de Menores a fs.474.-

A fs.475 obra acta de audiencia de conciliación sin alcanzar acuerdo.

A fs.477/478 obra auto que provee la restante prueba ofrecida.-

A fs.495/496 se adjunta carta poder otorgado al Dr.Jurgeit por la srta. María de las Mercedes Navarrete, quien alcanzara la mayoría de edad.

A fs.504 obra constancia de agregarse fotocopias certificadas de actuaciones penales.-

Se agregan informes: a fs.507 de Policía, remitiendo fotografías; a fs.512 Telefónica; a fs.515 de Hormigonera del interior; a fs.516/519 Correos; a fs.520/528 Anses, a fs.557/559 periódico La Comuna; a fs.560/562 diario Río Negro; a fs.563/570 Afip y a fs.591/592 Seil SRL.-

A fs.603 obra acta de audiencia de vista de causa, en la que se produjo la absolución de posiciones de la actora a tenor del pliego acompañado a fs.598/599 y la declaración de los testigos Villivar, Yanquin, Villarruel, Riffo y San Martín. Se agregó expediente penal por cuerda y la instrumental requerida a la demandada Arenera Don Pedro. Las partes formularon sus alegatos, quedando con ello los autos en estado de recibir la presente sentencia.

CONSIDERANDO:

I.-En primer término, y de conformidad a lo dispuesto por el art. 53 inc.1 de la ley 1504,

corresponde expedirme acerca de los hechos acreditados, conducentes para la resolución del caso:

1.- Que Jorge Luis Vargas trabajó en relación de dependencia de Arenera Don Pedro S.A. en la categoría de Maquinista CCT 036/89 (contestes las partes, recibo de haberes de fs.8, testimonios rendidos en autos).-

En cuanto a la fecha de ingreso, si bien el trabajador fue registrado a partir del día 1/10/13 (segun recibo de fs.8,56 e informe de Afip fs.563/571), había ingresado a trabajar 3 meses antes, tal como surge de los testimonios brindados por Yanquin, Riffo y San Martín.-

2.- Que Prevención ART S.A. celebró contrato de afiliación n°228228 en los términos de la ley 24557 con Arenera Don Pedro S.A., desde el año 2004 (fs.92/93, 365) con vigencia al momento del accidente denunciado en autos (hecho reconocido en el conteste fs.97/101, y constancias de fs.92/96, 67).

3.- Que el día 19 de octubre de 2013 José Luis Vargas sufrió un accidente de trabajo en el establecimiento de la demandada Arenera Don Pedro.- Vargas conducía ese día la Máquina Pala cargadora, dirigiéndose por el camino al lado de la alameda, siendo aproximadamente las 10.30 hs., cuando cayó con la máquina a la fosa que se encuentra adyacente a dicho camino, accidente que le produjo la muerte (constancias de causa penal "Vargas José Luis s/víctima muerte accidental" -sin perjuicio del error en el nombre de la carátula, del contenido surge se trata de Jorge Luis Vargas-, y demás pruebas periciales y testimoniales rendidas en autos que se analizan a continuación:

El testigo José Antonio Villivar dijo que: Conoció a Vargas en la empresa Hormigonera del interior, preparaban y cargaban hormigón. Ahí Vargas era "plantista", manejaba una botonera en la sala de operaciones. Fue en el 2010. El testigo era chofer de camión, y lo mandaban a la Arenera Don Pedro a buscar arena. Después, un tiempo no lo vio más a Vargas, ya que éste dejó de trabajar en la hormigonera. Tres o cuatro meses antes del accidente lo vio trabajando en Arenera. El testigo seguía yendo ahí a buscar arena. Ahí lo vio a Vargas manejando una máquina cargadora, que se usa para lavar la arena y para cargar los camiones. La última vez que lo vio fue un mes antes del accidente. Se enteró del accidente por una compañera de trabajo.

El testigo Raúl Marcelo Yanquin refirió que: Trabaja como sereno nocturno hace 25 años en Arenera Don Pedro. Vive a 500 metros de allí. Dijo que Vargas era maquinista, manejaba la pala cargadora. Había entrado hacía unos 3 o 4 meses. El día del accidente él no estaba trabajando, pero como vive cerca, llegó al rato. Como a las 10 de la

mañana. Era un día normal de trabajo. Cuando llegó ya había un montón de gente, policía, bomberos. También estaba Fernández que es uno de los dueños y va casi todos los días un rato.

El testigo Fabián Villarroel dijo: Es policía, trabaja en la subcomisaría de Stefenelli. Acudió el día del accidente cuando llamaron por teléfono. Vio a Fernández con otro policía, Morales, abajo en el pozo donde estaba la máquina, como shockeado. El pozo tenía como 1 metro de agua, y el suelo estaba blando, como que chupaba al pisar. Reconoce las fotografías de fs.6/7 de la causa penal. Decían que la máquina se había desbarrancado, estaba de costado, como se ve en la foto. Reconoce la foto del diario que se le exhibe de fs.10 (diario La Comuna).- La máquina había quedado parada, bastante hundida. Fernández estaba muy preocupado, fue el primero en meterse al agua, a tratar de encontrar al maquinista.

El testigo Raul Rizzo Miranda dijo: Que tiene un taller mecánico y de chapa en puente 0, a unos 500 metros de la Arenera. Suele ir allí porque Fernández le presta herramientas. Tiene un camión y muchas veces hace viajes con arena. Había dos maquinistas, San Martín y Vargas, que reemplazó a Yanquin (hijo). El día del accidente él había ido ahí a lavar el camión, cerca del galpón. Hay un camino al lado de la alameda, y al costado un pozo donde se juntaba el agua con la que se lava la arena. Sabe tener un metro y medio de agua. Antes ese era el único camino interno dentro del predio, ahora hicieron otro. Reconoce las fotografías de fs.423 y 425 que son del camino que da al pozo. "Yo estaba lavando el camión, estaba también Fernández cuando "el chueco" avisó que la máquina se había caído, y fuimos. Nos metimos al agua, junto con Fernández. Estaba en marcha. Llegó la policía. Yo no sé qué pasó. Ese día lo había visto a Vargas más temprano, normal. Vargas tenía que terminar de armar una zaranda. Dimos vuelta a la máquina, para entrar en la cabina, y ahí sonó un teléfono, que estaba al lado de la puerta, junto con un bolso y botines. Le tiré el teléfono a un empleado que estaba afuera. El cuerpo de Vargas no se veía. Tiene que haberlo despedido la máquina o habrá tratado de saltar. Digo yo que no giró bien, se abrió. Cedió el terreno y se cayó para el pozo. Después del accidente vino el otro maquinista San Martín y abrió un desagüe para desagotar la laguna y poder extraer el cuerpo".

El testigo Edmundo Eduardo San Martín dijo que: Trabaja en la Arenera desde 1976, y continúa haciéndolo. Fernández está como dueño hace unos 10 años. Es maquinista de pala cargadora frontal, está registrado. Vargas también era maquinista. El testigo casi siempre trabajaba en un sector que está a un kilómetro y medio, con la zaranda de arena.

Abajo se lavaba la arena. Vargas había entrado hacía poco. "El día del accidente me fueron a buscar después que había ocurrido y fui con la máquina, para desagotar el agua y barro del pozo. Pasé por el camino donde cayó Vargas. El camino tiene unos 4 y 1/2 mts. Para mí Vargas tomó la curva muy abierta y ahí cayó, unos 8 mts. La máquina era seminueva, tiene frenos y cambio que sale para atrás al toque. En ese camino no había cartel. Vargas antes había trabajado como maquinista en Hormigonera, y con el hijo de Curcich en la cantera de ripio, tenía experiencia, 10 o 15 años como maquinista.- Entró en Arenera en reemplazo del hijo de Yanquin, no sé si estaba en blanco. Ahora sigo yo y Riquelme, como maquinistas. Ahora se hizo otra entrada, para rellenar el pozo. El pozo es inmenso, siempre estuvo, como 20 años. Debe tener unos 100 metros por 300 o 500 metros, y 8 o 10 metros de profundidad. Para mí, Vargas desatendió el manejo, y siguió derecho o estaba con el teléfono. Nunca había habido un accidente en la cantera". Luego, se le preguntó si contaban con ART y si se hacían inspecciones, capacitaciones o visitas. No sabe el nombre de la ART. Explicó que sí concurren al establecimiento y han dado capacitaciones. Desde hace unos 5 años, pero no puede precisar fechas. Siguen yendo, a dar charlas. Unas 10 veces en total. Se le exhibe la foto del diario La Comuna. Dice que la máquina puede alcanzar una velocidad de hasta 40 km por hora, en 2da va a 10 km por hora. Pesa unos 18.000 kg.- Tiene frenos, pero a 45° no frena, si está cargada tampoco. La máquina al caer hizo un rulo, volcó y volvió a quedar parada. La cabina estaba aplastada.

De los testimonios extraigo las siguientes conclusiones: a) El día del accidente Vargas manejaba la máquina cargadora dirigiéndose por el camino al lado de la alameda. b) los testigos no presenciaron el accidente y se acercaron al lugar cuando la máquina ya estaba abajo en el pozo, semihundida en el agua (Yanquin, Villarroel, Riffo y San Martín). c) Los testigos vieron que el suelo al costado del camino se había derrumbado, y reconocieron las fotografías exhibidas. La máquina se encontraba parada, con el frente en dirección sur. d) Los testigos Riffo y San Martín coincidieron en su opinión de que Vargas había agarrado la curva por la que se accede al camino muy abierto, y ahí cedió el terreno y se cayó. Este último opinó que ello pudo ser por una desatención o por estar usando el teléfono. No se acreditó en autos que Vargas haya utilizado el teléfono celular en los momentos previos al accidente, lo que no se prueba por el hecho de que el mismo fuera hallado en la cabina de la máquina. e) Vargas había ingresado unos tres meses antes. f) Vargas tenía experiencia como maquinista en otras empresas.

Se realizó pericia accidentológica, que fue efectuada en parte por el Lic. Albornoz y en

parte por el Ing.Castro, según lo dispuesto en autos.-

A fs.290/292 obra informe pericial del Lic.Albornoz, quien debía contestar sobre los puntos de pericia ofrecidos por la actora (fs.36.ac.9 ptos.2 y 3) y su ampliación de fs.404/406, en contestación a la impugnación formulada.

Expresó el perito que se apersonó en el lugar, refiriendo que se trata de un camino interno de una explotación minera, el cual es conocido y utilizado por el personal autorizado, considerando que puede utilizarse con los debidos recaudos y medidas de seguridad. El terreno donde ocurrió el accidente es del tipo arenoso, siendo tal por tener una escasa capacidad de retención de agua, tiene muy poca materia orgánica, se trata de un suelo suelto, de poca cohesión y bajo contenido de material aglutinante. Al poseer la maquinaria pala cargadora ruedas neumáticas, las vibraciones no son tan significativas como la que producen las maquinarias con orugas. Considera que pudo influir en el estado del camino el agua acumulada en el fondo del socavón de la antigua explotación de áridos. Como asimismo el faldeo de corte vertical del talud o con poco ángulo, en cuyo caso el agua en la base adquiere mayor importancia que si la ladera tuviera un talud de mayor ángulo.- El material observado en la actualidad y en las fotos posteriores al accidente, acumulado en la ladera oeste del camino se formó con la caída de la máquina, al desbarrancarse ésta (las raíces al desnudo que se ven en las fotografías lo corrobora). Acompaña fotografía, destacando con flecha roja el sector del camino, - anterior al del accidente-, con falta de talud de seguridad, y con flecha amarilla la zona de desprendimiento de áridos -donde ocurrió el accidente.- Concluye que en este tipo de camino y suelo es de vital importancia contar con un talud bien constituido tanto en materiales, como ángulo adecuado al esfuerzo lateral que pudiera tener que soportar, hecho que desde su punto de vista no observa. Su carencia produce un aumento en el riesgo de la circulación, que debe ser tenido en cuenta en la capacitación de los maquinistas.-

El informe accidentalológico es contestado en relación a los demás puntos de pericia por el Ing.Castro a fs.430/435 y al contestar impugnación, a fs.463/468, en base a visita efectuada y constancias de la causa penal agregada.

No surge que al momento del hecho haya existido señalización o demarcación alguna en la zona donde ocurrió el accidente. En cuanto a la mecánica del accidente refiere que Vargas operaba una pala cargadora, circulando por el camino angosto colindante con la fosa generada por la antigua explotación de áridos, en la que se deposita el agua producto del proceso de lavado de áridos. En tal circunstancia la máquina se

desbarranca en vuelco lateral derecho, quedando luego de una vuelta completa en posición normal y paralela al camino que transitaba. De resultas de ello el conducto quedó aprisionado bajo la máquina y sumergido en el agua, falleciendo.

La máquina circulaba de norte a sur, conforme su posición final con el frente orientado hacia el sur. En cuanto a la huella, que obra en la fotografía 20 de la causa penal, señala que la misma está a poco del inicio del camino. La pala cargadora estaba iniciando la curva del camino. En tanto la huella es ligeramente oblicua al eje del camino, concluye que la máquina no transitaba directamente hacia el barranco. Por otra parte existen indicios coincidentes con una mecánica de vuelco lateral del equipo (por la posición final paralela al camino, por la forma en que quedó aplastado el techo de la cabina y la escalera torcida a la izquierda).

A fs.464/465 amplía en contestación a impugnación formulada, adjunta gráfico y ratifica que no considera que la máquina hubiera transitado directamente hacia el barranco, ya que en tal caso se habrían hallado las huellas de las dos ruedas, y no sólo una como se precisó en la instrucción policial.- Agrega que del importante volumen desmoronado dan cuenta las numerosas y extendidas raíces en el plano horizontal observable en las fotografías, lo que no hubiera ocurrido de haberse dirigido la máquina directamente hacia el barranco (adjunta gráfico).-

A fs.466/468 agrega gráfico en relación al camino que describe como "angosto". Señala que la máquina cuenta con un ancho de 3 mts, altura 3,40 y peso 17.000 kg.- El camino es de un ancho de 3,70 mt. (fs.86 causa penal). En una vía normal correspondería un carril de 4 metros más banquina de igual ancho, para no cargar sobre el borde del talud. Agrega que según el Manual de señalamiento horizontal de Vialidad Nacional es angosto el camino que cuenta con un ancho inferior a 6 mts. y muy angosto si tiene menos de 4,80 mts.-

Señala las especificaciones del Dec.911/96 en materia de excavaciones, y condiciones de sus bordes para evitar caídas de material, equipo, etc., graficando los métodos de estabilización de taludes, y destacando que debe guardarse una distancia de seguridad de 2 metros (fs.467).- En cuanto a la eventual existencia de otros factores atribuibles a la conducción de la maquinaria (uso de teléfono, picadura insecto, estornudo, bostezo, etc.), no surge registro en el expediente, destacando que no observó evidencia de distracción, bloqueo de comandos, ni antecedentes de comportamientos inseguros del operador.-

A fs.314/401 el Ing.Castro acompaña pericia en higiene y seguridad.- Señala que la

empresa actualmente cumple con las medidas de higiene y seguridad, exhibiendo constancias de capacitaciones y documentación que detalla, posterior al siniestro.-

Describe el establecimiento y maquinaria operada por Vargas el día del accidente y riesgos derivados de su uso.- Señala en particular el ancho del camino donde ocurriera el evento, que según datos de la causa penal, en mediciones efectuadas en diferentes sectores (fs.86 causa penal) van desde 3,50 mts. a 5,40 mts., además de la laguna existente al pie del barranco, lo que provocaba un riesgo de desbarrancamiento.- Destaca que no se le entregó documentación alguna de la empresa ni de la ART relativa a la adopción de medidas preventivas de accidentes.- Prevencion ART entregó constancias de visitas anuales efectuadas en los años 2004, 2005, 2006 y 2009.- Se acompañó Relevamiento General de Riesgos Laborales Res.SRT 463/09 efectuado en el año 2014, y lo actuado en su consecuencia, en particular el Informe de Investigación de accidente y documentación posterior al mismo.-

El perito considera, en base a la pericia accidentalológica efectuada, que el camino no reunía las condiciones de seguridad necesarias para la circulación de vehículos pesados, siendo ello la principal causa del accidente.- Tiene en cuenta para ello que el terreno es arenoso, y que las condiciones de seguridad debían establecerse luego de un estudio geológico, un protocolo de seguridad, señalización del área segura de circulación (con estacas o demarcadores (pretilos) y montículo de tierra paralelo al barranco, que no existían.-

De acuerdo a las constancias que surgen de la causa penal, surge que en la pericia allí practicada (fs.82/93) se midió el ancho del camino, a fs.86: antes de la zona de desmoronamiento 5,50 mts, y después de ésta 4,90 mts.- En la zona del desmoronamiento de la máquina, el ancho del camino quedó reducido a 3,70mts., según además relevamiento de fs.58- En la fotografía de fs.84 se observa con claridad que para tomar el camino de la alameda debía hacerse una curva hacia la izquierda, zona en la que el camino linda con la fosa, y en la que el talud es casi vertical, con poco ángulo. El informe confirma que la máquina volcó hacia la derecha en forma lateral, volcando y quedando con posición final en el mismo sentido que iba, con el frente hacia cardinal sur. Se constata huella de la máquina cerca del barranco en fotografías n°20 y 21, a pocos metros del inicio de la alameda

De dichas pruebas extraigo las siguientes conclusiones: 1-. Vargas circulaba manejando una pala cargadora, efectuó un giro a la izquierda, y tomó el camino paralelo a la alameda, que linda a su derecha con la fosa generada por la antigua explotación de

áridos, en la que se deposita el agua producto del proceso de lavado de arena. En tal circunstancia la máquina se desbarrancó en vuelco lateral derecho, quedando luego de una vuelta completa en posición normal y paralela al camino que transitaba. De resultas de ello Vargas quedó aprisionado bajo la máquina y sumergido en el agua, falleciendo.-

2.- Se trata de un camino que tenía -antes del accidente- un ancho aproximado de 5 mts., sobre suelo arenoso.- No se observa que en ese sector el talud estuviera bien constituido tanto en materiales, como con el ángulo adecuado al esfuerzo lateral que pudiera tener que soportar.- 4.- El camino no estaba señalizado, no contaba con cartelería ni estacas demarcatorias o montículo lateral, paralelo al barranco. 5.- La huella de rodamiento del neumático de la máquina pala cargadora constatada por personal policial en la fecha del accidente, y que surge de la fotografías 20/21 (fs.90/91 y croquis fs.110/111 de la causa penal), corresponde a la maniobra del accidente protagonizado por Vargas el 19-10-13.- Dichas huellas, si bien descartan que la máquina se hubiera dirigido en forma directa hacia el pozo -como explica el perito Castro-, por el ángulo que guardaban con respecto al eje del camino (ligeramente oblicuo) evidencian que la máquina se abrió al tomar la curva existente al inicio del camino de la alameda, (fotografías 1 y 2, fs.84 causa penal y croquis fs.110), ya que de lo contrario las huellas debieron estar paralelas al eje del camino. De tal modo, al haber tomado la curva en forma abierta, la máquina avanzó sobre el área del borde oeste del camino, que linda al precipicio, cediendo el terreno, lo que generó el desmoronamiento del suelo y consecuente arrastre y vuelco de la máquina hacia la fosa.-

4.- De conformidad a la autopsia practicada en causa penal (fs.33/36 causa penal) y pericia médica de fs.119/120 Vargas falleció por asfixia mecánica por compresión torácica, al quedar atrapado debajo de la máquina retroexcavadora, cuando ésta cayó por un declive del terreno.- Ello se acredita asimismo con Certificado de defunción de fs.11.-

5.- Al momento del accidente Vargas le correspondía una remuneración mensual de \$6.410, según lo que surge del recibo agregado a fs.56 (remuneración básica), y Libros de sueldos y jornales agregados a fs.603.-

6.- Al momento del accidente Jorge Luis Vargas contaba con 38 años de edad, conforme su fecha de nacimiento del 21-12-74 (cfr. certificado defunción fs.11 y copia DNI fs.10 en causa penal)

7.- Jorge Luis Vargas se encontraba unido en matrimonio con María Ester Navarrete, de cuya unión nacieron sus hijos María de las Mercedes Vargas Navarrete, Milagros María

Belén Vargas Navarrete, Jonathan Maximiliano Vargas Navarrete, Guadalupe Ailén Vargas Navarrete y Mateo Agustín Vargas Navarrete como se acredita con los Certificados expedidos por el Registro Civil de las Personas, que en copia certificada por escribano se agregan a fs.12/17.-

II.- Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 53 inc. 2 L. 1.504).

1.- Competencia. Inconstitucionalidad arts.21, 22 y 46 LRT

En primer término corresponde dejar establecida la competencia de la justicia laboral provincial para entender en la materia de accidentes y enfermedades del trabajo, de conformidad a lo dispuesto por los arts.6 y 27 ley 1504, art.50 ley 2430 y art.75 inc.12 CN.-

Tal como lo resolviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Castillo" (7/9/04) el art.46 apartado 1 de la LRT que establece la competencia federal para entender en las acciones judiciales derivadas de accidentes de trabajo es inconstitucional, "en razón de vulnerar las autonomías provinciales a la luz de lo normado por el art. 75 inc.12 CN, por trasuntar conflictos entre privados, y no resultar por la materia ni las personas, cuestión o agravio federal alguno", por lo que las mismas deben ventilarse ante los tribunales laborales locales. Este criterio fue seguido por el STJRN en "Denicolai" (10/11/04), y en forma pacífica y unánime en la jurisprudencia y doctrina, por lo que siguiendo dicha doctrina esta Cámara del Trabajo resulta competente para entender en la acción planteada.

Asimismo, y conforme lo resuelto por la jurisprudencia en reiterados antecedentes, y legislación vigente a la época del accidente del caso, no resulta obligatorio para el trabajador seguir o agotar la vía administrativa previa en el régimen de la LRT ni ello impide a éste el acceso a la vía judicial en procura del resguardo de sus derechos indemnizatorios, ya que no podrían imponerse cortapisas que cercenen el derecho del trabajador accidentado a una tutela judicial efectiva (fallos CSJN "Venialgo", "Marchetti", LLosco", "Cachambí", y de este Tribunal en autos "MARQUEZ SOFIA c/ PRODUCTORES DE FRUTAS ARGENTINAS COOPERATIVA DE SEGUROS LTDA. s/ RECLAMO" (Expte. N°2CT-19482-07), entre muchas otras.- Con mayor razón cuando se persigue, como en el presente caso la responsabilidad civil, de índole extrasistémica, cuyo objeto resulta ajeno al marco de intervención de las Comisiones Médicas.-

Ello así aún cuando a la época del accidente ocurrido en autos (19-10-13) se encontraba

vigente la ley 26.773 que derogó el art.39 inc.1,2 y 3 de la ley 24.557, y que estableció la competencia del fuero civil en el ámbito nacional para el ejercicio de la acción civil, ya que la Provincia de Río negro no adhirió a dicha normativa procedimental (art.17 inc.2), rigiendo por tanto la normativa citada ab initio (arts.6 y 27 ley 1504, art.50 ley 2430 y art.75 inc.12 CN).-

Por todo, este Tribunal se encuentra habilitado y resulta competente para entender en la demanda planteada.

2.- Viabilidad procedimental de la acción civil intespuesta:

Tal como se refiere en el párrafo precedente, a la fecha del accidente que motiva este reclamo (16-10-13) se encontraba vigente la reforma introducida al régimen de Riesgos del Trabajo por la ley 26.773 (promulgada el 25-10-12), que derogó el art.39 inc.1/3 de la ley 24557, norma que prohibía el reclamo civil al empleador derivado de accidente de trabajo -salvo supuesto de dolo-. Razón por la cual, deviene abstracto pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de aquella norma, para la fecha derogada, quedando removido con ello el anterior obstáculo legal.-

La posibilidad del trabajador de reclamar también a la ART en los términos de la responsabilidad civil ha sido también expresamente resuelta en anteriores pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del Superior Tribunal de Justicia de esta provincia, como asimismo en fallos dictados por este mismo tribunal.-

Tal criterio fue seguido por la CJSN desde los fallos "Soria" (10-4-07), "Galván" (30-10-07) y posteriormente en "Torrillo" (31-3-09), en el que se estableció que más allá de la responsabilidad que le cabe a la ART por las prestaciones que surgen de la Ley de Riesgos del Trabajo, éstas no se encuentran excluidas del marco general del régimen de la responsabilidad civil. En dicho fallo se afirmó la responsabilidad de las ART como sujetos coadyuvantes a la realización plena en materia de accidentes y enfermedades laborales, que es el objetivo principal de la ley, tanto en materia de prevención como de reparación, concluyendo que "en suma, 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".-

En materia de accidentes de trabajo, las ART revisten obligaciones específicas: antes del accidente, en materia de prevención tendientes a evitar o minimizar los riesgos de su acaecimiento, y después del accidente, de reparación, a través de las prestaciones dinerarias y en especie que establece la ley a su cargo.- Por ello, la omisión o deficiente cumplimiento de las obligaciones a su cargo hace pasible a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo de responder en los términos de la responsabilidad civil, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 1074, 1109 CC, según el caso .-

Asimismo, se tiene en cuenta que el accidente fue rechazado por la ART, quien consideró al mismo "contingencia no cubierta" en CD de fs. 5 y 62, por lo que no existió opción por la acción sistémica de la parte actora en los términos establecidos por el art.4 de la ley 26773, la que se estructura a partir de la notificación al trabajador damnificado del importe a percibir en los términos de la LRT.- Al respecto la doctrina considera que son supuestos de inaplicabilidad de la opción: a) ejercicio de la acción común contra la ART, b) acción emprendida por los derechohabientes, y c) acción frente al desconocimiento de la cobertura; situación que acontece precisamente en autos (cfr."Riesgos del trabajo", Juan Formaro, Ed.Hammurabi, p.435/440; Ackerman, Ley de Riesgos del trabajo, com y conc. 2013, p.109).-

Por todo ello, se resuelve la viabilidad procedimental de la acción intentada, lo que así se declara.-

3. Presupuestos de la responsabilidad civil:

Dilucidada la viabilidad del reclamo, ha de analizarse si se verifican en el caso los presupuestos que determinan la existencia de responsabilidad civil: esto es, el daño, la relación de causalidad y el factor de imputación legal de responsabilidad.-

Los primeros, daño y relación de causalidad, surgen de los puntos precedentes, ya que allí se tuvo por acreditado el accidente sufrido, la muerte del trabajador, y la consecuente relación de causalidad existente entre ambos.-

Corresponde entonces analizar si se configura el supuesto de responsabilidad objetiva del art.1113 CC. atribuido en demanda, en primer término, como factor legal de atribución, en relación a la empleadora demandada.-

Se invoca que el daño fue producido por cosas riesgosas -art.1113 2do párrafo, segunda parte del Código Civil entonces vigente-, en cuyo caso el dueño o guardián es responsable de los daños ocasionados, en virtud de la creación de un riesgo; por ello se habla de que existe en estos casos una responsabilidad objetiva, sin que lo exima de responsabilidad su falta de culpa, de la que sólo se exime en caso de acreditarse la culpa

de la víctima o de un tercero por quien no deba responder, mediante una conducta que rompa en forma adecuada el nexo de causalidad.-

Alberto J. Bueres y Elena I. Highton en la obra "Código Civil", 2º reimpresión, T. 3A, pág.518 señalan que en ésta última categoría "el daño se considera causado por el riesgo o vicio de la cosa cuando haya sido producido mediante el empleo de una cosa que, por su naturaleza, estado o modo de utilización, engendra riesgos a terceros", lo cual habrá de determinarse en cada caso, de acuerdo a sus concretas circunstancias.

En el presente caso se atribuye responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa, comprendiendo en ello tanto a la maquinaria manejada por Vargas (pala cargadora), como al vicio de la cosa por las fallas de seguridad existentes en el camino por el que debía transitar (camino inseguro), configurando ello en definitiva una actividad riesgosa.-

Considero que tales circunstancias han quedado acreditadas.- El manejo de maquinaria pesada representa una actividad riesgosa, por el porte y peso de la misma, y consecuente dificultad en su maniobrabilidad, con mayor razón aún en las concretas circunstancias del caso, en que la misma operaba en una cantera de áridos -mina a cielo abierto-, y teniendo en cuenta en particular el camino por el que debía circular el actor, en el desarrollo de las tareas laborales encomendadas.-

Ha quedado acreditado que Vargas circulaba por el camino interno de la cantera, existente en el predio al costado de una alameda, sobre suelo arenoso, y a cuyo lado (oeste) existe una fosa, de unos 9 mts de altura, con agua. El camino no contaba con un talud bien constituido, con ángulo suficiente hacia dicha excavación para resistir la carga de la circulación en el área del borde del camino, conforme conclusión a la que arribo en base a las pericias practicadas y evaluación en conjunto de la prueba producida, lo que generó el desmoronamiento.- El camino no estaba señalizado ni tenía estacas demarcatorias ni montículo paralelo al barranco. De las fotografías surge que para acceder a dicho camino se debía efectuar una curva hacia la izquierda, sector que quedaba particularmente expuesto al barranco y laguna (ver fotografías 1 y 2, fs.84 de la causa penal y fotografía del lugar del accidente de fs.432/433 de esta causa), zona en la que el talud se observa cae en forma casi vertical. Camino que además forma parte de un establecimiento minero (cantera).-

Tiene dicho la jurisprudencia que: "no es dudoso que una "mina", que constituye establecimiento a los fines del art. 5º de la L.C.T. es, globalmente, una cosa riesgosa". ... si bien "algunos de los aspectos de la peligrosidad del trabajo minero carecen de

relación con el tema, ya que, al respecto, sólo resulta relevante establecer si es lícito calificar como riesgosa a una mina, en cuanto es susceptible de dañar en razón de derrumbes o desmoronamientos. Este es un hecho notorio. La estructura de las minas subterráneas -con su sucesión de socavones, galerías y conductos-, determina una específica tendencia del terreno a sufrir tales eventos, producto de la debilidad del terreno y la fragilidad de los sectores que actúan como muros, que hace imprescindible su apuntalamiento" CNAT sala VI, "Martínez Rudecindo y otro c. Cerro Castillo S.A." 07/06/1989, cita online AR/JUR/30/1989.- Si bien la del caso es una mina a cielo abierto (no subterránea), reviste también carácter riesgoso, ya que su explotación se hace mediante la extracción de material y movimientos de suelo, a través de "bancos" o "gradas", y resulta también susceptible de dañar en razón de derrumbes o desmoronamientos derivado de tal forma de explotación.-

La explotación de una cantera de áridos es considerada una mina de 3era categoría según los arts.2 y 5 del Código de Minería, ley 1919.- Dicha norma prevé que "Componen la tercera categoría las producciones minerales de naturaleza pétreo o terrosa, y en general todas las que sirven para materiales de construcción y ornamento, cuyo conjunto forma las canteras", y su explotación está sometida a las disposiciones de dicho ordenamiento (art.204).- En el ámbito provincial rige por su parte la ley 4941 (Código de Procedimiento Minero). Ambas normas obligan al adecuado cumplimiento de las normas de seguridad de las labores (art.98 y ctes ley 4941).-

En particular, el art. 234 del Código de Minería establece que "Las labores de las minas se mantendrán en completo estado de seguridad; cuando por la poca consistencia del terreno o por cualquier otra causa, haya riesgo de un desplome o de un derrumbamiento, los dueños deben fortificarlas convenientemente dando oportuno aviso a la autoridad".

Resultan de aplicación las disposiciones generales que emanan de la ley 19.587, de Seguridad e Higiene, y en particular el Decreto 249/2007 "Reglamento de Higiene y Seguridad para la Actividad Minera".-

Dicha norma establece como principio general que "el empleador deberá aplicar los criterios de prevención para evitar enfermedades y accidentes de trabajo", debiendo llevar a cabo al efecto una "acción permanente", "con la intervención, asesoramiento y seguimiento de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo a la que esté afiliado" (art.1).-

Establece en su art.33 que "en las explotaciones mineras deberán existir los medios necesarios y seguros para el acceso y salida del personal desde cualquier lugar. Los caminos autorizados dentro de la mina deberán permitir un tránsito seguro del

personal".

"Las empresas mineras deberán asegurar que las instalaciones, máquinas y equipos sean mantenidos en condiciones seguras de operación y que los trabajadores reciban un entrenamiento apropiado" (art.55).

"Las excavaciones, pozos, zanjas, parrillas, plataformas elevadas, etc. donde exista el riesgo de caída de personas, deberán estar adecuadamente señalizadas y cercadas" (art.82). "Los lugares de operación de equipos de transporte estarán iluminados y señalizados adecuadamente" (art.115). "Las vías de tránsito del equipo de transporte deben permanecer libres y en buen estado" (art.117).

Dicha norma efectúa una regulación en particular para las minas a cielo abierto (arts.183/190)."La Organización internacional del Trabajo denomina así a toda mina que no sea subterránea abarcando los denominados pozos, socavones, minas de superficie y otras denominaciones similares; considerando además que todo edificio, construcción, escombrera, represa, maquinaria y aparatos situados en la mina o cerca de ésta y utilizados con cualquier fin necesario o accidental para la explotación y tratamiento ulterior de los productos de la mina y los materiales de desecho que salgan de ésta, forman parte de la mina propiamente dicha.(...) "Toda el área de la explotación debe estar adecuadamente señalizada y se deben adoptar medidas de control con el objeto de evitar el acceso de personas ajenas a los frentes de trabajo o áreas de riesgo. Las minas a cielo abierto, cualquier sea el mineral que se extraiga, deben ser explotadas mediante un sistema de "bancos" o "gradas". Estos bancos deben tener alturas y anchos determinados por: el ángulo de talud técnicamente adecuado, comportamiento geomecánico de la roca, dimensiones de los equipos de trabajo, necesidades de maniobrabilidad de los equipos, futuras expansiones, y la consideración de otros factores que aseguren una explotación de los frentes de trabajo sin riesgos. Si los materiales que se explotan no están estructuralmente consolidados, con el objeto de evitar derrumbes que sepulten los equipos que se utilizan los bancos deben adecuarse a las dimensiones de estos equipos, cuidando que el ángulo de talud del material no supere el natural en reposo y que su altura no supere la de la cabina del equipo. En los establecimientos cuya explotación se haga por medios hidráulicos, se tomarán precauciones para evitar deslizamientos o derrumbes por el socavamiento de las bases. A menos que no representen un riesgo para los trabajadores o equipos, no debería permitirse la carga simultánea en bancos ubicados en cotas próximas sobre la misma vertical.

"Los frentes de explotación deben ser permanentemente controlados verificando: - existencias de fallas que provoquen desmoronamiento, -posible desprendimiento de rocas que puedan causar accidentes, -estabilidad de las paredes. -otros riesgos que afecten la salud y seguridad de las personas.(...) Los lugares en que se vacíen materiales deberán contar con barreras de protección, iluminación, señalización y se deberán respetar los procedimientos de operación autorizados a fin evitar: - Deslizamientos o caídas de equipos por pendientes o en desniveles. -Vaciado accidental en lugares inhabilitados. -Lesiones a personas, daños a estructuras, equipos e instalaciones..... Los caminos , estacionamientos, zonas de servicios, y otros sectores de trabajo, estarán diseñados teniendo en cuenta no solo las dimensiones de los equipos sino además: las pendientes máximas, las salidas de emergencia, el cruce de equipos durante la circulación, las bermas de protección y otros" ("Salud y Seguridad en Trabajos de Minería", Marcelo Díaz- Gustavo Gándara. Ed. Aulas y Andamios, 2009).-

Todo ello evidencia el riesgo ínsito en la actividad, el que se ha visto actualizado en las concretas circunstancias en que ocurrió el accidente del caso.- Como dijera supra, el camino por el que circulaba la máquina conducida por Vargas no reunía las condiciones adecuadas, de señalización ni de suficiente estabilidad en todo su ancho, ya que al acercarse la máquina en la maniobra realizada al borde oeste del camino, el terreno cedió, provocando el desmoronamiento y caída de la máquina.-

Cierto es que con la maniobra realizada por Vargas, - acreditada con la huella constatada al borde del barranco, en las actuaciones policiales (fs.58, 90/91, 110/111 de la causa penal), al abrirse en el giro y acercarse al borde del talud, se potenció o agravó el riesgo de desmoronamiento.-

Este hecho debe valorarse en el conjunto de las condiciones de operación de la máquina en cuestión.- Ha de tenerse en cuenta que la máquina tiene un ancho de 3 mts. y que según se expidiera el perito en el camino debe existir una franja de seguridad o banquina de entre 2 y 4 mts. (fs.466/467). Medida que alcanzaba el camino en cuestión en forma a lo sumo ajustada (5,50 mts.).- Si a ello le sumamos que para acceder al camino debía efectuarse una maniobra de giro hacia la izquierda; que el talud en ese sector se observa caía en forma casi vertical o con poco ángulo; que no existía señalización; que la estabilidad del camino se pudo ver deteriorada además por el tipo de suelo y por el agua acumulada en la fosa -conforme pericia fs.290/292-, concluyo en que la maniobra realizada por el conductor contribuyó concausalmente a su producción, mas no fue la única ni principal causa de éste, sin alcanzar a quebrar la cadena de

causalidad atribuida al riesgo de la cosa.- El hecho de circular cerca del borde, en un camino estable, no debería provocar el vuelco, si bien es evidente que incrementa el riesgo de que ello ocurra, y en tal sentido contribuyó -si bien en mucha menor medida que los demás factores- a su ocurrencia.-

Considero por ello que dicha maniobra en la conducción de la maquinaria por parte de Vargas concurrió concausalmente en un 20% a la producción del accidente, asignando el 80% restante al riesgo de la cosa.-

En este aspecto se ha dicho que: "Lo que se debe valorar en la víctima no es, en principio, la gravedad de su culpa, sino la operatividad causal de su conducta, la que excluye o limita el deber indemnizatorio del tercero". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, "Bustamante de Martinez Idalina c. Transportes Metropolitano Belgrano S.A. y otro s/daños y perjuicios 4/3/12 cita on line AR/JUR/4215/2013.- En el mismo sentido, "Lezcano, José L. vs. Panadería y Confitería El Progreso de Corripio, Jorge O. s. Indemnización por daños y perjuicios", Suprema Corte de Justicia, Buenos Aires; 25-11-2009; Boletín de Jurisprudencia de la SCJ de Buenos Aires (Dr. Jorge M. Galdós); RC J 12563/10.-

En virtud de todo ello, Arenera Don Pedro S.A. resulta civilmente responsable en virtud de lo dispuesto por el art.1113 del Código Civil, con tal alcance.

Desde otro punto de vista, también considero que dicha empresa resulta civilmente responsable, en igual proporción, en virtud de lo dispuesto por el art.1109 del Código Civil, toda vez que no acreditó en autos que hubiere cumplido con lo dispuesto por los arts.4, y 9 inciso b y k de la Ley 19.587 y Dec.249/07 -arts.4/7, 10/1323/32 y ss. de dicha norma), y en particular en cuanto a llevar a cabo un Programa de prevención de accidentes, relevamiento de Higiene y Seguridad en el Trabajo ni capacitación a sus trabajadores, a lo que no se había dado cumplimiento a la fecha de ocurrencia del presente siniestro (19-10-13).-

Tarea que el empleador debió efectuar por sí según la normativa señalada, con el asesoramiento y seguimiento de la ART: mantener las instalaciones, maquinarias y caminos en adecuadas condiciones de seguridad, informar y capacitar a los trabajadores acerca de los riesgos relacionados con las tareas que desarrollan en su establecimiento, y llevar a cabo un programa de prevención de accidentes; lo cual debió ser controlado a su vez por la ART.-

Del informe pericial de fs.314/401 surge que la empresa recién contrató a un servicio de Seguridad e Higiene con posterioridad al accidente, cumpliendo luego según se expide

el perito a partir de allí con la normativa vigente (fs.314/316, oficiatoria fs.591/592).- A fs.332 obra copia de Libro de Seguridad e Higiene habilitado en fecha 31-10-13, e informes de visita del responsable Seil SRL (fs.334/346), entrega de EPP, capacitaciones brindadas, relevamientos e instructivos al personal.

Por el contrario a la fecha del accidente (19-10-13) tales medidas se encontraban incumplidas.-

Y en cuanto a Prevención ART, ésta había llevado a cabo visitas anuales en los años 2004,2005,2006 y 2009, según surge de fs.365, en donde incluso se describe "alto riesgo potencial" del establecimiento, sin acompañarse informes resultantes de dichas visitas -solo constancias de entrega de folletos instructivos en el año 2009 a fs.371-, ni acreditarse que haya existido un relevamiento de riesgos, definición de medidas correctivas para reducirlos, actividades de capacitación y prevención de riesgos en modo alguno o que a partir de tales visitas se hubieran generado recomendaciones o requerimientos a la empresa, ni denuncia por su incumplimiento ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, a lo que la ART estaba obligada por así establecerlo el art. 4 de la la LRT y demás normativa reglamentaria (Dec.170/96, Res.SRT231/96)- Asimismo, no constan visitas entre los años 2009 y 2013.-

A fs.360/362 obra Informe de Investigación del Accidente del 25-10-13.- Allí se deja constancia que Vargas "no había sido capacitado sobre los riesgos de la tarea que realizaba al momento del accidente", "no contaba con los elementos de protección personal de acuerdo a los riesgos de la tarea" y "no existen normas de procedimiento para la tarea que el mismo estaba realizando". Asimismo, se consignó que el accidente se produjo por: 1.-"negligencia del trabajador. descuido. 2.- Tramo de circulación angosto y 3.-Presencia de pozo con agua lindero al camino de circulación", luego de lo cual el camino en cuestión fue bloqueado para su tránsito.-

Ello determina la existencia la relación de causalidad adecuada entre la omisión incurrida a los deberes de prevención a cargo de la ART, y el accidente y daño en definitiva acaecido, ya que dichas tareas, de asesoramiento y seguimiento en tal materia, de haber sido efectuadas en forma previa al accidente, habrían sido aptas para excluir o minimizar el riesgo.-

Todo ello apareja la responsabilidad de la ART, en cuanto no ha dado cumplimiento a las obligaciones en materia de prevención de accidentes que la ley 24.557 y normativa reglamentaria ponen a su cargo, en igual medida que el empleador. En el esquema de la Ley de Riesgos del Trabajo recae sobre las ART un específico deber legal de garantía

de seguridad e higiene.

La responsabilidad civil de la aseguradora obligada a cumplir con tareas dirigidas a la prevención de accidentes se abre por fuera de las limitaciones del contrato de seguro y contribuye solidariamente con el estado de salud actual del actor, por imperio del art. 1074 del Código Civil, el que reza: “...toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otra será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido...”.

"Es dable recordar, como lo puntualiza el Profesor Bueres, al hacer referencia a las previsiones del artículo 1074 del Cód.Civil, aplicable en la especie, "en las omisiones puras, el omitente se abstiene de realizar una conducta que le es exigible con arreglo a los principios del ordenamiento. En tal hipótesis, existe un proceso causal preexistente y extraño al agente que permanece inerte, quien, no obstante, no se interpone y lo frustra" y añade: "sin perjuicio de la existencia previa de un proceso causal 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" (BUERES, Alberto Jesús, en "Cód. Civil y normas complementarias", Ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, tomo 3 °, Págs. 60 a 62). En ese orden de pensamiento, expresa el Profesor Goldenberg: "Desde el punto de vista de la relación de causalidad, ese no hacer viene a ser una condición apta o adecuada para que el desmedro se produzca...de haberse observado el comportamiento positivo que las circunstancias exigían, se podría haber interrumpido el proceso causal, evitándose el desenlace dañoso" (GOLDENBERG, Isidoro H., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Editorial La Ley, 2 ° edición, Bs. As., 2000, p. 163). En síntesis, la omisión no puede ser catalogada como ajena al daño si los actos omitidos, impuestos expressi verbis por el ordenamiento jurídico, eran aptos para excluir el peligro y detener el curso de los acontecimientos que desembocaron en el perjuicio. Es por ello que propicio que la queja sea desestimada. (CNAT sala VIII Rossano, Jorge Alejandro c. Berkley International ART S.A. s/ accidente - ley especial Cita online: AR/JUR/717/2015).-

Resultando por todo ello la ART civilmente responsable de conformidad a lo dispuesto en los arts.1074 CC., en forma concurrente con la empleadora, y en la misma proporción que ésta.-

En resumen, quedó probado el accidente, su mecánica y demás circunstancias que rodearon al caso, y con ello el carácter riesgoso de las cosas por las circunstancias de su utilización y actividad con ellas desarrolladas (conducción de maquinaria pesada en

camino que no estaba en adecuadas condiciones de seguridad, dentro de un establecimiento minero), a lo que se atribuye una participación del 80% en la producción del infortunio, el daño (muerte del conductor) y la relación de causalidad entre el accidente y ésta. Por lo que considerada dicha causal en conjunto con los incumplimientos señalados en orden a las medidas de seguridad y prevención correspondientes, corresponde atribuir a la empleadora Arenera Don Pedro S.A. responsabilidad civil por el 80% de los daños y perjuicios ocasionados, y en igual medida a la codemandada Prevención ART, en forma concurrente (arts.1113, 1109, 1074 CC.).- \n 3.- Cuantificación del daño:

A los fines de la cuantificación del daño a ser resarcido, éste se integra en primer término con la indemnización por daño emergente material. Si bien la vida o la integridad humana no tienen precio, se han establecido por parte de la jurisprudencia diferentes mecanismos o fórmulas para su determinación a los fines indemnizatorios (art.1083 CC.), entre los que cabe mencionar el criterio del fallo CSJN "Arostegui", concordante con el establecido por la CNAT en autos "Méndez" (28-4-08).- Con ello se supera el alcance restringido de la reparación sistémica, que solo indemniza lucro cesante, y éste a su vez en forma menguada.-

En el ámbito provincial, y en atención a la obligación legal impuesta en el art.43 de la ley 2430, he de atender la pauta del fallo "Pérez Barrientos" del STJRN del 30-11-2011, que contempla la pérdida de ganancias y de chance, extendiendo el periodo considerado hasta los 75 años, es decir más allá de la faz estrictamente laboral.

En dicho fallo, el Superior Tribunal provincial efectuó 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, en referencia a 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,.- Tal como allí se refiere "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: $Vn = 1 / (1 + i)^n$. En consecuencia, y en mérito a lo expuesto, la fórmula comúnmente denominada "Vuoto" es la siguiente: $C = A \times (1 - Vn) \times 1 \times \% \text{ de incapacidad}$ 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 consecuencia, procederé a cuantificar la pretensión de la actora, conforme a los parámetros de "Pérez Barrientos" del STJRN.- No se ha acreditado que le pudiera haber correspondido el acceso a la jubilación del art.1 inc.e) Dec.4257/68, teniendo en cuenta que Vargas tenía sólo 3 meses de antigüedad desde su ingreso a la mina, y el informe de Afip y Anses agregados en autos (anteriores desempeños para otras empresas, cuyo

carácter no ha sido acreditado).-

Ha quedado acreditado que Jorge Luis Vargas se desempeñaba como Maquinista, que contaba con 38 años de edad a la fecha del accidente, y le correspondía una remuneración de \$6.410.-

Ha de considerarse por su parte que corresponde deducir de la suma resultante los gastos propios que el fallecido hubiera destinado para sus propias necesidades de haber continuado con vida, estimando ello en un 30% de sus ingresos, pudiendo considerar razonablemente que el 70% restante, habría sido destinado para las satisfacción de las necesidades de la familia que tenía a su cargo -esposa e hijos-.-

En esta estimación, se tiene en cuenta que si bien durante la etapa en que los hijos sean menores de edad y vivan con los padres y a su cargo, el porcentaje destinado a ello de sus ingresos pudiera ser aun mayor al 70%, ello se compensaría, con las etapas posteriores de la vida, a partir de la normal independización de los hijos, en que el causante habría contado con una mayor disponibilidad de sus ingresos para sus gastos o fines propios (similar criterio aplicado en fallos "Cire", "Rojas" y Zaffarano" de este mismo Tribunal)

En consecuencia del salario de \$6.410, deducido el 30% mensual, arroja un monto de \$ 4487 mensuales.-

Así, corresponde aplicar la fórmula "Perez Barrientos", según las pautas explicitadas en Expte STJRN 26320/13 Perez, Eduardo Juan c/Mansilla Jose Luis y Edersa S.A. del 11/06/2013. Los datos que permiten despejarla son: (A): la remuneración anual, que no resulta solo de multiplicar por 13 (teniendo en cuenta la incidencia del S.A.C.) el ingreso mensual devengado en la época de la ocurrencia del accidente, sino que procura considerar además la perspectiva de mejora del ingreso futuro que seguramente el daño ha disminuido, teniendo en cuenta la estimación de que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se estabiliza hacia el futuro, lo que se plasma al multiplicar por 60 el ingreso anual y dividirlo por la edad del actor a la fecha del siniestro; (n): la cantidad de años que le faltaban al actor para cumplir 75 años (37 años); (i): la tasa de interés compuesto anual del 6% (= 0,06); y finalmente, el (Vn) Valor actual, componente financiero de la fórmula que se obtiene del siguiente modo: $Vn = 1 / (1 + i)^n$, es decir, $Vn = 1 / (1,06)^{37}$, en el caso, $Vn = 0,115793$ -

De tal modo, el capital que le corresponde al actor, según la fórmula aplicable $C = A \times (1 - Vn) \times 1/i \times \% \text{ de incapacidad}$, se traduce en autos del siguiente modo: \$92098,81 x

$0,884207 \times 16,666667 = \$1.357.240,20$.- Considerando el porcentaje de responsabilidad atribuido a las demandadas (80%), el rubro progresa a su cargo por la suma de \$1.085.792, a la que habrá de adicionarse intereses desde el evento dañoso.-

Asimismo, en razón de los conceptos que por esta vía resarcen el daño causado a un grupo familiar integrado por la esposa y cinco hijos, que a la época del accidente tenían entre 5 y 15 años, el crédito por daño patrimonial deberá ser distribuido entre ellos. A tal efecto corresponde distinguir el crédito correspondiente a la viuda, de mayor entidad, en razón de su edad (32 años), expectativa de vida, y consecuente periodo afectado por la pérdida del cónyuge.- En cuanto a los hijos, ha de considerarse sus respectivas edades, en tanto en función de ello se establece el plazo en que regía la obligación alimentaria por parte de su progenitor.- En virtud de ello, corresponde que el total de la indemnización por el presente rubro (daño material) se distribuya en la siguiente proporción: para la cónyuge María Ester Navarrete el 45% , y el 55% restante para los hijos María de las Mercedes (15 años al momento del accidente) 7%; María Belén (12 años al momento del accidente) 9%; Jonathan (11 años al momento del accidente) 10%; Guadalupe Ailén (8 años al momento del accidente) 13% y Mateo Agustín Vargas Navarrete (5 años al momento del accidente) 16%.-

DAÑO MORAL: La definición misma del concepto presenta la idea de dolor y sufrimiento, que remite a lo que no es mensurable en términos económicos. De allí que se conceptualiza como todo aquello que está fuera de lo “patrimonial”. Ergo, justamente por lo problemático de su mensura, cualquier apreciación que haga el juzgador puede tildarse de arbitraria, si tenemos en consideración que mediante el mismo se procura compensar el daño sufrido por el afectado.- En esta especie de daño no se exige prueba específica y surge por el sólo hecho de la acción antijurídica. Es carga del obligado probar su inexistencia (art.1078 del Cód. Civil). (CCiv.1ª., San Nicolás, 25-6-98, "Calisprener de Deganas c/Garibaldi, J. S/ds. y ps.).

Cabe recordar que la Corte tiene reiteradamente dicho que en la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la indole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, el cual no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 321:1117; 323:3614 y 325:1156, entre otros), sino de compensar, en la medida posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extra patrimoniales (Fallos 334:376, Considerando 11°).

Mensurar el dolor o sufrimiento por la pérdida de un ser querido resulta una tarea difícil o prácticamente imposible. La intimidad de la relación, la proximidad del vínculo y el afecto involucrado en las relaciones familiares primarias hacen que el daño moral surja in re ipsa, aunque en este caso existen además 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 el quedar a cargo de cinco hijos menores, de modo que al padecimiento ordinario propio se añade la intensificación de la responsabilidad y las dificultades que debe afrontar para atender las necesidades morales y materiales de su descendencia. La pericia psicológica agregada a fs.205/225 da cuenta de las vivencias y reacciones psicológicas evidenciadas, que incluso en la esposa e hijos mayores califica de duelo patológico.-

Por ello, ha de reconocerse según también criterios jurisprudenciales pacíficos, un monto mayor a la esposa, ya que la muerte del cónyuge representa la pérdida de la persona con quien se comparte el proyecto de vida, y de quien se espera asistencia afectiva, moral y material en forma duradera para el futuro, teniendo asimismo en cuenta los años que llevaba la unión, y edad de los cónyuges al momento del accidente (38 años Vargas, 32 años Navarrete cfr.fs.208), y las mayores responsabilidades parentales añadidas.-

Ha de reconocerse asimismo un monto indemnizatorio en concepto de daño moral a los hijos, por la pérdida de su progenitor, y la afcción y sufrimiento que ello ocasiona en un hijo, en igual medida para todos ellos.- Se tiene en cuenta que todos los hijos eran menores de edad al momento del accidente, circunstancia que a los efectos indemnizatorios los equipara, aunque por su edad algunos fueran más conscientes que otros de la pérdida, siendo razonable establecer que todos ellos han sufrido en forma significativa la pérdida del apoyo y compañía paterna.

Se estima entonces equitativo fijar la suma total de \$ 200.000 a la sra.Navarrete y de \$ 100.000 a percibir por igual por cada uno de los hijos de la víctima, estimada a la fecha del accidente. Considerando el porcentaje de responsabilidad atribuido a las demandadas (80%), el rubro progresa a su cargo por la suma de \$160.000 para la viuda y \$80.000 para cada uno de los hijos, y que reconocerá intereses desde la fecha del acaecimiento del evento dañoso.-

Daño psicológico: El mismo progresa en cuanto surge acreditado con la pericia de fs.205/225 la necesidad de que todos los miembros del sistema familiar -viuda e hijos-

realicen un tratamiento psicológico individual, de acuerdo al cuadro de trastorno de adaptación mixto, con ansiedad y estado de ánimo depresivo, duelo patológico, durante 1 año a valor de \$250 la sesión, por un total de \$12.000 por cada uno (a la fecha de pericia 9-04-15), correspondiendo según el porcentaje de responsabilidad atribuido a las demandadas, establecer a su cargo la suma de \$ 57.600 por el rubro (\$12.000 x 6x 80%).-

4.- Seguro de Vida Obligatorio: No habiendo la parte demandada acreditado la contratación del Seguro de Vida Obligatorio del Dec.1567/74, y de acuerdo a lo dispuesto por el art.18 de su reglamento -Res.35.333 Min Economía-, corresponde condenar al empleador por el pago del beneficio a los actores en su carácter de derechohabientes.- Beneficio que a la fecha del siniestro ascendía a la suma de \$12.000 (cfr. Res.SSN 34761/2010), con más intereses.-

Así se ha resuelto que: " Corresponde hacer lugar al reclamo del padre de un trabajador fallecido, respecto de la falta de pago del seguro de vida obligatorio, pues, se trata de un crédito iure proprio cuya percepción se subordina a la muerte del trabajador, por lo que bastaba que el actor cumpliera con el recaudo de acreditar el vínculo que lo unía con el causante para que quedara expedito su derecho. (CNAT, sala I, 16/09/2010. "Cantos, José Waldo c. Massalud S.A. y otros". Publicado en: IMP 2011-1 , 278).-

" La queja relacionada con la procedencia del Seguro de Vida Obligatoria también será desestimada. La recurrente ninguna prueba aportó en autos tendiente a corroborar que efectivamente había contratado el seguro correspondiente (art.377 CPCCN). La omisión probatoria de la demandada será valorada a favor de la versión de los accionantes, correspondiendo en consecuencia confirmar la condena al pago del importe por seguro colectivo de vida obligatorio". CNAT, sala I, 22/06/2009. "Rosa, Martina y otro c. Compañía Alimentaria Nacional S.A.". Publicado en DT 2009 (setiembre), 1024)

5.- Intereses a aplicar:

Los intereses deben calcularse desde la fecha del accidente, que tuvo lugar el 19 de octubre del 2013 (art.1083 CC), y se extenderán hasta el momento del efectivo pago, sin perjuicio de su cálculo al momento del presente decisorio.-

"No hay motivos que justifiquen un apartamiento del principio general de las obligaciones civiles ("Araujo Narciso c/ La Palmira SA y Otro") razón por la cual el cómputo de los intereses será desde el momento del accidente de trabajo, o primera manifestación invalidante de la enfermedad laboral, hecho que da nacimiento a la obligación de indemnizar (art.1083 Código Civil) CNAT Sala 06 RAFFAGHELLI,

CRAIG Id Infojus: FA13040052.-

Finalmente, con respecto a la tasa de interés a aplicar, este Tribunal ha decidido ya en anteriores pronunciamientos ("Durán", "Albornoz", entre otros) un cambio en la tasa de interés legal a partir del año 2012, teniendo en cuenta para ello, varios indicadores que demostraban la insuficiencia de la tasa de interés activa del Banco Nación, por haberse modificado la situación imperante al momento en que la misma fuera adoptada por el STJRN en fallo "Loza Longo", así como lo resuelto en el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, instrumentado en Acta n° 2601, del 21.5.14.-

Es que la tasa de interés fijada como criterio por el Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados "LOZA LONGO" a partir del 28 de mayo de 2.010 en adelante, había quedado desajustada como consecuencia de la inflación y por lo tanto no cumple con su finalidad, esto es, "...mantener la incolumidad del capital y al mismo tiempo acordar la renta de la que se priva por la mora, ya que la tasa de interés que se informa desde la institución financiera oficial, contempla tasas subsidiadas que lejos están muchas veces de cubrir siquiera los efectos del envilecimiento del signo monetario...".- La realidad actual, evidenciada ya desde el año 2012, impone adoptar otra solución, que sea más justa, equitativa, que favorezca mejor a la seguridad jurídica y que actúe como factor no estimulante de la promoción y duración de los juicios.

Allí se sostuvo que "aquellos mecanismos de compensación que al graficarse se encuentren por debajo de la línea trazada por la evolución de la inflación incumplirán el mandato legal de mantener incólume la condena y, por ende, el principio de reparación integral y la garantía constitucional al derecho de propiedad (art. 17 C.N.), amén de colocar al deudor moroso en mejor situación que la del cumplidor, con los consabidos efectos que ello produce tanto en el espíritu de ciudadanos que honran con sus conductas el cumplimiento de la ley como sobre la administración de justicia...", así como que la tasa a aplicar "...presupone que resulte positiva, o sea que mantenga la integridad del capital frente a la corrosión inflacionaria; y que, con esa base, compense además el daño experimentado por el acreedor al verse privado de ese capital. Sólo así la tasa de interés podrá cumplir la mentada finalidad resarcitoria...".

No cabe duda que la deuda que se reclama en autos es una deuda de valor, aunque para su cálculo y conforme criterios jurisprudenciales habrá de aplicarse la fórmula Pérez Barrientos, considerando los valores de ingresos del trabajador a la época del accidente.- Así determinado el monto de la indemnización corresponde contemplar una tasa de interés que permita mantener la incolumidad del capital y al mismo tiempo

acordar la renta de la que se priva por la mora, máxime tratándose de una deuda de valor, que aunque su determinación está sujeta a una fórmula matemática, no por ello, muta su esencia, la reparación del valor salud, perdida como consecuencia del trabajo.

Frente a la nueva realidad económica imperante, entiendo que la tasa activa que fuera fijada in re "Loza Longo", ha quedado superada por el proceso de desvalorización monetaria y no garantiza la equivalencia de valores en el tiempo, provocándole un mayor perjuicio al damnificado. Me remito al desarrollo que surge del fallo DURAN de esta Sala, donde se detallan los valores comparativos de los índices de construcción publicados por INDEC, que comprueban tal desfasaje.-

Es por ello que considero que la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses, es la que más se adecúa con el objetivo a cumplir, coincidiendo con el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al que he aludido, pues en el año 2.012 fue del 30,50%, en el 2.013 del 33% y a partir del 2014 del 36% anual.

Sin embargo, en cuanto al ámbito temporal de aplicación de dicha tasa, advierto que el desequilibrio se produce se produce a partir de enero de 2.012 y por ello, adhiero a la solución que propiciara la Dra Vázquez, en un primer momento -en el Plenario aludido-, cuando señaló que: "...La tasa activa dispuesta por el Acta CNAT n° 2357 del 7/5/02 resultó, en principio, adecuada hasta el 1/1/2012 en donde se produjo un desfasaje que provocó que no haya interés puro" y en base a ello consideró que se debía "mantener la tasa activa hasta el 31/12/11 y se fije la nueva tasa desde el 1/1/2.012...".

Tal como expresamente dijera en autos "DURAN CARLOS ALBERTO C/ MAPFRE ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO" (Expte.N° 1CT-25515-12):"Debe tenerse en cuenta que la fijación de la tasa judicial en caso de mora del deudor, es una facultad del juez de grado o de sentencia, conforme lo resuelto por la CSJN en el fallo "Banco Sudameris c/ Belcam S.A." (Sentencia del 17/05/94-B 876. XXV)", lo que determina su aplicación a las causas en trámite.- Sin que ello importe una aplicación retroactiva de la ley, ya que no se modifica el contenido de la obligación sino que se trata únicamente de mantener la misma en su valor real y con ello la integralidad de la reparación correspondiente, debiendo tenerse presente que la tasa debe contemplar además del interés puro la depreciación de la moneda, lo que a tales efectos debe aplicarse a partir de la mora, conforme criterio sostenido en plenario "Samudio", de la Cámara Nacional Civil, del 20-04-09.- Los efectos del criterio adoptado se verían desvirtuados, consagrándose la afectación del crédito del actor, cuya licuación se busca precisamente

evitar, de aplicarse la tasa propuesta únicamente para el futuro, ante un crédito que permanece impago a la fecha".-

En consecuencia, a partir del 1 de enero de 2.012 este Tribunal corresponde aplicar la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses, conforme a los s precedentes citados, intersees devengados en el caso a partir del accidnete ocurrido el 19-10-13.- Este criterio que ha sido convalidado por el STJRN en los fallos "Kryslowski" y "Pratviel", modificándose por parte de dicho Tribunal la tasa fijada en "Loza Longo" en los fallos "JEREZ" (25-11-15) y "GUICHAQUEO" (1-9-16), los que han de aplicarse según sus respectivas fechas de vigencia.-

8.- LIQUIDACIÓN:

1. Daño material (valor vida)-80%.....\$ 1.085.792
Intereses Tasa Activa "Durán c. Mapfre" y "Jerez"
desde 19-10-13 al 31-08-16 (102,16%).....\$ 1.109.245
Intereses Tasa Activa "Guichaqueo"
desde 01-09-16 al 30-6-17.....\$ 384.070
Subtotal.....\$ 2.579.107

2. Tratamiento psicológico futuro -80%.....\$ 57.600
Intereses Tasa Activa "Durán c. Mapfre" y Jerez
desde pericia 9-4-15 al 31-08-16 (51%).....\$ 29.376
Intereses Tasa Activa "Guichaqueo"
desde 01-09-16 al 30-6-17\$ 20.374
Subtotal.....\$ 107.350

3.- Daño moral (80%).....\$ 560.000
Intereses Tasa Activa "Durán c. Mapfre"
desde 19-10-13 al 31-08-16 (102,16%).....\$ 572.096
Intereses Tasa Activa "Guichaqueo"
desde 01-09-16 al 30-6-17\$ 198.085
Subtotal.....\$ 1.330.181

TOTAL ACCIDENTE:.....\$ 4.016.638

4.- Seguro de Vida Obligatorio (Dec.1567/74)\$ 12.000

Intereses desde 19-10-13 al 31-8-16 (102,16%).....\$ 12.259

Intereses desde 1-9-16 al 30-6-17.....\$ 4.244

Subtotal\$ 28.503

9.- COSTAS- HONORARIOS: Las costas del proceso se imponen a las demandadas vencidas, conforme al principio general de la derrota (art.68 CPCC).- No empece ello el hecho de que la sentencia progrese por un monto inferior al reclamado, en cuanto todos los rubros han sido receptados favorablemente.- En este aspecto, tiene dicho el STJRN que "el acogimiento parcial de un rubro no entraña un supuesto de vencimiento parcial y mutuo en los términos del art.71 CPCC (in re:"FERREIRA", Se.Nº202 del 10.08.04; "CALI", Se.Nº5 del 06.02.07).- Es preciso entonces reafirmar esa doctrina y consagrar como principio genérico el del vencimiento (art.23 de la ley 1504 y art. 68 del CPCC) como fundamento de la imposición de las costas, sin perjuicio de las facultades de exención total o parcial que pueden ejercer los magistrados según el mérito de la causa, dejando debidamente a salvo que, dadas las particularidades del proceso laboral, no pueden aplicarse criterios rígidamente matemáticos, sino más bien un juicio de ponderación final sobre el resultado del pleito para los fines de la imposición de costas (doctr. de este STJ in re: "CRISANTI", Se. N° 93 del 14.09.06)" - in re "Fariña, Noemí Natividad c/Expofrut S.A. s/reclamo s/inaplicabilidad de ley", Expte.20703/05, del 19/04/2007).-

No se configura pluspetición inexcusable en los términos del art.72 CPCC, invocado en relación al monto por daño moral reclamado en demanda, en cuanto no existió admisión por el menor valor en definitiva resuelto en sentencia -al cuestionarse la responsabilidad-, tratándose además de un rubro cuya determinación depende legalmente del arbitrio judicial.- En este sentido, cabe citar lo resuelto por el STJRN en Expte.22318/10, " Villar, Tomas Walter c/Jesus Arroyo SAICIA y otros s/ sumario (I), del 06/06/2016).-

Asimismo, se ha resuelto que: "En los pleitos en que se persigue la reparación de daños y perjuicios provenientes de un hecho ilícito y cuya procedencia, determinación de rubros y montos dependen en definitiva del arbitrio judicial, no se da el supuesto de pluspetición inexcusable; máxime cuando el legitimado pidió que se haga lugar al

reclamo sujeto a lo que "en más o en menos resulte de la prueba" y se trata de establecer distintas indemnizaciones que han de ser ponderadas por el prudente arbitrio del magistrado." Auto: MENTEGUIAGA, Carlos O. c/DI BIASE, Francisco s/SUMARIO - Sala: Civil - Sala L - Mag.: SCUAL - Tipo de Sentencia: Sentencia Definitiva - N° Sent.: C. 044099 - Fecha: 15/11/1991 -

"La pluspetición exige que el deudor admita la legitimidad de determinado monto (art.72 del Código Procesal) por lo que aunque la indemnización reconocida sea inferior a la reclamada, en tanto que debe cuestionarse el aspecto central del proceso -la responsabilidad-, el vencido debe soportar las costas del proceso. Es que el monto que se reconozca -aunque inferior al reclamado- depende del arbitrio judicial y a su vez es el que se tomará para regular los honorarios. (Sumario N°20761 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil). "Orellana, Ángel Roberto c/ DG Entertainment S.R.L. s/Daños y perjuicios". Cámara Nacional de Apelaciones den lo Civil, Sala E. -Mag.: Racimo, Dupuis, Calatayud. - Tipo de Sentencia: Libre - Fecha: 16/09/2009 - Nro. Exp. : L.530518

Por su parte, para la regulación de honorarios ha de analizarse lo dispuesto por el art.17 inc.3 de la ley 26.773 que establece que "en las acciones judiciales previstas en el art.4 último párrafo de la presente ley, resultará de aplicación lo dispuesto por el art.277 de la ley 20.744.- Asimismo, se deberá considerar como monto del proceso a todos los efectos de las regulaciones de honorarios e imposición de costas, la diferencia entre el capital de condena y aquel que hubiera percibido el trabajador -tanto en dinero como en especie- como consecuencia del régimen de reparación contenido en esta ley, no siendo admisible el pacto de cuota litis".-

En primer término, la acción aquí ejercida no encuadra, para ser precisos, en la prevista en el art.4 de la ley 26773, que es aquella derivada de la opción ejercida por el damnificado "una vez recibida la notificación fehaciente" por parte de la ART "del importe que les corresponde percibir por aplicación del régimen de la LRT, precisando cada concepto en forma separada e indicando que se encuentran a su disposición para el cobro".- En la lógica de la ley, el trabajador una vez que tiene a su disposición el cobro de las sumas correspondientes por la indemnización sistémica, puede optar, en forma excluyente, por percibirla o bien por accionar civilmente.- En este caso, de progresar la acción civil, a los fines regulatorios, del monto base deben restarse los valores resultantes de la indemnización sistémica, que habían estado previamente a su disposición, y que incluso, en caso de progresar la acción civil debe ser abonada por la

ART, conforme art.6.- La ley parece presumir que por haber estado la indemnización sistémica en todo momento reconocida al damnificado, sobre dichas sumas no corresponde regular honorarios en la acción civil.

Mas en este caso, a diferencia del supuesto regulado en la normativa citada, no existieron sumas puestas a disposición por parte de la ART, ni al momento del siniestro ni en el trámite de este juicio, ya que por el contrario, Prevención ART rechazó la cobertura del siniestro, por considerarla "contingencia no cubierta".-

En virtud de lo cual, corresponde declarar inaplicable para el caso lo dispuesto por el art.17 inc.3 de la ley 26773, en referencia al monto del juicio a considerarse a los fines regulatorios, resultando por tanto innecesario expedirse sobre la constitucionalidad de tal norma.- El monto del juicio ha de fijarse de acuerdo al monto de condena, conforme al principio general que emana del art. 19 de la ley provincial 2212.

Sin perjuicio de ello, habrá de tenerse en cuenta la limitación establecida por el art.505 CC -art.730 CCCN-, y la calidad y eficacia de la labor profesional desarrollada -cfr. arg. STJRN: SE. 36/08 "B. L., S. c/EDITORIAL RIO NEGRO S.A. y Otros s/ Daños y perjuicios s/ casación" (Expte. N° 22478/07 STJ-), ley 24432 art.13., a los fines de la determinación de honorarios correspondientes a los letrados y peritos intervinientes.-

Tal Mi voto.-

El Dr.Nelson Walter Peña dijo: Adhiero al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

El Dr. Gustavo Adrián Martínez dijo:

1.- Llamado a expedirme en tercer término y no pudiendo abstenerme no obstante la coincidencia de los dos estimados colegas que se han expresado en primer término, he de manifestar que adhiero en lo sustancial al voto ponente, con las aclaraciones que he de exponer seguidamente.

2.- Coincido con el análisis sobre la responsabilidad que parte de un muy prolijo escrutinio de los elementos de prueba colectados y demás antecedentes de la causa, y desde luego que con la propuesta formulada al respecto, por lo que adhiero plenamente sobre tal extremo.

Creo sí, no obstante, que la atribución de responsabilidad a la actora en un 20 %, debiera llevar a una consecuente distribución de las costas en igual porcentual (80/20). Ello así conforme lo previsto por el art. 71 del CPCyC y 25 de la ley 1.504.

Ciertamente coincido que como lo sostuvo el STJRN en el precedente que se cita en el primer voto, el acogimiento parcial de un rubro no entraña un supuesto de

vencimiento parcial y mutuo en los términos del citado artículo 71; pero he de enfatizar en que aquí la distribución de las costas encuentra fundamento en la atribución de culpa en el actor en la causación del hecho dañoso, supuesto en el que, en la Cámara que integro, lo venimos considerando como uno de los que fundamenta el apartamiento de la regla general.

3.- En cuanto a la cuantificación de los rubros ‘Daño material (valor vida)’ y ‘Daño moral’, hemos venido también sosteniendo que siendo dos deudas de valor y teniendo en cuenta la necesidad de respetar el principio de reparación integral, la indemnización se fije a valores de la sentencia (o la fecha más próxima a ésta).

En torno al segundo de los rubros mencionados “Daño moral”, el criterio resulta además doctrina legal obligatoria conforme el art. 42 de la Ley Orgánica (texto conforme ley 5.190).

Y respecto del primero de ellos ‘Valor vida’, si bien el STJRN viene reiterando una posición contraria a la nuestra, pudiendo citar al efecto el precedente “TORRES” (sentencia de fecha 20/12/2016 correspondiente al Expte. N° 28407/16-STJ), no obstante observar tal jurisprudencia como obligatoria en orden a la reciente modificación de la Ley Orgánica que así expresamente lo dispone, entiendo necesario dejar a salvo mi criterio personal, al igual que en lo atinente al uso sin reservas de las mentadas fórmulas.

4.- Respecto de las fórmulas me he de remitir a lo que expusieramos -entre otros precedentes- en la sentencia de fecha 27/02/2017 correspondiente al Expte. N° CA-21631 de la Cámara de Apelaciones que integro.

5.- Y en cuanto a cuantificar la indemnización tomando ingresos a valores del hecho y no de la sentencia, tal como hemos dicho en numerosas oportunidades, tal criterio puede llevarnos a violentar el principio de reparación integral o plena, que con incuestionable base suprallegal, viene siendo afirmado por el máximo tribunal de la Nación de cuya doctrina no podríamos apartarnos sin dar razones valederas para ello.

En este sentido, en el Expte. A-2RO-966-C1-16 (sentencia de fecha 21/03/2017), en voto al que adhiriera la distinguida colega Dra. Adriana Mariani, expuse y me permito reiterar: “...Recientemente, en sentencia de fecha 23/02/2017 correspondiente al expediente CA-21631, la estimada colega Dra. Mariani, ha profundizado sobre el punto, resaltando el carácter de deuda de valor que le asigna a tal indemnización -y no solo al daño moral- la doctrina de manera absolutamente extendida. Me he de remitir a tal elaborado voto, agregando algunos conceptos más sobre la reparación integral que

consagra el Código Civil y Comercial en su art. 1740 y que aun cuando pudiere decirse que en principio no es de aplicación a un ilícito ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia -desde la perspectiva del art. 7 del mismo), cabe reconocer que recepta no solo la doctrina y jurisprudencia imperante antes de su redacción sino que, aun más importante, la interpretación que corresponde hacer de las disposiciones y principios emergentes del bloque constitucional-convencional preexistente a la luz de los fallos del cimero tribunal de la Nación sobre cuya necesidad de ser observados hemos señalado, haciendo mención del precedente 'Cerámica San Lorenzo'. En este sentido se expone en el 'Código Civil y Comercial de la Nación, comentado', dirigido por Ricardo Lorenzetti (ed- Rubinzal Culzoni, tº VIII, comentario art. 1740): 'El derecho de la víctima para acceder a la justicia para obtener compulsivamente de su deudor las indemnizaciones correspondientes (art. 730, inc. c), y que éstas sean completas proviene de la Constitución Nacional, del principio general de no dañar (art. 19, Const. Nac.), e incluso afirma que se trata de un derecho inferido de la garantía de la propiedad (art. 17) y de igualdad ante la ley (art. 16, CN) o un derecho constitucional autónomo emergente de los derechos implícitos (art. 33). Además opera la constitucionalización del derecho civil privado patrimonial y de los derechos humanos fundamentales, especialmente después de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22, 23 y concs., Const. Nac.)... 2. La Corte nacional sostiene que 'la indemnización debe ser integral o justa [...] ya que si no lo fuera y quedara subsistente el daño en todo o en parte, no existiría tal indemnización' (CSJN, 21-9-2004, "Aquino c/ Cargo Servicios Industriales S.A", Fallos: 327:3573, L.L. 2005-A-230), 'puesto que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida' (CSJN 26-6-67, "Provincia de Santa Fe c/ Nicchi, Carlos Aurelio", Fallos: 268:112, considerandos 4 y 5). También denominó al principio indemnización plena (CSJN, 23-11-89: "Juncalán Forestal, Agropecuaria SA c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 312:2266; 15-7-97, "Roig de Orge, Noemí Nélide c/ Provincia de Buenos Aires"), lo que invocó en 'Santa Coloma', y en varios precedentes, y puso de relieve su jerarquía constitucional. Más recientemente reafirmó su vigencia al analizar su aplicación a las relaciones laborales y decretar la inconstitucionalidad de la ley que lo vulnera, abandonando la doctrina anterior más restrictiva. En la doctrina se afirma que el principio de la reparación integral supone: indemnizar el daño emergente y el lucro cesante; la necesidad de estimar los daños al momento de la sentencia, la fijación de intereses sobre la indemnización, la reparación

del daño futuro y de la pérdida de las chances (Borda, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones cit., t. II, p. 495, y t. I, p. 162, N°150). En sentido concordante está difundido el criterio que la reparación íntegra se asienta en cuatro reglas fundamentales: el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio; la apreciación debe formularse en concreto, y la reparación no debe ser superior al daño sufrido (Pizarro, Ramón D., El principio de la reparación plena del daño. Situación actual. Perspectiva, Separata de la academia Nacional y Ciencias Sociales de Córdoba, 1998; Morello, Indemnización del daño contractual cit., p. 228)...”.

6.- Dicho lo expuesto, teniendo en cuenta la coincidencia de opiniones de los dos primeros votantes y siendo entonces que ninguna posibilidad práctica de variar la decisión, tiene mi posición en relación a la cuantificación del daño y distribución de costas, entiendo un dispendio absolutamente innecesario, avanzar en una propuesta concreta al respecto.

Con las aclaraciones hechas, es entonces que adhiero en lo sustancial al voto ponente. Tal mi voto.

-----Por todo lo expuesto, LA CAMARA PRIMERA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL CON ASIEN TO EN ESTA CIUDAD;

-----RESUELVE:

-----1) Hacer lugar a la demanda instaurada por los actores María Ester Navarrete, María de las Mercedes Vargas Navarrete, Milagros María Belén Vargas Navarrete, Guadalupe Ailén Vargas Navarrete y Mateo Agustín Vargas Navarrete, contra las demandadas Arenera Don Pedro S.A. y Prevención ART, y en consecuencia condenando a éstas últimas a pagar a los primeros, en el plazo DIEZ DIAS de notificada, la suma de \$ 4.016.638 en concepto de daño material y moral, importe que incluye intereses calculados al 30-6-17 y que seguirán devengándose hasta el efectivo pago; todo conforme a lo explicitado en los Considerandos.

-----2) Costas a cargo de las demandadas vencidas, regulando los honorarios profesionales de los letrados intervinientes Dr.Omar Rubén Jurgeit en la suma de \$ 622.802 por su intervención por la parte actora; los del Dr.Hugo Edgardo Gatti por su intervención por la demandada Arenera Don Pedro S.A. en la suma de \$ 472.356 y los de los Dres. Tomás Rodríguez y Tomás Alberto Rodríguez, en conjunto y proporción de ley, por su intervención por la codemandada Prevención ART en la suma de \$ 472.356.- Se regulan asimismo los honorarios correspondientes a los peritos intervinientes: Dr. Gustavo Breglia en la suma de \$ 31.775 -pericia médica-, Lic. Susana Rinne en la suma de \$ 95.326 -pericia psicológica-, Ing. Mario Albornoz en la suma de \$63.550 -parcial pericia accidentalológica- y Lic. Hugo Donald Castro -pericia en higiene y seguridad, y parcial accidentalológica- en la suma de \$ 190.651 (MB: \$4.016.638, arts. 6,7,9,11 y cc. Ley 2212, ley 24432, ley 5069).-

-----3) Hacer lugar a la demanda instaurada por los actores María Ester Navarrete, María de las Mercedes Vargas Navarrete, Milagros María Belén Vargas Navarrete, Guadalupe Ailén Vargas Navarrete y Mateo Agustín Vargas Navarrete, contra la demandada Arenera Don Pedro S.A. y en consecuencia condenando a ésta última a pagar a los primeros, en el plazo DIEZ DIAS de notificada, la suma de \$ 28.503 en concepto de seguro de vida obligatorio, importe que incluye intereses calculados al 30-6-17 y que seguirán devengándose hasta el efectivo pago; todo conforme a lo explicitado en los Considerandos.

-----4) Costas a cargo de la demandada vencidas, regulando los honorarios profesionales de los letrados intervinientes Dr.Omar Rubén Jurgeit en la suma de \$ 5.586 por su intervención por la parte actora y los del Dr.Hugo Edgardo Gatti por su intervención por la demandada Arenera Don Pedro S.A. en la suma de \$4.788 (MB: \$28.503, Arts. 6,7,9 y cc. Ley 2212)

-----5) Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y

extensión de los mismos.-

-----6) Firme la presente, por Secretaría, practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones.

-----7) Regístrese, notifíquese, cúmplase con Ley 869.-

Dr. Nelson Walter Peña

-Presidente-

Dra. Paula I. Bisogni Dr. Gustavo Martínez

Vocal Vocal subrogante

Ante mi: Dra. María Magdalena Tartaglia

-Secretaria Subrogante-