

///MA, 28 de noviembre de 2007.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Alberto Italo BALLADINI, Víctor Hugo SODERO NIEVAS y Luis LUTZ, con la presencia del señor Secretario doctor Gustavo GUERRA LABAYEN, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: “MARILLAN, ELIANA GLADYS C/ EDERSA S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY” (Expte N° 21020/06-STJ), elevados por la Cámara del Trabajo de la Ia. Circunscripción Judicial con asiento de funciones en esta ciudad, con el fin de resolver el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 883/898 por la parte demandada, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden de sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes: - - - - -

- - - - - C U E S T I O N E S - - - - -

-----1ra.- ¿Es fundado el recurso?- - - - -

-----2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?- - - - - V O T A C
I Ó N - - - - -

A la primera cuestión los señores Jueces doctores Alberto I. BALLADINI y Víctor Hugo SODERO NIEVAS dijeron: - - - - -

-----1.- EL CASO: Llegan las presentes actuaciones a nuestro voto a raíz del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte demandada a fs. 883/898 contra la sentencia obrante a fs. 862/872, en cuyo mérito la Cámara del Trabajo de la Ia. Circunscripción Judicial con asiento de funciones en esta ciudad declaró la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24557, hizo lugar a la demanda entablada por Eliana Gladys MARILLAN, por sí y en representación de ///

///-2- sus hijos menores Alyson Aldana MIGONE y Ramiro Ezequiel MIGONE, y condenó a Empresa de Energía Río Negro S.A. (EdERSA) a abonarles la suma liquidada al efecto en concepto de indemnización por el accidente de trabajo en el que perdió la vida Omar Angel MIGONE. Asimismo, rechazó la citación como tercero solicitada respecto de PROVINCIA ART S.A., con imposición de costas -en este último caso- en el orden causado.- - - - -

-----Para decidir como lo hizo, la Cámara de grado tuvo por probado el accidente sufrido por la víctima, quien cayó de una escalera dieléctrica que se encontraba apoyada sobre la pared de un galpón de la demandada a la que se había subido para medir una

“rienda”, desde una altura de más de tres metros, y golpeó su cabeza con el piso y contra un tambor que había en el lugar, lo que le provocó lesiones que finalmente le ocasionaron la muerte. Por el daño material -que, más los intereses correspondientes, cuantificó en la suma de \$ 492.464,11-, encuadró la responsabilidad del empleador en lo dispuesto por el art. 1113 del Código Civil, y por el daño moral reclamado -que fijó prudencialmente en la suma de \$ 120.000- fundó la responsabilidad en lo previsto en el art. 1078 del Código Civil.- - - - -

-----Asimismo, comparó el resultado obtenido con el significativamente menor que correspondería en caso de calcularse la indemnización según los parámetros de la LRT -tal como lo había hecho la propia accionada en su alegato-, y fundó en ello la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 del referido cuerpo legal, por entender que su aplicación conduciría a la frustración del derecho a obtener un resarcimiento integral del daño sufrido.- - - - -

-----En cuanto a Provincia ART S.A. -que fue traída a juicio/

///-3- en calidad de tercero citado por la demandada EdERSA (conf. art. 94 CPCCm.)-, el Tribunal de mérito sostuvo que no estaba probado que hubiera omitido el cumplimiento de sus obligaciones como aseguradora ni que su actuación hubiera sido determinante -como causa eficiente- para la producción del siniestro, de manera tal que resultaba improcedente pretender que respondiera en los términos en que era requerida. Agregó que tampoco debía responder por el seguro contratado por la accionada pues, a la luz de la póliza respectiva expedida de acuerdo con la ley 24557, la indemnización civil reconocida no resultaba riesgo cubierto en la medida en que dicha cobertura excedía el marco de lo convenido entre asegurador y asegurado, lo que daba lugar a que se configurara un supuesto de no seguro, oponible tanto al actor como a la demandada.- - - - -

-----2.- EL RECURSO DE LA PARTE ACCIONADA: Contra lo así decidido, esta última interpuso el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 883/898, fundado en los siguientes agravios: - - - - -

-----a) En primer término, manifiesta que la postura asumida por la Cámara viola lo normado por el art. 1113 del Código Civil y la doctrina legal de este Superior Tribunal de Justicia. En tal sentido expresa que, en el evento dañoso de autos, la “cosa” ha tenido un rol pasivo pues se trata de algo inerte. Agrega que, cuando se trata de una cosa en movimiento, basta con que se acredite su intervención en el evento dañoso pues su rol activo se presume, es decir, para establecer la relación de causalidad, a la víctima del

daño le basta con probar la intervención de la cosa. En cambio, cuando se trata de cosas inertes, la víctima deberá justificar el comportamiento o posición anormales de éstas, //

///-4- pues no puede presumirse su intervención activa en estos casos. Sostiene que la sentencia recurrida no posee ningún argumento ni ponderación respecto del “comportamiento o posición anormales” de la cosa (escalera), lo que -a juicio del recurrente- entraña un supuesto de violación del art. 1113, 2do. párrafo, 2da. parte del Código Civil y de la doctrina legal de este Cuerpo sentada en autos “MARTINEZ, María Belén y otro c/ HOSPITAL AREA PROGRAMATICA DE VILLA REGINA” (Se. Nº 70 del 01.09.04 del protocolo de la Secretaría Nº 1).- - - - -

- -

-----b) En segundo lugar, expresa que la sentencia viola e interpreta erróneamente el art. 1078 del Código Civil pues concede la indemnización por daño moral a favor de la Sra. Eliana Marillán, quien, por su condición de concubina del fallecido Sr. Migone, no se encuentra legitimada para ello. En tal sentido, destaca que la norma precitada expresamente dispone que la acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo o, si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, a sus herederos forzosos. Expresa que aunque de “lege ferenda” gran parte de la doctrina propone, al igual que sucede en congresos y jornadas sobre Derecho de Daños, la ampliación de los legitimados activos con inclusión de los concubinos, hasta tanto ello no ocurra y se modifique la norma, el art. 1078 del Cód. Civil sólo admite como tales a los “herederos forzosos”.- - - - -

-----c) En forma subsidiaria para el caso de que no se haga lugar al primer agravio, la recurrente invoca arbitrariedad y violación del derecho de propiedad respecto de la fórmula utilizada para calcular el valor de la vida humana. En ese orden de ideas, expresa que la determinación del “quantum” indemnizatorio es resorte exclusivo del tribunal de grado, //

///-5- salvo que, como en este caso, se configure un supuesto de arbitrariedad por no haberse contemplado el consumo personal de la víctima, que el propio recurrente estima en el 25% del ingreso. Destaca que no haber considerado la circunstancia apuntada conduce inevitablemente a una liquidación arbitraria, pues no contempla un elemento esencial como es que el fallecido utilizaba parte de sus ingresos en gastos propios.- - - - -

- - - - -

-----d) Finalmente, manifiesta que la sentencia en crisis no sólo declara la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT, sino que va más allá y se aparta del criterio

sostenido por la CSJN en el fallo “AQUINO” y de la interpretación que de éste ha realizado el STJ, ya que condena a la demandada a reparar íntegramente el daño, sin tomar en cuenta lo abonado por la ART, a quien además excluye totalmente de la condena.-

-----Agrega que la violación de la ley que se le imputa a la decisión no tiene como basamento pretender que se le otorgue validez constitucional al art. 39 de la LRT, pues son conocidos los alcances interpretativos del citado caso “AQUINO” y su aceptación por parte del STJ en reiterados pronunciamientos que constituyen doctrina legal (en concreta referencia al fallo dictado por este Cuerpo en autos “SAN MARTÍN”, Se. N° 27 del 02/03/05). Expresa que lo que puntualmente denuncia es que la sentencia se aparta del criterio sentado en “AQUINO” -en el que se dejó a salvo que de la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT no se sigue que las ART queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley-, pues no toma en cuenta que en autos se encuentra acreditado y reconocido por la actora que “Provincia ART” pagó en los términos de la LRT la liquidación ///

///-6- correspondiente como indemnización por fallecimiento y depositó la suma de \$ 93.420,25 en la cuenta de Futura AFJP. Concluye que, sin embargo, la Cámara no toma como válido dicho pago ni tampoco debita lo ya abonado, y además condena a la demandada por el 100% y excluye a la ART de cualquier responsabilidad indemnizatoria, lo que puede dar lugar a un enriquecimiento sin causa que beneficie a los derechohabientes de la víctima (si percibieron las prestaciones de la LRT y luego son acreedores de una nueva indemnización integral sin que se descuente lo ya percibido) o a la ART (si nada pagó ni liquidó y la sentencia no la incluye como condenada, pues en ese caso habrá percibido las primas del seguro y, ocurrida la contingencia, nada deberá desembolsar).- - - - -

-----3.- LA DECISIÓN: Ingresando en el tratamiento de los agravios antes reseñados, adelantamos que habremos de abordarlos por separado, siguiendo el orden en que vienen expuestos.- - - - -

-----3.1.- LA COSA RIESGOSA: Respecto del primer agravio, adelantamos opinión en el sentido de que no advertimos la violación de la ley ni de la doctrina legal endilgadas. En el caso “MARTINEZ” (Se. N° 70/04 del protocolo de la Sec. N° 1) se trataba del daño producido por un tubo de oxígeno que, al caerse, había impactado sobre un menor. Allí se sostuvo que, si bien los tubos de oxígeno son cosas que por su naturaleza no revisten la calidad de riesgosas y/o peligrosas, el daño producido con su intervención

igualmente podía encuadrar en el supuesto del art. 1113, 2do. párrafo, del Código Civil si se acreditaba su comportamiento o posición anormales. En ese orden de ideas, se tuvo por probado que los tubos se encontraban ubicados en un pasillo, que cumplía la función //

///-7- de ingreso y sala de espera de un hospital, junto a los bancos utilizados como asiento por las personas que concurrían a dicho nosocomio.- - - - -

-----A diferencia de lo allí decidido, entendemos que una escalera como la involucrada en el accidente de autos resulta una cosa riesgosa cuando se la utiliza para ascender a una altura considerable. El hecho de que éste sea su fin propio no la priva del carácter de cosa riesgosa para quien la utiliza, teniendo en cuenta que no se trata de una escalera fija, sino de una móvil que debe ser correctamente colocada para evitar caídas (esto implica su correcto apoyo en la base y en la pared y en un ángulo adecuado que impida su desplazamiento). En otros términos, la peligrosidad de la escalera utilizada resulta de su altura, de carácter móvil -pues tal movilidad es susceptible de producir su caída cuando no se encuentra correctamente instalada o apoyada- o del uso que se haga de ella, en especial cuando –como en este caso- asciende una persona portando consigo algún elemento de gran porte o longitud, dados los movimientos y los posibles efectos desestabilizadores que ello puede implicar.- - - -

-----En suma, una escalera como la de autos constituye la cosa riesgosa a que alude el art. 1113 del Código Civil, tanto por el riesgo propio derivado de su altura como por el uso que concretamente se hizo de ella (para medir desde lo alto una rienda que portaba la víctima), capaz de potenciar su peligrosidad por la pérdida de equilibrio que ello puede provocar.- - - - -

-----Sentado lo anterior, se activa la responsabilidad objetiva del dueño o guardián de la cosa, quien podrá eximirse total o parcialmente de dicha responsabilidad si acredita la culpa de la víctima o de un tercero por quien no/

///-8- deba responder (art. 1113, párr. 2do., segunda parte del Código Civil).- - - - -
- - - - -

-----En este sentido, la recurrente ha invocado que “la víctima obró con lo que se conoce como ‘culpa con representación’, que es aquella en la que el autor ha previsto la posible concreción del resultado previsible de su conducta [en nota al pie de página aclara que tal es la posible caída de la escalera al decidir ascender con un tensor en la mano a más de tres metros de altura y abrir el brazo para tomar una medida], pero la encara confiado en la no producción de ese eventual resultado dañoso” (fs. 890), lo que la lleva a

concluir peticionando que se modifique el resolutorio y se atribuya la mayor parte de la responsabilidad del evento a la víctima.- - - - -

-----Tales argumentos resultan insuficientes para enervar las conclusiones expresadas por la Cámara con fundamento en la valoración de los hechos y las pruebas efectuada en ejercicio de sus propias atribuciones legales (art. 49 ley 1504). En este sentido, el juzgador estableció que “Migone no desplegó –en el cumplimiento de sus tareas y al momento del infortunio- acción antirreglamentaria y/o prohibida alguna. Por el contrario, surge de la mayoría de los dichos de los testigos que declararon en la audiencia oral que era una de las formas de medición que se utilizaba y que no existía prohibición respecto de dicho método...” (fs. 867), para finalmente concluir: “En suma, Migone no actuó –en el cumplimiento de su tarea- ‘con culpa grave de tal entidad que podría equipararse a dolo’ (como se afirma a fs. 199, 2do. párrafo), sino que lo hizo utilizando un método de medición –quizá, uno entre otros posibles- pero que también era habitual en la empresa y además no prohibido por su ///

///-9- empleador; entonces, la escalera utilizada en el caso tuvo una intervención activa en la producción del daño concretándose ese ‘riesgo potencial’ al que más arriba se aludía y que ha sido generador del daño que determinó la muerte del operario. Sin dudas las características señaladas han tornado a dicho elemento en una cosa peligrosa denotando el riesgo a que estaba expuesto el dependiente ahora fallecido y cualquier otra persona que la utilizara para desarrollar esa específica labor de medición llevada a cabo y de práctica habitual en las tareas desplegadas (art. 1113, párrafo 2º ‘in fine’ del Código Civil), ello, dejando puntual constancia –como quedó debidamente probado en autos a través de las testimoniales- que en la especie no resultaba obligatorio el uso de casco, y menos aun de cinturón de seguridad” (fs. 867 vlta./868).- - - - -

-----La no desvirtuación de los extremos fácticos-probatorios establecidos por la Cámara impiden hablar de la concurrencia de la “culpa de la víctima” como causal de exoneración de responsabilidad del dueño o guardián (art. 1113 del Cód. Civil.).- - - - -

- - - - -

-----3.2.- LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECLAMAR POR DAÑO MORAL:

-----El segundo agravio remite a la ardua cuestión relativa a la legitimación activa para reclamar por daño moral. Luego de la reforma introducida por la Ley 17711, el art. 1078 del Código Civil sienta el principio general según el cual sólo está legitimado para demandar por daño moral el damnificado directo, salvo que, como consecuencia del hecho dañoso, hubiese sobrevenido su muerte, en cuyo caso únicamente quedan

legitimados para reclamar “ciertos” damnificados indirectos: los herederos forzosos. Entre las múltiples consecuencias, manifiesta y profundamente injustas, que proyecta la
///

///-10- solución legal (piénsese, por ejemplo, que impide a los padres reclamar por el daño moral que sufren ellos mismos como consecuencia de la frustración del proyecto de vida de un hijo por el solo hecho de que haya sobrevivido, aun cuando, producto de un accidente o de una mala praxis médica, pueda haber quedado en estado vegetativo, cuadripléjico o con cualquier otra grave minusvalía en su integridad psico-física), está la que corresponde analizar en este caso, esto es, el no reconocimiento de derecho a la concubina –por no revestir la calidad de “heredera forzosa”- para reclamar por el daño moral derivado de la muerte de la persona con quien convivió en aparente matrimonio.-

-----Si bien se ha construido una interpretación que transita por señalar que el art. 1078 del Cód. Civil incluye un criterio general por el que en principio sólo los herederos forzosos pueden reclamar daño moral, pues gozarían del beneficio de presunción legal de la existencia de ese perjuicio hasta tanto se pruebe lo contrario, mientras que los demás legitimados indirectos deberían probar el perjuicio sufrido, lo cierto es que tal interpretación (mediante la que se procura armonizar el principio de legitimación activa indirecta amplia aplicable en materia de daño material -arts. 1077 y 1079 del Cód. Civ.- con el más estricto aplicable en relación con el daño moral -art. 1078-) choca contra el criterio claramente restrictivo que surge de la propia literalidad de la norma que, en su parte pertinente, dice: “... si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos” (véase Ramón Daniel Pizarro: “Daño Moral”, Hammurabi, 2da. edición, pág. 235, nota 82; Gustavo A. Bossert: “Régimen jurídico del concubinato”, Ed. Astrea, pág. 166).- - - - - ///

///-11- En sentido coincidente con esta última posición, no puede desconocerse la existencia de un dictamen del Procurador General, que la Corte Suprema hizo suyo, en el que se expresó: “No es descalificable el rechazo de la indemnización del daño moral reclamada por el concubino de una persona fallecida, ya que tal indemnización es privativa de los herederos forzosos según el art. 1078, último párrafo, del Código Civil, cuya constitucionalidad no fue atacada por el recurrente” (CSJN in re: “F., R. c. Del Rivero, Edgardo S. y otro”, del 02/12/2003, La Ley 14/04/2004, 4).- - - - -

-----3.2.- ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE EJERCITAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO: En mérito a las consideraciones que

antecedentes, en supuestos como éste y frente a la rigidez del sistema legal, la solución más plausible no es otra que asumir, aun de oficio, el control de constitucionalidad de la norma que consagra la limitación en materia de legitimados activos indirectos (art. 1078 del Código Civil).- - - - -

-----La posibilidad de hacerlo está fuera de discusión en el ámbito de nuestro derecho público local, pues, en términos similares a lo que disponen otras Constituciones provinciales (arts. 9 y 132 de la Const. de La Rioja; 10 y 210 de la de San Luis; 154 inc. 3 de la de Tierra del Fuego), el art. 196, 2do. párr., de la Const. de Río Negro expresamente autoriza al Poder Judicial a verificar, a pedido de parte o de oficio, la constitucionalidad de las normas que aplica (véase Ana J. Buzzeo et al., “El derecho procesal constitucional de Río Negro”, de Latitud Sur, 2007, págs. 390 y sgtes.), entre las que ciertamente se encuentran las que conforman el llamado “derecho de fondo”, emanadas del Congreso de la Nación en ejercicio de la atribución contenida en el art. 75 inc. 12 //

///-12- de la Const. Nacional.- - - - -

-----En los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal como señala Carlos Fayt, el reconocimiento del ejercicio del control constitucional de oficio ha merecido tratamientos divergentes. Siguiendo al autor citado, esos diversos criterios pueden rastrearse en cuatro períodos de tiempo, el primero de los cuales nace con el precedente “Municipalidad de la Capital c. Isabel A. Elortondo”, donde el máximo Tribunal nacional expresó: “es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella”. En el segundo, que abarca desde la década de 1940 hasta 1983, se adopta la teoría prohibitiva según la cual “el control de constitucionalidad de los actos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo no se ejercita de oficio”, tal como se sostiene en los autos “S.A. Ganadera Los Lagos c. Nación Argentina”, del año 1946 (Fallos 190:98). El tercero se extiende desde el año 1983 hasta el año 2001, y representa una fisura respecto de la postura restrictiva previa, manifestada en los votos disidentes de los doctores Fayt y Belluscio, tal como puede leerse en los precedentes registrados en Fallos 306:303; 310:1090; 310:1401 y 311:2593, a los que más tarde adhiere el juez Boggiano en Fallos 321:993 y 321:1058. En el primer precedente citado (in re: “Juzgado de Instrucción Militar de Rosario N°

50”), la disidencia de los jueces Fayt y Belluscio sostuvo que “del art. 31 de la Constitución Nacional deriva la facultad de los jueces de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía, ///

///13- nacionales o provinciales, de examinar las leyes en los casos concretos que se presentan a su decisión, comparándolas con el texto y la significación de la Ley Fundamental para averiguar si guardan conformidad a ella, absteniéndose de aplicarlas si las encuentran en oposición; facultad que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de parte”. Por último, el cuarto período se inicia con la causa “Mill de Pereyra”, del 27 de septiembre de 2001 (Fallos 324:3219), en la cual, al voto de los doctores Fayt y Belluscio –emitidos de acuerdo con su postura tradicional- se suman los de los doctores Vázquez –quien ya había adherido al criterio ahora mayoritario en la causa “Mainhard, Edgar Walter s/recurso de casación”, fallada en la misma fecha (Fallos 324:3269-, Bossert y López (autor citado, “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading Cases y Holdings. Casos trascendentes”, págs. 165/172 y sus citas). Un racconto similar a éste puede leerse en el voto del doctor Luis Lutz emitido en autos “QUINTRILEF” de este Cuerpo (Se. N° 102 del 02.04.03).- - - - -

-----Tal tesis, favorable a la procedencia del control de constitucionalidad de oficio, ha sido definitivamente consolidada con el nuevo fallo dictado por el Alto Tribunal, en su nueva integración, en el expediente “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación) s/quiebra”, sent. del 19.08.04. En esta última doctrina se estableció que “... si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de //

///-14- ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente - trasuntado en el antiguo adagio ‘iura novit curia’- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos: 306:303, considerando 4° del voto de los jueces Fayt y Belluscio)”. Asimismo, se expresó que “no podía verse en ello la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí

no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso (confr. fallo precedentemente citado, considerando 5º, Fallos: 324:3219 voto del juez Boggiano, considerandos 11, 13 y 14 y del juez Vázquez, considerandos 15, 16 17 y 19)”.- - - - -

-----3.3.- ACERCA DEL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA QUE CONTIENE EL/
///-15- ART. 1078, 2do. PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL: La norma en cuestión expresa: “La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.- - - - -

-----La alusión a la categoría de herederos forzosos remite a los arts. 3592 y ccdtes. del Código Civil, es decir, a los descendientes, ascendientes y cónyuges. Cabe entonces preguntarse si, a los efectos del reconocimiento del daño moral, existe algún fundamento para distinguir la situación de la legítima cónyuge de la realidad de la conviviente (que, en el caso concreto de autos, ha sido tal durante -por lo menos- nueve años -conf. constancia de fs. 349 y certificado de fallecimiento de fs. 4- y con quien además la víctima tenía dos hijos -conf. partidas de fs. 2 y 3-), para así conceder a una lo que se le niega a la otra en idénticas circunstancias de convivencia estable y de formación de una familia.- - - - -

-----Adelantamos nuestra respuesta negativa, pues no existe razón alguna que pueda llevar a pensar que el daño espiritual que se presume que sufre la esposa como consecuencia de la muerte del marido no sea igual que el que experimenta la concubina, por el solo hecho de no estar unida en la formalidad del matrimonio. El sentimiento en que se basan ambas clases de uniones es el mismo, por lo que -desde ese punto de vista- resulta muy difícil distinguir dos realidades que se presentan al mundo exterior como sustancialmente idénticas, y que solo difieren por el hecho de que el ligamen ha sido revestido de expresas solemnidades en un caso, mientras que en el otro carece de toda

formalidad.- - - - -

-----En tales condiciones, negarle de plano a la concubina //

///-16- el derecho a obtener la reparación del daño moral, aun cuando pueda invocar un perjuicio espiritual serio, grave y relevante, viola el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la C.N.) y sólo parece reposar en una concepción sacralizada de la institución matrimonial que no se condice con los parámetros valorativos de la sociedad de este tiempo en que nos toca vivir.- - - - -

-----No se trata aquí de asumir ninguna posición que pueda ir en desmedro del matrimonio, en el que los cónyuges exteriorizan un nivel de compromiso pleno. Se trata de reconocer que quienes voluntariamente permanecen juntos en el marco de una unión estable y duradera, también asumen responsabilidades mutuas y son artífices de un modelo de familia que no difiere mayormente de aquélla que reposa en el vínculo matrimonial. No puede dejar de destacarse que el art. 31 de la Constitución Provincial dispone: “El Estado protege a la familia, como célula base de la sociedad, establecida, organizada y proyectada a través del afecto, facilitando su constitución y el logro de sus fines culturales, sociales y económicos...”, vale decir que la propia Constitución reconoce como familia a todos quienes están unidos por el afecto, cualquiera sea el molde o modelo constitutivo en la actualidad (véase STJ in re: “LOWEY”, Se. N° 110 del 27.06.07 del protocolo de la Secretaría N° 1).- - - - -

-----Por lo demás, tampoco se advierten razones que justifiquen reconocerle a la concubina el derecho a reclamar el resarcimiento del daño material derivado de la muerte de su compañero (arts. 1068, 1077, 1079, 1109 y ccdtes. del Código Civil); reconocerle el derecho a pensión (el art. 53 de la ley 24241 establece el derecho de cualquiera de ambos convivientes que lo hubieran hecho públicamente en aparente//

///-17- matrimonio durante por lo menos cinco años anteriores al fallecimiento, plazo que se reducirá a dos años cuando hubiere descendencia); reconocerle el derecho a ser beneficiaria de la indemnización por extinción del contrato de trabajo por muerte del trabajador (art. 248 LCT), entre otros, y negarle la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño moral.- - - - -

-----“Cuando se pone sobre el tapete el elemento formal del parentesco (o más severamente, como en la ley argentina, la condición de heredero forzoso) es porque ello trasunta ‘presumiblemente’ (no de modo absoluto) una realidad espiritual menoscabada; hasta el punto... de que el elemento formal no bastaría para justificar la indemnización si se acreditase que ningún lazo de afecto había con el extinto. Pues bien,

la misma argumentación posee fuerza operativa a la inversa: si la lesión espiritual concurre efectivamente, no se avizora cuál sería la razón para que el defecto de aquel lazo formal impida la reparación” (Matilde Zavala de González: “Resarcimiento de daños”, T° 2b –Daños a las personas-, Hammurabi, pág. 395).- - - - -

-----La Suprema Corte de Buenos Aires, que en un precedente anterior había reconocido la legitimación de la concubina para reclamar por daño material y se la había denegado por daño moral (in re: “V., M. c. C., J. M. y otro”, del 7/5/03), recientemente declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civ. y reconoció una indemnización por daño moral a los padres de un menor que quedó cuadripléjico por una mala praxis médica como consecuencia de una falla del aparato que le suministraba anestesia (en autos “L.A.C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro”, del 16/05/2007 -La Ley Buenos Aires, número 5, junio 2007, págs. 503 y sgtes.-); ///

///-18- recordemos aquí que la norma legal sólo otorga legitimación activa al “damnificado directo”, en este caso, al menor, para reclamar por daño moral.- - - - -

- - -

-----No obstante haber denegado la indemnización por daño moral, en aquel primer caso es necesario destacar el meduloso voto del doctor Pettigiani, quien parte de la base de que debe ser resarcido “todo aquello de lo que el damnificado ha dejado de gozar como consecuencia del ilícito, que tenga una relación de causalidad adecuada respecto de la conducta que ha provocado tal carencia”. En este punto, pone de resalto que no puede considerarse que “la relación concubinaria, prolongada en el tiempo por definición, vocación de permanencia, calificada por un especial vínculo afectivo, excluyente de toda otra relación simultánea con caracteres similares, destinada a pervivir si no fuera por el hecho ilícito que la trunca, pueda calificarse de inmoral o se encuentre de alguna manera proscripta en el ordenamiento jurídico”. Sobre esta misma temática, puede consultarse también a Jorge Mosset Iturraspe (“Responsabilidad por daños”, T° V –El daño moral-, Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 247 y sgtes.) y Silvia Y. Tanzi y Ethel Humphreys (“Daño moral y concubinato. Legitimación para su reclamo”, La Ley Buenos Aires, número 2, marzo de 2005, págs. 133 y sgtes.).- - - -

-----Desde una perspectiva distinta, pero aún en definitiva, cabe destacar que el derecho a la reparación del daño material o moral injustamente sufrido, derivado del principio “alterum non laedere”, ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos como derecho de raíz constitucional con sustento en el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional (véase CSJN in

re: “Santa Coloma, Luis F. y otros c. ///

///-19- Ferrocarriles Argentinos”, del 05/08/86, Fallos 308:1160; “Gunther, Fernando c. Gobierno Nacional”, del 05/08/86, Fallos 308:1118 y “Luján c. Nación Argentina”, del 05/08/86, Fallos 308:1109) (véase Ramón Daniel Pizarro, op. cit., págs. 354 y sgtes.).- -

-----Si bien con posterioridad la Corte pareció haber acotado su doctrina en el fallo dictado en la causa “GOROSITO” (del 01.02.02), donde se pronunció por la constitucionalidad del art. 39 de la LRT y proclamó un criterio más restrictivo al sostener que el principio de reparación plena es un concepto sujeto a limitaciones, tanto en el Código Civil como en otros sistemas, y que la imposición de tales limitaciones constituye una facultad discrecional del Congreso Nacional “no susceptible de cuestionamiento con base constitucional salvo que se compruebe la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a garantías constitucionales”, en fecha todavía más reciente, y con su actual integración, nuevamente modificó esa doctrina y declaró la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT, en tanto esa norma impedía acceder a una reparación integral, en autos “AQUINO, ISACIO c. CARGO SERVICIOS INDUSTRIALES S.A.”, del 21.09.04, ya citado.- - - -

-----En oportunidad de analizar el mencionado fallo, este STJ -entre otras consideraciones- dijo: “Entender que ‘Aquino’ es la continuidad de ‘Gorosito’ con otros argumentos es desentenderse del núcleo central de la argumentación, en tanto se pone al hombre como ‘eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental’ (Campodónico de Beviacqua, Fallos 323:3239)” (STJ in re: ///

///-20- “SAN MARTÍN”, Se. N° 27 del 02.03.05).- - - - -

-----Más recientemente aún, la CSJN dictó sentencia en autos “Díaz, Timoteo F. c/ Vaspia S.A.”, del 07.03.06, en la que emitió su voto la doctora Carmen Argibay, quien no integraba la Corte al fallarse la causa “AQUINO”. En esa ocasión, la señora Ministro manifestó su coincidencia con el voto de los Jueces doctores Petracchi y Zaffaroni y, de acuerdo con su propia interpretación de éste, expresó: “La referida exención de responsabilidad [en referencia concreta a la que disponía el art. 39 de la LRT] se reputó contraria al principio alterum non laedere y de reparación integral, incluido en el artículo 19 de la Constitución Nacional [...] De modo coincidente con el voto reseñado en el párrafo anterior, y a diferencia de lo postulado en el precedente ‘Gorosito’,

considero que el artículo 39.1 de la LRT no puede ser presentado como una norma en principio constitucional, en la medida que su letra desconoce la regla según la cual todas las personas tienen derecho a la protección de las leyes contra la interferencia arbitraria o ilegal de terceros en sus vidas o en el ejercicio de sus derechos (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional)” (consid. 7º; véase además consid. 12º).- - - - -

-----Tales pautas de análisis resultan aplicables al caso en examen, pues parece evidente que una limitación como la que aquí se trata degrada la esencia misma del derecho a la reparación integral del daño injustamente sufrido (véase Ramón Daniel Pizarro, op. cit., págs. 375 y sgtes.), es decir, supone que se niegue un derecho frente a un hecho ilícito que ha interferido abruptamente, interrumpiendo la vida de pareja y de familia.- - - - -

-----En el plano supranacional, la Convención Americana ///

///-21- sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por ley 23054 e incorporada a la Constitución Nacional por vía del art. 75 inc. 22, contiene criterios amplios y flexibles en materia de daños a las personas. Así, el art. 5.1 proclama que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica o moral, y el art. 11.2 establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada ni en la de su familia. En este sentido, destaca Pizarro que, “tratándose de personas que sin alcanzar la calidad de sucesores han experimentado un daño patrimonial o espiritual grave, derivado de la muerte de otra persona, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se inclina por otorgar legitimación activa” (autor y op. cit., pág. 377). De ello concluye que “la limitación que en materia de legitimación activa por daño moral consagra el art. 1078 del Código Civil, en muchos casos, deviene hoy en inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto del que fluye nítidamente de las pautas supranacionales. Las respuestas que en la hora actual, de lege lata, pueden hallarse esforzadamente en la parte dogmática de la Constitución Nacional para la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil en materia de legitimación activa, encuentran sustento más elocuente y flexible en aquellas normas y principios consagrados por los pactos internacionales sobre derechos humanos, hoy incorporados a la Carta Magna por vía del art. 75, inc. 22” (op. y pág. cit.).- - - - -

-----En mérito a todo ello, corresponde declarar en el presente caso la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, en cuanto impide a la concubina

reclamar por //

///-22- el daño moral derivado de la muerte de la persona con quien ha convivido en aparente matrimonio.- - - - -

-----4.- CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MATERIAL (LUCRO CESANTE) DERIVADO DE LA MUERTE DE LA VÍCTIMA: Concretamente, el agravio recursivo reside en el hecho de que, al momento de cuantificar el daño material, no se dedujo suma alguna que reflejara lo que la víctima destinaba a su consumo personal.-

-----Adelantamos nuestra postura favorable a la procedencia del agravio pues cuando se trata de determinar la pérdida anual que los causahabientes sufren por la muerte de la víctima, siempre debe restarse lo que ésta destinaba a la satisfacción de sus propias necesidades (véase Matilde Zavala de González: “Resarcimiento de daños”, T° 2b –Daños a las personas-, Hammurabi, págs. 473 y sgte.). Dicho en otros términos, ese cálculo “habrá de basarse, no en el importe neto de las ganancias [del causante] durante aquel período, sino en la parte que realmente destinaba a la atención de los requerimientos de su familia, deduciendo la que se dirigía a la satisfacción de sus propias necesidades y bienestar personal” (TSJ Córdoba, 22/3/84, Diario Jurídico, 8/5/84 y LLC 1984-961, en autor y op. cit., pág. 469)- - - - -

-----Si bien usualmente se ha tomado la pauta del 25% del ingreso como parámetro para reflejar el consumo personal de la víctima, no puede desconocerse que la determinación de ese porcentaje dependerá de un cúmulo de circunstancias (nivel de ingreso y edad de la víctima, conformación de su núcleo familiar, edad de los hijos, etc.) capaces de incidir en esa estimación, las que, en definitiva, deberán ser ponderadas en cada caso particular.- - - - -

-----En este caso concreto consideramos prudente valorar que, al momento del fallecimiento del señor Migone, sus hijos ///

///-23- menores tenían nueve y un año, respectivamente (conf. partidas de nacimiento de fs. 2 y 3 y de defunción de fs. 4). En consecuencia, el período de minoridad sobreviniente, especialmente respecto de su última hija, es bastante mayor que los diez años que se computaron teniendo en cuenta lo que le faltaba hasta alcanzar la edad jubilatoria (65 años). En atención a ello, estimamos razonable fijar en el 15% del ingreso el porcentaje deducible en concepto de consumo personal de la víctima y, en consecuencia, establecer la indemnización por daño material en la suma de \$ 225.354 al 14/10/00, resultante de restar un 15% al monto fijado por la Cámara por igual concepto.- - - - -

-----5.- LA RESPONSABILIDAD DE LA ART: En el último agravio, la demandada cuestiona la eximición de responsabilidad de la ART decidida por la Cámara con fundamento en que la indemnización civil reconocida no resultaba riesgo cubierto pues excedía la cobertura contratada, lo que daba lugar a que se configurara un supuesto de no seguro.-----

-----Al respecto, cabe destacar que en fecha próxima este Superior Tribunal analizó un agravio similar planteado contra idéntica decisión de la Cámara en autos “CURIQUEO” (Se. N° 43 del 07.05.07). En dicha ocasión se expresó: “Cuando en la causa ‘\AQUINO’ (del 21.09.04) la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la LRT, dejó a salvo una advertencia final: ‘\... la solución alcanzada no acarrea la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguidos por la LRT. En efecto, es manifiesto que del hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la LRT origine la eximición de responsabilidad civil del ///

///-24- empleador (art. 39, inc. 1), no se sigue que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley. De tal suerte, este pronunciamiento no sólo deja intactos los mentados propósitos del legislador, sino que, a la par, posibilita que el empleador pueda encontrar protección en la medida del aseguramiento’ (Suplemento especial del diario La Ley, 27 de setiembre de 2004, pág. 49).-----

-----“Vale decir que, en la interpretación efectuada por la Corte, aun el acogimiento de la pretensión de inconstitucionalidad de la norma de la LRT que impide optar por el derecho común (art. 39 LRT) no empece a que la ART deba asumir las obligaciones contraídas en el marco de la ley especial (in re: ‘\GONZALEZ’, Se. N° 68 del 12.05.05; ‘\DURAN’, Se. N° 11 del 27.02.07).-----

-----“Si así no fuera, se produciría una suerte de reenvío de un extremo al otro del péndulo, pues del supuesto originario de eximición de responsabilidad del empleador-asegurado (cuyos resultados notoriamente injustos para el trabajador motorizaron los embates jurídicos que culminaron con la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT) se pasaría a una nueva situación en la que se terminaría consagrando la eximición de responsabilidad de la ART sólo por el hecho del fundamento normativo elegido para efectuar el reclamo, con el agravante de que quien percibió las primas del seguro nada debería desembolsar frente al acaecimiento del riesgo asegurado (accidente o enfermedad profesional). Adviértase aquí que no se discute la cobertura de rubros

tales como 'daño moral' o 'pérdida de la chance', que por ser notoriamente extraños a los alcances de la póliza emitida en/

///-25- los términos de la ley 24557 no generan responsabilidad alguna de las ART (véase doctr. de este STJ in re: 'SEPÚLVEDA', Se. N° 157 del 07.12.05; 'ZANI', Se. N° 111 del 01.11.06), sino de rubros tales como 'daño emergente' y 'lucro cesante' que conforman el ámbito de la responsabilidad sistémica de la LRT, aun cuando para la mensuración del monto indemnizable se recurra a procedimientos de cálculo diferentes.-

- - - - -

-----“Lejos de entender que la ART pudiera quedar eximida de responder en los supuestos en que se demanda con fundamento en las normas del derecho común, en autos 'MORA POLANCO' (Se. N° 73 del 02.06.05) y, más recientemente, en autos 'ZANI' (Se. N° 111 del 01.11.06), este Cuerpo analizó la concurrencia de las responsabilidades del empleador-asegurado y de la ART, y concluyó que se trataba de obligaciones conexas.- - - - -

-----“En efecto,... en el primero de los precedentes citados [se] sostuv[o]: '... hasta el límite de las prestaciones a cargo de la ART, la condena sólo debió comprender a la aseguradora. Superado ese límite, e ingresando ya en el ámbito de la llamada responsabilidad extrasistémica donde se incluyen las acciones del trabajador o sus derechohabientes por los daños y perjuicios no comprendidos en la cobertura de la ley 24557 –es decir, la reparación integral reclamada por los actores con fundamento en el Derecho Civil por responsabilidad subjetiva u objetiva del empleador (arts. 509, 1109 y 1113 del Cód. Civil)- al que se accede previa declaración de inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24.557, aparece la responsabilidad directa del empleador...'. - - - - -

- - - - -///

///-26- “En este mismo orden de ideas, posteriormente la Suprema Corte de Mendoza dijo: 'No queda duda, entonces, que la normativa en análisis determina claramente obligaciones individuales e independientes a cargo de sujetos de derecho diferentes, en el supuesto de resultar procedente la reparación integral en los términos del derecho común: el empleador, según la normativa del CC y la ART según la normativa de la LRT, siendo dicha responsabilidad sucesiva y concurrente. Esta conclusión excluye todo supuesto de solidaridad, pudiendo afirmarse que en la materia no nos encontramos ante obligaciones solidarias sino ante obligaciones conexas. Es así por cuanto en las obligaciones solidarias la concentración de la obligación en cada sujeto se produce en virtud de una misma fuente obligacional, mientras que en las obligaciones conexas la

responsabilidad surge de distintas fuentes jurídicas, por lo que son independientes entre sí aunque medie entre ellas la conexión resultante referida a un idéntico objeto\' (SCMza., Sala II, \'Domínguez, Oscar C. c/ Disco S.A.\' del 05.11.05, LL Gran Cuyo, año 11, N° 1, febrero de 2006)”.- - - - -

-----Habiéndose denunciado pronunciamientos contradictorios sobre la materia en examen, corresponde ratificar los lineamientos que surgen de los párrafos supra transcritos como la doctrina legal de este Cuerpo, con la función unificadora de la jurisprudencia que le es propia (art. 43 ley 2430). La casación se coloca de esta manera como ápice jurisdiccional para evitar las dificultades que emanan de una jurisprudencia contradictoria, de modo que de sus fallos surja la interpretación que debe darse a las normas jurídicas puestas en discusión. De allí que se la considere fuente de//

///-27- enseñanza jurídica y desarrollo vivo y fecundo del derecho nacional en todas sus múltiples manifestaciones, en todas sus beneficiosas adaptaciones a las necesidades de la civilidad y la convivencia social (cfr. Mortara, citado por Calamandrei, “La Casación”, pág. 98).- - - - -

-----La indemnización que aquí se reconoce en los términos del derecho común es plena e integral, razón por la cual incluye los montos que la ART hubiera liquidado en los términos de la ley 24557. Si así no fuera, se llegaría a un resultado en el que el trabajador –o, en este caso, sus causahabientes- percibirían dos indemnizaciones distintas por un mismo hecho, lo que a su vez conduciría a una duplicación de las indemnizaciones.- - - - -

-----En consecuencia, en el caso particular de autos, de la indemnización integral que la demandada deberá abonar en concepto de daño material habrá de deducirse el monto de la prestación dineraria oportunamente otorgada por Provincia ART S.A. por la suma de \$ 93.480,25 a valores históricos (art. 15, ap. 2, 2do. párr., de la ley 24557), la que fue depositada en la cuenta de capitalización individual que el señor Migone tenía en Futura AFJP (conf. informe de 679), según el sistema aplicable al momento del accidente que permitía el pago mediante una renta periódica.- - - - -

-----Llegado a este punto se estima necesario formular una breve digresión, pues a la fecha del presente pronunciamiento no puede desconocerse la doctrina sentada por la CSJN en la causa “MILONE” (Se. del 26.10.04), en la que el alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 14.2.b de la LRT por entender que el esquema original de la ley 24557 -que preveía pagos mensuales derivados de una renta como única prestación dineraria en caso de incapacidad permanente parcial /// ///-28- definitiva superior al

50%- impedía en ciertos casos que se cumpliera el sentido y la finalidad del resarcimiento. En ese orden de ideas, la Corte –entre otras consideraciones- expresó: “Que, desde otra perspectiva, está fuera de toda duda que una discapacidad, sobre todo de las comprendidas por el art. 14.2.b, repercutirá no sólo en la esfera económica de la víctima, sino también en diversos aspectos de su personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural y social, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 315:2834, 2848, considerando 12, entre muchos otros). Un trance de tanta gravedad, por ende, llevará seguramente al trabajador y, en su caso, a la familia de éste a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a la que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo. Es precisamente por ello que el medio reparador, de ser inadecuado, puede añadir a la mentada frustración, una nueva, tal como sucede con el sistema originariamente previsto por la LRT. En efecto, esta última reduce drásticamente el universo de opciones que le permitirían al trabajador reformular dicho proyecto. Por su carácter, el art. 14.2.b impide absolutamente las alternativas realizables mediante una indemnización de pago único, aun cuando fueran más favorables a la víctima, la que deberá contentarse con escoger dentro del marco más que estrecho que le impone la renta. De tal manera, y si bien cabe descartar que sea un fin querido por el legislador, lo decisivo es que el ámbito de libertad constitucionalmente protegido en el que se inserta el proyecto de vida, es objeto de una injerencia reglamentaria irrazonable al no encontrar sustento en ningún fin tutelar legítimo”.- - - - - ///

///-29- Tales argumentos expuestos por la Corte para fundar la declaración de inconstitucionalidad del art. 14.2.b de la LRT resultan en principio aplicables al presente caso, pues, al igual que en el fallado por la Corte, también aquí la estructura primigenia de la LRT preveía pagos mensuales derivados de un capital como única indemnización en caso de fallecimiento (art. 15, ap. 2, 2do. párr.) (véase Ricardo Foglia: “Sobre la forma de pago periódica de algunas prestaciones dinerarias de la LRT”, en J.A. 2004-IV, fascículo N° 8, número especial –El Derecho Laboral en la nueva integración de la Corte-, págs. 43 y sgtes.). Al respecto, cabe destacar que en autos ninguna injerencia tiene el hecho de que el decreto 1278/00, que incorporó el ap. 4 del art. 11 de la LRT, haya adicionado, para la incapacidad permanente parcial y total definitivas y para la muerte, una prestación de pago único (en este último caso de \$ 50.000), pues dicho decreto no se hallaba vigente al tiempo en que se produjo el accidente.- - - - -

-----No obstante ello, la diferencia con el caso fallado por la Corte estriba en el hecho de que por vía de este pronunciamiento los derechohabientes obtienen la reparación integral del daño provocado por la muerte del trabajador, de modo tal que se termina articulando un sistema mixto de reparación que combina el pago único del capital de condena con la renta periódica vitalicia a cargo de la AFJP (véase fs. 679), con lo que se entiende suficientemente satisfecho “el objetivo reparador cuya realización se procura” (CSJN in re: “MILONE”, consid. 9°).-----

-----En definitiva, el monto de condena por daño material ascenderá a la suma de \$ 131.874, que surge de restar a \$ 225.354 (conf. punto 4) la prestación dineraria cumplida /// ///-30- por la ART por valor de \$ 93.480 (conf. fs. 679). Dicha suma, con los intereses correspondientes calculados a la tasa “mix” desde la fecha del infortunio hasta el 30/09/07 (106,18%), arroja el total de \$ 271.898. NUESTRO VOTO.- - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis Alfredo LUTZ dijo:-----

-----Atento a la coincidencia de los votos precedentes, ME ABSTENGO de emitir opinión.-----

A la segunda cuestión los señores Jueces doctores Alberto I. BALLADINI y Víctor Hugo SODERO NIEVAS dijeron:-----

-----Por todo lo expuesto al tratar la primera cuestión, proponemos al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte demandada a fs. 883/898 y, en consecuencia, condenar a EdERSA a abonar a los actores –en la proporción establecida por la Cámara de grado- la suma de \$ 271.898 en concepto de daño material e intereses calculados desde la fecha del siniestro hasta el 30/09/07 (arts. 296 y ccdtes. del CPCyC. y 52, 53 y ccdtes. de la ley 1504). También proponemos declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y, en consecuencia, confirmar la condena impuesta por la Cámara en concepto de daño moral a favor de la concubina y los hijos del trabajador fallecido por la suma de \$ 120.000, la que con los intereses devengados desde la fecha de la sentencia de Cámara hasta el 30/09/07 (19,94%) asciende a \$ 143.928, todo lo cual totaliza un monto de condena de \$ 415.826. Las costas de esta instancia se deberán imponer en un 25% a la parte actora y en el 75% restante a la parte demandada (art. 71 CPCCm), y las correspondientes a la intervención de Provincia ART S.A. en el orden causado. La Cámara de grado deberá proceder a ajustar las regulaciones de honorarios /// ///-31- correspondientes a la primera

instancia en función de la solución que se le imprime al asunto. Finalmente propiciamos que, por su actuación ante esta vía, se regulen los honorarios del doctor Rafael AUGUGLIARO en el 30% y los del doctor Alberto M. LLAMBÍ en el 25% de los que les correspondan, en cada caso, en la instancia de origen, calculados en función del monto involucrado en la impugnación, el que debe entenderse como la suma de los rubros por los que prospera la demanda con sus respectivos intereses más la suma de los montos debitados en la presente (puntos 4 y 5), lo que en total conforma un monto base de \$ 549.074. También proponemos que se regulen los honorarios de los doctores Mauricio J. YEARSON y Edgardo T. BAGLI –en conjunto- en el 30% de los que les correspondan en la instancia de origen calculados en función de la suma involucrada en la impugnación, esto es, \$ 93.480, por tratarse del límite de la cobertura contratada con la ART. ASÍ LO VOTAMOS.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis Alfredo LUTZ dijo:- - - - -

-----ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte demandada a fs. 883/898 y, en consecuencia, condenar a EdERSA a abonar a los actores –en la proporción establecida por la Cámara de grado- la suma de \$ 271.898 en concepto de daño material e intereses calculados según la tasa “mix” desde la fecha del siniestro hasta el 30/09/07 (arts. 296 y /

///-32- ccdtes. del CPCyC. y 52, 53 y ccdtes. de la ley 1504).- - - - -

- - - - - Segundo: Declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y, en consecuencia, confirmar la condena impuesta por la Cámara en concepto de daño moral a favor de la concubina y los hijos del trabajador fallecido por la suma de \$ 120.000, la que con los intereses devengados desde la fecha de la sentencia de Cámara hasta el 30/09/07 (19,94%) asciende a \$ 143.928.- - - - - Tercero: Imponer

las costas de esta instancia en un 25% a la parte actora y en el 75% restante a la parte demandada (art. 71 CPCCm), y las correspondientes a la intervención de Provincia ART S.A. en el orden causado.- - - - - Cuarto: Remitir las actuaciones a la

Cámara de origen para que proceda a ajustar las regulaciones de honorarios correspondientes a la primera instancia en función de la solución que se le imprime al

asunto.- - - - - Quinto: Regular -por su actuación ante esta instancia- los honorarios del doctor Rafael AUGUGLIARO en el 30% y los del doctor Alberto M. LLAMBÍ en el 25% de los que en cada caso les correspondan en la instancia de origen, calculados en función del monto involucrado en la impugnación, el que debe entenderse como la suma de los rubros por los que prospera la demanda con sus respectivos intereses más la suma de los montos debitados en la presente, lo que en total conforma un monto base de \$ 549.074. En ambos casos los honorarios deberán ser oblados dentro del plazo de diez (10) días. Notifíquese a la Caja Forense y cúmplase con la ley 869.- - - Sexto: Regular -por su actuación en esta instancia- los honorarios de los doctores Mauricio J. YEARSON y Edgardo T. BAGLI -en conjunto- en el 30% de los que les correspondan en la instancia de origen calculados en función de la suma de \$ 93.480, por tratarse del límite de la cobertura contratada //

///-33- con la ART, los que deberán ser abonados dentro del plazo de diez (10) días. Notifíquese a la Caja Forense y cúmplase con la ley 869. - - - - -

Séptimo: Registrar, notificar y oportunamente devolver las presentes actuaciones.- - - - -

- - - - -

ALBERTO I. BALLADINI -Juez-

VÍCTOR H. SODERO NIEVAS -Juez-

LUIS A. LUTZ -Juez en abstención-

ANTE MI: GUSTAVO GUERRA LABAYEN -Secretario-

TOMO: III

SENTENCIA: 100

FOLIO N°: 720 a 752

SECRETARIA: 3