

Accidente Laboral Muerte Por Electrocucion Trabajos De Excavacion

JURISPRUDENCIA

Accidente laboral. Muerte por electrocución. Trabajos de excavación

Se eleva el monto indemnizatorio, se extiende la condena a la aseguradora de riesgos del trabajo, y se confirma el resto de la sentencia apelada, en cuanto hizo lugar a la demanda que perseguía la indemnización por el accidente laboral en el que perdiera la vida un trabajador que se encontraba realizando tareas de excavación, al recibir una descarga eléctrica. En Buenos Aires, a los 17 días del mes de agosto de 2017, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: ?A. L. y otros c/ Construcsur S.R.L. y otros s/Daños y perjuicios?, y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Kiper dijo: Contra la sentencia dictada en primera instancia (fs. 1794/1811), que hizo lugar a la demanda iniciada por L. A., D. C. A., B. T. C. A. y M. J. C., que perseguía la indemnización por el fallecimiento de Ignacio C. F., expresan agravios los actores a fs. 1867/1881, la demandada Construcsur S.R.L a fs. 1827/1835, la demandada Edesur S.A. 1851/1865, la demandada Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a fs. 1838/1845, y la Sra. Defensores de Menores de Cámara a fs. 1917/1920. Corrido el pertinente traslado, contestaron la actora (fs. 1903/1914), Construcsur S.R.L. (fs. 1885/1888), el G.C.B.A. (fs. 1890/1895 y 1896/1897) y la Defensora de Menores de Cámara (fs. 1917/1920). También contestó el tercero citado Experta S.A. a fs. 1900/1901. Se agravan los actores y la Sra. Defensora de Menores e Incapaces por el monto fijado en concepto de valor vida, daño moral, el rechazo del daño psíquico, y las sumas otorgadas por tratamiento psicoterapéutico. Entiende que resultan insuficientes y solicitan se eleven. Por su parte, la demandada Construcsur S.R.L. cuestiona que se le haya atribuido la responsabilidad del evento, que no se haya hecho extensiva la condena a Experta A.R.T. S.A., el monto de la indemnización y la tasa de interés fijada. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires reprocha la responsabilidad que se le imputa en la sentencia, los rubros indemnizatorios y por la tasa de interés. Finalmente, Edesur S.A. se agravia del rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, de la responsabilidad que se le endilga, de los rubros que integran la indemnización y de la tasa de interés. Es un hecho no controvertido que el día 25 de enero de 2003, un poco antes de las 17.10 hs. ocurrió un accidente laboral en el que perdiera la vida el Sr. Ignacio C. F.. El hecho tuvo lugar cuando la víctima se encontraba realizando tareas de excavación para la empresa Construcsur S.A., en la avenida Entre Ríos al 1055. La referida empresa es contratista de Edesur S.A., y había desplegado la cuadrilla que integraba el occiso para efectuar tareas de renovación de la red subterránea de baja tensión. Tampoco se discute que la muerte fue producto de la descarga eléctrica sufrida por el Sr. C. F. No se encuentra discutido que los actores recibieron por el siniestro la suma de \$ 50.000 por parte de La Caja ART (actualmente Experta ART). Antes de adentrarme al tratamiento de los agravios resaltaré que, en cuanto al encuadre jurídico que habrá de regir esta litis, atendiendo a la fecha en que tuvo lugar el accidente, resulta de aplicación lo establecido en la normativa contenida en el Código Civil, hoy derogado, por aplicación de lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente vigente, sin perjuicio de señalar, claro está, que a idéntica solución se arribaría aplicando las normas pertinentes de este último cuerpo legal. 1. En primera medida, corresponde que me expida en relación a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Edesur S.A. La excepcionante alega que el contrato que unía a la víctima con Construcsur no le es oponible, y que habiendo contratado a esta para el mantenimiento de la red de media y baja tensión, no estaría obligado a garantizar la seguridad de los trabajadores. Expone también que no era su obligación supervisar las obras que realizaba la empresa contratada pues ello no surge del contrato suscripto entre ellas. Si bien la magistrada de grado no trató expresamente esta defensa, fue clara al condenar solidariamente a esta parte a la reparación de los daños sufridos por los actores. He sostenido que la falta de legitimación es la no coincidencia de la persona - actor o demandado- con las personas especialmente designadas por la ley, para asumir esas calidades con referencia a la cuestión planteada (KIPER, Claudio M. y COLOMBO Carlos J., Código Procesal Civil y Comercial, Tomo III, 3ra Ed., Ed. La Ley). El apelante, en su agravio, no hace otra cosa que replicar los argumentos esgrimidos en su escrito de demanda, sin atacar el fundamento por el cual la a quo la condenara. Esto es, que Edesur, como concesionaria del servicio resulta también responsable por haber contratado a la empleadora de la víctima electrocutada, y que en el marco de la obligación de supervisión que le es propia a su actividad, debió garantizar su indemnidad. Entiendo que eso lleva a confirmar lo resuelto en relación a esta defensa. 2. Veamos ahora los agravios formulados respecto de la responsabilidad. Antes de examinarlos, quiero recordar que, a mi entender, es correcto el encuadre jurídico otorgado al caso por el anterior sentenciante, dentro de la responsabilidad extracontractual (artículo 1113 segundo párrafo, 2da parte, del Código Civil). Esta norma -señala la doctrina- contiene una inversión de la carga de la prueba que beneficia a la parte actora y que lleva a presumir la responsabilidad del dueño de la cosa con la que se causó el daño. Sea que se considere que el mismo se ha producido por el vicio o por el riesgo de la

cosa, la situación en este aspecto no varía, pues la presunción sólo quedará sin efecto si media un factor interruptivo de la relación causal, lo que no ocurrirá más que cuando el imputado demuestre que medió culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Para que rija el art. 1113 no basta con que haya intervenido una cosa en la causación del daño, sino que debe haber sido causado por ella y que no haya sido un mero instrumento que responda exactamente a la voluntad del agente. En la primera parte del segundo párrafo de la norma citada, se alude a daños ocasionados por cosas por cualquier causa que no sea su riesgo o vicio, mientras que en la segunda parte se trata de daños causado por el riesgo o vicio de la cosa (cfr. Belluscio-Zannoni, Código Civil Comentado, Tomo 5, pág. 458). Además, las cosas no son peligrosas en sí mismas, sino por el uso a que están destinadas y en las circunstancias en que son empleadas o resultan determinantes del daño. Claro está que hay objetos que normalmente resultan peligrosos y son fuente autónoma de daños (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, ¿Daño causado con la cosa o por la cosa?, LL 1989-A-508). Asimismo, se ha dicho que el riesgo o el vicio de la cosa no se presumen, como tampoco se presume que ella fuera apta para repotenciar, recrear o aumentar la posibilidad de daño. Así, si la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, debe demostrar la existencia de ese riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno u otro y el perjuicio (cfr. CSJN, 19-11-91, LL 1992-D-228). Es sabido que la electricidad, a la que resultan aplicables las disposiciones referentes a las cosas -art. 2311, Cód. Civil- presenta una condición esencialmente riesgosa que somete a quienes la utilizan como dueños o guardianes a las consecuencias legales previstas en el art. 1113, segundo párrafo, última parte, del Código Civil. (conf. CNCivil, sala G, H.A., I. c. Edesur S.A., 13/06/2008, La Ley Online, AR/JUR/5515/2008). Entonces, el encuadre de los daños provocados por la electricidad en las disposiciones del art. 1113, apartado segundo, última parte, del Código Civil, determina que el titular de su producción y transporte resulten, en principio, responsables por los daños provocados a su influjo, sirviendo a su liberación eventual no la prueba de su diligencia sino la interferencia causal o ruptura del vínculo de causalidad adecuada que la ley prevé, cuales son la culpa de la víctima, de un tercero por quien no deba responder o el caso fortuito. (CNCivil, sala G, H.A., I. c. Edesur S.A., 13/06/2008, La Ley Online, AR/JUR/5515/2008) Los daños producidos como consecuencia del suministro de energía eléctrica deben encuadrarse en los supuestos de riesgo o vicio de la cosa previstos por el art. 1113 del Código Civil, y la empresa que lo suministra como dueña o guardiana hasta su consumo, debe extremar las precauciones para que el servicio público se lleve a cabo en las mejores condiciones posibles de seguridad, cuidando y supervisando que la cosa no ocasione daños a terceros, pudiendo eximirse de responder acreditando causa ajena, culpa de la víctima o un tercero o caso fortuito. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C ? F., N. G. c. Edesur S.A., 13/03/2007, JA 11/07/2007, 54, LLO ? JA 2007- III, 148, AR/JUR/2907/2007) La demandada Construcsur S.R.L. funda su agravio en que la causa de la descarga que resultara mortal para C. F. fue que el cable alimentador de alumbrado público no se encontraba protegido mecánicamente con ladrillos ni ninguna otra protección similar. Agrega que el cable se encontraba sobre el lateral de la zanja, instalado a una profundidad de 30 cms., cuando la exigida para ese tipo de cable es de al menos 60 cms. conforme lo exige la Asociación Electrotécnica Argentina y en violación a lo dispuesto por el Digesto Municipal de la Ciudad de Buenos Aires N° 82 Infraestructura de Servicios Públicos. Afirmar también que Construcsur S.R.L. no es propietaria del cableado ni tiene a su guarda la cosa que generó el daño. Detalla, que de la documentación que oportunamente le adjuntara al perito mecánico, surge que le entregó una serie de elementos de seguridad a la víctima apenas tres meses antes del siniestro, por lo que resultaría llamativo que a la fecha del hecho pudiera tenerlos en mal estado. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, argumenta que no existe nexo causal entre el contacto (en este caso de la pala que empuñaba la víctima) y el daño, ya que la causa eficiente de producción del daño resultó la ausencia de herramientas en buen estado, así como que el occiso no contara con adecuados elementos de seguridad. Esa omisión es, a su entender, interruptiva de la relación causal. Por su parte, Edesur S.A. expone en su agravio que el cable que produjo la descarga eléctrica, y que se encontraba mal instalado, provenía del alumbrado público a cargo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Éste se encontraba ubicado bajo tierra sin la protección adecuada como para resistir el impacto de una pala o pico, y que esa circunstancia no le es atribuible. Examinaré a continuación la prueba producida en relación al hecho. A causa del fallecimiento se promovieron los autos ?Salonia Vicente Marcelo s/ Muerte por causa dudosa?, allí la División Siniestros de la Superintendencia Federal de Bomberos de la Policía Federal realizó un pormenorizado informe técnico sobre el hecho. De aquel surge que el día del hecho personal de la empresa ?Construcsur? ? ...se hallaba realizando tareas para la obra de RENOVACIÓN DE RED SUBTERRÁNEA DE BAJA TENSIÓN, consistente en el zanjeo discontinuo sobre la citada avenida...? A partir de dicha excavación y paralela a la misma sobre una de sus paredes laterales, se pudo visualizar parte de dos cables subterráneos. El personal policial observó todo a lo largo de la fosa el tendido de dos cables de 3 x 380 Volt los que formaban parte del plan de renovación. Estos cables se hallaban cubiertos y protegidos con ladrillos para prevenir el terreno de los mismos, tal como lo indica la reglamentación de la ?Asociación Electrotécnica Argentina? en su ítem N° 771.12.4.2.1 ?Tendido de cables y canalizaciones subterráneas directamente enterradas?. Por otra parte se apreció sobre un extremo de la zanja, un tramo de cable tipo taller con recubrimiento de caucho, el cual carecía de la citada cobertura protectora de

ladrillo y en forma paralela a los anteriores para luego curvarse y desviarse en dirección perpendicular (hacia el lado de la calle). En ese mismo acto se determinó que este último cable pertenecía al alumbrado público de un sector de dos columnas, las que tenían su trayecto desde una caja de gabinete sobre la pared, a la altura de Entre Ríos 1017/23 identificada con las siglas A.P. (alumbrado público) con dos fusibles. También se peritó la vestimenta que lucía la víctima el día del hecho. En su análisis se expuso que ?...mostraba un alto grado de deterioro por el uso, guantes rotos, pantalones remendados y zapatos rotos...?. En aquél dictamen pericial se entendió que el hecho se produjo debido a la suma de condiciones adversas que se presentaron, y se enunció ?...1) El cable instalado bajo tierra para el alumbrado público, carecía de protección como para resistir el impacto de una pala, pico, etc. que pueda soportar (aun a costa de romperse) la fuerza que le imprime un operario a las herramientas descriptas...2) Debido a la posición incómoda para realizar el cavado del túnel de conexión entre zanjas, con el cuerpo sudoroso y apoyado sobre la tierra, con su vestimenta, tanto camisa, zapatos (rotos), pantalón (con parches) y guantes (rotos) húmedos, sumado a la alta temperatura reinante en esta estación del año y en la que la operatoria de trabajo se efectúa con el operario sujetando la pala con una mano en la empuñadura [...] y con la otra mano la parte metálica del ojal de la hoja-cuchara donde encastra el mango de madera [...], siendo por esta última que se produce la descarga eléctrica, ya que el guante al tener roturas y humedad como lo muestra la fotografía N° 16, dicha descarga la recibe el cuerpo de la víctima, cuando la precitada cuchara hizo impacto con la fase del cable denominada ?vivo?.

El perito ingeniero mecánico, especialista en higiene y seguridad, designado en estos autos, Ing. Horacio Ferrando, afirmó que la ropa, zapatos y guantes que utilizaba la víctima al momento del hecho se encontraba en desuso. Por otra parte, señaló que si bien no se ha especificado si los guantes y el calzado eran dieléctricos, las fotos indicarían lo contrario. Se expidió también respecto de cual hubiera sido el equipamiento adecuado para la tarea de zanjeo que se había encomendado al operario. Describió que el trabajador debió contar con casco dieléctrico, ropa de trabajo, guantes dieléctricos, máscara protectora de cara, pala con mango de madera, bandolera reflectiva, botas con punta de acero, capa y protectores auditivos. Refirió a su vez que no se le exhibió, por parte de Construcsur documentación que acredite que ésta capacitaba a su personal respecto de las normas de seguridad en el trabajo.

Fuera de ello, expuso que la contratista acompañó en autos diversas copias de los recibos de elementos de protección que habría entregado al trabajador, pero que en aquellas no se encuentran aclaradas las firmas de quien los recibió, ni surge la fecha en que se realizaron las entregas. Explicó que, para realizar las tareas desarrolladas por la víctima, deben tomarse previamente diversas medidas de seguridad. Entre ellas, enunció: vallar la zona, entregarle al operario los elementos de seguridad adecuados, tener a mano los planos de instalaciones subterráneas cercanas a la zona. También fue claro en remarcar que debe ejercerse una supervisión efectiva. En ese marco agregó que el supervisor de la obra debe estar presente en el momento del zanjeo y debe controlar que el trabajador este capacitado previo a su tarea y que tenga los elementos de protección en condiciones y en cantidad suficiente. Describió que de las constancias de la causa penal, surge que el conducto alimentador de alumbrado público no se encontraba protegido mecánicamente con ladrillos, ni ninguna otra protección similar como hubiera sido una media caña de cemento. Respecto de la posibilidad de que el accidente se hubiera podido evitar. Explicó que eso habría sido posible de haberse contado con un plano con la ubicación del cable de alumbrado público, y que el mismo hubiese estado protegido mecánicamente. Pero también puntualizó que si la supervisión hubiera estado presente todo el tiempo, se habría podido regular el trabajo del zanjero. Finalmente, dijo que, de todas maneras, la víctima podría haberse salvado si tenía los elementos de protección personal adecuados en cantidad y calidad. En relación a la ubicación del cable que provocó la descarga, explicó que este debió encontrarse instalado a por lo menos 60 cms. de profundidad, y afirmó que esta distancia no se habría cumplido en debida forma pues de las fotos obrantes en las actuaciones criminales se verificó que se encontraba muy por encima de la base del pozo (que estaba ubicada a 65 cms). Si bien dicho dictamen fue cuestionado por la demandada Construcsur a fs. 1665/1666, entiendo que las observaciones allí plasmadas no poseen la entidad para rebatir los sólidos fundamentos del experto. Entonces, por lo hasta aquí reseñado entiendo que múltiples fueron los factores que debieron concurrir para que el desenlace fatal tuviera lugar. Creo que los diferentes fundamentos por los que los demandados pretenden eximirse no revisten entidad como para modificar el temperamento adoptado por la juez de grado. En primera medida, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, como dueño del tendido eléctrico debe responder en el marco de lo previsto por el art. 1113 del Cód. Civil. Como dije esta red eléctrica de la que es titular el G.C.B.A. resulta una cosa riesgosa. En ese marco creo que el hecho que el equipo de seguridad con el que contaba el operario resultara defectuoso o inadecuado, no es suficiente para erigirse como un acto que interrumpa el nexo causal entre el riesgo que conlleva la instalación con el daño. A esto debe sumarse que el cable que causó la descarga se encontraba sin la protección mecánica adecuada, como lo indicaran tanto los expertos de la División Siniestros de la Superintendencia Federal de Bomberos y el ingeniero mecánico designado en autos, y se encontraba por encima de la profundidad mínima a la que debería estar enterrado. La responsabilidad de Edesur, también cuestionada, creo que debe confirmarse. Es claro que la empresa distribuidora de energía eléctrica por su condición de guardiana de la cosa viciosa o riesgosa, por la obligación de supervisión que es propia de su actividad y

por el provecho económico que obtiene con la comercialización del servicio también debe ser considerada responsable. Recuerdo que la teoría del riesgo provecho prescribe que quien obtiene los beneficios soporta las cargas; máxime si se tiene en cuenta que se trata de una empresa comercial que tiene una finalidad lucrativa. Por ello, como dije, las eximentes invocadas no resultan atendibles. En cuanto a Construcsur, es evidente su responsabilidad. En primera medida por ser la empresa para la cual prestó servicios la víctima del accidente laboral, y en aplicación del ya referido riesgo provecho. Por otra parte, por el incumplimiento en el deber de seguridad que le impone el art. 4º, inc. 1º de la ley 24.557. Pues debió asegurar la indemnidad de su empleado, proveyendo los elementos de seguridad adecuados a la tarea que se le encomendaba. No resulta ocioso remarcar, otra vez, que los elementos de seguridad que esta demandada le proveyó al occiso, se encontraban en total desuso -como destacó el perito ingeniero-, y en pésimas condiciones, por lo que no resultaban hábiles para cumplir con su cometido. Huelga hacer referencia al incidente que se suscitara con relación al ocultamiento de la pala que usaba el fallecido el día del hecho del que hizo mérito acabadamente la magistrada de grado. En virtud de lo hasta aquí expuesto, propongo al acuerdo que se confirme lo resuelto en cuanto a la responsabilidad de los demandados. 3. La demandada Construcsur también se queja de que no se haya hecho extensiva la condena a la aseguradora de riesgo del trabajo citada como tercera. El ya citado art. 4º de la ley 24.557, prevé expresamente que ?...Los empleadores y los trabajadores comprendidos en el ámbito de la LRT, así como las ART están obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo...? La Sala VIII, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, tiene dicho que ?la responsabilidad de la A.R.T. reposa en el artículo 1074 del Código Civil (análogo a los actuales artículos 1716 y 1749 C.C.yC.N.), por cuanto su obligación no se ciñe a detectar posibles riesgos y recomendar su eliminación y denunciar los incumplimientos sino a reducir -en concreto- los siniestros, a través de la prevención, la educación y restantes obligaciones que le fueron impuestas legalmente, por ello el riesgo real que representaba para el trabajador trabajar en altura sin las medidas de seguridad necesA. y sin protección personal, ponen de manifiesto los graves incumplimientos de la A.R.T. por los cuales resulta civilmente responsable.? (en autos ?Vallejos, Oscar Alberto c. Liberty Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. (Swiss Medical ART S.A.) y otros s/ accidente - acción civil?, 29/11/2016, La Ley Online, AR/JUR/100109/2016) En ese mismo fallo, sentenció que ?...si la aseguradora de riesgos del trabajo no cumple las obligaciones que legalmente le están impuestas en el campo de la prevención, debe reparar de manera integral y con ajuste al derecho común, los daños que tienen relación causal adecuada con su antijuridicidad por omisión, en la medida que le sea imputable al menos a título de culpa (artículos 512, 902, 1109 y 1074 del Código Civil, equivalentes a los actuales artículos 1716, 1725 y 1749 del CCyCN) y su responsabilidad patrimonial se ceñirá a las prestaciones tarifadas por la ley 24.557 si su obrar no merece reproche en la antesala del infortunio, ya sea porque no incurrió en ilicitud, o bien porque el daño no tiene relación causal con la omisión culposa; en síntesis, si no se configuran los presupuestos básicos de la responsabilidad civil.? Entonces para poder extender la condena del caso a la Experta ART (continuadora de La Caja ART), creo que debe demostrarse que su omisión en el control de las medidas de seguridad por parte de la empleadora, hayan tenido relación causal con el acaecimiento del hecho dañoso. Así también lo ha entendido nuestro más alto Tribunal al decir que ?...tratándose de los daños a la persona de un trabajador, derivados de un accidente o enfermedad laboral, no existe razón alguna para poner a una Aseguradora de Riesgos del Trabajo al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Cód. Civil, en el caso en que se demuestren los presupuestos exigibles, 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.? (CSJN, en autos ?Torrillo, Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro?, 31/03/2009, DT 2009 (abril), 468, DJ 29/04/2009, 1099, LA LEY 27/04/2009). La omisión de control, entiendo que se encuentra acabadamente demostrada. Tanto en las actuaciones criminales como en estas, ha quedado claro que el equipamiento con el que contaba el trabajador era defectuoso e insuficiente. Los expertos intervinientes fueron claros en destacar que si hubiera contado con la protección y aislación adecuada, la muerte no se habría producido. La ART, no acreditó -ni siquiera intentó hacerlo-, haber dado cumplimiento con su obligación de controlar la seguridad de los trabajadores que aseguraba. Obligación de la que no puede desentenderse pues surge de la ley misma que regula su actividad. En ese marco creo que debió haber solicitado a la demandada Construcsur, que acredite que cumplía con las normas de seguridad, así como que sus empleados contaban con la preparación adecuada y los instrumentos suficientes para un actuar seguro en las tareas laborales que se les encomendaban. Por otra parte, si bien es cierto que el art. 39, inc. 1º, de la referida ley, exime de las consecuencias de la acción civil, en caso de que la aseguradora de riesgos de trabajo cumpla con las prestaciones previstas en la norma. También es cierto que dicho artículo fue declarado inconstitucional en la sentencia de grado, tacha que no ha sido atacada en esta instancia. Atento lo hasta aquí reseñado, entiendo que debe hacerse lugar al agravio, y extenderse la condena a Experta ART, sin perjuicio que deberán descontarse las sumas oportunamente abonadas. 4. La juez a quo fijó por la partida ?valor vida?, la suma de \$ 180.000 para la conviviente, y la de \$ 80.000 para cada uno de los tres hijos menores. Esto provoca agravios por parte de los demandados y de los actores, así como de la Defensora de Menores. La

vida humana no tiene valor económico por sí misma, sino en consideración a lo que produce o puede producir. Por lo tanto, cuando nos encontramos en presencia de la muerte de la víctima, lo que debe resarcirse son los efectos económicos producidos en los damnificados por su fallecimiento, puesto que ellos fueron perjudicados por la falta o disminución de los bienes que proveía la víctima. Debo señalar que esta indemnización contiene ambas pretensiones, a saber, valor vida y pérdida de chance, pues cuando se trata de indemnizar la pérdida de la vida, lo que se indemniza es la "chance" o probabilidad de que en el futuro el damnificado pueda recibir apoyo de la fallecida, tanto en lo material y económico como en los cuidados personales y apoyo espiritual, y si bien esa pérdida constituye una zona gris, intermedia o límite entre el daño cierto o incierto, debe reconocerse que, especialmente con relación a las familias de recursos modestos esa posibilidad encierra una fuerte dosis de probabilidad (esta cámara., Sala G, 12/06/2006, DJ, 2007-1-107). En estos conceptos claramente se encuentran contenidos los conceptos asistencia y cooperación económica también reclamados. En este orden de ideas, diré que la denominada pérdida de chance constituye un rubro sujeto a un alto grado de incertidumbre, ya que en definitiva resulta imposible establecer con precisión si la persona que alega el perjuicio, habría obtenido o no ciertas ventajas o evitado o no ciertas pérdidas, de no haber mediado el comportamiento antijurídico atribuido a otro sujeto. De todos modos, el daño puede ser resarcible, según el mayor o menor grado de probabilidad de que llegara a acontecer, aunque fuerza es aclarar que lo que habrá de resarcirse no será la totalidad de la pérdida sufrida o la ganancia dejada de percibir, pues el juez debe apreciar la proporción de ese valor que en concreto representa la frustración de la chance (Conf. Highton, Elena, "Accidentes de tránsito. Daño resarcible como lucro cesante y daño emergente en caso de lesiones a la personas desde la óptica de los jueces civiles (Justicia Nacional Civil)", Revista de Derecho de Daños, N° II, pág. 58). Se ha sostenido que la pérdida de una oportunidad o ?chance? constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades (Trigo Represas, Félix A., "Reparación de daños por mala praxis médica", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 241). La pérdida de chance no puede identificarse con el lucro cesante, sino que lo resarcible es esa chance, la que debe ser apreciada judicialmente, según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta (Conf. esta cámara, Sala D, 10-9-92, Jurisprudencia de la CNAC, Isis, Sum. N° 0008460; CNCom., sala E, 07/10/2005, Díaz, Gisela T. c. Banco Río de la Plata, LL, 10/01/2006, 3). En virtud de lo expuesto, es claro que la pérdida de chance, para ser indemnizable, debe tener probabilidad suficiente, debiendo valorarse y ponderarse en cada caso en particular, precisamente, de acuerdo con el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, desde que el daño resarcible debe ser cierto y no eventual o hipotético. Todas las restantes consecuencias que el deceso puede generar (pérdida de la compañía, del apoyo, de la asistencia, de la enseñanza y del consejo que pueden representar los padres para sus hijos, los esposos mutuamente entre sí, y los hijos para sus padres, etc.) encuentran adecuada reparación mediante la indemnización del daño moral, pues con toda evidencia dichos factores exceden lo puramente material y el menoscabo que su falta provoca radica en el espíritu del damnificado. El deceso de Ignacio C. F. se produjo el 25 de enero de 2003; a esa fecha, su edad era de 32 años, percibía -según denunció la actora- la suma de \$ 800 por mes y se desempeñaba como empleado en la empresa ?Construcsur?. Tratándose de una persona tan joven, considerando aptitudes normales, nada hace descartar sus expectativas de progreso en el futuro. En consecuencia, teniendo en cuenta que las edades de los actores al momento del hecho, L. A. (31 años) A. D. (3 años), B. T. (1 año y 9 meses) y M. J. (7 meses), y que era el sostén de la familia, propongo que se eleve la suma establecida en la sentencia a \$ 270.000 a favor de la conviviente y a \$ 150.000 para cada uno de los hijos menores. 5. El rubro de daño psíquico fue rechazado en la instancia de grado. De ello se agravan los actores. La magistrada a quo desestimó esta partida en virtud que la perito psicóloga no pudo establecer que los actores presentaran dicho daño. Por otra parte, se otorgó, la suma de \$ 7.200 a favor de L. A., para la realización de psicoterapia familiar, y la de \$ 5.760, para cada uno de los menores M. y A. C., para terapia individual. Al respecto, los actores critican por un lado los montos otorgados por considerarlos reducidos, y por otro el rechazo de las sumas reclamadas a favor de L. A. y de la menor B. T.. A su turno, tanto el GCBA, como Edesur, se quejan de los montos otorgados. El reproche de los actores se basa en que según ellos la jueza de la anterior instancia habría omitido tener en cuenta las impugnaciones efectuadas al informe pericial. El GCBA expone que no correspondería el otorgamiento de un monto para terapia psicológica, ya que no se ha detectado daño de ese tipo. Edesur, por su parte, argumenta que atento al tiempo transcurrido entre el hecho y la pericia, resulta extemporáneo estimar que los actores deben realizar un tratamiento psicológico. Además, entiende que no corresponde fijar un monto por separado al daño moral. Respecto de los argumentos de los actores por el rechazo del daño psicológico, detecto que de las constancias de autos surge que la impugnación efectuada a fs. 1494/1500, fue suscripta únicamente por el Dr. Juan Carlos Juarez, letrado de la parte actora. No obstante haber manifestado que fue asesorado por un profesional de la materia -lo que de

todos modos no fue acreditado-, lo cierto es que no ejerció su derecho de contar con la asistencia de un consultor técnico en los términos del art. 458 del Cód. Procesal, el cual debió haber sido ofrecido en la etapa procesal oportuna, con lo cual las objeciones que formuló oportunamente y reitera en sus agravios, no pasan de ser meras discrepancias con las conclusiones de la perito psicóloga. Entiendo que el informe se encuentra solidamente fundado con argumentos técnicos y respaldados en los estudios obrantes en autos. Por otra parte nadie duda de que debe darse preeminencia a las conclusiones del perito oficial por sobre las del consultor técnico del accionante, si aquellas se encuentran debidamente fundamentadas y aparecen como coherentes, y además si se tiene en cuenta que emanan de un auxiliar del juez, totalmente ajeno a las partes del litigio, gozando así de una presunción de imparcialidad (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, Fernández, Mario Rubén c. N.I.S.A. (Nueva Ideal S.A.) Línea 620 y otro s/daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte), 12/04/2012, La Ley Online, AR/JUR/16673/2012). A mayor abundamiento, cabe resaltar que la impugnación ya referida fue sustanciada con la experta, quien la contestó acabada y fundadamente a fs. 1525/1534. En virtud de esto, entiendo que deben rechazarse dicho agravio. En cuanto al tratamiento noto que en su dictamen de fs. 1365/1382 la Lic. Valeria Levy Gegati, expuso que tanto L. A., M. J. C. como A. D., necesitan tratamiento psicológico. En todos los casos recomendó que el tratamiento individual tenga una duración de un año, con una frecuencia semanal. Además sugirió la realización de una terapia familiar-vincular, por un plazo de 6 meses. Estimó que el valor de una sesión individual ronda los \$ 150 y de terapia familiar los \$ 200. Para el caso de A., a fin de tratar su impulsividad, rasgo que se detectó -según la experta- mediante el análisis de los tests realizados. A su respecto, detalló que se trata de una personalidad ?...con tendencia a la actuación debido al alto grado de impulsividad, al monto de ansiedad y agresividad que presenta y que la represión como mecanismo de defensa funciona en forma limitada? En cuanto a los menores M. J. y A., lo recomendó para completar el proceso de duelo, por la pérdida de su padre. La experta informó, respecto de B. T. que ?...no surgen indicadores de duelo patológico y no hay información suficiente que permita establecer qué tipo de duelo la niña pudo haber cursado en el pasado, dado el tiempo transcurrido?. Como dije, entiendo que las conclusiones a las que arriba la experta se encuentran suficientemente respaldadas. Las impugnaciones que efectuaron las partes no resultan atendibles y han sido debidamente contestadas. Por lo que no encuentro motivos para alejarme de las deducciones de la psicóloga. En relación a lo argumentado por Edesur respecto de la fijación de un monto por separado por este tratamiento psicológico, cabe recordar que la circunstancia de que se considere el daño psicológico debidamente comprobado en forma conjunta o independiente del daño moral o patrimonial es una cuestión secundaria si ello no importa un menoscabo al resarcimiento económico fijado o un enriquecimiento injustificado del damnificado, ya que lo que realmente interesa es tratar de colocar a la víctima en la misma situación en que se hallaba antes del suceso dañoso, a lo que debe apuntarse con independencia de los términos o expresiones utilizadas y sin caer en dogmatismos estériles que impidan el acceso a una solución justa e integral. No debe perderse de vista que la ?guerra de las etiquetas? o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la ?guerra de las autonomías? o debate sobre si esos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales, o por el contrario, si tienen autonomía o forman una categoría propia, distinta, es un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central (cfr. Mosset Iturraspe, ?El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad? Rev. de Derecho Privado y Comunitario, T.1, pág. 39 N 23, Rubinzal Culzoni, 1992). Pues de encontrarse probado el daño, el tema se reduce a establecer un monto independiente o de incrementar el quantum de la indemnización por daño extrapatrimonial, con lo cual no se observa el gravamen que la cuestión pueda causar al recurrente. Por último, creo que la estimación del costo de la sesión efectuada por la perito psicóloga, resulta escasa, por lo que tendré en cuenta un valor de \$ 350 para las sesiones individuales y de \$ 450 para la familiar. En virtud de lo hasta aquí expuesto, considero que debe rechazarse el agravio de los actores en relación al daño psicológico, y confirmar el rechazo de dicha partida; y debe incrementarse el monto otorgado por el tratamiento psicológico a \$ 27.600 a favor de L. A. (considerando la de \$ 10.800 para terapia familiar y la de \$ 16.800 para individual). También propicio se eleve a \$ 16.800 para cada uno de los menores ya mencionados (M. J. y A. C. A.). 6. Se fijó en concepto de daño moral la suma de \$ 100.000 a favor de la conviviente del fallecido, L. A., y la de \$ 200.000 para cada uno de sus hijos menores. En ese marco, también se decretó la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil, en cuanto al derecho de la primera para reclamar esta partida. Estos montos fueron criticados por todas las partes. También la demandada Edesur reprochó la tacha de inconstitucionalidad. Antes que nada, respecto de esta última crítica, destaco que la referida demandada efectuó ciertas apreciaciones respecto de la falta de legitimación para accionar por daño moral, que justificaron que el Fiscal de Cámara emita su dictamen de fs. 1925/1928. Sin embargo, estimo que los fundamentos desarrollados por la apelante para pedir la modificación de lo resuelto en la sentencia, que tienen que ver con la legitimación, no cumplen con los recaudos mínimos exigidos en el art. 265 del CPCCN y por eso es que debe declararse desierta esta parte de la expresión de agravios. Los recurrentes no explican las razones por las que el magistrado habría incurrido en un error al decretar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil de Vélez Sarsfield, máxime si se tienen en cuenta los profusos y extensos

argumentos utilizados por el juez de primera instancia a tales efectos. Con respecto al daño moral cabe señalar que no es sino la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (conf. Jorge Bustamante Alsina, ?Teoría General de la Responsabilidad Civil?, ed. Abeledo Perrot, 4ta. ed., nro.557, pág.205), comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o goce de sus bienes. El daño es el menoscabo o lesión a los intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico (conf. Eduardo A. Zannoni, ?El daño en la responsabilidad civil?, Editorial Astrea, pág. 287). Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que mas que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso.- ?La determinación del monto no depende de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales pues no media interdependencia entre tales rubros, ya que cada uno tiene su propia configuración pues se trata de daños que afectan a esferas distintas? (cfr. Llambías ?Obligaciones? T.I pág. 229). Por lo demás, subrayo que el monto del daño moral no tiene por qué guardar relación de porcentualidad con el daño patrimonial. Se trata de una tesis que resulta inaceptable y que ha sido rechazada con fundados argumentos por la doctrina y la jurisprudencia dominantes. No se advierte razón alguna que pueda justificar una respuesta semejante que choca, inclusive, con la propia existencia de la vida. Existen actos ilícitos que solamente generan daño patrimonial, sin producir detrimento moral alguno; inversamente, en otros casos, el daño patrimonial puede resultar ínfimo o inexistente y, sin embargo, el agravio moral asumir verdadera relevancia a los fines indemnizatorios (Pizarro, Ramón Daniel; Daño moral. Prevención. Reparación. Punición; Buenos Aires, Hammurabi, 1996, p. 335).

En suma, si tengo en consideración las características que presentó el hecho, la repercusión que en los sentimientos de los damnificados debió generar el fallecimiento de padre y conviviente y sus características personales, estimo que los montos reconocidos en esta partida, resultan adecuados, a excepción del otorgado a L. A., el que propicio que se eleve a \$ 150.000. 7. Finalmente las demandadas se agravan de la tasa de interés fijada. La juez de primera instancia aplicó la tasa pasiva de interés desde el día del hecho, hasta el dictado del plenario ?Samudio de Martínez? (20/04/2009) y desde ese día hasta el efectivo pago la tasa activa. Esta Sala acepta la aplicación de la tasa activa desde el día del hecho por aplicación de la jurisprudencia plenaria obligatoria. No obstante, el asunto merece algunas reflexiones adicionales. Dispone el art. 768 del Código Civil y Comercial que: ?Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central?. En el caso, como sucede en todas las demandas de daños y perjuicios derivados de accidentes de tránsito, no hay una tasa acordada entre víctima y responsable, y tampoco una establecida por leyes especiales. Por ende, solo resta acudir a tasas fijadas en alguna reglamentación del Banco Central. Por otro lado, el art. 771 prevé que el juez debe valorar ?el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación?. Esto significa, en lo que aquí interesa, que desde el día del hecho el acreedor (víctima) se ha visto privado del capital al que tiene derecho, y que entonces se debe evaluar cuánto le hubiera costado el dinero si lo hubiera buscado en el mercado. Pero, además, la tasa debe ser importante, para evitar la indeseable consecuencia de que el deudor moroso especule o se vea beneficiado por la demora del litigio, en desmedro de la víctima.

Es sabido que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obligación asumida en origen. La jurisprudencia ha resaltado el contenido disvalioso del incumplimiento y la necesidad de desalentarlo, conceptos que conviene recordar y tener presentes (véanse consideraciones de la mayoría en el caso ?Samudio?). El orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume o le impone la ley y así lo ratifican las normas del CCCN. Cuando se asigna a las deudas en mora una tasa menor a la que abonan -con arreglo a la ley, los reglamentos en vigencia y los pactos válidos- las personas que cumplen sus obligaciones con regularidad, se desplazan las consecuencias ya apuntadas de la morosidad hacia la sociedad y, en paralelo, se beneficia a los incumplidores. Lo dicho no obsta en absoluto a la garantía de los derechos del deudor, en particular cuando, en su calidad de consumidor, se haya visto sometido a abusos que las normas protectoras imponen reparar. Son cuestiones distintas que pueden tratarse de manera independiente (Drucaroff Aguiar, Alejandro, ?Los intereses en los contratos bancarios y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación?, RCCyC 2015 -agosto-, 162). Esta Sala viene aplicando desde hace tiempo la tasa activa de interés, ya sea por aplicación del fallo plenario obligatorio, ya por considerar que no había motivos para cambiarla por una tasa pasiva. Sin embargo, un nuevo examen de la cuestión permite advertir que la tasa activa que aplica este tribunal no compensa al acreedor, para quien el costo del dinero es mucho más alto. Parece entonces que una tasa adecuada para estos casos sería la que surja de aplicar dos veces la tasa activa, pues su resultado refleja el costo del dinero en el mercado para muchos usuarios. No puede dejar de mencionarse que el artículo 16° de la ley 25.065, de Tarjetas de Crédito, prevé

que "el límite de los intereses compensatorios o financieros que el emisor aplique al titular no podrá superar en más del 25%" a la tasa que aplique a las operaciones de préstamos personales en moneda corriente para clientes. Este límite, que fue convalidado por la Corte Suprema (?Proconsumer c. Banco Itaú Buen Ayre S.A. s/ sumarísimo, del 17/05/2016, LA LEY 2016-D, 159) al no intervenir en el caso resuelto por la sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial (fallo del 20/04/2012, publicado en el mismo lugar), es mayor -por el momento- a la tasa que en esta decisión se establece. Sin perjuicio de ser este mi criterio, toda vez que se han expresado agravios únicamente a fin de modificar la fecha en que comienzan a calcularse intereses por la tasa activa, propongo al acuerdo se confirme la sentencia de grado en lo que hace a este punto. Por todo lo expuesto, voto para que se modifique la sentencia apelada, extendiendo la condena a Experta ART; elevando el monto por valor vida a \$ 270.000 para L. A. y a \$ 150.000 para cada uno de los hijos; el de tratamiento psicológico a \$ 27.600 a favor de la conviviente supérstite, y a \$ 16.800 para M. J. y A. C. F.; y el de daño moral a favor de L. A. a \$ 150.000; y que se la confirme en todo lo demás que decide; con costas de esta instancia a las demandada, sustancialmente vencidas. El Dr. José Benito Fajre dijo: Adhiero a las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper en su voto, proponiendo la solución allí indicada. La Dra. Abreut de Begher dijo: Adhiero a las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper en su voto, proponiendo la solución allí indicada. Con lo que se dio por finalizado el acto, firmando los señores Jueces por ante mí de lo que doy fe.- Fdo.: José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher, Claudio M. Kiper.-

///nos Aires, 17 de agosto de 2017.- Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad, el Tribunal decide modificar la sentencia apelada, extendiendo la condena a Experta ART; elevando el monto por valor vida a \$ 270.000 para L. A. y a \$ 150.000 para cada uno de los hijos; el de tratamiento psicológico a \$ 27.600 a favor de la conviviente supérstite, y a \$ 16.800 para M. J. y A. C. F.; y el de daño moral a favor de L. A. a \$ 150.000; y que se la confirme en todo lo demás que decide; con costas de esta instancia a las demandada, sustancialmente vencidas. Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y oportunamente, devuélvase.- Fdo.: José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher, Claudio M. Kiper.-

020906E