---En la ciudad de Trelew, a los 6 días de diciembre del año dos mil veintiuno, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia I. Spoturno y la presencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo F. Peral y de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Florencia Cordón Ferrando, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., M. A. y Otros c/ D. S.R.L. y Otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 112 – Año 2019 CAT)** venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado en la página 530. Acto seguido se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo:

---I. El Juez de Primera Instancia, mediante sentencia dictada el día 8 de marzo de 2019, rechazó en todas sus partes la demanda de daños y perjuicios promovida por M. A. M. y V. del R. F., esta última por sí y en representación de sus hijas menores de edad B. O. M. y J. A. M.; en contra de D. SRL y A.J. T. SACIF. Impuso las costas a la parte actora vencida y reguló los honorarios correspondientes.

---II. En fecha 14/03/2019 (hoja 451) la letrada apoderada de la parte actora apeló la sentencia definitiva, fundando su recurso con la presentación digital de fecha 22/06/2021 (ID 345381). Corrido el traslado pertinente, la codemandada D. SRL contestó los agravios mediante escrito digital ID 356664 de fecha 01/07/2021.

---III. Antecedentes: Para la adecuada compresión, análisis y decisión de las cuestiones planteadas ante esta Cámara, realizaré un breve repaso de las pretensiones articuladas y de los fundamentos de la sentencia recurrida.

---III. a. Demanda:

---En fecha 15/10/2013 M. A. M. y V. del R. F., esta última por derecho propio y en representación de sus hijas menores de edad, promovieron demanda contra D. SRL y A.J. T. SACIF por indemnización de daños y perjuicios derivados de la muerte de O. A. M., ocurrida el día 19/07/2012, mientras realizaba tareas para D. SRL en la planta de la empresa A.J. T. SACIF. En el relato de los hechos indicaron que M. concurrió con el capataz de la obra, R. P., al establecimiento de la empresa A.J. T. SACIF; que ingresó a las 8:15 al establecimiento, previo paso por la guardia del servicio de seguridad donde registró su ingreso; y se subió al techo de la fábrica junto con P. para realizar tareas de revoque en las paredes de la terraza. Señalaron que ese día los trabajos programados por el capataz incluyeron también juntar los restos de materiales que se habían utilizado para colocar la membrana sobre la superficie del techo, indicando que la obra se encontraba prácticamente terminada.

---Continaron relatando que, habiendo transcurrido más de media mañana y mientras M. se encontraba revocando, el capataz P. le pidió ayuda para calentar unos tambores que

contenían restos solidificados de pintura asfáltica para escurrir el contenido en otro tambor vacío. Ante ello, M. procedió a realizar la tarea encomendada utilizando, conforme fuera también requerido por P., las herramientas que había utilizado el colocador de membrana, que consistían en cuatro garrafas de 10kg. encadenadas entre sí con una manguera y un soplete en el extremo, que se encontraban en el lugar.

---Destacaron que, al margen de haber requerido la colaboración de M., P. también participó personalmente de la acción, alternándose ambos en las tareas de sostener el tambor y de calentarlo con el soplete.

---Indicaron que aproximadamente a las 11, y mientras M. colaboraba en la tarea descripta, se produjo la explosión de uno de los tambores que contenía restos de pintura asfáltica, lo que produjo graves quemaduras en distintas partes de su cuerpo y lesiones graves en sus vías aéreas. Ante ello, M. fue trasladado en forma urgente al Hospital Zonal de Trelew, donde falleció días más tarde (19/07/2012) a raíz del grave cuadro de salud provocado por las quemaduras.

---Refirieron que a raíz del hecho ocurrido se dio inmediata intervención a la Comisaría Tercera de la Policía de la Provincia, a la Policía Científica y a la dotación de bomberos voluntarios. Asimismo, indicaron que en fecha 13/06/2012 se presentaron en el lugar del accidente funcionarios de la Secretaría de Trabajo, quienes constataron la ausencia de condiciones de seguridad adecuadas (falta de orden y limpieza, ausencia de extintores portátiles, etc.) situación que fue reflejada en el Acta de Inspección labrada en el Expte. N° 976/12 caratulado “Secretaría de Trabajo s/ Inspección c/ D. SRL”. También señalaron que el hecho fue objeto de investigación penal por parte del Ministerio Público Fiscal y que ese organismo dispuso el archivo de las actuaciones por carecer de elementos suficientes para construir un objeto de imputación sólido en cabeza de persona alguna.

---En base a ello, sostuvieron que la empresa D. SRL resulta objetivamente responsable toda vez que las herramientas y elementos que utilizó M. al momento del accidente eran cosas riesgosas que, por sus características y la modalidad de utilización dispuesta por la empresa, produjeron el daño. Agregaron que D. SRL también es responsable por ser la titular de la actividad por la cual M. desarrolló las tareas al momento del accidente y por no haber adoptado las medidas adecuadas para la eliminación del riesgo.

---Respecto de A.J. T. SACIF, sostuvieron que es concurrentemente responsable por los daños causados en su carácter de contratante, destinataria y/o beneficiaria final de la obra que se llevó a cabo en su planta. Agregaron que esta empresa era guardiana en los términos del art. 1113 del Código Civil y que, además, tenía facultades de control y fiscalización de la obra encomendada.

---Como consecuencia de lo anterior, reclamaron los siguientes rubros indemnizatorios:

i) Daño material: a) Lucro cesante futuro de B. O. M. y de J. A. M. ($526.000); ii) Daño moral: de B. O. M. ($150.000), de J. A. M. ($150.000) y de M. M. ($150.000).

---III. b. Contestación de demanda de A. J. T. SACIF:

---A. J. T. SACIF negó categóricamente los hechos invocados por la accionante. Refirió que posee un ciclo productivo de tejeduría, tintorería y procesos complementarios instalado en el parque industrial de esta ciudad. Relató que, con motivo de haberse producido filtraciones en el techo de su planta industrial, celebró un contrato de locación de obra con la empresa D. SRL, para que colocara una membrana aislante. Señaló que, pese a desconocer con precisión el modo en que se produjo el accidente, ese día casi se habían terminado las tareas y se estaba procediendo a la limpieza del sector de la obra con retiro de los restos de materiales utilizados. Manifestó que resulta falso que se haya dejado constancia del ingreso de M. a la obra el día del siniestro.

---Relató que, producida la explosión, el personal de guardia actuó en forma inmediata y que al día siguiente del accidente el representante de D. SRL, G. D. B., les informó que O. A. M. no trabajaba bajo relación de dependencia para esa firma. Refiere que también le informaron que el motivo por el cual asistió a la planta industrial fue “por requerimiento del capataz de la obra” para retirar unos tambores vacíos que contenían restos de la pintura asfáltica usada en la reparación del techo y que iban a ser utilizados por M. para la fabricación de “chulengos” para hacer asados. Dice que la explosión se produjo mientras M. limpiaba los tambores.

---Aclaró que no ejercía la custodia sobre los tambores porque no eran de su propiedad, sino que fueron introducidos en el lugar por la empresa D. SRL en cumplimiento de la locación de obra contratada. Agregó que jamás fue beneficiaria de tarea alguna realizada por M. en la reparación del techo de su planta industrial, por lo que no es posible considerársela como responsable por ser guardián de la cosa utilizada para la tarea.

---Señaló que nunca se le anotició de que M. hubiera ingresado a su planta industrial con anterioridad al día del accidente, por lo que controvierte la extensión de responsabilidad pretendida por la parte actora. Negó el nexo causal entre el accidente y la cosa que lo produjo, sosteniendo que la misma no puede ser calificada de peligrosa. Solicitó la citación de G. D. B., gerente de D. SRL alegando que suscribió con aquél un documento mediante el cual se acordó que tanto esa empresa como su gerente debían asumir la total responsabilidad civil de las secuelas económicas a que A.J. T. SACIF fuera condenada a pagar, “provenientes de los daños y perjuicios por reclamo de familiares y/o legitimados activamente”.

---III c. Contestación de demanda de D. SRL:

---En fecha 11/12/2013 contestó demanda D. SRL solicitando su rechazo. En primer lugar, negó que M. fuera empleado de esa empresa, que recibiera instrucciones u órdenes de su

parte o fuera dependiente de empresas subcontratistas. Afirmó que M. ingresó a la planta con R. P., quien era un conocido subcontratista de D. SRL, para llevarse unos tambores vacíos para su posterior venta indicando que ello ocurrió en infracción a las normas de la empresa.

---Continuó relatando que M., al intentar cargar uno de los tambores, descubrió que todavía contenía restos de brea, lo que dificultaba su transporte. Ante ello, pidió prestado uno de los sopletes que pertenecía a P. y comenzó a calentar el tambor para que la brea se licuara y así poder escurrirla. Indicó que la temperatura aplicada fue tal que los restos de brea comenzaron a hervir y, como el tambor estaba casi vacío, se generó una presión por el aire caliente haciendo que el recipiente estallase. Agregó que el accidente ocurrió debido al negligente y no autorizado accionar de M..

---III. d. Sentencia de primera instancia:

---El Juez de la instancia anterior, mediante Sentencia Definitiva N° 004/2019, rechazó en todas sus partes la demanda. --Para decidir de este modo, en primer lugar, aclaró que correspondía aplicar el Código Civil anterior (Ley 340), con excepción de las consecuencias no agotadas, toda vez que los hechos invocados en la demanda ocurrieron durante su vigencia (art. 7 CCyC)--. Luego destacó que, conforme lo decidido en sede laboral, no existió relación laboral alguna entre M. y la codemandada D. SRL y agregó que "*al parecer el occiso accedió al predio de la codemandada T. con la finalidad de llevarse unos tambores vacíos de pintura asfáltica*".

---Luego, al analizar los términos en que se trabó la litis, sostuvo que la pretensión de los actores se encuentra huérfana de alegación y prueba de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad. Ello por entender que al no haber encomendado las demandadas ninguna tarea a M., este último debió haber tomado los recaudos necesarios al momento de manejar los tambores que pretendía llevarse y los equipos para limpiarlos, a fin de evitar producir daños a sí mismo o a terceros, lo cual no hizo, tal y como surge de la pericia de seguridad e higiene. Agregó que los demandados no tenían por qué conocer que M. ingresaría a la obra, ni menos aún la técnica que utilizaría para limpiar los restos de pintura asfáltica en los tambores que pretendía llevarse. Descartó la responsabilidad atribuida a las demandadas por entender que M. actuó bajo su propio riesgo al realizar una actividad autónoma sin haber tomado los recaudos necesarios para prevenir el riesgo inherente a la misma. Hizo referencia a la "*responsabilidad de M. de proveer su propia seguridad*" y al "*alto grado de improvisación de la víctima*". Sostuvo que la falta de acreditación de la antijuridicidad de la conducta de las demandadas y, partiendo de los hechos alegados y probados, no se advierte violación al deber general de no dañar. En definitiva, concluyó que

fue el accionar desplegado por la víctima el que constituyó en ilícita su propia actuación (arts.
1066, 1067, 1074 y conc. CC).

--- III. e. Agravios formulados por la parte actora:

---La actora indica que el razonamiento del sentenciante parte de una errónea apreciación de la prueba respecto del ingreso de M. a la planta de T., así como de la actividad por él llevada a cabo al momento del hecho. Indican que, a partir de la declaración de inexistencia de relación laboral dictada en sede laboral, el sentenciante dio por sentado que M. ingresó a la obra con el único fin de llevarse los tambores vacíos, actividad llevada a cabo por propia iniciativa de la víctima y en su provecho personal, sin siquiera mencionar cuales fueron los elementos probatorios por los que tuvo por acreditada aquella circunstancia.

---Afirman que, si bien el Juez laboral no tuvo por acreditada la relación laboral entre M. y D. SRL, ello no significa que tuviera por probado que M. no estuviera trabajando o que hubiera concurrido a la obra solo para llevarse los tambores. Por ello afirman que la conclusión a la que arribó el Juez Civil acerca de la tarea autónoma y bajo exclusivo riesgo de la víctima es errónea. Sostienen que, por el contrario, de la prueba surge que D. SRL a través de su subcontratista S., ordenó al capataz P. que limpiara el techo de la fábrica y retirara los tambores con restos de pintura y que M., a quien los nombrados habitualmente le daban trabajo bajo la modalidad de changas, fue convocado y conducido por el propio capataz para colaborar en esa tarea. Indican que de esa manera el Juez omitió tener en cuenta que D. SRL y su subcontratista eran quienes organizaban el trabajo en la obra, así como el especial rol que cumplió P. en la ejecución de los trabajos propios de aquella (por ser capataz y encargado de llevar a la gente y controlar la ejecución de las tareas). Agregan que el sentenciante tampoco consideró que la ocupación habitual de M. era la de albañil y que no contaba con medios propios para trabajar en forma independiente. Dicen también que surge de la prueba que M. había trabajado en otras obras ejecutadas por S. para D. SRL y que era conocido por ellos y por P..

---Señalan que, sin perjuicio de la falta de acreditación de la relación de dependencia laboral entre M. y D. SRL, al momento de interponerse la demanda se dejó a salvo la procedencia de la acción por daños y perjuicios invocándose la responsabilidad objetiva derivada de la actividad riesgosa y por el riesgo de las cosas empleadas (1113 del Código Civil) al haberse imputado a las codemandadas el carácter de dueña y guardiana, respectivamente, de la obra y las cosas riesgosas.

---Refieren que la sentencia, al centrarse únicamente en la conducta de la víctima, omitió considerar varias circunstancias acreditadas. Entre ellas que el accidente se produjo en el marco de una actividad riesgosa por la manipulación de los materiales inflamables; que D.

SRL era la titular de la actividad riesgosa y que T., como titular de la fábrica y beneficiaria de la actividad, revistió la condición de guardiana de la obra y de las cosas que allí se utilizaban; que M. aún sin estar registrado como empleado de D. SRL ingresó a las instalaciones de T. junto al capataz para realizar tareas inherentes a la obra; que la víctima no tenía ningún tipo de autonomía ni poder de decisión respecto del modo en que se debían llevar a cabo las tareas, en especial la de calentar los tambores para vaciar su contenido.

---Alegan asimismo que el sentenciante omitió valorar pruebas esenciales e indicios, entre los que destacan: i) el Acta de intervención policial labrada con motivo del accidente de la que surge que inmediatamente después del accidente el capataz R. P. manifestó que se encontraban trabajando con M. para la empresa D. SRL; ii) la declaración testimonial de S., que dijo que la obra de colocación de la membrana se hallaba prácticamente terminada y que había ordenado a P. limpiar el techo y retirar los tambores que contenían los restos de pintura asfáltica, aludiendo siempre que P. y M. eran las personas encargadas de la limpieza y que luego calentaron los tambores; iii) La declaración testimonial de S. R., que aseguró que debió ser M. la persona que realizaba las tareas de revoque por ser el único albañil, dado que P. no hacía ese trabajo y no había otras personas ese día en la obra.

---Sostienen que todas esas pruebas e indicios debieron llevar al sentenciante a la convicción de que, aun no existiendo una relación laboral entre M. y D. SRL, resulta por demás obvio que al primero se le encomendó una tarea propia de la obra que la empresa llevaba a cabo en el techo de la fábrica de T., lugar al que efectivamente ingresó y realizó trabajos junto con P. y que este último le facilitó las herramientas y materiales que pertenecían a la demandada, lo que ponía en cabeza de D. SRL un deber específico de seguridad.

---En segundo lugar, se agravian porque mediante la sentencia recurrida se eximió de toda responsabilidad a las demandadas por entender que ninguna de ellas incumplió con el deber genérico de no dañar. Refieren que, contrario a lo sostenido por el sentenciante, en la demanda se explicó bien qué responsabilidad se le atribuía a cada demandada. Así, indicaron que D. SRL resultó responsable por haber facilitado el ingreso de la víctima al predio de T. a fin de llevar a cabo una tarea propia de la obra que venía desarrollando; haber puesto a disposición de M. los elementos utilizados; y, especialmente, por haber autorizado el procedimiento riesgoso para extraer la pintura asfáltica de los tambores o, cuanto menos, no haberlo impedido.

---Respecto de la codemandada T., señalan que en la demanda se le imputó una responsabilidad objetiva por su condición de guardián de las cosas y de la actividad riesgosa como titular del predio y destinataria de la obra.

---Afirman, que aún en el supuesto de considerarse que la imputación o la calificación de la conducta de las demandadas hubiera sido deficiente, lo cierto es que los hechos enunciados

permitían al juez hacer su propia calificación jurídica por aplicación del principio *iura novit curia.*

---Destacan, respecto del presupuesto de antijuridicidad, que el nuevo Código Civil y Comercial recepta la teoría del daño injusto, de lo que surge con mayor claridad la ilicitud de las acciones y omisiones imputadas a las demandadas y por ende el ineludible deber de reparar el daño causado. Señalan que la decisión de grado desconoció los fundamentos mismos de la responsabilidad objetiva por el riesgo de las cosas y de la actividad. En este punto, afirman que el sentenciante se equivocó al atribuir exclusiva gravitación al hecho de la víctima, sin integrarlo con la ausencia de aquellas medidas de seguridad tendientes a impedir el acceso de la víctima al predio o a la manipulación riesgosa de los materiales y elementos que causaron el accidente. Asimismo, manifiestan que la sentencia es contradictoria por reconocer que fue el capataz quien franqueó el ingreso a la obra y quien consintió la inadecuada manipulación de elementos y materiales inflamables, para luego exonerar de toda responsabilidad a las empresas demandadas, considerando que el capataz no resulta ser un tercero por el que aquellas deban responder.

---Como tercer agravio y, en forma subsidiaria a los dos anteriores, se agravian por la imposición de las costas en su totalidad a la parte actora. A tal fin, sostienen que el juez no tuvo en cuenta las razones que llevaron a los actores a incoar acción contra las demandadas tras la muerte de M., lo que configuró una excepción al principio objetivo de la derrota (art. 69 del CPCC). Refieren que es admisible la eximición cuando la justificación para litigar se encuentra avalada por elementos objetivos de apreciación, lo que aconteció en los presentes puesto que, fallecida la víctima tras la explosión sucedida en el techo de la fábrica de T., sus herederos basaron su reclamo en diversos elementos que daban cuenta que M. estaba trabajando bajo las órdenes de D. SRL el día del accidente, lo que fue manifestado por el capataz P. momentos posteriores al accidente, tal y como surge del Acta Policial labrada.

---Finalmente, denuncian que la sentencia resulta arbitraria.

--- III f. Contestación de agravios de D. SRL:

---En su réplica a los agravios, la demandada manifiesta que resultó perjudicada en su derecho de defensa al haber cambiado la actora el enfoque de la acción, pues contestó demanda por accidente de trabajo y, al probarse la inexistencia del vínculo laboral, se remitieron sin más las actuaciones a un juzgado civil para entender sobre el accidente.

---Asimismo, sostiene que la parte actora debió probar la relación de causalidad y ello no fue probado al desconocerse cómo ocurrió el accidente ni los motivos por los cuales M. se encontraba dentro del predio de T..

---Afirma que se pretende torcer la interpretación de las pruebas al intentar construir un relato de algo que no ocurrió, advirtiendo que la parte actora pretende que se revea la relación

laboral entre M. y D. SRL, siendo que ello fue descartado por una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. Asimismo, sostiene que de hacerse lugar al planteo se estaría conculcando el principio de congruencia.

--- En base a ello, solicita que se rechace el recurso interpuesto.

--- IV. El derecho aplicable:

---Antes de entrar en el examen de los agravios y dado el cambio normativo operado con la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial cabe precisar que, al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (arts. 1716 y 1717, Código Civil y Comercial, y art. 1067, Código Civil), aquél que diera origen a esta causa constituyó, en el mismo instante en que se produjo, la obligación jurídica de repararlo. En consecuencia, de acuerdo al sistema de derecho transitorio contenido en el art. 7 del Código Civil y Comercial, habiendo ocurrido el accidente que le costó la vida a O. A. M. el día 12 de julio de 2012, esto es, antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y

Comercial, esta causa será juzgada —en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas— de acuerdo al sistema del Código Civil.

---Como consecuencia de lo expuesto, la excepción a la regla establecida en el párrafo anterior será la aplicación de las normas relativas a la cuantificación del daño dado que se trata de las consecuencias no agotadas. En este sentido Kemelmajer de Carlucci señala que "*Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión*" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, 2016. *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 234).

---V. Reseñados los antecedentes de esta causa y a fin de comenzar con su tratamiento destacaré que la responsabilidad civil resulta de la concurrencia de una serie de elementos, también denominados presupuestos de la responsabilidad civil, que son los siguientes: i) antijuridicidad; ii) daño; iii) factor de atribución de responsabilidad (subjetivo u objetivo); y iv) relación de causalidad. Cada uno de estos elementos tiene autonomía conceptual respecto de los demás y, además, son distintas las circunstancias eximentes idóneas para desvirtuarlos.

---Dicho esto, y a los fines de un adecuado tratamiento de los agravios, analizaré si se configuran o no en el presente caso cada uno de los presupuestos señalados:

--- V. a. Daño:

---En este caso el daño se encuentra configurado y suficientemente probado dado que M., padre de M. A. y de B. O. M. y referente afectivo de J. A. M., falleció como consecuencia del accidente que dio origen a esta causa.

---V. b. Antijuridicidad:

--- En comentario al art. 1066 del Código Civil, Aída Kemelmajer señala que el artículo prevé como requisito para la configuración del acto ilícito la contrariedad o contradicción de una conducta con el ordenamiento jurídico. Y agrega que la antijuridicidad es la relación, la contraposición entre la acción y la norma (KEMELMAJER, Aída, 1984. Comentario del art. 1.066 en *Código Civil y normas complementarias. Comentado, anotado y Concordado*, dirigido por Augusto Belluscio y coordinado por E. Zanoni. Buenos Aires: Editorial Astrea, Tomo 5, pág. 1). Luego, la autora citada se pregunta si producido el daño debe presumírselo antijurídico y responde, con cita de Mosset Iturraspe, que *"parecería que producido un daño que reúna todos los requisitos que se verán al tratar el art. 1068, debe presumirse que éste ha derivado de una conducta antijurídica, en el sentido de que ha violado el deber de conducirse de tal manera que nuestro comportamiento no provoque perjuicio a los demás. El alterum non laedere constituye el primer presupuesto jurídico que hay que respetar en una sociedad civilizada"* (KEMELMARJER, ob. cit., pág. 6).

---En idéntico sentido, y en comentario al art. 1.717 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, señala Fumarola con cita de Bueres, que *"la antijuridicidad, en general, desde un punto de vista amplio, implica una noción que se manifiesta en la transgresión al ordenamiento jurídico, en el cual se encuentran incluidas, fundamentalmente, las leyes, las buenas costumbres, los principios que surgen del sistema jurídico y los principios que emanan del derecho natural, el orden público, la solidaridad social y la buena fe; en tanto que, con relación a la responsabilidad civil, en particular, la antijuridicidad se configura mediante la violación sin justificación al principio del alterum non laedere; por ende la conducta es antijurídica cuando infringe el ordenamiento precitado y se genera una lesión a un interés protegido por éste, que produce perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales"* (FUMAROLA, Luis Alejandro, 2018. Comentario del art. 1.717 en *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigido por Alberto Bueres y coordinado por Sebastián Picasso y Marcelo Gebhardt. Buenos Aires: Hammurabi, Tomo 3F, pág. 132).

---Ya en el campo específico de la responsabilidad objetiva, Pizarro señala que se controvierte si, particularmente en la que se fundamenta en el riesgo creado, existe o no un momento de antijuridicidad en la conducta del sindicado como responsable (v.gr., dueño, guardián, etc.). Expone las distintas teorías y finalmente adhiere a la mayoritaria (de la que participan, entre otros calificados autores, Zannoni, Bueres, Mosset Iturraspe, Bustamante

Alsina) que admite que también en la responsabilidad objetiva puede encontrarse el presupuesto de la antijuridicidad objetiva. Agrega que este criterio, que ya sostenía con el marco normativo anterior, se consolidó definitivamente con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a la luz de lo dispuesto por el art. 1.717. Y enumera a continuación las razones en que sustenta este razonamiento:

*La creación de un riesgo, a través de una actividad humana que socialmente es reconocida valiosa es lícita. Sin embargo, el mero hecho de generar un riesgo, cuando todavía no ha determinado un detrimento a terceros, constituye una cuestión al margen de la responsabilidad civil. De allí que no puede ser esta etapa anterior a la producción del daño la que deba computarse al tiempo de calibrar la juridicidad o antijuridicidad de la acción.

*La actividad riesgosa puede devenir dañosa. Y es entonces donde se opera la transgresión del principio *alterum non laedere*, y la consecuente antijuridicidad. Y con cita de Zannoni agrega: *"El riesgo encierra, por ser tal, una potencialidad dañosa que el derecho no desconoce. La actividad riesgosa es, entonces, una actividad potencialmente dañosa, pero no por ello ilícita. Sí es, en cambio, ilícita y no potencialmente, sino de manera efectiva la actividad riesgosa que provoca el daño. No es 'daño antijurídico'... sino 'actividad antijurídica' que se califica de tal en razón de que actuó su potencialidad dañosa en concreto"*.

*La antijuridicidad no es un elemento exclusivo de la responsabilidad subjetiva; por el contrario, comprende como regla general todos los supuestos de responsabilidad civil, cualquiera sea el factor de atribución aplicable.

*El art. 1717 CCyC reputa antijurídica a "cualquier acción u omisión" que causa un daño a otro, si no está justificada. La locución "cualquier acción u omisión" incluye a todos los supuestos que pueden concebirse de acciones u omisiones. Entre ellos aquellos que provienen del riesgo creado por la actividad o por cosas de las que se es dueño o guardián.

*En este sentido se pronunciaron las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1994) que declararon por abrumadora mayoría: *"El obrar dañoso contemplado por el art. 1113 del CCiv. en función del riesgo creado configura un acto objetivamente ilícito"* (PIZARRO, Ramón Daniel, 2015. *Tratado de la Responsabilidad Objetiva,* Tomo I. Buenos Aires: La Ley, pág. 125-129).

---En síntesis, la antijuridicidad se manifiesta en la violación del deber de no dañar a otro que constituye un principio fundamental del derecho. Por esta razón este presupuesto de la responsabilidad civil no es legal sino constitucional.

---Frente a un daño, la única forma de eximirse de responsabilidad, tal como expresamente lo establece el art. 1.717 del CCyC reiterando doctrina ya afianzada en vigencia del Código de Vélez, es que se encuentre justificado por cualquiera de las causales admitidas por el

ordenamiento. En efecto, y como acertadamente señala Bustamante Alsina, el daño a terceros no engendra responsabilidad civil cuando está legalmente justificado (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, 1972. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pág. 116).

---Sin perjuicio de todo lo antes expuesto, creo necesario destacar que las demandadas en sus escritos de responde y luego al contestar agravios cuestionaron la peligrosidad de los elementos utilizados por M.; cuestionaron la existencia de relación causal; y luego invocaron como eximente la culpa de la víctima, pero nada dijeron respecto de la antijuridicidad. Es que, resulta evidente la presencia de este elemento de la responsabilidad civil. Prueba de ello es que no solo no fue cuestionado al contestar demanda, sino que luego, conociendo el argumento utilizado —de oficio y violando la congruencia procesal— por el juez de primera instancia, tampoco fue mencionado al responder agravios. Por el contrario, D. SRL al contestar agravios insistió con su argumentación inicial respecto de la falta de relación causal.

---Es por todo lo expuesto que no coincido con el razonamiento seguido por el Juez de grado, quien entendió que la parte actora no alegó ni probó el presupuesto de la antijuridicidad en la conducta de las demandadas. En este caso resulta evidente que este presupuesto de la responsabilidad civil se encuentra presente y consiste, justamente, en la violación del deber genérico de no dañar. Y, por otra parte, en que no fue alegada causa alguna de justificación por parte de las demandadas que permita eximirlas de responsabilidad por ese motivo. Por ello, coincido con la parte actora cuando afirma que el juez de grado efectuó un incorrecto análisis de este presupuesto de la responsabilidad civil que consiste, justamente, en la violación del deber de no dañar de base constitucional (art. 19 y 42 CN).

---V. c. Factor de atribución:

---Establecida la existencia de daño (fallecimiento de M.) y de antijuridicidad (violación del deber de no dañar a otro) corresponde analizar el factor de atribución de responsabilidad. En cuanto a los dos primeros elementos analizados cabe señalar que no fueron controvertidos por la demandada. En efecto, el daño no se encuentra discutido — las demandadas cuestionan ciertos rubros y montos, pero no la existencia misma del daño—. Y tampoco fue cuestionada la antijuridicidad como señalé al tratar tal presupuesto de la responsabilidad civil.

---Sentado lo anterior y en cuanto al factor de atribución, corresponde distinguir el motivo por el cual se atribuye responsabilidad a D. SRL por un lado y a A.J. T. SACIF por el otro.

---La parte actora en la demanda atribuyó responsabilidad objetiva a D. SRL en virtud de las herramientas y elementos utilizados por M. al momento del accidente a los que calificó de “cosas riesgosas” por sus propias características y por la modalidad de utilización

dispuesta. Dijo desconocer a ciencia cierta cuál de las dos codemandadas era la propietaria de tales elementos pero que D. era la titular de la actividad que desempeñaba M. al momento del accidente. Y agregó que D. SRL había sido contratada por A. J. T. SACIF para colocar y reparar la membrana en el techo de su establecimiento. Por ello, invocó como factor de atribución el riesgo de las cosas y el riesgo de la actividad desarrollada (ver escrito de demanda, punto VI. 1, hoja 22 vta.).

---En cuanto a la responsabilidad de A. J. T. SACIF, sostuvo que debe responder de manera concurrente por los daños en su carácter de contratante, destinataria y/o beneficiaria final de la obra que se llevaba a cabo en su planta, y consecuentemente guardián en los términos del art. 1113 del Código Civil, en virtud de su reserva de facultades de control y fiscalización sobre la obra encomendada. Por tal motivo afirmó que más allá de la eventual propiedad de los materiales utilizados en las tareas (cosas riesgosas), esta codemandada debe responder en su carácter de dueña de la planta donde se llevaron a cabo las tareas y donde se produjo el accidente. Sostuvo que de esta condición surgía su responsabilidad civil con independencia de que la víctima fatal tuviera o no vinculación laboral con la empresa, y de que las cosas dañosas fueran o no de su propiedad (ver escrito de demanda, punto VI. 2, hoja 23 vta.).

---Señala Pizarro con cita de Jourdain que la doctrina del riesgo creado puede sintetizarse de esta manera: quien es dueño o guardián de cosas riesgosas, o realiza actividades que, por su naturaleza o por sus circunstancias generan riesgos a terceros debe como contrapartida responder por los daños que ellas originan. Y agrega que esta teoría pone especial atención en el hecho de que alguien cree un riesgo, lo conozca o lo domine. Quien realiza esta actividad debe cargar con los resultados dañosos que ella genere a terceros. La responsabilidad objetiva que de ella dimana constituye una contrapartida del riesgo creado y el juicio de imputación se formula con total abstracción de la idea de culpabilidad (Pizarro, ob. cit., pág. 70). Y concluye que quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo para terceros, se beneficie o no con él, debe soportar los detrimentos que el evento ocasione (Pizarro, ob. cit., pág. 83).

---A fin de determinar el factor de atribución resulta relevante señalar que el accidente ocurrió mientras M. se encontraba en el predio de la codemandada A. J. T. SACIF. Que en dicho predio la codemandada D. S.R.L. estaba finalizando una obra de reparación y colocación de membrana asfáltica. Asimismo, cabe destacar que M., con intención de vaciar los restos de pintura asfáltica de unos tambores que se encontraban en el lugar, utilizó un soplete para derretirla. Surge de las constancias de la causa que mientras estaba desarrollando esta acción se produjo la explosión de uno de los tambores con restos de pintura asfáltica, lo que produjo graves quemaduras en distintas partes de su cuerpo y lesiones graves en sus vías

aéreas, falleciendo días más tarde a raíz del grave cuadro de salud provocado por las quemaduras.

---En este marco, y respecto de la codemandada D. SRL, considero que debe aplicarse el marco normativo del art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del Código Civil considerando como factor objetivo de atribución el riesgo de las cosas con las que se llevó a cabo la obra en el techo de la empresa, así como también el riesgo de la actividad desplegada. A.J. T. también se ve alcanzada por la responsabilidad objetiva en su carácter de propietaria del predio en el que se realizó la obra y, consecuentemente, guardián en los términos del art. 1113 antes citado.

---Señala Pizarro, en relación a los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa en el régimen legal previsto por el art. 1113, segunda parte, segundo párrafo del Código Civil, que además de estar presente la intervención activa de la cosa, el daño proviene de su riesgo o vicio. Y agrega que el daño se considera causado por el riesgo o vicio de la cosa cuando se produce mediante el empleo de una cosa que por su naturaleza, estado o modo de utilización engendra riesgos a terceros (Pizarro, ob. cit., pág. 495).

---Ahora bien, la demandada T. negó expresamente que las cosas involucradas en el accidente sufrido por M. fueran riesgosas o peligrosas. Por ello, y a fin de dar respuesta a tal planteo, analizaré la pericia de seguridad e higiene practicada en fecha 24/05/2017 (hojas 360/362). El experto en su informe, luego de analizar las fotografías tomadas por la Policía, estableció que *"se observa que las tareas estaban en etapa de imprimación (etapa previa a la colocación de la membrana) con pintura asfáltica Megaflex (fotografías N° 22, 24, 25, 42, 43) y en el mismo lugar pueden apreciarse diferentes fuentes de calor (fotografía N° 25). En virtud de lo observado, se consideraron las recomendaciones del fabricante respecto de la aplicación y de las precauciones a tO. para la colocación de la pintura, que específicamente dicen: 'la operación se ejecutará en fR., ya que la pintura es inflamable' y 'por ser un producto de secado ultrarrápido contiene solventes muy volátiles, es inflamable y debe estar alejado de fuentes de calor o de llamas. No debe aplicarse en lugares cerrados. En todos los casos debe existir una ventilación adecuada' (Anexo A). Por lo expuesto en los párrafos anteriores, y en virtud de los archivos fotográficos, es posible aseverar que dicho escenario se corresponde con riesgo de incendio o explosión inminente, por lo que la hipótesis de muerte accidental por los riesgos antedichos es la causa más probable del accidente del Sr. M.. En relación a las acciones preventivas, utilizando como sustento del análisis la información extraída del registro fotográfico ya mencionado, pueden enumerarse las siguientes: Eliminar toda fuente de calor de la zona de trabajo mientras se realiza la imprimación. Capacitar a los operarios en los riesgos específicos de la tarea"* (pericia de seguridad e higiene, hojas 360/362). El valor probatorio del informe pericial no fue

cuestionado por las demandadas de modo que tengo por acreditado el riesgo de los materiales que se encontraban en la obra, así como también el riesgo de la actividad desplegada por M..

---Por ello, ambas demandadas resultan objetivamente responsables por el riesgo creado, debiéndose destacar que resulta guardián de la cosa riesgosa tanto quien obtiene un provecho de la cosa, como aquel que, de manera autónoma, ejercita un poder de control y gobierno, aunque no se sirva u obtenga un provecho de ella (confr. Kemelmajer de Carlucci, en "Código Civil y leyes complementarias", Dir. Belluscio y Zannoni, tomo 5, págs. 470/471).

---V. d. Relación de causalidad:

---Finalmente resta analizar la existencia de relación causal entre el factor objetivo de atribución de responsabilidad antes descripto y el daño. También corresponde analizar si se configuró alguna causal de ruptura del nexo causal a permita eximir total o parcialmente de responsabilidad a las demandadas.

---Respecto de este elemento de la responsabilidad civil cabe recordar que el sistema adoptado por nuestro Código es el de la "causalidad adecuada", que no equivale a causalidad material, sino que se asienta sobre una fina determinación de cuál es la causa en concreto de cierto daño. Como presupuesto de responsabilidad, la relación causal es un vínculo externo que se establece entre el daño y un hecho que lo ha generado, por lo que ese perjuicio se imputa fácticamente al suceso que es su fuente con prescindencia de toda valoración sobre injusticia o reprochabilidad (esta Sala, SDC Nº 19/2008; SDC Nº 6/2013, con cita de DÍEZ-PICAZO, Luis, Derecho de daños, Edit. Cívitas, Madrid, 2000, p. 334; RIZZARDO, Arnaldo, Responsabilidad civil, Editora Forense, R. de Janeiro, 2005, p. 72).

---En cuanto a las causas del accidente, corresponde reiterar aquí lo dicho por el perito: *"…se consideraron las recomendaciones del fabricante respecto de la aplicación y de las precauciones a tO. para la colocación de la pintura, que específicamente dicen: 'la operación se ejecutará en fR., ya que la pintura es inflamable' y 'por ser un producto de secado ultrarrápido contiene solventes muy volátiles, es inflamable y debe estar alejado de fuentes de calor o de llamas. No debe aplicarse en lugares cerrados. En todos los casos debe existir una ventilación adecuada' (Anexo A). Por lo expuesto en los párrafos anteriores, y en virtud de los archivos fotográficos, es posible aseverar que dicho escenario se corresponde con riesgo de incendio o explosión inminente, por lo que la hipótesis de muerte accidental por los riesgos antedichos es la causa más probable del accidente del Sr. M...."* (pericia de seguridad e higiene, hojas 360/362).

---Surge claro de la pericia que las tareas debían realizarse en fR. y que los elementos debían estar lejos de las fuentes de calor debido a su volatilidad. Todo esto no hace más que corroborar, reiterando lo ya dicho al analizar el factor de atribución, el carácter riesgoso de

los elementos manipulados por M. y la consecuente responsabilidad objetiva en cabeza de las demandadas.

---Continuando con el análisis causal, adelanto que coincido con los recurrentes en cuanto a que el juez de la instancia anterior parte de un error al señalar que la falta de vinculación laboral entre D. SRL y M. —resuelta en sede laboral y pasada en autoridad de cosa juzgada— hace presumir que este último ingresó por su propia cuenta y sin ningún tipo de autorización al predio de la codemandada T., realizando una tarea para su propio beneficio. Ello pues, a pesar de encontrarse firme que M. no estaba bajo relación de dependencia de D. SRL, surge de la causa que aquél ingresó al predio junto con R. E. P.. Esta circunstancia se encuentra expresamente reconocida por D. SRL quien, al contestar demanda dijo: "*El Sr. P. es un conocido subcontratista de D. SRL que, infringiendo las normas de la empresa franqueó el acceso al Sr. M. para que se lleve los tambores que antes contenían brea (pintura asfáltica)*". Lo antes dicho surge también del libro de guardia de ingreso a la planta de A.J. T. SACIF en el que consta que el día del siniestro (12/07/2012) a las 08:15 hs ingresó personal de la obra "al techo" (confr. hoja 81 del mencionado libro).

---Sentado lo anterior, esto es, que M. ingresó al predio de A. J. T. SACIF junto con P., resta analizar los motivos de su ingreso. Por un lado, tenemos la versión inicial de la parte actora que invocó la existencia de una relación laboral no registrada con D. SRL. Esta hipótesis debe descartarse en virtud de lo resuelto en el juicio laboral. Por el otro lado tenemos la hipótesis de la demandada que sostiene que M. concurrió a la planta de A. J. T. para llevarse unos tambores vacíos y luego transformarlos en chulengos para venderlos. Agregó a su hipótesis que al intentar cargar uno de los tambores M. descubrió que el recipiente todavía contenía restos de brea lo cual dificultaba el transporte en virtud del peso que ejercía. Y que, por tal motivo, pidió prestado uno de los sopletes que pertenecía a P. y comenzó a calentar el tambor para que la brea dejara su estado sólido y escurriera a los fines de poder llevarse el mentado recipiente sin el peso que dicho material ejercía. El resto ya es relato común, como consecuencia del calor aplicado sobre el tambor se produjo la explosión que causó su muerte.

---En mi opinión, y luego de analizar detenidamente las pruebas producidas, la hipótesis de la demandada tampoco puede ser tomada como verdadera. En efecto, el único testimonio que abonaría la versión de la demandada es el de P. que, en virtud de las razones que expresaré a continuación, no será considerado como prueba válida en esta causa. Del resto de las pruebas producidas surge que M. concurrió al predio de A. J. T., al menos, a ayudar con la limpieza. Es cierto que estas tareas no fueron cumplidas bajo relación de dependencia de D. SRL ni, mucho menos, de A. J. T. pero lo cierto es que, en el marco de las pruebas producidas y que seguidamente detallaré, es la única explicación racional y lógica posible:

---El testimonio de P.: tal como señalé anteriormente, propongo al acuerdo no considerar como prueba válida en esta causa las declaraciones de P.. En mi opinión obstan a su validez la manifiesta contradicción entre las declaraciones efectuadas en las distintas sedes:

---En primer lugar, y al ser entrevistado por el personal policial que se presentó inmediatamente en la planta de T. luego de ocurrido el accidente, P. manifestó expresamente que "*en la fecha, estábamos trabajando en el techo de la fábrica de T. cuando explotó un tambor de pintura asfáltica que le ocasionó severas lesiones en el rostro a A. M., yo lo ayudé arrojándole agua junto con otras personas. Soy el capataz de la obra, trabajamos para la empresa D. S.R.L. a cargo del señor G. Di B.*" (Acta de intervención policial de fecha 12/07/2012, obrante a hoja 01 vta. del Legajo de Investigación Fiscal N° 40.843).

---Luego, al declarar en la causa laboral el día 14/05/2014 (hojas 155/156 vta. del expediente 305/2012) dijo que era conocido de O. A. M., casi amigo. Que en la época del accidente trabajaba para D. SRL haciendo "*algo así como logística y distribución, hago las compras y entrego materiales en las obras. Lo hago como trabajador dependiente. (...) Yo era empleado de S.. La relación no estaba registrada. (...) Para S. yo trabajaba como encargado, controlaba las obras. Dejé de trabajar para S. porque D. me ofreció este trabajo. Me lo ofreció Carlos Di B.*". Preguntado por las circunstancias del accidente respondió: *"Yo fui a hacer la limpieza de la obra a la mañana, a las 9, o por ahí. Me refiero a la fábrica T.. Ya habíamos terminado la obra y yo tenía que hacer la limpieza (...) Fui acompañado por M. yo lo pasé a buscar a la casa. (...) Estábamos solos nosotros dos. Él no tenía que estar ahí, pero me había pedido los tachos de 200 lts., como yo los tenía que tirar lo pasé a buscar para dárselos. Los tachos me los había pedido hacía rato (...). Mientras yo limpiaba la arena y el resto de materiales, él se encargaba de bajar los tachos. En el momento en que yo bajo al contenedor para tirar los baldes con restos de materiales, vuelvo a subir al techo y veo que estaba calentando los tachos con un soplete (...) Cuando me acerqué a decirle que no use eso para calentar, explotó".* Luego le preguntaron de qué vivía M. y respondió: *"de las changuitas que hacía. A él lo llamaban para hacer limpieza, para hacer alguna obra…".*

---Finalmente, al declarar en sede civil, el día 12/02/2015 (hoja 230 de esta causa), a escasos 9 meses de la declaración efectuada en sede laboral, afirmó no recordar lo ocurrido el día del accidente (respuesta a la primera pregunta); que tampoco recordaba si M. estaba con él en el momento del accidente (respuesta a la segunda pregunta); que trabaja para D. desde el 07/06/2013 y que antes no había trabajado para D. SRL (respuesta a la tercera pregunta); y que M. jamás fue a la planta de A.J T., estando él presente (respuesta a la sexta pregunta).

---Esta última declaración de P. motivó que la abogada apoderada de la parte actora lo denunciara penalmente por falso testimonio. Sin perjuicio del resultado de la causa penal, lo

cierto es que la marcada contradicción entre las declaraciones de P. hace que resulte imposible tO.las como prueba en esta causa. Y así lo propongo al acuerdo.

---Las pruebas que consideraré son las siguientes:

---C. Y., que se desempeñaba como guardia de seguridad en T. el día del accidente, dejó asentado en el libro de guardia que siendo las 11:00 hs. sintió una explosión que hizo temblar toda la infraestructura de T. por lo que salió a ver qué había pasado y vio humo proveniente de la obra en la terraza de T., ante lo cual decidió acercarse constatando la presencia de fuego en los tambores de brea y vio a un operario herido de quemadura en todo el cuerpo junto al capataz, por lo que inmediatamente dio aviso con su teléfono celular a la ambulancia y a los bomberos. A continuación, el mencionado guardia dejó constancia que personal policial se presentó en la planta. A renglón seguido dejó constancia que, siendo las 11:10 hs. y "*al ver que no venía la ambulancia la policía decide trasladar al operario de la obra M. A. en el móvil policial hacia el hospital zonal de Trelew*".

---Las circunstancias relatadas y asentadas en el libro de guardia fueron confirmadas por Y. al momento de prestar declaración testimonial en estos autos (hojas 305/306). En esta ocasión Y. dijo: "*En ese momento estaba de servicio había ingresado el personal que estaba trabajando en la constructora con su encargado entran a la parte del techo donde colocaban membrana y quedaron trabajando*". Luego se le preguntó si ese día registró el ingreso del personal de la obra a lo que respondió: "*se daba el registro al encargado de la obra pero no a las personas que entraban con él porque se tomaba como responsable a la persona que llevaba al personal, nosotros teníamos tres personas responsables de las obras que eran los encargados. Si venían ellos entraba el personal a su cargo. Yo le di registro al encargado de la obra que ingresó ese día, era un capataz que estaba a cargo de ellos, de apellido P.*". Luego agregó que los otros dos responsables de la obra eran Di B. y S.. A continuación, y preguntado si era común que se produjeran variaciones en el personal que ingresaba a la obra, respondió: "*sí, eran variaciones en diferentes cantidades, venían uno, tres, cuatro. No tenían un número fijo pero venían con sus encargados, nunca se dejaron solos a los albañiles*". A continuación, y preguntado sobre cómo supo que la persona accidentada era un operario de la obra, dijo: "*porque se deduce que si estaba con el capataz arriba, era un empleado de ellos*".

---Del expediente laboral caratulado "M., M. A. y otros c/ D. SRL s/ cobro de pesos e indemnizaciones de ley" (305/2012) ofrecido como prueba por la parte actora surge que M. habitualmente realizaba tareas para L. F. S., que era jefe de P. y contratista de D. SRL.

---Así, L. F. S. —testigo común a la parte actora y a D. SRL en la causa laboral— declaró en sede laboral (hojas 135/136 del Expte. 305/2012) que realizaba tareas contratado por J. A. D. R. (socio de la empresa D. SRL) y que realizó obras para él en el barrio Etchepare, en

una clínica en calle Mitre y Soberanía y en la planta de T. (respuestas a las generales de la ley y tercera pregunta). Este testigo manifestó que le daba changas tanto a M. como a P.. Preguntado específicamente por las obras en las que M. trabajó con él dijo: "*la de Barrio Etchepare, una losa que hicimos en el barrio Presidente Perón, que fue también en esos meses. Creo que el muchacho que trabajaba conmigo, P. lo había llevado a la Clínica de Mitre y Soberanía a limpiar*". Respecto de la obra en T. dijo que D. R. lo contrató para colocar la membrana y que él, a su vez, subcontrató el trabajo a un colocador de membrana, O. B.. A continuación, y preguntado respecto del accidente, respondió: *"…lo que me contó P.. P. lo sabe porque él estaba con M. el día del accidente. Estaban los dos. Me llamó y me contó que explotó un tanque de brea y se quemó M.. Esto ocurrió antes del mediodía. Sé que fue a la mañana. Estaban haciendo limpieza. Solo estaban P. y M.. Creo que era un día laborable. No estaban B. y su gente porque ya habían terminado de colocar la membrana. (…) P. me comentó que estaban calentado el tacho con brea y explotó. Teníamos que bajar todos los tachos de arriba, y todos tenían un poco de pintura asfáltica y se ve que lo calentaron y explotó. Yo le había encomendado a P. bajar todos los tachos de arriba"*. Luego, preguntado sobre quienes cumplían las funciones de capataz en la obra de T. dijo que si no estaba el testigo estaba P.. A continuación, la Dra. P. le preguntó quién convocó a M. a realizar tareas de limpieza en la obra, a lo que contestó: *"P.. Yo no sabía que lo había llevado*". Luego, el Dr. A. le preguntó qué remuneración percibía M. por acompañar a P.. A lo que respondió: *"Yo no lo había ocupado a M. ese día. Se le pagaba lo normal, lo que era por día, se pagaba por día. Yo le pagaba a M. que era medio oficial $160 el día"*. Finalmente le preguntó cuál era el destino final de los tambores que debía retirar P. a lo que respondió: "*no sé qué destino tenían. Yo le dije a P. que los tire al contenedor*".

---Por su parte, el testigo S. R., sobrino de O. A. M. y primo de L. F. S., declaró que trabajó junto con M. en la obra que ejecutaba S. para T., aclarando que S. "*agarraba las obras de D. SRL*" (respuesta a las generales de la ley, hoja 170 del mencionado expediente). También manifestó que por lo general en esa obra los que estaban era M. y P., sin perjuicio de que pudiera haber otras personas ayudando, pero que en definitiva todos ellos trabajaban para S., quien les abonaba por sus tareas por ser el capataz de todos ellos (respuesta a la segunda pregunta). Cuando se le preguntó acerca de las tareas que realizaba M. respondió que él era albañil y que se encargaba de hacer las carpetas (respuestas a la primera y segunda pregunta de los actores). Más adelante y refiriéndose a las tareas que se le encomendaron a M. el día del accidente manifestó lo siguiente: "*En el momento en que falleció lo que estábamos haciendo era la carpeta de lo que era la fábrica T.. Lo que es arriba, el techo".* Luego le preguntaron si concurrió al lugar el día del accidente y respondió: *"sí, cuando pasó el accidente fui con mi primo, S.. (…) Solo nosotros dos fuimos quienes lo vimos. (…) Lo único que vimos es que había pintura asfáltica volcada por todos lados, en el techo, las escaleras*

y el piso abajo". Luego, respecto de las tareas que estaba realizando M. el día del accidente respondió: "*por lo que tengo entendido M. estaba revocando una parecita. Lo digo porque ahí estaba la cuchara, la carretilla con material, una pala, un balde con una cuchara de albañil. La parecita estaba en la parte lateral del techo. (…) Lo que puedo asegurar es que él estaba haciendo ese trabajo. Lo puedo asegurar porque estaba la carretilla y todo, y era el único albañil, porque P. no hace ese trabajo. Él estaba encargado de llevar a la gente y nada más*" (respuesta a la undécima pregunta de los actores). Respecto de las funciones de P., el testigo manifestó que era capataz, encargándose de llevar a la gente y controlar las tareas realizadas (respuesta a la sexta pregunta de los actores).

---J. A. D. R., hojas 133/134 del expediente 305/2012, ofrecido como testigo por D. SRL, dijo que fue socio de D. SRL hasta un año antes de su declaración —declaró en febrero de 2014—. Dijo también que O. A. M. trabajó en alguna oportunidad con S. en otra obra a la que lo llevaron para hacer limpieza y excavaciones. Agregó que S. era un contratista que trabajaba para D. y que los vinculó un contrato privado. Refiere tener conocimiento de las circunstancias del accidente porque se lo contó S.. Dice que S. le refirió que M. había ido con P. para llevarse los tambores de brea que le habían regalado. Dijo que M. nunca trabajó para D., que S. lo llevaba para hacer trabajos muy específicos y esporádicamente.

---Con todas las pruebas hasta aquí indicadas, tengo por cierto que O. A. M. fue llevado por P. a la planta de T. SRL (esta circunstancia se encuentra, además, reconocida por la parte demandada). El motivo por el cual lo llevó, en mi opinión y con un grado razonable de certeza, es para que lo ayudara con la limpieza del lugar. La versión de la demandada de que fue únicamente a retirar los tachos de brea se sustenta solamente en la declaración de P. formulada en sede laboral cuyo testimonio, como adelanté, no será tenido en cuenta. Y no se trata, como sugiere la demandada al contestar agravios, de volver a analizar la existencia de relación laboral entre D. y M. sino de entender el motivo por el cual se encontraba en el lugar manipulando cosas riesgosas y realizando una actividad riesgosa que le costó la vida.

---No puedo dejar de lado que el juez laboral, al decidir rechazar la demanda por no haber sido acreditada la relación laboral dijo expresamente: *"…todas las testimoniales colectadas, coinciden en sindicar al Sr. S. como la persona que les daba trabajo y les pagaba, siendo llevados por él a trabajar —entre ellos M.— en las obras que le encomendaba D. SRL, por lo que hacía las veces de un contratista particular de ésta contra quien podría, eventualmente, haber sido dirigida la demanda o, si se quiere, podría haberse planteado la responsabilidad solidaria entre éste y D. SRL en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo y/o 32 de la ley 22.250 aplicable al régimen de construcción"*.

---Es decir, el juez laboral rechazó la demanda por no haberse acreditado el vínculo laboral directo entre D. SRL y M. reconociendo de manera expresa que M. era llevado a trabajar por S., contratista de D.. Y S., al declarar en la causa laboral, dijo que fue P. quien convocó a M. ese día para hacer la limpieza que él le había encomendado. En mi opinión, esta es la lectura más razonable que puede hacerse de las pruebas colectadas y antes referidas.

---Sin perjuicio de todo lo antes expuesto el motivo por el cuál M. se encontraba en el predio de T. manipulando materiales de la obra de D. es irrelevante. En efecto, encontrándose probado que M. ingresó al predio con un contratista de D. y que T. permitió su ingreso, salvo que las demandadas lograran demostrar la fractura del nexo causal —cosa que, como veremos más adelante, no lograron— de todos modos, resultan responsables por los daños causados.

---El hecho de la víctima: establecida entonces la existencia de relación causal conforme fuera analizado en los párrafos anteriores, corresponde determinar si logró la demandada demostrar la eximente invocada —hecho o culpa de la víctima—.

---En materia de responsabilidad objetiva, el propietario o guardián de la cosa que produjo el daño se encuentra compelido a acreditar una causa ajena que destruya el nexo causal, es decir, demostrar que el hecho, la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder tuvo incidencia causal determinante y excluyente en la producción del siniestro (esta Sala, SDC Nº 21/2019, con cita del art. 1113 Cód. Civil vigente al momento de los hechos y arts.1721, 1722, 1723, 1757, 1758, 1769 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994).

---En el presente caso, las demandadas alegaron la culpa de O. A. M. por haber utilizado de manera negligente el soplete que se encontraba en el techo de la planta de T. para calentar los tambores que contenían los restos de pintura asfáltica.

---Entiendo que ninguna de las demandadas logró acreditar la eximente. Por el contrario, entiendo que carece de fundamentación la conclusión a la que arribó el juez de primera instancia al dar por cierto que M. concurrió al lugar únicamente a llevarse los tachos de pintura y que, realizando una tarea a su propio riesgo y violando su deber de prevención de daños, produjo su propia muerte.

---En efecto, coincido con la tesis de la actora que afirma que debe compatibilizarse el accionar de M. (que ingresó al predio junto con el capataz de la obra presumiblemente —en virtud de lo analizado precedentemente— a ayudarlo con la limpieza encomendada por S.) con la falta de medidas de seguridad adecuadas conforme conclusiones periciales. Y, además, con la circunstancia (también conforme conclusiones de la pericia) de que no debía haber en el lugar elementos que produjeran calor ya que ese material, por ser inflamable, debía utilizarse en fR..

---Por lo expuesto, en modo alguno se puede tener por acreditado el hecho de la víctima con entidad suficiente como para quebrar el nexo causal entre la actividad y las cosas riesgosas utilizadas para realizar la tarea y el daño causado. Por ello, corresponde atribuir responsabilidad en el evento, de manera concurrente, a las dos demandadas.

---VI. En síntesis, considero que se encuentran acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil que se atribuye a las demandadas, no existiendo interrupción causal alguna por el hecho del damnificado, motivo por el cual propongo al Acuerdo revocar íntegramente la sentencia apelada y hacer lugar a la demandada.

En virtud de lo expuesto, analizaré a continuación los daños reclamados.

---VI a. Daño patrimonial de B. O. M. y J. A. M.:

---Bajo este rubro, la actora reclama la privación de la asistencia y el apoyo material que M. prestaba a favor de su hija B. O. M., que al momento del hecho contaba con 3 años de edad, así como de J. A. M. (hija de V. del R. F. y de una pareja anterior a la relación que tuviera con M.), a quien el fallecido había criado desde muy pequeña brindándole trato de hija. A tal fin, calcularon que M. percibía a la fecha del accidente la suma de $3.734,50 por su salario correspondiente a la categoría de ayudante de albañil del CCT 76/75 por lo que, computándose la edad de ambas niñas y el tiempo que restaba hasta el cese de la obligación alimentaria, reclamaron la suma de $526.000 y/o lo que en más o en menos surgiera de la prueba a rendirse.

---Adelanto que propondré al Acuerdo que solo se haga lugar al rubro requerido con relación a B. O. M..

---Con relación a J. A. M., si bien surge de la causa que M. participó de su crianza, considero que la actora no demostró los extremos requeridos a los fines de lograr el reconocimiento de este rubro. En principio, cabe señalar que el art. 673 del Código Civil y Comercial de la Nación establece la obligación por parte del progenitor afín de cooperar en la crianza y educación de los hijos del cónyuge o conviviente y que el art. 676 del mismo cuerpo normativo dispone que esta obligación tiene carácter subsidiario. De este modo, no pesando sobre M. una obligación alimentaria principal respecto de la niña, la prueba a los fines de lograr su reconocimiento debe extremarse. En efecto, la actora no demostró, por ejemplo, la imposibilidad de J. de recibir asistencia económica por parte de sus dos progenitores. Tampoco puede presumirse que M. continuaría asistiéndola económicamente a lo largo de los años dado que, tal como surge de la causa, se encontraba separado de la madre de J. al momento de su fallecimiento.

--- Por tanto, y dado que el daño para que pueda ser resarcido debe ser cierto, frente a la falta de prueba mencionada y en el marco legal descripto, propongo al Acuerdo el rechazo de su reclamo.

---La situación de B. O. M. es diferente dado que cuenta con una presunción legal —*iuris tantum*— de daño. En este sentido el art. 1084 del Código Civil infiere que la muerte de alguno de los progenitores priva al hijo (en este caso a la hija) de lo necesario para su subsistencia. Por este motivo corresponde hacer lugar al rubro reclamado. En cuanto al momento hasta el cual se calculará el aporte, propongo establecerlo en la edad de 21 años (art. 658 CCyC) en virtud de lo dispuesto por el nuevo ordenamiento civil y lo expuesto al determinar el derecho aplicable.

--- En cuanto al monto de la indemnización requerida, cabe indicar que a la fecha del accidente B. contaba con 3 años de edad (confr. certificado de nacimiento agregado en hoja 4 de estos autos) y su padre con 46 años (ver partida de defunción, hoja 7 de estos autos). Además, conforme pruebas antes analizadas, M. se desempeñaba como ayudante de albañil. Ahora bien, sin perjuicio de la remuneración denunciada por la actora como percibida por M. ($3.734,50), lo cierto es que en esta causa no se produjeron pruebas al respecto. En consecuencia, a los fines de calcular este rubro, computaré el Salario Mínimo Vital y Móvil a la época del accidente ($2.300, conf. Res. 2/11 CNEPySMVyM).

---Es por ello que de la totalidad del ingreso anual estimado debe descontarse de forma prudencial el porcentaje que M. destinaba a sus gastos personales. Resulta razonable en mi concepto fijar, como porcentaje destinado a cubrir las necesidades de vestuario, salud, educación, esparcimiento, entre otras, de su hija, una suma equivalente al 35% de sus ingresos estimados.

---En consecuencia, aplicando la fórmula matemática financiera de uso común en el fuero, según la cual C=a*(1-1/(1+i) n*1/i, donde “a” es la remuneración anual, en el caso la suma de $10.465; “i” es la tasa de descuento del 35% anual y la variable “n” es el periodo computable de 18 años, arribamos a una indemnización de $113.310,87 para B. O. M.. Tales sumas devengarán intereses moratorios conforme la tasa activa del Banco del Chubut para sus operaciones generales vencidas desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago con capitalización al momento de notificarse la demanda (arts. 7 y 770 inc. b. del CCyC).

---VI b. <u>Daño extrapatrimonial</u>:

---En cuanto a este rubro, la parte actora reclamó en su demanda la suma de $150.000 para cada reclamante en virtud de los padecimientos sufridos como consecuencia del siniestro y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba producida.

---Con relación al reclamo de M. A. M. y B. O. M., este daño surge acreditado *in re ipsa* por tratarse del fallecimiento de su padre. Por tal motivo, luego de analizar la situación de J. A. M., procederé a su cuantificación.

---Con respecto a J. A. M. la parte actora plantea la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, norma que otorgaba legitimación para el reclamo por los daños padecidos solo a los herederos forzosos de la víctima, si del hecho resultase su muerte.

---La codemandada D. SRL, al contestar el planteo de inconstitucionalidad, alega que la letra del artículo es por demás clara al establecer la indemnización para los herederos forzosos, entre los cuales no se encuentra la menor allegada a la víctima, ello sin desconocer la existencia de fallos que receptan el planteo con relación a la concubina del fallecido.

---En mi opinión, y si bien se trata de una cuestión controvertida, J. A. M. se encuentra legitimada para reclamar el daño moral por la muerte de O. A. M., por lo que adelanto que propondré al Acuerdo hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad. En efecto, considero que la regla del anterior Código Civil restringía de manera injusta el elenco de legitimados indirectos ante el fallecimiento de la víctima, al establecer que solo podían reclamar el perjuicio sufrido a título propio los herederos forzosos, lo que motivó un gran número de planteos de inconstitucionalidad.

---De hecho, esta cuestión motivó divergencias en la misma CSJN, al dictarse el fallo "González, Marisa Graciela y otros c/ Estado Nacional - M° Justicia y Der. Hum. - Gendarmería Nacional s/ daños y perjuicios" de fecha 05/09/2017, que versó sobre idéntica cuestión.-- Allí si bien el recurso planteado por uno de los actores (hijo de la conviviente de la víctima a quien este último le otorgó un trato familiar ostensible) fue rechazado en su mayoría, con fundamento en lo dispuesto por el art. 280 del CPCCN, motivó el voto en disidencia de los Dres. Maqueda y Rosatti a los que he de referirme.

---El primero de ellos manifestó en su voto que la "*reparación plena no se logra si los daños -en el caso la afección espiritual derivada del fallecimiento de la persona que daba trato familiar ostensible y con quien convivía el reclamante- subsisten en alguna medida (conf. Fallos: 324:2972; 326:2329 y 335:2333)*" (…) "*negar a este último la posibilidad de reclamar y obtener idéntico resarcimiento de un perjuicio cierto y con adecuada relación de causalidad con el hecho dañoso, implica un trato desigual que no encuentra sustento en fundamento objetivo y razonable y, por ende, resulta contrario a la garantía contemplada por el arto 16 de la Constitución Nacional*".

---Continuó señalando el Dr. Maqueda que "*la aplicación directa que el tribunal de alzada realiza de la restricción contemplada por el art. 1078 del Código Civil, conduce a privilegiar un concepto tradicional que no se condice con la amplitud que en la actualidad se da al término 'familia', particularmente a la luz del plexo normativo internacional incorporado a nuestra Constitución Nacional con la reforma de 1994*".

---Asimismo, el Magistrado citó la Observación General N° 07 de la Convención sobre los Derechos del Niño que refiere a la familia como "*el grupo fundamental de la sociedad y*

medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños", que reconoce la existencia de una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños, y considera que “familia” se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño.

--- Maqueda concluye, en definitiva, que de negarse la posibilidad de reclamar y obtener el resarcimiento de un perjuicio acreditado en la causa a quien integraba el núcleo familiar de la persona fallecida, conduce a vulnerar el derecho a la protección integral de la familia (art. 14 bis de la Constitución Nacional).

---A su turno, el Dr. Rosatti sostuvo fundamentos idénticos a los del Dr. Maqueda concluyendo que “*las consideraciones efectuadas llevan, en el caso, a declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, en cuanto limita la facultad de reclamar la indemnización por daño moral solo a los herederos forzosos del damnificado directo fallecido y, por ende, a considerar que el recurrente posee legitimación suficiente para demandar la citada reparación*”.

---Por otra parte, no puedo dejar de lado que la discusión carece de actualidad por haber sido zanjada por el nuevo Código Civil y Comercial que en su artículo 1741 atribuye legitimación activa para reclamar la indemnización por las consecuencias no patrimoniales a “*los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible*”. Sin perjuicio de la aplicación al presente caso del Código Civil anterior, el nuevo artículo debe tO.se como pauta interpretativa para la solución de los presentes. En efecto, resulta evidente la voluntad legislativa de extender la legitimación activa a “*quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible*”, tal como venía haciendo la jurisprudencia recurriendo a la declaración de inconstitucionalidad de la norma. En punto a esta cuestión señala Galdós que el nuevo art. 1741 CCyC que amplía el elenco de legitimados activos por daño moral, no será de aplicación para los hechos ocurridos antes de su entrada y vigencia, sin perjuicio de su utilización como “doctrina interpretativa” de los arts. 1078 y 522 CC (GALDÓS, Jorge Mario, 2019. *Tratado de derecho de daños*, dirigido por Sebastián Picasso y Luis R. J. Sénz. Buenos Aires: La Ley, Tomo III, pág.32/34),

---En virtud de todo lo expuesto, propongo al Acuerdo declarar la inconstitucionalidad del art. 1.078 del Código Civil a fin de establecer que J. A. M. cuenta con legitimación activa para reclamar el resarcimiento por el daño extrapatrimonial sufrido. En cuanto a la prueba del daño, lo considero suficientemente probado con las constancias de la causa. En efecto, surge claro de la declaración testimonial de A. A. R. (hojas 169/170) que J. siempre lo llamó

papá a O. A. M. recibiendo por parte de este último un trato de hija y, además, que sufrió mucho tras su pérdida (respuestas a la segunda, tercera y sexta pregunta).

---Con respecto a la valuación del rubro debe recordarse lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido que: "*El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. En este orden de ideas el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. (...) El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida*" (CSJN, 12/04/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios"; Fallos: 334:376).

---Por otra parte, cabe recordar que una vez que se ha acreditado que existe el daño como ocurre en esta causa —se trata de un daño que surge de la propia naturaleza de las cosas— no es necesario que el monto resulte justificado. La persona llamada a decidir se encuentra habilitada para fijar su importe teniendo en consideración las pretensiones de las partes y las circunstancias del caso.

--- En virtud de lo expuesto, y como ocurre siempre que debe estimarse el resarcimiento por daño moral, determinada su existencia aparece el problema de su cuantificación. Matilde Zavala de González en un conocido artículo de doctrina estableció algunas pautas para determinarlo. Sostuvo, entre otras, que el resarcimiento debe ser "justo, aunque no integral" puesto que la reparación "integral" del daño moral es un mito o ilusión: tanto desde la perspectiva del daño mismo, porque es imposible restituir la situación al estado anterior a la lesión, como desde la perspectiva de la indemnización, ya que el monto que se fije no puede representar ni traducir el perjuicio. Sostuvo también que la indemnización debe ser "suficiente y posible" agregando que desde el punto de la víctima la indemnización debe ser suficiente, esto es "compensatoria", para que cumpla con su función satisfactiva, por lo que son desechables las condenas al pago de sumas simbólicas. Atendiendo al responsable, el monto fijado debe ser posible, descartando excesos que no condicen con nuestra realidad económica, además de que generan un enriquecimiento sin causa (ZAVALA DE

GONZÁLEZ, Matilda, “Cuánto por daño moral”, publicado en LA LEY 1998-E, 1057. Cita Online: AR/DOC/19634/2001).

--- En este caso considero que el monto reclamado resulta apropiado, por lo que corresponde otorgar la suma de $150.000 para cada uno de ellos con más intereses que se calcularán conforme la tasa activa del Banco del Chubut para sus operaciones generales vencidas desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago con capitalización al momento de notificarse la demanda (arts. 7 y 770 inc. b. del CCyC).

---VII. Conclusión:

---Por todo lo analizado en el presente voto, propongo al Acuerdo revocar en todas sus partes la sentencia apelada y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda entablada por M. A. M. y V. del R. F., esta última en representación de sus hijas menores de edad B. O. M. y J. A. M. contra D. SRL y A.J. T. SACIF, condenando a las demandadas en forma concurrente a abonar los siguientes montos: a) a B. O. M., la suma de $263.310,87 ($113.310,87 por daño material y $150.000 por daño moral); b) a J. A. M., la suma de $150.000 por daño moral; y c) a M. A. M. la suma de $150.000 por daño moral; en concepto de capital con más los intereses fijados desde la fecha del accidente (12/07/2012) y hasta el efectivo pago, a la tasa del Banco del Chubut para operaciones generales vencidas, con capitalización al momento de notificarse la demanda (arts. 7 y 770 inc. b. del CCyC).

---Atendiendo al nuevo resultado del proceso propuesto, corresponde readecuar la imposición de costas y honorarios de la primera instancia (art. 282 del CPCC), estimando justo y equitativo que las costas se impongan en su totalidad a las demandadas en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCC). En cuanto a los honorarios de la anterior instancia propongo al Acuerdo regular los de la Dra. M. C. P. y el Dr. E. H., representantes de la parte actora, en conjunto, en el 18% con más el 40% por procuración. Los correspondientes a los Dres. A. M. S. y A. P. A., letrados apoderados de D. SRL, en conjunto, en el 10% con más el 40% por procuración y los del Dr. R. O. C., letrado apoderado de A.J. T. SACIF en el 9% con más el 40% por procuración. En todos los casos sobre el monto del proceso con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 18 y 46 de la ley XIII Nº4).

---Las costas generadas en esta instancia de apelación serán impuestas a las demandadas vencidas (art. 69 CPCC), estimando adecuado regular los honorarios de la Dra. M. C. P. y el Dr. E. H., en conjunto, en el 8,82%, y los del Dr. A. P. A., en el 3,5%, en ambos casos calculados sobre el monto del proceso con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 13, 18 y 46 de la ley XIII Nº 4).

---Termino mi intervención pronunciándome en la presente cuestión por la NEGATIVA.

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expresó:

---I.- En el voto precedente la Dra. Spoturno reseñó el pronunciamiento apelado y detalló los agravios expresados por los actores. Por tal motivo, por razones de economía procesal y para evitar innecesarias reiteraciones, seguidamente ingresaré al tratamiento de las cuestiones planteadas en el mismo orden expuesto por mi colega de Sala.

---II.- Derecho aplicable: Tal como señala la Dra. Spoturno en su voto, encontrándose en vigencia el anterior Código Civil a la fecha del evento dañoso, el caso debe juzgarse a la luz de dicho cuerpo normativo en lo que respecta a la responsabilidad civil que los actores imputan a las demandadas y en caso que corresponda cuantificar el daño reclamado, se deben aplicar las pautas previstas en el nuevo Código (art. 7 Civil y Comercial de la Nación).

---III. Presupuestos de la responsabilidad. Como de manera reiterada y unánime indica la doctrina y la jurisprudencia, cuando se pretende una indemnización con sustento en normas del Código Civil, cualquiera sea el supuesto de que se trate, se requiere la comprobación de los siguientes presupuestos: 1) daño (art. 1067 C.C.); 2) antijuridicidad (arts. 1066 C.C. y 19 Const. Nac.); 3) factor de atribución de responsabilidad (art. 1067 C.C.); y 4) nexo causal adecuado entre el daño y el acto u omisión (o la intervención de cosa riesgosa o viciosa) de quien se sindica como responsable (arts. 901, 906 C.C.).

---III. a. Daño: --Para atribuir responsabilidad civil es claro que como punto de partida debe existir un daño a reparar o resarcir. En el caso, este presupuesto de la responsabilidad civil surge de manera manifiesta, dado que el hecho que da lugar a la promoción de la demanda es la muerte del Sr. O. A. M., quien era el padre de los actores M. A. y B. O. M. y progenitor afín de la coactora J. A. M..

---III b. Antijuridicidad: El Código Civil vigente a la fecha del accidente, en lo que respecta a la antijuridicidad, en su art. 1066 establecía que “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto”. Por otra parte, en relación los ilícitos por omisión, el art. 1074 disponía que “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.”

---De las normas reseñadas surge un enfoque formal y subjetivo de la antijuridicidad, ya que su configuración requería de una conducta contraria al ordenamiento jurídico positivo. Con la reforma de la ley 17.711 y la modificación del art. 1113, al receptarse la teoría del riesgo creado se reconocen factores objetivos de atribución de responsabilidad y se reformula el concepto de antijuridicidad, la que se empezó a considerar como un dato objetivo presente en todo supuesto de daño.

---En la actualidad, el art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación, receptando la doctrina y jurisprudencia elaborada después de la mencionada reforma del Código Civil, establece que “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. Por tal razón, basta con que se incumpla con el deber genérico de no dañar para que la conducta sea considerada antijurídica (Conf. Jorge Mario Galdós, “La Responsabilidad Civil. Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial: Arts. 1708 a 1780, CCCN”, Ed.Rubinzal-Culzoni, Tomo I, págs.. 522/523). En otras palabras, el hecho dañoso es antijurídico, salvo que se acredite una causa de justificación.

---Conforme al criterio reseñado, desde tiempo muy anterior a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, se sostiene que la antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad –incluyendo los principios generales del derecho-, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de culpa (Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado – Director Ricardo Luis Lorenzetti – T° VIII, pag. 364)

---En tal sentido, se ha dicho que el ilícito civil es atípico, porque no requiere que la ley describa con detalle la conducta prohibida y que "la obligación de responder proviene de violar un deber preexistente de no dañar (alterum non ladere), que rige tanto en genéricas relaciones humanas como cuando se incumple una obligación previa hacia la víctima" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, con la colaboración de Rodolfo González Zavala, 1ra. ed., Córdoba, Alveroni, 2015, Tomo I, p. 17.).

---Dicho lo anterior, al igual que mi colega de Sala, entiendo que el Juez de grado se equivocó al indicar que los actores debieron alegar y probar la antijuridicidad de la conducta de las demandadas, ya que ante la existencia del daño a la integridad física y en consecuencia, por haberse violado el deber de dañar (art. 19 CN), ésta surge evidente. En todo caso, las accionadas si pretendían ser eximidas de responsabilidad por considerar que en el caso no se verifica antijuridicidad, tendrían que haber alegado y probado una causa de justificación y nada de eso hicieron.

---III. c. Factor de atribución. --Los actores en su escrito de demanda sostienen que las demandadas D. SRL y A.J T. SACIF resultan objetivamente responsables por la muerte de M.. La primera por ser la titular de la actividad que desarrolló el nombrado al momento del accidente, la que tildan de riesgosa, aclarando que fue contratada por la otra codemandada a fin de colocar y reparar la membrana en el techo de su planta.

---Por otro lado, atribuyen responsabilidad concurrente de la codemandada A.J T. SACIF, por resultar destinataria o beneficiaria de la obra que se llevó a cabo en su planta,

atribuyéndole el carácter de guardián en los términos del art. 1113 del Código Civil al haberse reservado las facultades de control y fiscalización de la obra encomendada.

---En cuanto a las herramientas y elementos que manipulaba M. al momento del siniestro y que califican de cosas riesgosas por sus características y por la forma de utilización, indicaron no conocer cuál de las dos empresas demandadas era su dueña y asimismo expresaron que la inexistencia de vínculo laboral entre M. y D. SRL en nada afecta la responsabilidad que imputan a las demandadas.

---Adelanto que voy a coincidir con mi colega de sala en cuanto establece que el evento dañoso debe analizarse conforme a las pautas del art. 1113 del Código Civil y que las demandadas resultan objetivamente responsables en virtud del riesgo creado.

---De las constancias de la causa surge: (i) que D. realizaba una obra reparación y colocación de membrana asfáltica en el predio de T., (ii) que el día del evento dañoso M. ingresó a dicho predio con un contratista de D. y con autorización de T., (iii) que al momento del accidente intentaba vaciar los restos de pintura asfáltica adheridos a unos tambores que correspondían a la obra referida, (iv) que a tal efecto utilizaba un soplete que se encontraba en el lugar, y (v) que en tales circunstancias se produjo una explosión que le provocó quemaduras en varias partes de su cuerpo y que como consecuencia de éstas, días más tarde falleció.

---Siendo esos básicamente los hechos probados y constituyendo los elementos referidos (tambores con restos de pintura asfáltica y soplete) una cosa riesgosa por la forma en que eran manipulados, no tengo duda que las demandadas se encuentran alcanzadas por la responsabilidad objetiva prevista por el art. 1113 2do. párrafo del Código Civil.

---D. SRL es responsable por ser la encargada de la obra en la que se ejecutó la actividad riesgosa que causó el daño y propietaria de los elementos que a tal efecto se utilizaron y A.J. T. SACIF por ser la propietaria del predio y en consecuencia guardián de las cosas que en el mismo se usan y de las actividades que en él se realizan.

---Aún cuando la obra estuviere a cargo de la empresa constructora, la nombrada T. no puede ser eximida de responsabilidad, ya que en virtud del art. 1113 del Código Civil, la responsabilidad de quien causó el daño se extiende al dueño de las obras de las cuales se sirve o tiene a su cuidado (CNCiv. Sala F “D. W., B. vs. Banco de la Nación Argentina y otro s. Daños y perjuicios”, 08/02/2021, Rubinzal Online, RC J 944/21).

---Al respecto, también se ha dicho que “las responsabilidades concurrentes del dueño y del guardián que surgen del artículo 1113 del Código Civil, han llevado a concluir que no se trata de un supuesto de responsabilidad alternativa, ya que no se está en presencia de una única obligación resarcitoria a cargo del dueño o del guardián de la cosa, sino de dos obligaciones distintas que no se confunden entre sí, pues, aunque tienen un mismo acreedor, el damnificado y un mismo objeto, la reparación del daño, difieren en cuanto a la causa de

deber que, en un caso es el título de dominio sobre una cosa dañosa y en el otro la guarda de dicha cosa: es esta disparidad de causa la que hace ver que no se trata de una única obligación, sino de dos obligaciones distintas, cuya concurrencia está dada por la identidad de acreedor y de objeto. En un caso como éste … la víctima se encuentra ante dos sujetos responsables: el dueño de la obra … y el constructor … tratándose de obligaciones concurrentes e indistintas, por lo que si la cosa ha tenido intervención activa en la producción del daño, propietario y guardián deben responder concurrentemente". (CCCMPT,4ª Mendoza, Mendoza, "Osorio, Alejandro vs. Municipalidad de Las Heras s. Daños y perjuicios" 26/08/1999, RC J 22863/09).

---En tal sentido, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia ha señalado que el propietario de la obra también se constituye en legitimado pasivo frente al tercero damnificado por su calidad de dueño (art. 1113, Cód. Civil) ya sea que los daños se ocasionen durante la ejecución de la obra o luego de recibida la misma. Ello por cuanto el fundamento de la obligación objetiva de reparar surge de la violación del deber general de no dañar, y por tal razón se encuentran legitimados al reclamo todo aquel cuyo daño se halle en relación causal con la obra. En ese mismo fallo señaló que al hablar el art. 1113 de la responsabilidad del dueño o guardián, lo que se busca es brindar mayores posibilidades de indemnización a la víctima, evitándole la necesidad de perseguir en forma separada a los distintos responsables. Y, frente a la situación singular que se presenta cuando un edificio se halla en etapa de construcción, también nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad in solidum en cuya virtud la víctima puede reclamar la totalidad de los daños causados, sin perjuicio de la correspondiente acción recursoria. Para ese fin deberán tenerse en cuenta los términos de locación de obra que liga a las partes. El dueño de la obra es responsable por los daños que sufran quienes trabajan en ella y también frente a los terceros totalmente ajenos a ella. Si el dueño de la obra aporta los materiales o si éstos son aportados por el empresario pero la obra se construye en inmueble o cosa del dueño, éste responde también por el vicio o riesgo de la cosa en ejecución (Voto del Dr. Royer en SD N° 01/SRE/2014 con cita a Ghersi, Carlos A., Weingarten, Celia, Tratado de Daños Reparables, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. IV, pág. 171 y ssgts; Garrido, R.; Andorno, L., "El art. 1113 del Código Civil", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pág. 202 y ssgts; y Bueres, Alberto J., Elena I. Highton, Op. y t. cit., pág. 658).

--- En definitiva, si las demandadas dejaron, en lugar que estaba bajo su custodia, un tambor utilizado en la obra con material altamente inflamable y volátil (como se estableció en pericia técnica) y un soplete y permitieron su manipulación conjunta sin que se tO.an las precauciones correspondientes, es claro que crearon un riesgo y que deben responder por las consecuencias dañosas causadas por éste (conf. art. 1113 del Código Civil).

---Ello es así, dado que quien introduce una cosa que genera riesgos por su naturaleza, estado o modo de utilización, debe responder objetivamente por los daños que ocasione dicha cosa, se beneficie o no con la misma, pues la responsabilidad objetiva deriva de la creación del riesgo y no del posible beneficio que se obtenga (CNCiv. Sala D, 10/11/2003, “Velázquez, J. A. c/Empresa Reders y Servicios S.A.”, citado en Revista de Derecho de Daños, 2017-2, Rubinzal Culzoni, pág.357).

---Por lo expuesto, coincido con mi colega de Sala en tanto sostiene que ambas demandadas resultan objetivamente responsables por el riesgo creado.

---III. d. Relación de causalidad. --La exigencia de relación de causalidad entre el hecho y el daño, para que sea jurídicamente atribuible a quien se sindica como responsable, es un requisito de la responsabilidad civil y un presupuesto lógico de la sentencia, dado que permite establecer "la conexión de un hecho dañoso con el sujeto a quien se le atribuye” (conf. ALTERINI, Atilio A., Responsabilidad civil, 3ra ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1999, p. 135.).

---El Código Civil hoy derogado y aplicable al caso y la normativa del nuevo Código Civil y Comercial, adoptan, en principio, el sistema de causalidad adecuada, que supone la confrontación entre un hecho y determinadas consecuencias, con el objeto de esclarecer si aquél ha sido eficiente o idóneo para producirlas.

---En el caso de autos, la relación material y física de la explosión y las lesiones que causaron la muerte de M. es incuestionable y así también lo es la existencia de relación causal desde el punto de vista jurídico entre las cosas riesgosas que manipulaba y el resultado dañoso (art. 901 y 906 Cód. Civil).

---Cuando se trata de daños que claramente fueron causados por la intervención de una cosa o actividad riesgosa, como ocurre en autos, el dueño o guardián de ésta debe responder por aquellos, salvo que acredite la culpa o el hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. En otras palabras, el dueño o guardián de la cosa que causó los daños, solo se puede liberar de responder demostrando la causa ajena interruptiva del nexo causal.

---En la sentencia recurrida el Magistrado descartó la responsabilidad de D. SRL y de A.J. T. SACIF, además de considerar que no se acreditó antijuridicidad, por entender que M. actuó bajo su propio riesgo al realizar una actividad de manera autónoma sin haber tomado los recaudos necesarios para prevenir el riesgo inherente a la misma.

---Teniendo en consideración el marco legal y los hechos acreditados, los que reseñé en considerandos precedentes, en mi criterio y como estableció la colega pre-votante, asiste razón a los recurrentes cuando cuestionan la valoración de la prueba y las conclusiones a las que arriba el Juez de Primera Instancia respecto de la cuestión referida y de la actuación de la víctima.

---Ello es así, dado que por las circunstancias fácticas acreditadas no es posible concluir que el accionar de M. fue la causa determinante y excluyente del accidente, dado que de la prueba producida se desprende que la causa del siniestro es atribuible al riesgo de las cosas de propiedad y bajo custodia de las demandadas y del contexto en que fueron utilizadas, como indiqué al analizar el factor de atribución de responsabilidad.

---Al respecto, es oportuno destacar que de la pericia de seguridad de higiene (hojas 360/362) surge: (i) que las operaciones a realizarse en la obra debían ser en fR. (ii) que la pintura asfáltica contenía solventes altamente volátiles e inflamables, por lo que debía estar alejada de fuentes de calor; (iii) que la causa principal del accidente fue el escenario donde se produjo ya que poseía un riesgo serio de incendio o explosión inminente; y (iv) que hubo ausencia de acciones preventivas que se encontraban a cargo de las accionadas, tales como eliminar toda fuente de calor en la zona de trabajo mientras se hacía la imprimación y capacitar a los operarios de los riesgos específicos de las tareas.

---Por otra parte, también coincido con los recurrentes en cuanto sostienen que el Magistrado de grado partió de un error al considerar que la falta de vinculación laboral entre D. SRL y M. hace presumir que este último ingresó por su cuenta y sin autorización alguna al predio de la codemandada T. a realizar una tarea para su exclusivo aprovechamiento. Por el contrario, de la prueba producida surge que la víctima ingresó al predio con autorización y consentimiento de las demandadas, ya que lo hizo junto al Sr. R. E. P., capataz de la obra que se estaba llevando a cabo en la planta de A.J. T. SACIF.

---Del libro de guardia de ingreso a la planta de la nombrada A.J. T. SACIF, surge que el día del siniestro (12/07/2012) a las 08:15 hs ingresó personal de la obra “al techo” (confr. hoja 81 del mencionado libro). Allí el guardia de turno, C. Y., dejó asentado que siendo las 11:00 hs. sintió una explosión que hizo temblar toda la infraestructura de T., por lo que decidió salir a ver qué había pasado y observó humo proveniente de la obra en la terraza y al acercarse vio a M. herido por quemaduras. Ante ello decidió llamar a la ambulancia y a los bomberos. El referido guardia también dejó constancia que se apersonó al lugar personal policial quienes, al ver que no venía la ambulancia, decidieron trasladar a M. al hospital de esta ciudad.

---Por otra parte, que M. ingresó a la planta de T. junto a P., surge de la declaración que éste efectuó al personal policial que se apersonó luego de ocurrido el accidente. En aquella oportunidad P. manifestó expresamente que “en la fecha, estábamos trabajando en el techo de la fábrica de T. cuando explotó un tambor de pintura asfáltica que le ocasionó severas lesiones en el rostro a A. M., yo lo ayudé arrojándole agua junto con otras personas. Soy el capataz de la obra, trabajamos para la empresa D. S.R.L. a cargo del señor G. Dib.” (Acta de

intervención policial de fecha 12/07/2012, obrante a hoja 01 vta. del Legajo de Investigación Fiscal N° 40.843).

---Con relación al motivo por el cual M. se encontraba en la planta de T., de las declaraciones testimoniales realizadas, tanto en este proceso como en el expediente laboral caratulado "M., M. A. y otros c/ D. SRL s/ cobro de pesos e indemnizaciones de ley (305/2012), surge que fue por requerimiento de P. y con la finalidad de realizar tareas de limpieza en el lugar.

---Así, L. F. S. en el Expte. N° 305.2012 (hojas 135/136) declaró que realizaba tareas para J. A. del R., socio de D. SRL, que ya había realizado obras para él con anterioridad (respuestas a las generales de la ley y tercera pregunta), que le daba changas tanto a M. como a P. y que este último lo llevaba a M. a limpiar a las obras realizadas en la Clínica Mitre y en el barrio Etchepare (respuesta a la tercera pregunta). Por otro lado, el nombrado señaló que en la obra de T. tanto él como P. cumplían las funciones de capataz (respuesta a la primer pregunta de los actores) y que fue P. quien convocó a M. a realizar tareas de limpieza en la obra (respuesta a la segunda pregunta de los actores).

---En el marco de ese mismo expediente, fue citado a declarar el Sr. S. R., sobrino del Sr. M. y a la vez primo de L. F. S., y al preguntársele sobre las generales de la ley respondió que trabajó junto a M. en la obra que realizaba S. para T., aclarando que S. era quien normalmente se encargaba de las obras de D. SRL (respuesta a la generales de la ley). También manifestó que por lo general en esa obra los que estaban era M. y P., aunque podía haber otras personas ayudando.

---Con relación a la declaración del capataz de la obra, R. E. P., sobre la cual el Juez de primera instancia puso especial énfasis para sostener que M. ingresó por su exclusiva cuenta a la planta, coincido con la colega prevotante en no considerarla como prueba válida. Ello toda vez que las declaraciones prestadas en sede laboral y en sede civil son absolutamente contradictoras. En el Expte. 305/2012, P. declaró que era casi amigo de M., que a la época del siniestro trabajaba para D. SRL y era encargado de S., que el día del accidente fue a T. a realizar tareas de limpieza, que pasó a buscar a M. por su casa y lo llevó a la obra y finalmente describió la mecánica del accidente. --Sin embargo, en estos autos (hoja 230), y a tan solo 9 meses de su anterior declaración, manifestó no recordar nada de lo ocurrido el día del accidente ni que M. estuviera con él en ese momento. Asimismo en esta oportunidad manifestó no haber trabajado para D. SRL con anterioridad al día 07/06/2013 y que M. jamás fue a la planta de A.J. T. estando él presente.

---Aclarado lo anterior y en virtud de las pruebas reseñadas, no tengo dudas que M. ingresó a la planta de A.J. T. SACIF con autorización y consentimiento de las demandadas y por haber sido convocado por al el capataz P. a fin de realizar tareas de limpieza en el lugar.

Cabe aclarar que esta conclusión no implica la reedición del análisis en torno a la relación laboral entre D. SRL y M., pues tal cuestión ya fue resuelta y posee autoridad de cosa juzgada.

---En definitiva, estando acreditado que el evento dañoso es atribuible al riesgo creado y atribuible a las demandadas y no habiendo éstas acreditado culpa o hecho de la víctima con entidad suficiente para interrumpir el nexo causal, considero que ambas accionadas deben responder en forma concurrente por el daño causado. En consecuencia, acompaño la propuesta de la Dra. Spoturno de revocar íntegramente la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda entablada.

---VI. Como consecuencia de lo anterior, corresponde ingresar al análisis de los rubros reclamados en la demanda.

---VI a. Lucro cesante futuro de B. O. M. y J. A. M.:

--- En el escrito inicial se reclama resarcimiento por la privación de la asistencia y del apoyo material que M. prestaba en favor de su hija B. O. M., quien al momento del siniestro tenía 3 años de edad y de J. A. M. (hija de la Sra. V. del R. F. y de una pareja anterior a la relación que tuviera con M.). Respecto de la pretensión en favor de ésta última, se alega que si bien no era hija de M., éste le otorgó idéntico trato.

---Al efectuar la cuantificación del reclamo, los actores computaron los haberes correspondientes a la categoría de Ayudante de Albañil del CCT 76/75, estimando que el rubro reclamado asciende a la suma de $526.000 y/o lo que en más o en menos surgiera de la prueba a rendirse.

---Al igual que la colega que me precedió en el voto, entiendo que el rubro es procedente únicamente respecto a la hija biológica del Sr. M., B. O. M.. Si bien en autos se probó que el nombrado participó de la crianza y brindó trato de hija a J. A. M., dichas circunstancias, por sí solas, no acreditan que no reciba o no pueda recibir ayuda económica de sus padres y que por tal razón, pueda ser acreedora de la reparación reclamada.

-----Al respecto, cabe recordar que la obligación alimentaria del progenitor afín tiene carácter subsidiario (art. 676, Código Civil y Comercial) y, por ende, se sitúa en grado posterior a la obligación de sus parientes en línea recta. Siendo ello así, el deber de alimentos debe ser satisfecho en primer término por quienes poseen vínculo consanguíneo con el menor y solo será objeto de reclamo el padre afín a falta de estos parientes o cuando los mismos no tuvieren recursos o fueran insuficientes (CNCiv. Sala G; 07/04/2016, “S. M. y otro vs. S. T. A. s. Alimentos”, Rubinzal Online; RC J 8/17).

---En consecuencia, al no haberse probado que los progenitores se encuentran impedidos de brindar alimentos a su hija, corresponde rechazar el presente rubro respecto de la nombrada J. A. M..

---Respecto a la niña B. O. M., coincido en hacer lugar al rubro por cuanto el art. 1084 del Código Civil y Comercial presume la existencia del daño material en caso de fallecimiento del progenitor.

--- En cuanto al monto por el que debe prosperar la indemnización, cabe indicar que a la fecha del accidente B. contaba con 3 años de edad (confr. certificado de nacimiento agregado en hoja 4 de estos autos), que la reparación debe calcularse hasta que la nombrada alcance la edad de 21 años (arts. 658 y 1745 del CCyC) y que ante la falta de acreditación de la remuneración denunciada en el escrito de demanda, debe estimarse la hipotética pérdida de ayuda económica sobre la base del SMVyM vigente a la fecha del accidente.

---Conforme dichas pautas, toda vez que mediante Res. 2/2011 APN-CNEPYSMVYM se dispuso como SMVyM la suma de $2.300 y considerando razonable computar que la víctima hubiese destinado a las necesidades de su hija el 35% de sus ingresos, el monto del rubro debe establecerse en la suma de $ 113.310,87, con más intereses según tasa activa del Banco del Chubut para sus operaciones generales vencidas, desde la fecha del siniestro hasta su efectivo pago y con capitalización desde la notificación de la demanda (770 inc. b del CCyC), como propone la colega pre-votante.

---VI b. Daño Moral:

---En demanda se reclama en concepto de Daño Moral la suma de $150.000 o lo que en más o en menos resulte de la prueba producida, respecto a M. A. M., B. O. M. y J. A. M., planteando la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil que restringe la legitimación activa de esta última, sosteniendo que el fallecimiento del Sr. O. A. M. les generó a todos ellos un gran padecimiento.

---La codemandada D. SRL en su contestación de demanda sostiene la constitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil y al respecto, expresa que la letra del artículo es por demás clara y que de la misma surge que solo se encuentran legitimados para reclamar la indemnización los herederos forzosos, entre los cuales no se encuentra J. A. M..

---En relación a la cuestión, nuevamente coincido con la Dra. Spoturno en cuanto entiende que J. se encuentra legitimada para reclamar el presente rubro por haberse probado que ostentaba un trato familiar visible al haber sido criada por M. como a una hija más, conforme declaración testimonial de A. A. R.s (hojas 169/170, respuestas a la segunda, tercera y sexta pregunta).

---Si bien el art. 1078 del Cód. Civil otorgaba legitimación activa para la indemnización por daño moral sólo a los herederos forzosos, cuando del hecho resulta la muerte de la víctima, la limitación referida y las nuevas realidades familiares dieron lugar a discusiones doctrinarias y a diversos pronunciamientos jurisprudenciales no coincidentes.

---La cuestión, en mi criterio, fue definitivamente resuelta por el legislador con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, cuyo art. 1741 extendió la legitimación para accionar por reparación del daño no patrimonial a quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible.

---Por lo tanto, encontrándose probado el vínculo afectivo, el trato familiar ostensible y la convivencia de M. con la joven J. A. M., corresponde receptar el reclamo y declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil.

---Reconocida la legitimación de todos los actores para reclamar la reparación del daño moral, cabe recordar que desde hace décadas se ha establecido que este daño -que hoy se denominada daño no patrimonial- es aquél que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad de carácter extrapatrimonial y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos (arts. 522 y 1078 del Código Civil y su doctrina; conf.: Suprema Corte de Buenos Aires, 13-6-89, “Miguez, R. y otros c/ CO.ca S.A. y otro” El Derecho 136, pág. 526).

---A su respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha impuesto la doctrina que establece que tiene carácter resarcitorio y que no debe guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (conf.: El Derecho 120, pág. 648).

---La reparación del agravio moral corresponde no sólo por lo dispuesto en los 522 y 1078 del Código Civil y en los actuales arts. 1737, 1738, 1740 y 1741 del actual Código Civil y Comercial, sino por lo establecido por la Constitución Nacional al jerarquizar los tratados internacionales como el pacto de San J. de Costa Rica (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

---En cuanto a la cuantificación del rubro el nuevo Código Civil y Comercial en su art. 1741 establece que el monto de la indemnización de este tipo de daños debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas.

---Teniendo en cuenta los conceptos reseñados y la estimación que hicieron los propios actores al demandar, considero que la suma de $ 150.000 para cada uno de ellos, como estableció la colega que me precedió en el voto es una adecuada reparación del daño moral padecido.

---VII. Por todo lo expresado, propongo receptar el recurso de apelación articulado por los actores, revocar la sentencia apelada y hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por M. A. M., y V. F., esta última en representación de sus hijas B. O. M. y J. A. M. contra D. SRL y A.J. T. SACIF. En consecuencia y conforme los resarcimientos reconocidos en el considerando precedente, se debe condenar las demandadas a abonar: i) la suma de $263.310,87 a B. O. M. ($113.310,87 por daño material y $150.000 por daño moral); ii) la suma de $150.000 por daño moral a J. A. M., y iii) la suma de $150.000 por daño moral a M. A. M.; todo ello con más los intereses desde la fecha del accidente (12/07/2012) y hasta su efectivo pago, según la tasa que fija el Banco del Chubut S.A. para operaciones generales vencidas, con capitalización desde la notificación de la demanda (arts. 7 y 770 inc. b del CCyC.).

---Como postulo la revocación de la sentencia apelada, deben readecuarse las costas impuestas en primera instancia e imponerse las correspondientes a esta instancia de apelación (art. 282 del CP.CC).

---Dado que propongo receptar el recurso de los actores y como finalmente prospera la demanda, por aplicación del principio objetivo de la derrota las costas de ambas instancias deben imponerse a las demandadas (art. 69 del CPCC).

---En cuanto a los honorarios de primera y segunda instancia, coincido con la propuesta de regulación efectuada por Dra. Spoturno, la que entiendo resulta justa y adecuada al resultado obtenido, a la actividad desarrollada por los letrados de las partes y a las restantes pautas de la ley arancelaria local (conf. arts. 5, 6, 7, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII nro. 4).

---Por todo lo expresado, a la primera cuestión me expido POR LA NEGATIVA.

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno expresó:

---Visto el acuerdo alcanzado corresponde:

---A) REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada.

---B) HACER LUGAR a la demanda promovida por M. A. M. y V. del R. F., esta última en representación de sus hijas menores de edad B. O. M. y J. A. M., contra D. SRL y A.J. T. SACIF, condenándolas de manera concurrente a abonar los siguientes montos: a) a B. O. M., la suma de $263.310,87 ($113.310,87 por daño material y

$150.000 por daño moral); b) a J. A. M., la suma de $150.000 por daño moral; y c) a M. A. M. la suma de $150.000 por daño moral en todos los casos con más los intereses fijados en el considerando respectivo desde la fecha del accidente (12/07/2012) y hasta el efectivo pago, con capitalización al momento de notificarse la demanda (arts. 7 y 770 inc. b. del CCyC).

---C) IMPONER las costas de ambas instancias a las demandadas vencidas.

---D) REGULAR, por la labor cumplida en la primera instancia, los honorarios de la Dra. M. C. P. y del Dr. E. H., en conjunto, en el 18% con más el 40% por procuración. Los correspondientes a los Dres. A. M. S. y A. P. A., en conjunto, en el 10% con más el 40% por procuración y los del Dr. R. O. C., en el 9% con más el 40% por procuración. En todos los casos sobre el monto del proceso con más el IVA si correspondiere.

---E) REGULAR, por la labor cumplida en la segunda instancia, los honorarios de la Dra. M. C. P. y el Dr. E. H., en conjunto, en el 8,82% y los del Dr. A. P. A., en el 3,5%, en ambos casos calculados sobre el monto del proceso con más el IVA si correspondiere.

---F) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

---Tal mi voto.

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expuso:

---El pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Dra. Spoturno, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado.

---Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (Art. 274 del C.P.C.C.).

---Trelew, 6 de diciembre de 2021.

---En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:

---------- **S E N T E N C I A**: ----------
REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada.

---HACER LUGAR a la demanda promovida por M. A. M. y
V. del R. F., esta última en representación de sus hijas menores de edad B. O. M. y J. A. M., contra D. SRL y A.J. T. SACIF, condenándolas de manera concurrente a abonar los siguientes montos: a) a B. O. M., la suma de $263.310,87 ($113.310,87 por daño material y $150.000 por daño moral); b) a J. A. M., la suma de $150.000 por daño moral; y c) a M. A. M. la suma de $150.000 por daño moral en todos los casos con más los intereses fijados en el considerando respectivo desde la fecha del accidente (12/07/2012) y hasta el efectivo pago, con capitalización al momento de notificarse la demanda (arts. 7 y 770 inc. b. del CCyC).

---IMPONER las costas de ambas instancias a las demandadas vencidas.

---REGULAR, por la labor cumplida en la primera instancia, los honorarios de la Dra. M. C. P. y del Dr. E. H., en conjunto, en el 18% con más el 40% por procuración. Los correspondientes a los Dres. A. M. S. y A. P. A., en conjunto, en el 10% con más el 40% por

procuración y los del Dr. R. O. C., en el 9% con más el 40% por procuración. En todos los casos sobre el monto del proceso con más el IVA si correspondiere.

---REGULAR, por la labor cumplida en la segunda instancia, los honorarios de la Dra. M. C. P. y el Dr. E. H., en conjunto, en el 8,82% y los del Dr. A. P. A., en el 3,5%, en ambos casos calculados sobre el monto del proceso con más el IVA si correspondiere.

---Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARCELO F. PERAL
JUEZ DE CÁMARA

NATALIA I. SPOTURNO
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL N° ___029____ DE 2021 – SDC. - CONSTE.

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA