NEUQUEN, 25 de Abril del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"RIVAS JUAN CARLOS Y OTROS C/ BRASPIN S.A. Y OTROS S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (JNQCI4 EXP 402462/2009)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 734/741 la *A-quo* rechazó la demanda interpuesta contra Braspin S.A. con costas.

A fs. 746 apelaron los actores y a fs. 761/769 expresaron agravios. En primer lugar se quejan porque la *A-quo* considera que no existió una violación al deber de seguridad de la empresa, concluyendo que es el propio fallecido responsable de su muerte.

Dicen, que la única prueba es que Rivas cayó de 1,30, 1,80 o 2 metros con el arnés puesto, sin rotura de ningún elemento que integra el arnés, que todas las demás son hipótesis de los testigos presenciales.

Alegan, que también está probado que hubo un desplazamiento de parte del andamio, que el *A-quo* estima sucedido por la actitud de Rivas de evitar la caída, pero que lo objetivo es que el escenario presentaba al momento inmediato posterior a la caída de Rivas un corrimiento del mismo. Expresa, que si se corrió el andamio, cedió y no sujetó a Rivas en su maniobra instintiva de salvarse o evitar caerse surge la falla del andamio y la negligencia en su montaje.

Agregan, que ningún testimonio habla de barandas protectoras ni cómo sucedió y las circunstancias de la caída, ni en qué posición estaba Rivas cuando se desestabilizó.

Además, dicen que la pericia pese a la descalificación de la *A-quo* es contundente en afirmar que se debe dar aviso de obra y programa de seguridad, documentación

que debe ser firmada por profesional de la SHT y comitente, aprobado por la ART, y que esta documentación no se cumplió. También que debió haber acompañado el legajo completo del trabajador donde conste haber recibido las capacitaciones adecuadas para la realización de tareas en altura, en cumplimiento de lo que dispone la ley 19.587, como también lo pone de manifiesto el perito en el punto 5.2 de su dictamen.

Luego, se quejan porque la Sentenciante sostiene que no se probó la existencia de un hecho ilícito civil que pueda imputársele a la demandada. Se refieren al dictamen pericial y dicen que si bien es cierto que al momento de la intervención del perito el escenario había sido sustancialmente variado por la terminación de la obra y el tiempo transcurrido desde el fallecimiento, el informe instruye sobre las reglas de procedimiento en obras.

También, se agravian porque la sentencia considera que no invocó el art. 1.113. Alegan, que la sentencia puede fundar la responsabilidad atribuida en la norma del art. 1.113 y que no hay dudas que el reclamo comprende también esa norma y que el trabajo en altura debe considerarse una cosa o actividad riesgosa.

Por otro lado, se agravian con relación al valor probatorio de la prueba confesional. Dice que si se suelta el andamio o si se suelta el arnés es lo mismo, de manera que lo que quedó firme mediante el acto confesional es que el elemento que constituía la medida de seguridad se soltó y es entonces cuando queda acreditado el extremo que la Jueza considera que debía probar.

A fs. 775/778 la Asociación Biblioteca Popular Juan Bautista Alberdi contestó los agravios. Solicitó su rechazo con costas. Prevención ART S.A. y Braspin S.A. no respondieron los agravios.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada

se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), en ese marco corresponde analizar el recurso.

Asimismo, también los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos sus agravios sino sólo a aquellos que son conducentes para la resolución de la cuestión de fondo (cfr. FALLOS 305:1886; 303:1700, entre otros). Ello teniendo en cuenta que los diversos agravios formulados se remiten a los mismos fundamentos.

Luego, corresponde señalar que en el caso de autos no se encuentra controvertida la existencia del hecho como tampoco las circunstancias de tiempo y lugar, aunque sí la atribución de responsabilidad.

1. Preliminarmente, corresponde tratar el tercer agravio del recurrente en punto al encuadre normativo de la acción, el que adelanto no resulta procedente. Es que, de la lectura detenida de la demanda puede observarse que conforme surge de fs. 28vta., los actores le imputan al empleador la omisión de los deberes de seguridad y también respecto a la ART en tanto señalan que, *"se verifica que el accidente de trabajo está relacionado con incumplimientos a la normativa del deber de higiene y seguridad que no fueron controlados ni denunciados por la aseguradora citada".* Luego, a fs. 29 dice que existió negligencia de la aseguradora por las consecuencias dañosas conforme lo establecen los artículos 1.074, 1081 y 1.109 del C.C.

Ello, resulta coincidente con lo expuesto por los actores en los alegatos en tanto sostuvieron que la pericial en seguridad e higiene es exacta, clara y concisa, *"la cual confirma la responsabilidad, culpa, negligencia e impericia de la parte demandada",* refiriéndose a programas de seguridad, capacitaciones sobre el armado de estructuras, ni legajo técnico de la obra. Es decir, que en ningún momento relacionan

la responsabilidad objetiva con lo reclamado y las pruebas producidas en autos. Además, las menciones a la responsabilidad objetiva que realiza el recurrente en su demanda, las efectúa en forma genérica, sin vincularlas al caso de autos.

Lo expuesto conlleva a la desestimación del agravio.

2. Luego, en punto al hecho, cabe señalar que si bien los recurrentes señalan que se encuentra probado que hubo un desplazamiento de parte del andamio y dicen que hubo negligencia en su montaje, ello no fue alegado al demandar como causal del accidente en cuestión. Es que, conforme surge de fs. 29vta. se expuso que el Sr. Benedicto Rivas "*sufre un accidente, cuando al laborar en alturas, sobre un andamio y sostenido por un arnés, esta última herramienta de trabajo (por no cumplir con las condiciones de seguridad que fueran obligatorias para el empleador), se soltó de un extremo*".

En consecuencia, los actores pretenden en esta instancia modificar los hechos invocados al demandar, en tanto en su recurso a fs. 761vta. sostienen que *"La única y verdadera prueba es que Rivas cayó (…) con el arnés puesto, sin rotura de ningún elemento que integra el arnés"*, y mencionan como causa del accidente el corrimiento del andamio.

Así, "Sobre el tema, esta Sala en autos *"VIÑUELA HUGO REINALDO CONTRA INDALO S.A. S/COBRO DE HABERES" (EXP N° 361853/7) sostuvo: "Es oportuno recordar: "[...] que la demanda y la respectiva réplica, conforman el tema de debate sobre el cual se sustanciará la prueba y se dictará sentencia. Conforme lo señala Norberto O. Centeno (El procedimiento en la Provincia de Buenos Aires. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, 2da. edición, pág. 94 y sgtes.), la demanda determina la apertura de la instancia, quedando fijados los límites de la acción y su naturaleza y a éstos se supeditará la contestación de la demanda y la sentencia. De modo que, de conformidad con el principio de congruencia que en resguardo del derecho de*

defensa debe regir el proceso, el juez o tribunal no puede apartarse de los términos en que quedó trabada la litis, porque allí quedan fijados en forma definitiva los términos de la controversia, los que no pueden ser alterados."

"Enseña Eduardo J. Couture que la sentencia, como acto, es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o puntos sometidos a su conocimiento y que derivan, en una primera operación, de los términos mismos de la demanda, es decir que el Juez halla ante sí el conjunto de hechos narrados por las partes en sus escritos preliminares (Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, págs. 277 y ss). La decisión adoptada por el Juez para resolver el litigio debe ser congruente con la forma como se le ha formulado el planteo, sin que corresponda alterar o modificar, en aspectos esenciales, las pretensiones formuladas por las partes (cfr. Colombo, en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado" Ed. Abeledo Perrot, T. I pág. 281 y ss y doc. que informa el art. 163, inc. 6º del C.P.C.C.N.)", (CNTrab., SalaII, 12/10/2010, "Pérez, Oscar Eduardo c. Provincia A.R.T. S.A.", DT 2011 (enero) , 144, con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose; AR/JUR/66257/2010)", ("SAGREDO GLADIS MABEL CONTRA AZCON JOSE GERMAN Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM.C/LESION O MUERTE", Expte. Nº 380099/8).

A partir de lo expuesto, la valoración de los dichos de los actores en cuanto a que el hecho se produjo por la falla del andamio en el que se encontraba parado al momento del accidente, incluyendo además la inexistencia de barandas en el mismo resulta improcedente en esta instancia. Ello, conlleva también a la desestimación del cuarto agravio del actor con relación a la prueba confesional.

3. Luego, en cuanto al deber de seguridad, y de acuerdo los hechos expuestos en la demanda, no quedó acreditada en autos la rotura del arnés por la que reclamó el

actor y en consecuencia que haya existido un incumplimiento al deber de seguridad del empleador ni a los deberes de prevención y control a cargo de la ART.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que de la prueba testimonial ofrecida por los actores surge que se entregaban a los trabajadores de la obra en cuestión los elementos de seguridad, y tal como se dijo es el mismo actor quien al recurrir sostuvo que se "*cayó con el arnés puesto, sin rotura de ningún elemento que integra el arnés. Todo lo demás son hipótesis, porque no hay testigos presenciales*" (fs. 761vta.).

Luego, los apelantes también señalan que la demandada debió haber acompañado el legajo completo del trabajador donde consta haber recibido las capacitaciones adecuadas para trabajar en altura, pero no relaciona ello con el accidente de autos.

En definitiva, no quedó acreditada en autos la versión de los hechos alegada por los actores al demandar (art. 377 del C.P.C. y C.), lo cual torna inoficioso el tratamiento de los restantes agravios y conlleva a la desestimación de su recurso.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por los actores a fs. 761/769 y en consecuencia confirmar la sentencia de fs. 734/741vta. en todo cuanto fue materia de recurso y agravios. Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del C.P.C. y C.), y regular los honorarios por la actuación en esta etapa en un 30% de los de la instancia de grado.

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- Disiento con mi colega en la solución acordada, toda vez que a mi criterio la demanda resulta procedente.

En su escrito introductorio, la viuda y los hijos de Benedicto Rivas, demandaron a la empleadora y a la ART, imputándoles la omisión en los deberes de seguridad laboral. Señalaron que el accidente que protaganizó el Sr. Rivas, y que le produjo su muerte, está relacionado con incumplimientos a la normativa de seguridad e higiene, que no fueron controlados ni denunciados por la Aseguradora.

Afirmaron que el Sr. Rivas sufrió un accidente cuando trabajaba en altura sobre un andamio sostenido por un arnés, el cual se soltó, cayendo el trabajador al suelo.

Por ello, sostuvieron que existe una responsabilidad "in vigilando" entre el empleador y la Aseguradora que debían adoptar las medidas legalmente previstas en esta materia (arts. 7, 8, y 9 de la ley 19.587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo).

Estos incumplimientos, a mi criterio, se hallan acreditados en autos. Veamos.

Cierto es que, de la prueba producida no surge con exactitud, cuál fue la mecánica concreta del accidente. Ninguno de los testigos fue presencial, y por ende relataron lo que habían escuchado de terceras personas.

Así, Beroiza dijo que el Sr. Rivas estaba en la terraza revocando una pared, a 1,80 mts. Aprox., que desenganchó el arnés para engancharlo en otro lugar y seguir con la tarea, cuando el andamio se movió; Pantoja relató que Rivas estaba a una altura aprox. de dos metros, y que se tropezó con un balde cuando estaba en el andamio y Neira, el capataz de la obra, señaló que éste estaba trabajando en la terraza, en un andamio allí armado, y se cayó cuando estaba subiendo para ubicarse en el lugar y engancharse con el arnés con el cabo de vida.

El primero de los testigos relató también que pasó más de una hora y media sin que viniera la ambulancia, que él personalmente fue tres veces hasta un hospital cercano (ADOS) para pedir si había alguien que pudiera dar los primeros auxilios y que como no lo consiguió, el testigo y otro compañero lo llevaron en auto hasta una clínica. Agregó que le habían encargado que le hablara al Sr. Rivas porque el golpe había sido en la cabeza, que éste primero le respondía, hasta que se le empezó a trabar la lengua.

El capataz manifestó que ni bien sucedió la caída se dio aviso a la empresa y se llamó a la ambulancia. Y que en el interín los compañeros bajaron a Rivas hasta la planta baja.

Los testimonios de I. y C. no son relevantes para el análisis de este punto, puesto que no se encontraban en la obra el día del accidente.

Pese a esta incertidumbre en punto a los detalles del accidente, lo que sí ha quedado demostrado, con la pericia en seguridad e higiene agregada en autos, es que "la línea de vida no existió o si existió no fue adecuada a un punto fijo resistente a la caída".

En punto a las medidas de seguridad, el perito manifestó: "no se evidencia la existencia de un programa de seguridad, ni responsable de seguridad e higiene, nombre y apellido, matrícula habilitante. Tampoco constancias de capacitación en primeros auxilios, uso y mantenimiento de EPP, riesgos asociados al trabajo en altura, uso de arnés anticaidas. Difusión de Plan y roles de emergencia. No se evidencian la provisión de elementos de primeros auxilios, camilla, collar cervical, botiquín, etc.

No se evidencian verificaciones o chequeos preventivos sobre el armado de estructuras como andamios como

así también el estado de conservación de los EPP. No se evidencian constancias de entrega de EPP y declaración de aceptación por parte de los empleados, sobre las instrucciones de uso. No se evidencia legajo técnico de obra".

El experto concluye que "el accidente pudo haberse evitado con una serie de medidas de prevención, por ejemplo: capacitación, entrenamiento, chequeos e inspecciones preventivas a las instalaciones o herramientas de trabajo, supervisión preventiva adecuada a los riesgos que conlleva la tarea o etapa de obra. La capacitación es una de las tareas propias de la seguridad e higiene en el trabajo y … no surge del expediente que la demandada haya aportado elemento alguno para que pueda considerarse cumplida dicha tarea" (hojas 481/485).

Este informe pericial, no mereció impugnación por ninguna de las partes.

A mi criterio, como anticipaba, ha quedado demostrado el incumplimiento del deber de seguridad por parte del empleador. Y ese incumplimiento, en el caso, y por tener decisiva influencia en el acaecimiento del lamentable accidente, genera responsabilidad por los daños causados al trabajador.

La Corte Suprema de Justicia en la causa "Trejo, Jorge E. c. Stema S.A y otros" (Fallos 332:2633) descalificó un pronunciamiento que había omitido valorar "extremos vinculados con el control efectivo, concerniente a <u>los deberes del empleador sobre la observación de las medidas adecuadas de prevención</u> respecto del balancín donde ocurrió el accidente, tal como lo refiere el perito técnico…". En tales condiciones la sentencia impugnada "…no satisface el recaudo constitucional de fundamentación suficiente, por lo que la situación deberá ser reexaminada en un nuevo pronunciamiento

que precise en qué medida las circunstancias que determinaron el siniestro pudieron ser evitadas si se hubiera adoptado la conducta apropiada exigible, ya que la responsabilidad sólo puede surgir, en el ámbito de los arts. 512 y 902, CCiv., de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de las consecuencias (cfr. Fallos: 311:1227; 317:768; 319:2511, etc.)" (Dictamen de la Procuradora Fiscal, al que remite la Corte).

También se señaló: "…el juzgador no pudo válidamente dejar de evaluar si las condiciones de labor en juego daban entera satisfacción a los requerimientos de seguridad y eximían de toda responsabilidad a los demandados, cuando precisamente aquéllas, en definitiva y no obstante existir una sola forma de trabajo seguro, dejaron librado al propio actor la selección del modo bajo el cual iba a operar la máquina … a la luz de la Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo, "[t]odo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores, especialmente en lo relativo" a "las operaciones y procesos de trabajo", y a "la colocación y mantenimiento de resguardos y protectores de maquinarias y de todo género de instalaciones, con los dispositivos de higiene y seguridad que la mejor técnica aconseje" (ley 19.587, artículo 8, incs. d y b)".

"En este sentido, el Tribunal tiene dicho que la citada ley es esencial "para determinar la responsabilidad derivada de las cosas riesgosas de las cuales una persona se sirve y para descalificar (o aún graduar) la eventual culpa de la víctima [...]" ("Rivarola, Mabel Angélica c/ Neumáticos Goodyear S.A.", Fallos: 329:2667)…" (ibid, votos de Fayt y Petracchi).

En igual línea, la Corte sostuvo: "La sentencia que rechazó la acción civil deducida a raíz de un accidente de trabajo sin negar la existencia del daño, y desestimó la responsabilidad de las demandadas, soslayando ponderar la injerencia que tuvo en el siniestro la acción de uno de sus dependientes al poner en marcha el rodado que dio lugar a los daños debe ser revocada, pues no analizó de manera exhaustiva la totalidad de las cuestiones fácticas decisivas y el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la parte empleadora en orden a los deberes de seguridad e indemnidad exigibles en cualquier relación contractual -arts. 62 a 65, 75 y 76, Ley de Contratos de Trabajo-." (del dictamen de la señora Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo en "Benitez, Andrés c. Eriday - UTE s/ laboral", 03/11/2015, Cita Online: AR/JUR/43380/2015).

Así, la jurisprudencia de los tribunales inferiores, también ha sostenido: "El obrar culposo por imprudencia, torpeza, distracción o ligereza no enerva el derecho del damnificado de ser resarcido y quien debe correr con las consecuencias negativas producidas por la falta de cumplimiento de las normas de seguridad es el empleador sobre el que pesa el deber de seguridad que, para él, es de cumplimiento ineludible (art. 75, LCT), ya que su omisión significa responsabilidad "in vigilando" (conf. C. Nac. Trab., sala 7ª, en autos "González, Edgardo D. c. Flecha Bus S.R.L y otros s/ accidente - acción civil" SD: 39.861, del 9/2/2007; "Murúa, Héctor E. c. Soda Álvarez Hnos. e hijos S.R.L y otro s/ despido" SD: 86.668 del 26/5/2011).

También se dijo que "Si existe incumplimiento de la empresa a la recomendación de capacitar al personal en el movimiento manual de tambores, tal circunstancia denota un claro apartamiento de la ART a las obligaciones impuestas por la normativa del art. 4°, LRT, y si no se proveyeron elementos

de seguridad respecto de las tareas de fuerza ni se dieron instrucciones por parte del empleador y la ART respecto de cómo realizar las mismas —pese a la existencia del riesgo— y la ART no prescribió al empleador respecto de medidas concretas tendientes a mejorar las condiciones de trabajo en relación con las tareas desarrolladas por el accionante, empleador y ART han infringido el deber de seguridad y protección, por lo que deben responder civilmente por tal quebrantamiento en la medida en que la omisión en el cumplimiento de la obligación que recaía sobre ellas constituyó culpa en los términos del art. 512 del Código Civil" (C. Nac. Trab., sala 6ª, 17/8/2006, "Viera, Francisco J. v. Lorilleux Argentina SA y otro").

Asimismo: *"…el hecho que produjo el daño ocurrió en "ocasión" del servicio laboral del demandante y, en ese marco, como se ha puntualizado, pesa sobre la accionada un deber de seguridad por ser quien ha tenido el poder de organización y control respecto de los trabajadores, tal como sostuviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Mosca". En el mencionado fallo, el Supremo Tribunal analizó detalladamente la responsabilidad del organizador de un evento deportivo por un daño causado a una persona que se hallaba fuera del estadio en el que el encuentro competitivo se desarrollaba, delimitándose el deber de seguridad —plenamente asimilable al supuesto que nos convoca— que en lo pertinente declara "...una persona razonable y cuidadosa que organiza un espectáculo debe ponderar los riesgos que existen en el acceso al mismo o en sus inmediaciones, y adoptar las diligencias necesarias para evitarlos. El organizador debe proteger al espectador ubicado dentro del estadio, cuando accede al mismo para ver el espectáculo y, cuando está a unos metros de la entrada. Es irrazonable pensar que una persona accede a su riesgo antes de la puerta y, por el contrario, está asegurada por el organizador cuando traspasa ese umbral ... esta regla*

no resulta excesiva si se la delimita correctamente. En tal sentido, el organizador responde objetivamente por hechos vinculados inmediatamente a su accionar y previsibles al momento de organizar el espectáculo" (C.S.J.N. "Mosca Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y ot."., del 06/03/2007)

La empresa empleadora tiene la misma facultad de organización del trabajo y, por analogía, no resulta lógico pensar que la jeringa que formaba parte de la basura a recolectar, dañara la salud del trabajador sin responsabilidad de su empleadora, pues ésta debió prever que, en el contexto en el que se recogen los residuos patológicos, podía encontrarse el trabajador con objetos como la jeringa en cuestión, ya que es de uso habitual en los hospitales, debiendo haber extremado los resguardos personales del actor, ya que el objeto que causó la lesión formaba parte del material a recolectar, entrando en la órbita de lo previsible. En ese contexto, el daño causado no es ajeno al ámbito de responsabilidad de la parte empleadora.

En el caso, cabe asimismo responsabilizar a la Aseguradora, ante el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley 24.557, lo cual le es reprochable desde el enfoque del derecho común (artículos 1074 y 1109 Código Civil)" (Cám. Nac de Apel. del Trab., Sala VIII, R., E. M. c. Pertenecer S.R.L. y otros s/ despido, 05/07/2016, Cita Online: AR/JUR/56836/2016).

Corresponde recordar que, atento el reclamo articulado, la responsabilidad de la aseguradora de riesgos se basa en el incumplimiento de las obligaciones de prevención, capacitación y control, a los fines de evitar la muerte que sufrió el actor. No basta señalar que del contrato celebrado con la empleadora surge que las partes convinieron que la aseguradora respondería en los límites de la L.R.T., tal como

alegara la ART como fundamento de la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta.

Es dable destacar, en orden a la responsabilidad de la A.R.T., que: "…la exigencia de "prevenir eficazmente" (artículo 4° L.R.T.) supone una conducta anticipada de tal envergadura que provoque una interrupción de la cadena causal que desemboca indefectiblemente en el daño. Repárese que en cumplimiento de la finalidad de prevención del ordenamiento, se exige a las A.R.T., mediante medidas adecuadas, su interposición oportuna para conjurar el riesgo. La falta de su intervención idónea y adecuada de conformidad con las normas exigibles para el caso, tiene virtualidad suficiente para considerar que hay relación causal. Las labores preventivas eficaces para impedir la frustración de los fines para los que estuvo diseñado el sistema de la L.R.T., debe ser un modelo activo que apunta más allá del cumplimiento de las formas; pues deben existir tareas concretas y demostrativas de que se hizo todo lo técnicamente posible y conducente para intentar evitar una situación de riesgo como la que produjo el hecho dañoso.

Tal como se puntualizó en el caso "Soria", de no seguirse en la línea señalada, se incurriría en un apartamiento palmario del derecho aplicable (artículo 1074 del Código Civil), al consagrar una suerte de exención de responsabilidad civil, absoluta y permanente, de las A.R.T respecto de sus obligaciones en materia de prevención de los riesgos del trabajo, pues uno de los objetivos que caracteriza a la Ley 24.557 y su Decreto reglamentario 170/96, es reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos, a lo que se suma haber emplazado a los entes aseguradores, entre otros sujetos, como obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente dichos riesgos (Fallos 330: 1550).

A esta altura también cabe recordar el precedente "Torrillo" (Fallos 332: 709) en el cual se señaló que "…no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales. Tampoco las hay, dada la variedad de estos deberes, para que la aludida exención, satisfecho los mentados presupuestos, encuentre motivo en el sólo hecho que las ART no pueden obligar a las empleadoras aseguradas a cumplir determinadas normas de seguridad, ni impedir a éstas que ejecuten sus trabajos por no alcanzar ciertas condiciones de resguardo al no estar facultadas para sancionar ni para clausurar establecimientos. Esta postura, sin rebozos, conduciría a una exención general y permanente, por cuanto se funda en limitaciones no menos generales y permanentes. Asimismo, pasa por alto dos circunstancias, por un lado, al hacer hincapié en aquello que no les está permitido a las ART, soslaya aquello a lo que están obligadas: no se trata, para las aseguradoras, de sancionar incumplimientos o de imponer cumplimientos, sino de algo que antecede a ello, esto es, prevenir los incumplimientos como medio para que éstos, y los riesgos que le son ajenos, puedan evitarse. Por el otro, olvida que no es propio de las ART permanecer indiferentes a dichos incumplimientos, puesto que la ya citada obligación de denunciar resulta una de sus funciones preventivas…" (Fallos 332:709, considerando 8°)".

"…Por ello, en la especie, se comprueba un claro incumplimiento por parte de la ART de sus obligaciones legales, en especial, lo atinente al deber de prevención en el

mecanismo generado del daño, es decir, la inobservancia de los deberes de seguridad y vigilancia que le impone la LRT (artículos 18 y 19 del Dec. 170/96 que la reglamenta), verificándose en consecuencia la conducta culposa prevista en los arts. 512 y concordantes del Código Civil que activa la responsabilidad por omisión del artículo 1074 del mismo cuerpo legal. En estas condiciones y dentro del marco de los deberes que tienen a su cargo las aseguradoras de riesgo del trabajo, es razonable colegir la existencia de una relación causal adecuada entre la actitud pasiva de la ART y el infortunio sufrido por el trabajador" (cfr. en sentido análogo los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Soria Jorge Luis c. RA y CES S.A. y otro", sentencia del 10/4/07; "Busto Juan Alberto c. QBE ART S.A.", sentencia del 17/04/07; "Galván Renée c. Electroquímica Argentina S.A. y otro", sentencia del 30/10/07 y "Torrillo Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro", sentencia del 31/03/09, entre otras).

Es una finalidad prioritaria, tanto de la Ley 24.557 como del sistema en general, la prevención de los accidentes y la reducción de la siniestralidad (art. 1, ítem 2, apartado a) de la Ley 24.557) y por ello se obliga a las ART a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo. El deber de prevención eficaz implica conductas específicas de asesoramiento (Decreto 170/96), capacitación, de control de las medidas sugeridas, y de denuncia de los incumplimientos en que incurra el empleador ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Por lo expuesto, si la A.R.T. no cumplió con las obligaciones que legalmente le están impuestas en el campo de la prevención, debe concurrir a reparar de manera integral y con ajuste al derecho común, los daños que tienen relación causal adecuada con su antijuridicidad por omisión, en la

medida que le sea imputable al menos a título de culpa (artículos 512, 902, 1109 y 1074 del Código Civil), como acontece en autos" (Cám. Nac. Apel. Trabl, Sala VIII, "Benítez, Silvia Susana c/Galeno ART SA y otro s/accidente – acción civil" del 15/05/17).

En el caso, no se evidencian registros de visita a la obra por parte de la ART, ni tampoco que se haya cumplido con el anexo 1 de la Res. 51/97 (Programa de seguridad para la actividad de la construcción). Tampoco se observa la implementación de medidas eficaces a fin de dar atención inmediata a la víctima en caso de accidentes y evitar posibles agravamientos de la lesión. Como informa el perito y surge de las testimoniales: "no se evidencia una adecuada aplicación de los primeros auxilios ante la emergencia. Se evidencia una subestimación de las lesiones" -ver hojas 484 y ss-. Más aún, la A.R.T. no ofreció prueba tendiente a acreditar el cumplimiento de ninguna de las obligaciones a su cargo.

"En este marco, no era imprevisible, partiendo de una análisis mínimo de sentido común, sobre el que se emplaza la valoración jurídica impuesta al magistrado (artículo 901 y siguientes del Código Civil) que, ante los incumplimientos comprobados en este proceso, el trabajador sufriera en algún momento una lesión.

En ese contexto de palmaria previsibilidad, no puede sino concluirse que hubieron omisiones antijurídicas imputables, al menos a título de culpa, tanto a la empleadora como a la aseguradora de riesgos del trabajo, que las coloca en la obligación de responder en el plano del derecho común (artículos 1109, 1074 del Código Civil) pues existe nexo causal adecuado con el daño.

Ni la una ni la otra, en sus respectivos ámbitos de incumbencia, ejecutaron actos orientados a la prevención de

los riesgos laborales propios de la actividad que realizaba la víctima, a pesar de que el ordenamiento jurídico les imponía un obrar positivo, mandato legal que es explícito (artículo 4° de la Ley 24.557, Ley 19.587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo y su reglamentación), circunstancia que excluye, a mi juicio, vacilaciones anudadas en torno de la relación causal.

Se tratan, todas éstas, de obligaciones de hacer impuestas por la ley que exigen un obrar activo y no una mera pasividad que, de comprobarse, es reprochable y genera responsabilidad cuando un daño se constata" (ibid).

Cuadra agregar que se ha acompañado a la causa la historia clínica del Sr. Rivas, de la cual surge que ingresó a la guardia, llevado por sus compañeros de trabajo, quienes refirieron que había sufrido una caída en altura y que presentó pérdida de conciencia por aproximadamente 30 minutos. El motivo de la internación es "TEC grave con plitraumatismos". De las constancias acompañadas surge la evolución del hematoma extradural detectado en los estudios realizados, las "múltiples complicaciones asociadas a Tx de cráneo grave" y su posterior deceso a los 17 días del accidente (hojas 305/328 y 584).

Por estas razones entiendo que el rechazo de demanda contra la empleadora, Braspin S.A., y la aseguradora, Prevención ART, no se presenta como una derivación razonada de las constancias de la causa. Y por ende, la sentencia apelada debe ser revocada.

1.2.- No obstante, el rechazo dispuesto con respecto a la co-demandada Asociación Biblioteca Popular Juan Bautista Alberdi, a mi criterio, debe ser confirmado.

Es que, más allá de lo dispuesto en la cláusula quinta del anexo I del decreto 2216/04, tal como señala la

nombrada en su responde, en la demanda no surge cuál es la imputación jurídica concreta que se invoca con respecto a la Asociación. Ello, a fin de conocer las razones jurídicas por las cuales los actores le atribuyen responsabilidad a esa codemandada. Ninguna razón se alega.

La imputación jurídica importa que se señale el encuadramiento en derecho de la pretensión procesal a efectos de permitir la defensa. Estando absolutamente ausente en el caso de autos, entiendo que el rechazo de demanda contra la Asociación Biblioteca Popular Juan Bautista Alberdi, se impone.

2.- Sentada la responsabilidad de la empleadora y la ART en los términos antes apuntados, corresponde determinar la procedencia y alcance de los rubros indemnizatorios.

En primer lugar, es preciso indicar que la pretensión de que se indemnice el daño psíquico en forma autónoma no podría prosperar.

Como explica Matilde Zavala de González, el daño requiere "algo" susceptible de menoscabo: Las nociones sobre daño-lesión y daño-consecuencia se complementan, con tal que se acepte (según doctrina absolutamente mayoritaria) que la cuantificación se decide por los efectos nocivos, no por la pura lesión a un interés.

Siempre que se enfoque la responsabilidad en su función de reparación y, por eso, necesariamente traducida en una obligación resarcitoria, tendremos que: la indemnización es la consecuencia jurídica —en el sentido de efecto de derecho— de una consecuencia fáctica, la cual precisamente versa sobre un daño resarcible. (cfr. Zavala de González Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95).

En esta línea, como ha señalado la Sala II: "el daño psíquico y otros, cuya autonomía parte de la doctrina reclama -los daños estéticos, sexuales "al proyecto de vida"- encuentran adecuada proyección al ámbito de lo patrimonial o de lo moral, sin que para su justa compensación se requiera su conceptuación autónoma.

Así: "La pretendida autonomía de estas categorías deviene (en nuestra opinión) de una incorrecta valoración del concepto de daño, ya que apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados y, especialmente, a las consecuencias que genera la lesión" ("Daño Moral" Ramón Daniel Pizarro- Hammurabi- pág. 71)…." (cfr. autos "Defrini" 19/08/2008).

Desde esta perspectiva, el análisis debe entonces centrarse en la magnitud de la indemnización que en el ámbito patrimonial y moral corresponda acordar (cfr. EXP N° 353673/2007).

3.- Sentado ello, corresponde tratar la reparación por daño económico, solicitada por la concubina e hijos menores de edad.

Indudablemente, la desaparición física de Benedicto Rivas, trajo aparejada la inmediata privación del ingreso que aportaba la víctima a su familia.

La supresión de la vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición

de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue (Fallos: 310:2103; 316:912; 317:728 y 1006; 320:536; 323:3614; 325:1156, entre otros).

El llamado valor de la vida humana, está representado por lo que el fallecido destinaba para alimentar a su propio grupo familiar, conviviente e hijos. Así, en el régimen del Cód. Civil derogado, mientras los hijos están comprendidos en la presunción de daño de los arts. 1084 y 1085 CC, la conviviente es legitimada por vía del art. 1079 CC.

Como señala Zavala de González, "lo que importa es poner de manifiesto el vínculo familiar respectivo (por ejemplo, a los efectos de las presunciones del daño material o moral que instauran respectivamente los arts. 1084 y 1078, Cód. Civil) o un nexo de otra índole que permita inferir que la muerte de la víctima ha repercutido en la situación personal del denunciante (quien además deberá probar su perjuicio si no cuenta con una presunción que lo favorezca). En general, la jurisprudencia es liberal en cuanto a los medios de prueba del vínculo" (Resarcimiento de daños, t2b, Pérdida de la vida humana, Ed Hammurabi, p. 71).

Sobre el tema, se ha dicho: "El daño material presumido por el fallecimiento que se desprende de la interpretación de la segunda parte de los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil que rige la cuestión, según la interpretación doctrinaria y jurisprudencial prevaleciente, consistente en lo necesario para la "subsistencia de la viuda e hijos del muerto" (lo que se ha denominado gastos alimentarios, es decir lo que el causante destinaba para la asistencia material y económica de sus familiares más directos) comprende sólo a los herederos forzosos. Empero ello no quita que por vía del art.

1079 CC se admita el resarcimiento de la conviviente. Acoto, a mayor abundamiento, que el nuevo Cód. Civil y Comercial también incluye a la conviviente dentro del daño presumido (art. 1745 CCCN), lo que —insisto— como argumento interpretativo debe ser tenido en cuenta para decidir y aplicar el régimen derogado (arts. 1, 2, 3 y 7 CCCN)" (Cám. Apel. Civ. y Com. Azul, Sala II, "Espil, María Inés y otro/a c. Apilar SA y otro/a s/ daños y perj. estado (uso autom. s/ lesiones), 17/11/2016).

Sobre este punto debe tenerse en cuenta que: "toda vez que en el fuero civil no rigen las indemnizaciones tarifadas, a fin de establecer el monto, deben ponderarse factores tales como la edad, sexo, estado civil, ocupaciones habituales, nivel socioeconómico y otras particularidades del caso concreto, lo que permitirá traducir en una cifra, obtenida con criterio de prudencia, la probable ayuda futura de los que se verá privado el actor. También, al aplicarse las pautas del derecho común, no sólo deben contemplarse la condición laboral, sino otra índole de asistencia con efectos patrimoniales en una comprensión integral de la proyección existencial humana. Se refiere a un conjunto de actos de desenvolvimiento productivo del sujeto, incluidos los actos cotidianos que generan bienestar o proporcionan servicios a sí mismo y a la familia, tareas normales en la vida del ser humano, como conducir, transitar, etc.; actividades tales que, en la medida que se ven impedidas, constituyen daño indemnizable, independientemente de la capacidad de ganancia.

Mas el concepto tiene relación con ponderaciones de tipo económico que si no están representadas absolutamente, se deben proporcionar con las ganancias que hubiesen obtenido y el modo de vida que hubieran llevado las víctimas, de no haber ocurrido su muerte y el daño futuro cierto que este hecho les ha ocasionado a sus familiares... El tema, más que en otros

casos, se refiere a la "chance" de ayuda futura...” (CNApCiv, sala F, “Gómez, Mario c. Ciudad de Buenos Aires”, 04/07/2003, LA LEY 2004-B, 686).

En cuanto al derecho patrimonial de la pareja, explica la autora ya citada que “la muerte de uno de los integrantes de la pareja acarrea, normalmente, repercusiones económicas disvaliosas para el sobreviviente, en razón de la privación de asistencia que el muerto brindaba, por vía de aporte dinerarios, o de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de la existencia, tanto más necesario cuando hay hijos comunes a los que sostener y educar” (cf. Zavala de González, Matilde, Tratado de daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte, T° 2, pág. 158).

Y si bien la fuerza laboral o los recursos de la pareja sobreviviente no excluye *per se* el resarcimiento, no debe descuidarse que en principio la indemnización por daño presunto no se extiende a “todo” lo necesario para subsistir; aquí el daño patrimonial se centra en la pérdida del efectivo apoyo económico brindado por el muerto (Ibid, p. 320/1).

Como se dijo, los hijos están asistidos por la presunción de daño, tanto patrimonial (arts. 1084 y 1085 Cód. Civ.) como moral (art. 1078 Cód. Civ.). En el texto legal se habla de subsistencia, concepto que supone lo que el padre habría podido suministrar como sostén y ayuda efectiva (C.S. “Sevarro” LA LEY 1997-E-120). Lo indemnizable no es la muerte en sí misma, sino los daños actuales o eventuales que dicha muerte puede haber ocasionado (Cifuentes Santos - Sagarna Fernando Alfredo, “Código Civil”, t. II, p. 421).

También debe sopesarse que para la fijación de la indemnización por muerte del padre de los accionantes debe tomarse en consideración el promedio de vida útil, el tiempo

probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y la de los reclamantes, y el quantum de las ganancias que la víctima les destinaba, ya que no cabe computar los ingresos que aquél destinaba para su propio sostén.

Al respecto, hemos considerado que "por regla, los descendientes necesitan esa asistencia sólo mientras sean menores. Por eso, el tope de vida productiva resulta excesivo cuando los hijos habrían alcanzado antes la mayoría de edad… reiteramos que el período resarcitorio en relación con los hijos, no puede superar la oportunidad en que habría proseguido una asistencia "dineraria" hacia ellos, la cual y en principio -que debe ser desmentido por prueba puntualizada- deja de prestarse cuando alcanzan su potencial autonomía económica, o sea y como regla, al arribar a la mayoría de edad..." ("PEREZ CARLOS ANTONIO CONTRA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO", EXP N° 402786/9).

Ese imperativo cesa con la mayoría de edad, momento a partir del cual la ley reputa que el hijo tendrá aptitud para proveer a su propio mantenimiento, por lo que elimina la carga paterna al respecto.

Aplicando estos lineamientos al caso de autos, la indemnización por daño económico resulta procedente con respecto a la Sra. P.E.Q.B. y sus hijas: M.D.L, G.S.L, y M.A.L, todas de apellido R.Q,.

De las constancias de la causa surge que la víctima, al momento de su muerte, tenía 55 años y se desempeñaba como albañil y que vivía en concubinato con la Sra. Q.B., desde hacía muchos años (ver información sumaria de hojas 435/7).

No hay mayores datos sobre la realidad vital del entorno familiar, más allá de la pericia psicológica (hojas 392/396vta) y de las copias acompañadas por la ART en hojas

177/210, lo cual incidirá en el alcance de la reparación a otorgar, frente a los escuetos elementos probatorios arrimados a la causa.

Considerando, entonces, los ingresos del fallecido (ver hojas 14), su edad, su nivel socioeconómico, la edad de sus hijas, y demás particularidades del caso, juzgo que la reparación por daño material corresponde fijarla en la suma de $350.000,00.-, la cual deberá distribuirse del siguiente modo: $175.000.- para la Sra. P.E.Q.B., y atento las diferentes edades al tiempo del deceso: $ 70.000,00.- para M.D.L, $ 17.000,00.- para G.S.L, y 88.000,00.- para M.A.L,.

4.- También reclaman los actores una reparación de daño moral, a favor de la pareja y los hijos del Sr. Rivas.

Como he señalado en varias ocasiones, el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así, pues cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de

González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Siguiendo los lineamientos propiciados por el Doctor Mosset Iturraspe, con miras a una justa ponderación del daño moral, podemos afirmar que: "Hay que descartar la posibilidad de su tarifación en proporción del daño material, debiendo atenernos a las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general 'standard de vida'. Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite 'la índole del hecho generador' en función del factor de atribución (culpa, dolo, responsabilidad objetiva o refleja -arg. arts. 1069 y 502 del C. Civ.)". (OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1998 -I- 98/104, SALA II. CC0002 NQ, CA 736 RSD-98-98 S 19-2-98, "RUIZ c/PROVINCIA DEL NEUQUEN").

La reparación del daño moral no puede resolverse sino en términos de aproximación, tanto desde la perspectiva del daño mismo, como desde la perspectiva de la indemnización, pues el monto que se fije no puede representar ni traducir el perjuicio ni sustituirlo por un equivalente (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Cuánto por daño moral, LA LEY 1998-E-1061; PEYRANO, J. W., De la tarifación judicial 'iuris tantum' del daño moral, JA, 1993-I-880). Es, a lo sumo, un "precio del consuelo", como con agudeza lo señala Héctor P. Iribarne (De los daños a las personas, Bs. As., 1993, pág. 401). Pero resulta indudable que el quantum indemnizatorio debe tomar en consideración la razonable repercusión que el hecho dañoso ha provocado (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, F., V. C. c. O., A. M. y otro s/ daños y perjuicios 11/06/2013 Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/40937/2013).

En la presente causa no debemos soslayar el profundo dolor que en sí mismo hace presumir la pérdida del ser querido, como lo es nada menos que un padre; por lo que la sola enunciación de esta terrible desgracia torna innecesario abundar en otras consideraciones: la pertinencia de este rubro deviene incontestable.

En el caso de las hijas adolescentes, como en parte aquí acontece, la pérdida abrupta de su progenitor constituye un acontecimiento emocionalmente muy perturbador. Se trata de la pérdida de alguien destinado a ser guía, sostén y consuelo en el desenvolvimiento personal.

Otro tanto cabe presumir con respecto al resto de los hijos, por los perjuicios afectivos, espirituales y psíquicos que el deceso de su padre razonablemente conlleva.

En lo que respecta a la legitimación de la Sra. E.Q.B., para reclamar por sí el daño moral sufrido por el fallecimiento de su compañero -por encontrarse vigente a la época del reclamo, la limitación prevista en el art. 1078 del Código Civil-, resulta aplicable la doctrina del Tribunal Superior de Justicia en la materia, quien al respecto ha dicho:

"...Es indudable que la muerte intempestiva de un ser querido, con el cual se comparte la vida diaria, genera un padecimiento, un sentimiento de angustia y dolor que encuadra dentro del concepto dado de daño moral.

... en el caso concreto, la previa selección de sujetos que sufren, con mayor intensidad, la pérdida de un ser querido, aparece como arbitraria, porque consagra una desigualdad en detrimento de algunas personas que se encuentran en idéntica posición que aquéllas a las que el

ordenamiento les otorga un derecho exclusivo para ser resarcidos.

En otros términos, la restricción legislativa no resulta razonable en el caso, desde que excluye a personas que se encuentran en igualdad de condiciones que las habilitadas para accionar.

Así lo advierte, con claridad, Pizarro al decir "Quedan de tal modo, al margen de legitimación activa y de reparación, el perjuicio moral sufrido por damnificados indirectos cuando sobrevenga la muerte del damnificado directo a raíz del hecho (vgr. el daño causado a los padres por una lesión discapacitante de un hijo, que lo reduce a un estado de vida vegetativa) y, en caso de muerte de la víctima, el de otra personas que no sean herederos forzosos (vgr. hermanos, concubina, la novia, etcétera), aún cuando puedan invocar un quebrantamiento espiritual serio, grave y relevante" (Pizzarro, Ramón Daniel, Daño Moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 2° edición, pág. 375).

Es que, entre los criterios que el legislador tuvo en miras para conseguir la finalidad deseada (evitar la promoción de acciones en forma desmedida) ha soslayado la acreditación del daño en cada caso concreto, para sustituirlo por una presunción de su existencia basado en la proximidad que el vínculo legal otorga a la víctima y al reclamante (cónyuge, descendientes y ascendientes).

Y si bien tal párametro se presenta como adecuado en la mayoría de los casos, en determinadas circunstancias conduce a soluciones disvaliosas, ya que excluye a personas que –aún no teniendo un vínculo legítimo- presentan idéntica proximidad con la víctima, resultando en igual medida afectados (cfr. SCJBA, 14/09/2011, "R., A. H. c. Kelly,

Santiago y otros s/ daños y perjuicios", voto del Dr. Hitters. Publicado en LL, 17/10/2011-3).

En este sentido: "el reconocimiento explícito de la vinculación, como acto público, sólo puede implicar, en todo caso, la presunción de daño (como acontece, a modo de ejemplo, en virtud de lo normado por los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil). Pero jamás puede operar como barrera limitativa frente a la realidad: quien mantiene una relación en el marco del tradicionalmente llamado "concubinato", tiene derechos indemnizatorios y previsionales frente al daño material, y es de mayúscula vetustez negar el innegable daño moral a quien sufre tamaña pérdida en el marco de un gran lazo de afecto (que se profundiza cuando además existe descendencia común)." (Formaro, Juan J. "Legitimación activa frente al daño moral. Derecho de los integrantes de la unión convivencial" diario La Ley, Año LXXVI, Nro. 13, pág. 9/11).

En doctrina se ha justificado la negativa a conceder acción a la concubina en la inteligencia que el concubinato constituye un hecho ilícito (cfr. Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños Tomo I, p. 146), o al menos contrario a la moral y las buenas costumbres (cfr. Borda, Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones, Tomo II, Obligaciones, pág. 429 y stes., Llambías, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo I, p. 352, Kemelmajer de Carlucci, "Falta de legitimación de la concubina y del concubino para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero y/o compañera" JA , 1979-III-6, también en el Código Civil y leyes complementarias, de Belluscio- Zannoni, Tomo 5, pág. 118/191, entre otros).

No puedo sino disentir con tales apreciaciones.

Una ponderación realista, a la luz de los parámetros valorativos que nutren a la sociedad actual, no permite

sostener una afirmación restrictiva del concepto constitucional de familia, la que ha ido ampliándose a lo largo del tiempo, para considerar nuevas y diversas formas igualmente válidas y dignas de protección (cfr. art. 14 bis de la C.N. y 17.1 y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 10 y cctes. de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "Dentro del marco del art. 14 bis de la Constitución Nacional y de los criterios legislativos imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio" (Fallos 328:3099, 312:1833, 313:225, 313:751).

En igual sentido, se expresó la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires "…Es indudable que las "uniones de hecho" forman parte de las alternativas que pueden escoger las personas en uso de la autonomía de la voluntad familiar, al momento de diseñar su proyecto de vida, sin que resulte aceptable cualquier forma de sanción de esta opción (Arts. 14 bis y 19 Const. Nac.; 17. 1 Convención Americana de Derechos Humanos) (del voto del Dr. Hitters, in re "R., A. H. c. Kelly, Santiago y otros s/daños y perjuicios).

Por su parte, la situación concubinaria ha sido reconocida en diversas leyes especiales posteriores al Código Civil y su reforma (ley 17.711).

En este sentido la ley 24.411 (Beneficios a percibir por desaparición forzada de personas) reconoció el derecho a indemnización a los familiares de desaparecidos, extendiendo el beneficio a las "uniones matrimoniales de hecho" (art. 4°). También en el derecho laboral, la ley 20.744 (L.C.T.), en su artículo 248 prevé indemnizaciones a favor de la concubina por muerte del trabajador (cfr. artículo 38 del Decreto-ley 18.037/69 (t.o. 1974); la ley 24.241 establece el beneficio de pensión para "el o la conviviente", en su artículo 53, al que reenvía, asimismo, el artículo 18 de la ley 24.557 (Accidentes y Riesgos del Trabajo). Igual tesitura impera en el derecho previsional local (art. 49 de la ley 611 otorga la pensión a la concubina/o).

Por último, encuentro que la falta de compensación del daño moral sufrido por quien así lo acredita, vulnera el principio de reparación de la integridad física y moral (art. 17 C.N.; arts. 5 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el del resarcimiento integral, ambos de raigambre constitucional ("alterum non ladere" del art. 19 de la C. N.).

En conclusión, la limitación que en materia de legitimación activa por daño moral consagra el artículo 1078 del C.C. se presenta, en el caso, como inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto respecto de sujetos que se encuentran en idéntica situación de hecho, no respetando las pautas constitucionales que resguardan a la familia y a la reparación integral del daño sufrido" (Ac. 66/12, de la Sala Procesal Administrativa).

Esta postura, refleja una inclinación jurisprudencial que, como se sabe, ha sido receptada por el nuevo Código Civil y Comercial. En el art. 1741 se regula la legitimación para reclamar la indemnización del daño moral (o las "consecuencias

no patrimoniales" derivadas de la lesión), ampliando la conferida por el anterior art. 1078.

Ello importa extender la legitimación de los damnificados en los supuestos de muerte y de "gran discapacidad", incorporando dentro del grupo de legitimados a los convivientes con "trato familiar ostensible", plasmándose así —aunque con limitaciones— una postura que ya había tenido consagración jurisprudencial en varios supuestos de reclamos del rubro por el conviviente, en caso de muerte.

En relación a los nuevos legitimados que incorpora la norma para reclamar daño moral (quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible), va de suyo que la reforma, siguiendo los precedentes jurisprudenciales, buscó incluir al concubino o concubina, especialmente por encontrarse situada/o en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una progenie que el/la cónyuge, circunstancia que hace presumir que sufre con igual intensidad lesión en sus intereses espirituales de resultas del fallecimiento del/a conviviente (cfr. Meza, Jorge Alfredo Boragina, Juan Carlos, "El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV , 104. Ver esta Sala en "MERINO CRISPINO MOISES Y OTROS CONTRA PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/D.Y P. - MALA PRAXIS", EXP N° 383014/2008).

Analizando las circunstancias concretas de la causa, es indudable que la Sra. Q.B., ha sufrido perturbaciones espirituales ligadas a la incertidumbre, desamparo e inseguridad que provoca la muerte de su compañero.

No obstante, debe tenerse presenta también aquí, la escasa prueba arrimada a fin de conocer la dinámica y lazos afectivos que caracterizaban a la familia del fallecido. No hay datos que evidencien una convivencia armónica o si eran una familia muy unida, por ejemplo.

Así, se ha apuntado que: "El derecho resarcitorio por daño moral no se frustra por falencia de prueba sobre una perfecta convivencia. Si no hay acreditación opuesta (distanciamiento afectivo) se presupone la normalidad de los lazos profundos que genera un vínculo conyugal, máxime si se adiciona una común descendencia. Sin embargo y aunque el daño moral se repute configurado *in re ipsa*, acorde con reglas de experiencia, conviene brindar elementos de juicio que cualifiquen específicamente la índole de la relación entre los esposos. "En situaciones de orfandad probatoria a propósito de la vinculación afectiva [...] no le permite al juez potenciar el daño moral más allá de parámetros genéricos. Efectivamente, no es igual un daño espiritual inferido a nivel presuncional y sobre la base de 'datos tipo' (vínculo conyugal y edad de los esposos) que otro exteriorizado en concreto, con certera evidencia sobre la mutilación de un proyecto de vida cálido y fructuoso. Si hay deficiencias de prueba a favor o en contra del pretensor, no resta al tribunal sino aplicar criterios estándares, por defecto de factores de corrección que permitan redimensionar, o en su caso atenuar, el desmedro en el caso puntual" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Tratado de daños a las personas. Daño moral por muerte, Astrea, Buenos Aires, 2010, p.324-3569).

A tenor de estas pautas, tomando en consideración lo que resulta de la pericial psicológica –está en las hojas 392/396vta-, es que estimo adecuado fijar un resarcimiento por daño moral, en la suma de $190.000.- Dicho monto habrá de distribuirse del siguiente modo: $90.000 para E.Q.B., $ 35.000,00.-, para M.A.L, 28.000,00.- para M.D.L, y $10.000,00.- para G.S.L,. Para los hijos mayores, J.C, J.R.C, y S.E, se fija el rubro en la suma de $10.000,00.- cada uno.

A las sumas antedichas, se adicionará intereses que se calcularán a la tasa promedio activa-pasiva del BPN desde

el 19/11/07 hasta el 31 de diciembre de 2007, y de allí en más y hasta su efectivo pago, a la tasa activa de ese Banco (criterio sentado por el TSJ en autos "Alocilla" Ac. 1590/09).

En resumidas cuentas, si mi voto es compartido, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia y, en consecuencia: 1) Hacer lugar a la demanda incoada por los actores contra Brasprin S.A. y Prevención ART, con costas a las accionadas vencidas, en ambas instancias (art. 68 CPCC); 2) Rechazar la demanda con respecto a la Asociación Biblioteca Popular Juan B. Alberdi, con costas a los actores perdidosos.

En la etapa de ejecución de sentencia habrá de tenerse presente, y deducirse, las sumas que la Aseguradora de Riesgo de Trabajo hubiera abonado a raíz de la muerte del trabajador. **MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Marcelo MEDORI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del Dr. **Jorge PASCUARELLI** adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, **POR MAYORIA**

SE RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por los actores a fs. 761/769 y en consecuencia confirmar la sentencia de fs. 734/741vta. en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE -Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Marcelo MEDORI

Dra. Estefanía MARTIARENA -SECRETARIA