----Trelew, marzo de 2013.- ----------

----AUTOS Y VISTOS: estos autos venidos al acuerdo a los fines del artículo 293 del CPCyC, y ----------

----CONSIDERANDO: ---------- ------

----1.- Sentencia definitiva Nº 29/2012.---------- --

----A fojas 684/736 mediante sentencia definitiva Nº 29/2012 esta Cámara resolvió, en lo esencial, revocar parcialmente la sentencia definitiva apelada a los fines de elevar el monto de condena en la suma de $ 661.591,60, discriminándola para M. A. P., para L. A. S., para P. V. P. y para E. O. S.; y confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------2.- Recurso de casación.- ----------

----------A fojas 744/788 la parte demandada interpuso recurso extraordinario de casación, con fundamento en los artículos 291, incs. “c” y “e” del Código Procesal Civil y Comercial. ----------

----De fojas 777-IV en adelante expresó que el fallo en cuestión ha incurrido en violar su derecho de defensa. Dice la demandada que ella ya había denunciado la violación del principio de congruencia por parte del fallo de la anterior instancia y que ello no encontró “acogida favorable” en la sentencia dictada en esta segunda instancia (fs. 777 vta., último ap.). Que la incongruencia se produjo porque el juez de la anterior instancia había resuelto temas no sometidos a su juzgamiento, que no fueron objeto del proceso (fs. 778, último ap. y vta.). Que al ser la indemnización percibida por la cónyuge y la hija de la víctima una reparación integral, la inconstitucionalidad no es tal (fs. 779, anteúltimo ap.). Que al igual que la instancia anterior, el fallo de Alzada incurrió en “ultra petición” (fs. 780, primer ap.). Que el fallo sustituyó al actor en la elección de la pretensión, que era de derecho común y no laboral (fs. 781, último ap. y vta.). Que no se da en autos el presupuesto del artículo 1072 del CC (fs. 781 vta., último ap.). Expuso su desacuerdo con el modo en que la sentencia reconoció el monto del daño material, y el monto estimado por el rubro gastos personales de la víctima, siendo que “en otro reciente fallo” este último fue fijado en un 50 % (fs. 782 vta., segundo ap.). Que la sentencia en cuestión omitió el fundamento para determinar el porcentaje (fs. 782 vta., último ap.). Que la edad de 70 años hasta la cual se determinó que la víctima haría aportes para la familia carece de sustento fáctico y jurídico (fs. 783, al medio). Que la pretensión de los padres de la víctima de cobrar gastos de sepelio constituye un enriquecimiento sin causa (fs. 784 al medio). Que respecto de la pérdida de chance, no se probó que el hijo fallecido hubiera podido aportar a la subsistencia de sus padres (fs. 784, último ap.). Que a los efectos del daño moral, distintos son los criterios de sendas Salas de esta Cámara, y que equiparar la situación del concubino supérstite a la del cónyuge supérstite no encuentra basamento en norma alguna de nuestro ordenamiento jurídico (fs. 785 vta., segundo ap. - 786 vta. segundo ap.). Que resulta desproporcionada la suma fijada en concepto de daño moral, tanto a favor de la concubina como de la hija de la víctima; en cuanto al daño moral a favor de los padres,

éstos carecen de legitimación para reclamarlo (fs. 787, cuarto ap.). ----------

----Sentencia: ---------- ----

----a) Por otro lado, ponderando lo sustancial de la sentencia en cuestión, ha de focalizarse la atención -por razón de síntesis- en el voto del magistrado votante en primer término, quien entre otras consideraciones sostuvo que: 1) El juzgador (de la anterior instancia) se atuvo a la pretensión ejercida por la actora, esto es, el pedido de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1 de la LRT en cuanto circunscribe la responsabilidad civil del empleador al supuesto del art. 1072 del C. Civil. A ello agregó que la concubina y la hija de la víctima se encuentran percibiendo la renta mensual prevista en los arts. 15, ap. 2 y 18 de la LRT y que el cheque correspondiente al pago único adicional se encontraba en trámite de cobro por haberse vencido la fecha de presentación de un primer cheque. Asimismo se expresó que dicha compensación era insuficiente para la concubina e hija y que por la vía sistémica resultaban excluidos los padres de la víctima, efectuando una comparación entre las prestaciones de acuerdo a la ley 24557 y la reparación integral para demostrar la insuficiencia del resarcimiento para las primeras, amén de reiterar la exclusión de los progenitores de S. Es así que el juez se limitó a efectuar dicha comparación y declarar inconstitucional la norma indicada, de acuerdo a los montos que fueron determinados en el decisorio, y que resultan superiores a los $ 230.000 que liquidó la actora de acuerdo a la LRT (fs. 689 vta, último ap./690 primer ap.); 2) La demandada al referirse al resarcimiento pretendido y obtenido, se limita a señalar que la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT resulta de la insuficiencia de las prestaciones conforme a la ley 24557 y que en la especie la reparación obtenida de la ART es íntegra. Y con anterioridad, al deducir la excepción de incompetencia, había señalado la falta de legitimación de los padres de la víctima a la luz de la ley 24557 y deducido la falta de legitimación activa de la concubina para el reclamo del daño moral a la luz del art. 1078 del C. Civil, pero nada dijo en dicha oportunidad acerca de que para reclamar la acción de derecho civil debían cuestionar toda la normativa de la LRT (fs. 690, al medio); 3) La vía de la acción civil o de derecho común resulta franqueada con el pedido de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1 de la LRT, ya que una vez caída dicha norma, nada impide que todos los legitimados por el derecho civil, esto es, por las normas del C. Civil, puedan reclamar la reparación pertinente al empleador que se considere responsable de acuerdo a las mismas normas, sin que resulten inhibidos por la limitación de la normativa sistémica de la ley 24557 (fs. 690 vta., último ap.); 4) El control de constitucionalidad debe llevarse a cabo en cada caso para examinar si por las circunstancias del caso, en dicho particular supuesto, la norma infraconstitucional a aplicar se aviene o no con las de rango constitucional, sin que resulte suficiente referirse en forma genérica a antecedentes jurisprudenciales sin una concreta referencia al caso a decidir (fs. 691 vta., anteúltimo ap.); 5) A fojas 693 se resumió la doctrina de la Corte; 6) Carece de razón la apelante en cuanto aduce que para recurrir a la vía civil era necesario plantear la

inconstitucionalidad de toda la normativa sistémica, ya que se ha precisado que la recepción sin reservas de las prestaciones del sistema no obstan al planteo de la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT (fs. 693 vta., segundo ap.); 7) La comparación entre las prestaciones sistémicas y la reparación integral del derecho común habrá de hacerse respecto de quienes percibieron dichas prestaciones, esto es, la concubina y la hija de la víctima, pero con relación a los padres, resulta claro, que al ser directamente excluidos por la LRT como legitimados, la norma es inconstitucional (fs. 693 vta., segundo ap.); 8) Existe conformidad entre las partes en que la explosión se generó en un tambor con restos de aceite que se elevó, golpeando al trabajador y provocando su caída sobre el foco de incendio (fs. 694, último ap.); 9) Más allá de que se invocara el art. 1113 del C. Civil, al haberse efectuado el relato de los hechos, corresponde al sentenciante encuadrar la responsabilidad atribuida de acuerdo al principio “iura novit curia” (fs. 694, último ap.); 10) Siendo suficiente el relato de los hechos en lo que concierne a la generación del siniestro, corresponde al juzgador el encuadre del tipo de responsabilidad así como identificar el factor de atribución. Sentado lo anterior, y no estando controvertido que el siniestro ocurrió en el marco de la relación de empleo, la responsabilidad atribuida debe juzgarse en principio en el marco contractual, más aún cuando no se esgrime la existencia de delito que permita, en virtud de lo dispuesto por el art. 1107 de C. Civil, el corrimiento a la órbita aquiliana (fs. 695, último ap.); 11) Tampoco resulta prohibido el encuadre bajo la esfera extracontractual. Es que de acuerdo a la jurisprudencia sobre el tema, en vigencia de la ley 9688, la Cámara Nacional del Trabajo en pleno consideró aplicable el art. 1113 del C. Civil en el caso de haberse optado por la acción de derecho común a la que se refiere el art. 17 de la ley 9688. Así también en algunas oportunidades se ha enmarcado la cuestión en el ámbito contractual. Es más, la propia Corte Federal, en los antecedentes mentados, en “Gorosito” hizo referencia a las normas de la responsabilidad contractual (arts. 520 y 521 del C. Civil), mientras que en “Aquino” se efectúa una referencia explícita a los arts. 1109 y 1113 del campo aquiliano. En resumen, sin perjuicio del primer análisis que efectuaré a la luz de la responsabilidad contractual, habré también de considerar el planteo de acuerdo a las normas que invocara el actor y aplicara el juez de grado (fs. 695, último ap, y vta.); 12) De acuerdo a la caracterización de la obligación de seguridad que debe garantizar el empleador que efectuara “ut supra”, resulta correcto que, acaecido el accidente durante el desempeño de la tarea laboral, el nexo causal resulte establecido entre dicho desempeño y el daño sufrido, y en consecuencia, sea el empleador quien deba acreditar la ruptura del mismo (fs. 696, último ap.); 13) La recurrente seguidamente cuestiona que las cosas que estaba utilizando la víctima puedan ser reputadas como peligrosas y que el propio juzgador reconoce que admite que existen dificultades para considerar así a la escalera, y que respecto a la soldadora el trabajador contaba con acabados conocimientos para su uso. Este argumento deviene estéril ya que con ello no se confuta el nexo causal establecido a partir de que

el daño -en este caso la muerte del trabajador- se produjo en ocasión del desempeño laboral de la víctima, de acuerdo a la responsabilidad contractual y la consiguiente obligación de seguridad ya analizadas (fs. 696, último ap.); 14) Ante el reconocimiento de la demandada de que en el lugar donde la víctima estaba soldando se ubicaban tambores con restos de aceite y que el accidente fatal se produjo por la explosión de uno de los tambores, ha quedado admitido que la actividad desempeñada por S. revestía el carácter de riesgosa por las circunstancias en las que se desarrollaba, ya que el ambiente en el cual estaba llevándose a cabo implicaba una potencialidad riesgosa, siendo responsabilidad de la demandada suprimir o cancelar los efectos dañinos que dicho ambiente generaba (fs. 696 vta., último ap.); 15) Resulta irrelevante lo argüido por la apelante respecto a que S. contaba con los conocimientos suficientes para desarrollar la tarea que realizaba cuando tuvo el accidente, ya que, reitero, la seguridad y la adecuación del ambiente de trabajo eran responsabilidad de la empleadora (fs. 697, segundo ap./697, 1º párrafo); 16) En la valoración de la pericia en higiene y seguridad laboral ... Nuevamente aquí habré de concluir en la esterilidad del esfuerzo argumentativo de la recurrente, ya que más allá de la precisión de las conclusiones del perito, la demandada reconoció que en el lugar donde se estaban desarrollando las tareas existían elementos peligrosos como los tambores con restos de aceite, y era su responsabilidad y no la del trabajador la adecuación del lugar para que los trabajos se lleven a cabo de la manera más segura. Y esto involucra al horario en el cual S. realizó las tareas y si estaba o no fumando, ya que, en todo caso, también era responsabilidad de la empleadora dar las instrucciones pertinentes a fin de prevenir riesgos durante el desempeño de las tareas. Es que sobre ella pesan las obligaciones que derivan de las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo de la ley 19587 que comprende “las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tengan por objeto” la protección de “la vida, preservar y mantener la integridad psicofísica de los trabajadores (art. 4, inc. b), e incluso estatuye expresamente que: “todo 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) A la construcción, adaptación, instalación y equipamiento de los edificios y lugares de trabajo en condiciones ambientales y sanitarias adecuadas; b) 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...d) A las operaciones y procesos de trabajo” (art. 8) (fs. 697/vta.); 17) En cuanto a que deben tenerse en cuenta los ingresos netos, la recurrente cita un antecedente de esta Sala “B”, ... encuentro trascendente que en dicho antecedente se trataba de un trabajador autónomo que resultara lesionado, por lo que resultaba razonable considerar los ingresos netos “libres de todo gasto”. Mas en la especie se trata de un trabajador en relación de dependencia que falleciera, por lo que aquí, la pregunta a formular es si los descuentos sobre el ingreso bruto son

relevantes a los efectos de medir el lucro cesante del grupo familiar cuya supervivencia dependía del salario de la persona fallecida (fs. 697 vta., anteúltimo ap.); 18) Sobre el punto referido a si deben tomarse los ingresos brutos o los netos, el sentenciante de origen argumentó que *"También es relativo y no se puede considerar en forma precisa los cálculos sobre las sumas netas o brutas de los salarios, en razón de que hay ítems de los descuentos salariales que indirectamente representan un aporte para el grupo familiar como los descuentos para la obra social"*. Este argumento, amén de que resulta corroborado con los recibos de haberes de fs. 01/15 de la documental reservada, no fue objeto de crítica precisa por la apelante (fs. 697 vta., último ap-fs. 698 *supra*); 19) En cuanto al porcentaje estimado como destinado para gastos personales de la víctima, recientemente esta Sala calculó dicho porcentual en un 50 % pero se trataba de determinar solamente la indemnización de este rubro a favor de la concubina de la persona fallecida. En cambio en las presentes actuaciones, el reclamo es por la concubina y su hija (fs. 698, último ap.); 20) Cabe añadir que el juez consideró que *"...en razón de la sustentabilidad del hogar familiar hace que la mayor parte de las erogaciones que habría de hacer S., no lo serían para satisfacer necesidades estrictamente personales, sino justamente las de la familia, o inclusive de otro tipo. Por ejemplo, en este caso, los padres del trabajador fallecido reclaman por la pérdida de chance de que su hijo los ayude en su vejez. Lo que quiere significar es que hay gastos que son para el colectivo familia, como sería el alquiler de la vivienda, o sus arreglos, o la adquisición de artefactos domésticos, etc., que no se puede considerar como un gasto personal. Por eso considero que esos posibles aportes se deben calcular a no menos del 80% de los salarios que percibiría"* (fs. 698, último ap.); 21) De la caracterización del ítem reclamado (titulado por la actora "lucro cesante") se desprende sin hesitación que lo requerido no es la privación de las sumas que el causante "ahorraba", es decir solamente las ganancias que le quedaban al mismo luego de atender sus necesidades y las de los integrantes de su grupo familiar, sino que comprende efectivamente la privación de las sumas que el mismo generaba y que estaban destinadas al sostenimiento de su grupo familiar, básicamente su concubina e hija. Se trata del perjuicio caracterizado de manera específica en los artículos 1084 y 1085 del C. Civil, y de manera más genérica en el artículo 1079 del mismo texto legal (fs. 698 vta., al medio); 22) La recurrente no cuestiona lo considerado por el juez respecto a los aportes a los padres, sino que entiende que una persona que hace tales aportes -entre otras cosas- no puede consumir sólo el 20% de sus ingresos. A ello debe añadirse que no se encuentra discutido que la madre de S. vivía con el grupo familiar como lo explicitara el sentenciante, así como que la jurisprudencia que se cita no se trata de un caso análogo, sino que se refiere a la ayuda de la persona fallecida a su madre, cuando aquí además de convivir con su progenitora, S. lo hacía con su concubina y su hija. Por las razones expuestas, encuentro adecuado que se hubiera descontado solamente el porcentaje del 20% en concepto de consumo personal del

fallecido, a los fines de determinar las sumas que él generaba y de las que su compañera e hija se vieron privadas para su subsistencia y demás gastos de las mismas (fs. 699, *supra*); 23) En lo que respecta al lucro cesante de la concubina e hija de la víctima ... Concretamente el juzgador de origen razonó que *"...hoy por hoy se trabaja inclusive luego de la edad jubilatoria, ya sea postergando el momento de jubilarse (para los casos en que el trabajador y la empresa desean la continuidad del vínculo), o en supuestos en donde el trabajador ya jubilado sigue trabajando en la misma empresa ya jubilado, o en otro lugar. En algunos casos esto sucede porque el trabajador está en condiciones de hacerlo y el haber jubilatorio es escaso...En razón de todo ello considero razonable fijar el momento en donde S. deja de realizar aporte económico a las actoras el de 70 años..." ...* la argumentación dada por el juzgador se encuentra desvinculada a la existencia o no de otros ingresos de S. por fuera de la relación de dependencia, sino que señala la habitualidad de que el trabajador continúe desempeñándose activamente aún después de obtener el haber jubilatorio -explicando las razones de ello-, y dicho argumento no fue concretamente rebatido en la expresión de agravios. Por lo tanto nuevamente aquí habré de proponer la deserción parcial del agravio en cuanto a este aspecto del mismo. Por lo demás he de agregar que la edad de 70 años que considerara el juzgador es muy similar (69 años) a la que esta Sala tomara en cuenta en un caso análogo (fs. 700 vta., segundo ap.). ----------

---b) Cabe poner de resalto que a fojas 710 vuelta en adelante, el Sr. magistrado votante en segundo término Dr. Sergio R. Lucero se pronunció compartiendo la línea argumental y las conclusiones del voto del Dr. De Cunto que fueran sintetizados en el punto a) . ---------- ----------

----3.- Examen formal. ----------

----Número de páginas: Como primer punto del examen formal, procede resaltar que el Reglamento sobre los escritos de interposición de los recursos extraordinarios de casación (Acuerdo Plenario Nº 3821/09), estableció que dichos recursos extraordinarios deben interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta (40) páginas. Ha de entenderse por tal cada una de las dos haces o planas de la hoja del escrito recursivo (www.rae.es).----------

----Sin embargo el escrito de fojas 744/788 ha sido confeccionado en ochenta y nueve (89) páginas, excediendo largamente lo establecido por el citado Reglamento.----------

----El artículo 11º del Reglamento establece que cuando el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de los recaudos para la interposición de los recursos extraordinarios de casación, o que lo haya hecho de modo deficiente, el Superior Tribunal de Justicia o su Sala lo desestimará mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente y la cita del o los requisitos incumplidos; establece también que del mismo modo deberán proceder las Cámaras de Apelaciones o el Tribunal de última o única instancia que corresponda cuando denieguen la concesión de recursos extraordinarios por no haber sido satisfechos los requisitos impuestos por esta reglamentación.----------

----No obstante, *obiter dictum* han de efectuarse además otras consideraciones, a saber: ----------

----Impugnación: El recurso de casación tiene exigencias técnico-formales propias de ineludible cumplimiento, por lo que, quien utiliza esta vía impugnativa para romper el diagrama sentencial asume la carga procesal de precisar con toda puntualidad la correlación entre la decisión impugnada y el agravio expresado, y este propósito no se logra si no se atacan correctamente, una por una, las bases fácticas esenciales del fallo y la violación de la ley por parte del mismo (Bacre, Aldo, *Recurso ordinarios y extraordinarios*, Ed. La Rocca 1999, p. 742-CAT). La impugnación, en la instancia extraordinaria, debe tomar las postulaciones del pronunciamiento de grado y, enfrentándolas directamente, rebatirlas (ob. cit., p. 743). ----------

----En el *sub júdice*, en cambio, no se hizo así. La atenta lectura del escrito recursivo revela principalmente, la reiteración del ataque a consideraciones vertidas por el juez de la anterior instancia. Al exponer su propia opinión, el recurrente eludió el carril por el cual fue asentado el pronunciamiento definitivo de Alzada sin advertir que la pieza recursiva no puede integrarse -cualquiera sea el peso de las razones que luzca- con reflexiones paralelas a las de la Cámara con la pretensión de que aquéllas reemplacen a éstas (STJCh sent. interloc. N° 32/S.R.E./2010). ----------

----Indicación concreta: En el artículo 292 inciso “a” del CPCyC expresamente el codificador erige, como requisito de admisibilidad de la vía extraordinaria de la casación, indicar qué norma ha sido violada, errónea o falsamente aplicada. ----------

------A fojas 743 (carátula) citó el casacionista los artículos 39 inciso 1 LRT, 1078 y 1113 del Código Civil, mas la sola mención de los preceptos que se dicen quebrantados no basta para fundamentar el recurso de casación, toda vez que es necesaria una cabal demostración de la ilegalidad capaz de inferir agravio, subrayando concretamente dónde, cómo y porqué el fallo que se cuestiona conculcó la normativa que se denuncia (art. 289 inc. “a” CPCC; conf. SCBA, Ac. y Sent. 1985, v. II, p. 212 y 746, entre otros, cita de Morello-Sosa-Berizonce, *Códigos*…, Ed. 1988, T° III, p. 621; S.I.L. 62/99 y 17/2000 “B”-CAT). Se debe atacar ley concreta; artículo concreto; inciso concreto; apartado concreto; doctrina legal concreta (SCBA, LL 1978-B-652, 34.545-S, cit. en Levitán, José “*Recursos en el proceso civil y comercial*”, Ed. Astrea 1986, p. 143). Esa cabal demostración y puntual identificación no ha sido hecha en el recurso sujeto al presente examen formal. ----------

----A lo largo del escrito del recurso tampoco atacó el recurrente las normas que dieron fundamento al fallo en cuestión (ej.: 1107, 1084, 1085 del Cód. Civil, entre otras), siendo que las discrepancias de quien impugna por la vía del recurso de casación**,** tienen que basarse en la violación de la ley o doctrina legal contenida en la sentencia que se cuestiona, pues allí está lo ilegal del fallo (Levitán, José, *Recursos en el proceso civil y comercial*, Ed. Astrea, 1986, p. 143; S.I.C. 117/01 “B” CAT). ----------

----4.- Artículo 291 inciso “c” CPCyC: Este inciso -primera parte- legisla el caso de la

sentencia “ultra petita”, por otorgar más de lo pedido. La segunda parte -no contener declaración…- legisla el caso de la sentencia “citra petita**”** (Morello, Augusto Mario y Hitters, Juan Carlos, *La casación en la Provincia del Chubut,* JA 1980-IV, p. 768). --------

----Dicha norma fue mencionada como uno de los motivos en que la demandada fundamentaba el recurso de casación (fs. 744-I). Sin embargo, no se le dio tratamiento adecuado a lo largo de la vía recursiva extraordinaria, siendo la arbitrariedad el motivo reiteradamente mencionado para apuntalar los agravios contra el fallo de Alzada. --------

----5.- Finalizando, y atento las consideraciones *ut supra* efectuadas y lo que establece el artículo 293 del Código Procesal Civil y Comercial, procede declarar la inadmisibilidad formal del recurso de casación bajo examen. ---------- ---

----En su mérito, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de Trelew RESUELVE: ---- ---

----Declarar la inadmisibilidad formal del recurso de casación interpuesto a fojas 744/788 por la parte demandada, contra la sentencia definitiva N° 29/2012 dictada por esta Cámara. ----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ---------- --------

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

SERGIO RUBEN LUCERO
PRESIDENTE

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2013 – SIL.- CONSTE.-**

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA