--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil catorce, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“R., O. A. c/ PROVINCIA A.R.T. S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)” (Expte. 36 – Año 2014 CAT)**, venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 169.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expresó: ----------

----I.- La sentencia de primera instancia hizo lugar al reclamo formulado por el actor, víctima de un accidente der trabajo, condenando a la aseguradora de riesgos del trabajo (A.R.T.) demandada a pagarle la prestación dineraria contemplada en el art. 14 inc. 2 apdo. “a” de la Ley 24.557 para la incapacidad laboral permanente parcial.- --------

----Dicha aseguradora apeló el fallo limitando su impugnación al ingreso base mensual (I.B.M.) tenido en cuenta para determinar la cuantía de dicha prestación, en tanto el “a quo”, señaló, desaplicó la norma del art. 12 de la referida normatividad sin previamente declarar la inconstitucionalidad del precepto cual el actor había solicitado. Destacó la recurrente el deber del aplicar la disposición aludida, puntualizando al respecto: a) que el régimen legal contiene un sistema de actualización según las variaciones experimentadas por el módulo previsional (MOPRE), de modo que lo decidido en el grado importa una actualización del monto resarcitorio contraria a la Ley 23.928; b) que en la composición del I.B.M. deben ingresar únicamente las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y no los adicionales no remunerativos. Añadió la apelante que como A.R.T. no puede ser extendida su responsabilidad a obligaciones distintas a las regladas en la ley respectiva y que en la elaboración del I.B.M. ella depende de la declaración jurada de remuneraciones del trabajador que le arrima el empleador.- ----------

----II.- Es bien exacto que el actor en la ampliación de su demanda original planteó la inconstitucionalidad del art. 12 de la Ley 24.557 (fs. 26/29), cuestión que el Señor Magistrado del previo grado pasó por alto, pues no la consideró por separado ni dictó en relación a ella decisión expresa, positiva y precisa, con lo cual el sentenciante quebrantó por “citra petita” el principio procesal de congruencia que debía respetar en su pronunciamiento (arts. 34 inc. 4°, 165 incs. 4 y 6° C.P.C.C.). Ello fuerza a este tribunal de alzada a suplir tal omisión (art. 281 cód. cit.).- ----------

----III.- Ahora bien, que el cuerpo haya de resolver la cuestión planteada y olvidada en la instancia precedente, pues la apelante así lo solicitó en su expresión de agravio cual prevé la última de las citadas normas, no significa que haya de pronunciarse en favor de la postura asumida por la recurrente.- ----------

----Al margen dejaré la argumentación de la impugnante referida al módulo de actualización aplicable. Ello así por la sencilla razón que el juzgador de la anterior instancia no dispuso reajuste alguno, ni por aplicación del MOPRE ni por ningún otro método (véase fs. 154 vta. últ. párr. / 155), de manera que proponer a resolución cuál habría sido la pauta de ajuste aplicable a una actualización no dispuesta deviene cuestión abstracta, de aquellas que los jueces no debemos decidir por carencia de interés actual. Y, sabido es, la existencia de un interés jurídico nacido de un gravamen, el perjuicio personal provocado por el decisorio, constituye esencial presupuesto de admisibilidad de la apelación (doc. del art. 244 C.P.C.C.), a la vez que requisito de toda especie de acto procesal; sin él no hay acción, pues el derecho mismo no es, según la feliz expresión de Ihering, sino el interés protegido por la ley y nada lleva a concluir que en la especie de las apelaciones se configure una excepción a tal primordial regla. Conviene en ello la doctrina toda, de antaño y de hogaño (confr.:Ibáñez Frocham, “Tratado de los recursos en el proceso civil”, 4ta. ed., pág. 167; Podetti, “Tratado de los recursos”, EDIAR 1958, pág. 123; Alsina, “Tratado...”, 2da. ed., IV-191, n°3, “b”; Palacio, “Derecho procesal civil”, Abeledo-Perrot 1970, IV-31 n° 335 y V-47, n° 527 y págs. 85/86 n° 546; Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., III-24, n° IV; Hitters, “Técnica de los recursos ordinarios”, L.E.P. 1985, págs. 42/47 nros. 14 y 15, pág. 336 n° 191 y pág. 347 n° 199; De Santo, “Tratado de los recursos”, 2da. ed., I-284 n° 43; Arazi-Rojas, “Código Procesal...”, Rubinzal-Culzoni 2001, I-777, n° 2).----------

----En todo caso, quien debió recurrir el fallo por ausencia de la mencionada actualización hubo de ser el actor perjudicado por ella. Mas acontece que él consintió la sentencia, de modo que la competencia revisora de esta alzada no fue abierta.----------

----Tocante a la segunda argumentación volcada por la quejosa para sostener la aplicabilidad a la especie del art. 12 de la Ley 24.577, diré que, en mi concepto, la razón no le asiste, en tanto hallo al precepto reñido con las normas superiores de la Constitución Nacional, cual el actor alegara a fs. 26/29. ----------

----En efecto, determinar la prestación por incapacidad de marras en función de un monto dinerario inferior al salario real conduce a que ella será menor a las remuneraciones que el trabajador habría percibido de no haber sufrido el evento dañoso (confr.: Vázquez Vialard, “Efectos jurídicos patrimoniales con motivo de la incidencia del ‘salario previsional’ en la ley de riesgos del trabajo, en cuanto disminuye el monto de la reparación del daño”, en Revista de Derecho Laboral, to. 2002-1, Rubinzal - Culzoni 2002, págs. 15/16). El fundamento jurídico de tal prestación es la situación de incapacidad en que se halla el trabajador a raíz de una circunstancia que el ordenamiento jurídico imputa al empleador, subrogado en sus obligaciones por la A.R.T.; así pues, no resulta razonable que el damnificado, en virtud de una causa que no le es imputable, se vea afectado por un importe más bajo al que le habría correspondido como contraprestación por su labor, en fin, por un déficit en su “ingreso

de bolsillo", de carácter alimentario (confr.: C.N. Trab., Sala V, S.D. 68.608 del 5/7/06, in re "L., C. G. c/ Provincia A.R.T. S.A.", en http//www.pjn.gov.ar, consulta del 7/4/14).------

----Patentiza el desfase entre el resarcimiento y el daño, a la vez que muestra el quebranto de la garantía constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 Const. Nac.), el notar que el trabajador quedaría más protegido si el perjuicio hubiere derivado de un hecho inculpable -enfermedad o accidente no laboral-, toda vez que en tal supuesto el art. 208 L.C.T. le garantizaría un ingreso idéntico al que habría recibido encontrándose en actividad (confr.: Maza - Loustaunau, "Desajuste en las prestaciones dinerarias de la Ley de Riesgos del Trabajo", L.L. 2008-E-914). ----------

----Todo ello deriva de haber adoptado el legislador un criterio de irrazonabilidad constitucionalmente inaceptable, cual lo es el de atender para la formación del I.B.M. a la pauta del "salario previsional", según la cual son marginados del ingreso mensual del trabajador aquellos rubros que la ley o el convenio colectivo respectivo declare "no remunerativos" (confr.: Schick, "Riesgos del Trabajo - Temas fundamentales", 2da. ed., pág. 334), en contradicción al concepto de salario de los arts. 103 y sgts. L.C.T. y mutando arbitrariamente la naturaleza jurídica de la contraprestación por la labor. A cuento viene el recordar aquí que el principio de razonabilidad de las leyes, emanación del de legalidad, tiene por finalidad preservar el valor justicia en el contenido de cualquier acto de poder, de forma que el *medio* escogido para alcanzar un *fin* válido guarde proporción y posea aptitud suficiente para el logro de tal fin (doc. del art. 28 Const. Nac.; Bidart Campos, "Manual de la Constitución Reformada", 1era. reimp., I-515/517, nros. 73/78). En el caso, si la finalidad de la prestación dineraria es reparar el daño sufrido por un trabajador, consistente en la pérdida de parte de su capacidad laboral a consecuencia de un infortunio, el instrumento elegido para ello no cuenta con dicha potencialidad, pues resarce al damnificado en medida insuficiente al asignarle una prestación inferior a la reducción de aptitud laboral experimentada por él. ----------

----A esta altura aparece otra nueva infracción constitucional. El art. 1° del Convenio 95 de la O.I.T. define al salario como la remuneración o ganancia, "sea cual fuere su denominación o método de cálculo" (sic), debida por el empleador al trabajador en virtud de un contrato laboral por el trabajo que éste haya efectuado o deba efectuar o los servicios prestados o que deba prestar. Ratificado tal Convenio por la República Argentina, la Nación "se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla" (C.S.N., Fallos 315:1492, con cita del art. 19.5 inc. "d" de la Constitución de la O.I.T.) y esa disposición, por ser de jerarquía superior a las leyes (75 inc. 22 párr. 1° "in fine" Const. Nac.), conformaba una valla que a los legisladores argentinos no les era dado franquear, primero, alterando artificialmente la naturaleza jurídica de algunos aumentos salariales -así lo declaró nuestra Corte Suprema Nacional el 1°/8/09 in re "Pérez, A. R. c/ Disco S. A." (Fallos 332:2043), reafirmándolo el 4/6/13 en el caso "Díaz, P. V. c/ Cervecería y Maltería Quilmes S. A." (en http//www.laleyonline.com.ar, AR/JUR/20023/2013, consulta

del 7/4/14)- y, a posteriori, echando mano al espúreo concepto de “salario previsional”, elaborado sibilinamente para que los empleadores evitaran aportar al sistema jubilatorio o lo hicieran por sumas reducidas (confr.: Schick, opus y loc. cit.). Saltar esa estacada ha importado violar el orden constitucional, conforme al cual aquel convenio internacional posee valor supralegal, primacía que ha de serle reconocida como principio vertebral (arts. 31 y 75 inc. 22 párr. 1° “in fine” Const. Nac.; confr.: Bidart Campos, opus cit., I-342, n° 19).- ----------

----Desde luego, puesto que ese criterio legislativo desatiende la noción de que el trabajador es un sujeto de preferente tutela, el mismo resulta incompatible con el texto y espíritu del art. 14 bis de la Const. Nac., a la par que violenta la garantía de propiedad de la cual goza también el trabajador, como cualquier habitante de nuestro suelo (art. 17 ídem).- ----------

----IV.- Por todo ello, considero que, supliendo la omisión en que incurriera inadvertidamente el “a quo”, hemos de declarar la inconstitucionalidad del art. 12 inc. 2° de la Ley 24.557, en cuanto desagrega del salario mensual del trabajador los rubros declarados por la ley o por convenio no remuneratorios, confirmando la sentencia apelada en todo lo demás que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la recurrente vencida en ella (art. 57 de la Ley XIV n° 1) y regulando los honorarios del Dr. L. M. S., por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de dichas tareas, en la suma equivalente al 3,75 % del monto total del proceso que sea determinado en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4).- ----------

----Me pronuncio en esta cuestión entonces por la AFIRMATIVA.- ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ---------- ----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Velázquez. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes traídos a revisión de esta Sala.-

--- Surge de la causa que el accionante en su ampliación de demanda introdujo el planteo de inconstitucionalidad del art. 12 de la Ley 24.557 (cfr. fs. 26/29), capítulo que fue lisa y llanamente omitido, obviado, en la instancia de grado, lo que a mérito del derecho vigente obliga a este tribunal de alzada a salvar dicha omisión (cfr. art. 281 CPCyC).----------

--- No entrará, en cambio, al análisis este Cuerpo de la cuestión del módulo de actualización aplicable, dado que se trata de un tema abstracto, de aquellos que los juzgadores no deben abordar, como que el a quo no aplicó actualizacíon alguna en su decisorio. ----------

--- En cuanto al segundo agravio de la apelante, relativo a la alegada aplicabilidad del art 12 de la Ley 24.577 en este caso, no posee razón la recurrente, al colisionar tal

norma con normas constitucionales, arquetípicamente el art. 14bis de la Constitución Nacional). ----------

--- Es que la determinación de la prestación debida por incapacidad a partir de salario inferior al real lleva aparejado un detrimento en las remuneraciones efectivamente percibidas por el lesionado, respecto de las que el trabajador hubiera recibido, si no hubiera sufrido el evento dañoso. ----------

--- La incapacidad de un operario no puede ser fuente de perjuicios crematísticos para él, pues lo contrario implicaría una arbitraria desigualdad, no fundada en razones atendibles, sino en artificios y pseudo-argumentos, de dudosísima sustentabilidad, como que razones de salubridad y de protección de la salud hacen que deba favorecerse el mejoramiento de la salud de un lesionado en el trabajo, lo que no se logra imponiéndole o convalidando menoscabos de su salario, que pueden llevar a que algunas personas no denuncien directamente el accidente de trabajo, en consideración a que verían reducidos sus salarios o a razones de imperiosa necesidad económica. ----

--- Es dable recordar que, como dije en un voto, en derecho laboral "a hiposuficiencia económica se transforma en supraprotección legal (cfr. esta Sala, 23/2/2009, "Veiguela, Pablo Fabián c/ C. DE H. RH. S.A. y/otro s/ cobro de pesos - laboral" (Expte. n° 290 - año: 2008). ----------

--- Si se piensa que el ordanamiento jurídico ha establecido un sistema protectorio de los trabajadores, que objetivamente y sin necesidad de prueba imputa presuntivamente la situación de incapacidad del operario que ha sufrido un infortunio del trabajo al empleador y en subrogancia de éste a la ART, no es admisible conceptualmente que el obrero perjudicado –haya o no causa imputable a él en el daño, salvo que éste sea doloso- se vea menoscabado en sus derechos al percibir un salario más bajo que el que, de no estar incapacitado, habría percibido. ----------

--- A poco que se recuerde el texto del art. 14 bis de la Constitución Nacional, surge que si el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; ... descanso y vacaciones pagados; retribución justa; ... igual remuneración por igual tarea; ...", se comprueba que, de admitirse la disminución del salario de un accidentado, la dignidad de la condición del trabajo se vería afectada, ello no sería tampoco equitativo, quedaría afectado el derecho al descanso para la recomposición de la salud del operario, no sería una retribución justa, al establecer una especie de sanción sin reprochabilidad de la conducta del obrero, y se afectaría el principio de igual remuneración por igual tarea, porque la norma constitucional no establece que ese standard deba aplicarse solamente en situaciones de trabajo efectivo y no cuando el obrero estuviera lesionado.

--- La contraposición entre la norma analizada y el art. 14bis C.N. arroja como conclusión que el legislador ha adoptado en el art. 12 señalado supra una pauta irrazonable, atentatoria de garantías constitucionales, al establecer que la formación del I.B.M. tendrá por base el “salario previsional” y no el que el trabajador percibiría en caso

de no estar lastimado, del que se detraerían los ítems que la ley o el convenio colectivo designen como "no remunerativos", lo que se contrapone con el salario fijado por los arts. 103 y cctes. Ley 20744. ----------

--- Como dije en un voto anterior, el criterio de razonable proporcionalidad constituye la piedra de apoyo o el fiel de la balanza de la apreciación o test de constitucionalidad a que los magistrados deben someter las decisiones restrictivas de derechos (cfr. esta Sala, 18/4/2013, “N. J. R. c/ B. B. S.R.L. y/o quien resulte propietario, armador, locatario y/o responsable del B. P. S. I. s/ Cobro de haberes e Indemnización de Ley” (Expte. 451 – Año 2012 CAT), según mi voto).- ----------

--- Seguí diciendo allí que para superar el test de constitucionalidad, la restricción del derecho debe ser proporcionada y razonable o, en fórmula sincrética, razonablemente proporcionada; ello, pues siendo la razonabilidad y la proporción verdaderos paradigmas que los padres de nuestra Constitución –Juan Bautista Alberdi y José Benjamín Gorostiaga- exigieron para toda restricción de derechos, la irrazonabilidad o la desproporción deben verse como un atentado a la Constitución Nacional y a su augusta majestad. ----------

--- Y si bien es cierto que la construcción del principio constitucional de razonabilidad fue gradual y trabajosa y muestra puntos de apoyo claramente asentados en bases jurisprudenciales inconmovibles como los conocidos leading cases “Plaza de Toros” (13 de abril 1870, Fallos 7:152), “Podestá y otros c/ Provincia de Buenos Aires” (Saladeristas de Barracas), (14 de mayo de 1887, Fallos 31:274), “Ercolano c/ Lanteri' (28 de abril de 1922, Fallos 136:170), “Horta c/ Harguindeguy” (21 de agosto de 1922, Fallos 137:47), “Avico, Oscar Agustín v. de la Pesa, Saúl G.” (1934, Fallos 172:21) “Pedro Inchauspe Hermanos v. Junta Nacional de Carnes” (1944, Fallos 199:483) y “Cine Callao” (1960, Fallos 247:121), no lo es menos que de una lectura atenta e inteligente del texto constitucional original del art. 28 C.N. surgía desde un comienzo ese principio como el quicio por el que debían evolucionar las restricciones a los derechos que la Constitución reconocía expresamente y aquellos que se hallaban implícitos en ella, sin poder salirse de él. Este rosario de fallos es todavía al presente un atalaya de análisis de la relación existente entre los derechos reconocidos y la pretensión de reglarlos o restringirlos. ----- ----------

--- Y en base a la doctrina de la razonabilidad, es dable afirmar sin ambages en nuestros días todavía que la democracia, pero más aún la República, necesita de la razonabilidad y de la proporción como el cuerpo humano necesita al agua, sin la que la vida desaparece, quedando el yermo territorio sumido en la más absoluta sequedad. Y, un paso más allá, que sin razonabilidad y sin proporción, no hay ni democracia ni República, puesto que toda restricción irrazonable o desproporcionada de derechos lleva en sí misma el germen de su propia fulminación por la tacha de la inconstitucionalidad. Ergo, constitucionalidad es razonabilidad y proporción (cfr. esta Sala, 18/4/2013, “N. J. R. c/ B. B. S.R.L. y/o quien resulte propietario, armador, locatario

y/o responsable del Buque Pesquero S. I. s/ Cobro de haberes e Indemnización de Ley” (Expte. 451 – Año 2012 CAT). -

--- En palabras llanas, que desproporción o irrazonabilidad, equivalen a inconstitucionalidad, sencillamente, porque toda limitación irrazonable o desproporcionada de un derecho reconocido constitucionalmente es inconstitucional. ---

--- En el caso que nos convoca, dado que la finalidad de la prestación dineraria prevista para el caso de infortunio consiste en restañar el menoscabo físico o psíquico padecido por el operario, a través del mantenimiento del obrero en la misma situación de retribución de cuando trabajaba y mientras no lo hace, el pago al operario lesionado de un salario menor al que le correspondería en actividad conspira contra la vigencia de las normas tuitivas constitucionales y afecta los objetivos perseguidos por ellas.- ----------

--- Y dado que la norma legal no se corresponde con los preceptos constitucionales aplicables al caso, como los arts. 14 bis y 17 de la Const. Nac, debe declararse la inconstitucionalidad parcial de la norma irrazonablemente restrictiva de derechos legítimos del operario. ----------

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar la propuesta del Dr. Velázquez de suplir la omisión del juez inferior, procediendo a declarar la inconstitucionalidad del art. 12 inc. 2° de la Ley 24.557, que detrae del salario mensual deí trabajador los ítems declarados no remuneratorios por ley o por convenio. ----------

--- En los restantes aspectos motivo de cuestionamiento, la sentencia recurrida será confirmada, con costas de alzada a la apelante vencida en ella (art. 57 de la Ley XIV n° 1).----------

--- También propiciaré la regulación de los emolumentos del Dr. L. M. S. en el 3,75% del monto del proceso que se establezca en la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución, este porcentaje se justifica en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ----------

----Ante el acuerdo antes alcanzado, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 12 inc. 2° de la Ley 24.557, en cuanto desagrega del salario mensual del trabajador los rubros declarados por la ley o por convenio no remuneratorios, confirmando la sentencia apelada en todo lo demás que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la recurrente y regulando los honorarios del Dr. L. M. S., por sus labores de alzada, en la suma equivalente al 3,75 % del monto total del proceso que sea determinado en la etapa de ejecución de sentencia.- ----------

----ASÍ LO VOTO.- ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ---------- ----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Velázquez en su voto a esta cuestión.----------

--- Tal mi voto.---------- ----------

--- 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. 8º Ley V Nº 17).- ----------

--- Trelew, de abril de 2014.----------

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**: ----------

DECLARAR la inconstitucionalidad del art. 12 inc. 2° de la Ley 24.557, en cuanto desagrega del salario mensual del trabajador los rubros declarados por la ley o por convenio no remuneratorios, confirmando la sentencia apelada en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas de segunda instancia a la recurrente.----------

--- REGULAR los honorarios del Dr. L. M. S., por sus labores de alzada, en la suma equivalente al 3,75 % del monto total del proceso que sea determinado en la etapa de ejecución de sentencia.----------

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

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

CARLOS A. VELAZQUEZ
PRESIDENTE

---- REGISTRADA BAJO EL Nº ___DE 2014 – SDL.- CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO