--- En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil catorce, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“D. B., A. L. c/ P. A.R.T S.A s/ Acc. de trabajo (sistémico)” (Expte. 146 – Año 2014 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 112.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------

----Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 95, en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 84/93 vta., por el cual se declara la inconstitucionalidad de los arts. 12, 21, 22 y 46 de la ley 24557, del decreto 727/96, así como del art. 17, inc. 5 de la ley 26773; y se hace lugar a la demanda entablada por A. L. D. B. contra P. ART S.A., condenando a esta última a que abone a aquél, en el plazo de diez días, la suma de $ 47.558,17, con intereses y costas. ----------

----A fs. 96 se concede el recurso, obrando la expresión de agravios de la apelante a fs. 99/107 vta., cuyo traslado conferido a fs. 108 no fuera contestado por la contraria.--------

----I.- Haré una breve reseña de los agravios expuestos, para luego adentrarme en el análisis de los mismos. En primer lugar, la recurrente se queja de que, sin planteo alguno de la actora, ni tampoco de inconstitucionalidad, el juez de grado resolvió computar rubros no remunerativos a los fines del cálculo indemnizatorio, declarando la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT. Cita jurisprudencia en el sentido que debe analizarse si el monto sobre el que se calcula el IBM es irrazonable o no y si afecta significativamente el cálculo de prestaciones del trabajador. Expresa que la LRT contiene aciertos y errores, pero ello no significa que las normas objetables sean inconstitucionales, ni que lo sea el sistema globalmente. Recuerda la doctrina de la Corte Suprema respecto a la declaración de inconstitucionalidad, remarcando que los jueces no son censores del acierto o error de la legislación, sino que ejercen una función correctiva caso por caso. Insiste en que la actora nada desarrolló sobre el particular y sólo se refirió a conceptos dogmáticos, mas no analizó si el cálculo correspondiente resultaba irrazonable y si afectaba significativamente el cálculo de prestaciones. Efectúa una cita doctrinaria, y agrega que no toda crítica que pueda formularse al esquema legal, que puede ser mejorado, puede hacer referencia a su incompatibilidad con los principios constitucionales, y advierte que ni el juzgador, ni el actor, han demostrado un perjuicio concreto a este último, declarando aquél una inconstitucionalidad genérica basada en afirmaciones dogmáticas. Añade que existe un límite de aportes a la seguridad social y a las ART por parte de los empleadores determinado por normas que no fueron tachadas de inconstitucionales, lo que implica

que no puede condenarse a la ART al pago de sumas que se corresponden -entiendo que se quiso decir que “no” se corresponden- con la prima abonada pues la empleadora abonó una alícuota determinada legalmente y en base a remuneraciones sujetas a aportes y jubilaciones. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto, y señala que la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 debe ir acompañada de las respectivas resoluciones de la AFIP, demostrando en cada caso que existe una incidencia desajustada entre las remuneraciones determinadas por esas normas en relación con el carácter reparatorio de la indemnización por accidente de trabajo. Finalmente resume su postura en que, no surgiendo de la argumentación expuesta por el juez de grado que se estén vulnerando derechos constitucionales del actor, no resulta procedente declarar la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24557. ----------

----Como segundo agravio cuestiona que se hubiera considerado inconstitucional el art. 17, inc. 5 de la ley 26773, declarando que la aplicación del art. 3 de dicha ley no resulta retroactiva en contradicción al art. 3 del C. Civil. Entiende que, habiendo acontecido el suceso el 26/06/12, la aplicación de la referida ley resulta retroactiva. Cita un fallo de la Sala “A” de este Cuerpo al respecto, señalando que los considerandos de dicha decisión se traducen en la revocatoria de la sentencia de primera instancia que declaraba la inconstitucionalidad del art. 17, inc. 5 de la ley 26773, lo que demuestra a las claras el error en el que incurrió el juez de grado, siendo intrascendente la invocación como fundamento de tal inconstitucionalidad la circunstancia de que la demandada no puede favorecerse al no haberse hecho cargo del siniestro oportunamente. Cita jurisprudencia en el mismo sentido. Añade que la inconstitucionalidad planteada no admite validez jurídica ni la norma cuestionada contradice disposición constitucional alguna, como tampoco lo hace cualquier otra norma que impida la aplicación retroactiva de la ley bajo análisis a los casos de contingencias cuya primera manifestación invalidante se hubiera producido antes de su entrada en vigencia. Cita doctrina constitucionalista con relación a la irretroactividad de la ley en el sentido que, salvo en el derecho penal, se trata de un principio legal que carece de nivel constitucional, mas cuando se afectan derechos incorporados al patrimonio, la irretroactividad asciende al nivel de principio constitucional, confundiéndose con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, lo que se corresponde con el texto del art. 3 del C. Civil. Cita doctrina laboralista vinculada al tema, explicando que, en el supuesto de autos, no puede permitirse la retroactividad de la ley dado que se estaría afectando el derecho de propiedad del obligado al pago de las prestaciones legales, ya que las afecciones tuvieron manifestación invalidante con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26773 y se consolidaron de acuerdo a un régimen de cotizaciones y alícuotas particular. Vuelve a citar jurisprudencia, tanto de tribunales laborales como de la Corte Suprema en apoyo del cuestionamiento que ejercita en el agravio. ----------

----En tercer lugar se agravia de que se dispusiera la aplicación del RIPTE que

consagra la ley 26773, ya que esta norma no es de aplicación al caso, tal como lo fundamentara en la anterior queja. Cita jurisprudencia en el sentido de que el art. 8 de la ley 26773 no ajusta las prestaciones adeudadas, sean de nacimiento anterior al 26/10/2012 ni posteriores, sino que únicamente ha dispuesto que los valores mencionados en el art. 11, apartado 4, y los mínimos de referencia de los arts. 14 y 15 sean “mejorados” en forma periódica y automática. Es así que considera que no corresponde la aplicación en cada caso como lo decidiera el “a quo”, de allí que en el marco de la legislación vigente, el MTEySS, Secretaría de Seguridad Social, dictó el 16/12/13 la Resolución nº 34 que estableció en su art. 1 que para el período comprendido entre el 26/10/12 hasta el 28/02/13, las compensaciones dinerarias adicionales de pago único se elevan a $ 164.280, determinando para cada período que allí se menciona la actualización de tales cifras. ----------

----Finalmente hace reserva del caso federal y efectúa el petitorio de estilo.----------

----II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios reseñados, para lo cual seguiré el orden expuesto por la quejosa. ----------

----1) Como se dijo, en el primer agravio, la recurrente cuestiona que se declarara la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24557. A tal fin argumenta, liminarmente, que el demandante no realizó ningún planteo al respecto y, sin embargo, el juzgador computó a los fines del cálculo indemnizatorio los rubros no remunerativos (ver fs. 99, anteúltimo párrafo). Yerra en esta proposición la apelante, dado que en la ampliación de demanda de fs. 09/11, la actora plantea la inconstitucionalidad del referido art. 12. Es más la demandada ahora apelante negó la procedencia de dicho planteo de inconstitucionalidad (ver fs. 34, 3er. párrafo). ----------

----Asimismo la recurrente indica que la actora nada desarrolló sobre el particular, refiriéndose sólo a conceptos dogmáticos, pero no analizó si el cálculo correspondiente resultaba irrazonable y si afectaba significativamente el cálculo de las prestaciones del actor conforme a su salario mensual, por lo que ni el actor ni el juzgador demostraron un perjuicio concreto al demandante, sino que el magistrado declaró una inconstitucionalidad genérica basada en meras afirmaciones dogmáticas. También afirma que la LRT puede contener errores pero ello no implica que el sistema sea globalmente inconstitucional (ver fs. 99 vta./100). Sobre este particular, he de expresar que el argumento de la apelante resulta correcto en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad debe efectuarse en el caso concreto. En efecto, en los precedentes de esta Sala “B”, SDL Nº 29/09 del 06/04/09, SDL Nº 08/12 del 18/04/12, SDL Nº 07/13 del 06/03/13, entre otros, y en ocasión de analizar el planteo de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT, señalé que de acuerdo a nuestro sistema de control judicial de constitucionalidad, salvo en los casos en los que se prevea un efecto derogatorio de la norma constitucional -como ocurre en la previsión del art. 175 de la Constitución Provincial-, el mismo se ejerce en casos concretos, tal como lo acuñara la Corte Federal

desde su fallo del 5 de diciembre de 1865 en que estableció: *“Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los* ***casos concretos*** (la negrita me pertenece) *que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”* (conf. Bidart Campos, Germán José: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, 1994, Tº I, pág. 139). Como consecuencia de que el control de constitucionalidad se ejerce en cada caso concreto, es que puede darse el supuesto de que normas generales que no son en sí mismas inconstitucionales pueden derivar a una inconstitucionalidad cuando se las aplica a un caso particular. Ello puede acontecer cuando las circunstancias concretas de ese caso no resisten la aplicación de esa norma, y de llevarse a cabo se efectúa una aplicación inconstitucional (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, pág. 156).- ----------

----En sentido concordante, de manera sumamente clara y profunda, y en el marco de la defensa del control judicial de constitucionalidad desde una justificación democrática del mismo, este tema es abordado por Gabriel Bouzat. Este autor en su artículo “El derecho como un sistema de razones para la coacción” (ver en “Homenaje a Carlos S. Nino”, Coordinadores: Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz, Ed. La Ley, 2008, págs. 137/150) explica que: *“La concepción democrática de la legitimación se basa en la idea de que una norma es legítima cuando las consecuencias de dicha norma pueden ser aceptadas por todos los involucrados. Es por eso que la legitimación se da a través de un procedimiento colectivo tendiente al establecimiento de un interés común a partir de una preocupación recíproca por el punto de vista individual de las personas involucradas, esta idea de legitimación determina que, en general, el consenso necesario para dictar las normas jurídicas se da a un nivel de abstracción distanciado de las situaciones concretas en que las normas son aplicadas. Ello plantea una dificultad porque sólo si fuese factible prever detalladamente, durante el proceso de discusión previo a la sanción de la norma, todas las situaciones posibles en las cuales las normas pueden ser aplicadas puede considerarse que el procedimiento democrático ha respetado el principio de imparcialidad. Como decía el gran juez norteamericano Oliver W. Holmes, “generalizar es omitir”...A estas consideraciones debe sumarse la circunstancia de que el debate democrático es imperfecto porque la necesidad práctica de decidir determina que quede generalmente inconcluso y que las decisiones deban adoptarse por mayoría y no por unanimidad. Además, las limitaciones de la representación política impiden muchas veces que todos los puntos de vista relevantes sean tenidos en cuenta al momento de decidir...El*

procedimiento judicial debe compensar la generalidad y universalidad de las normas jurídicas garantizando, frente a las circunstancias concretas del caso planteado, la realización de los valores presupuestos en los procedimientos democráticos...La tesis que defiendo considera que existen diferencias entre el razonamiento justificatorio de normas generales y el que justifica la aplicación de una norma a un caso determinado. Dado que las normas son justificadas de acuerdo a criterios generales, abstraídos en buena medida de las particulares circunstancias en que van a ser aplicadas, no se puede sostener que una norma pueda aplicarse mecánicamente a un caso concreto..." (ver aut. cit., op. cit., págs. 145/148). En otro artículo, Bouzat vuelve a tratar el tema con conceptos preclaros, explicando que *"Se debe tener presente que las legislaturas han sido pensadas para dictar normas generales que han de regir las futuras conductas individuales. En cambio, los jueces investigan los hechos pasados y tienen con exclusividad la facultad para determinar las circunstancias fácticas del caso. Por eso, cuando frente a un caso concreto advierten que un derecho constitucional de una persona ha sido afectado, por una ley que no contempla imparcialmente la situación de la persona en cuestión, si amparan la pretensión, están ampliando y no restringiendo los valores que justifican la democracia"* (conf. aut. cit.: "La argumentación jurídica en el control constitucional" (Trabajo presentado en el Seminario "La Jurisdicción Constitucional", en la Universidad Diego Portales de Chile en noviembre de 1995). Entiendo, de acuerdo a las citas que preceden, que queda claro que el control de constitucionalidad debe llevarse a cabo en cada caso para examinar si por las circunstancias del mismo, 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.----------

----Justamente, la jurisprudencia de la Corte Federal respecto del planteo de inconstitucionalidad del art 39, inc. 1 de la ley 24557, remarca la necesidad de efectuar el control de constitucionalidad de acuerdo a las particularidades del caso. Ackerman, expone de manera preclara esta interpretación al comentar los precedentes "Gorosito" y "Aquino" (ver Ackerman, Mario E: "La ley sobre riesgos del trabajo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Rubinzal-Culzoni Editores, 2008). En el antecedente "Gorosito, Juan Ramón c/ Riva S.A. y otro s/ daños y perjuicios" del 01/02/02, si bien se pronuncia sobre la validez constitucional de la norma referida, dicho pronunciamiento no supuso una valoración en abstracto de aquella norma sino una reafirmación de la necesidad de examinar cada caso en concreto para evaluar las circunstancias de hecho en las que se funde la impugnación de la norma (conf. aut. cit., op. cit., pág.121). La Corte consideró válida y admisible la existencia de un sistema especial para reparar los daños causados por el trabajo fundándose en que: a) El sistema de reparación de daños diseñado en el Código Civil no es exclusivo ni excluyente y es una de las reglamentaciones posibles del principio general del derecho

que impone el deber de no dañar (considerando 8º); b) La reparación plena es un concepto sujeto a limitaciones tanto en el Código Civil como en otros sistemas de responsabilidad (considerando 16), y tal limitación no es susceptible de cuestionamiento con base constitucional, salvo que se compruebe la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a garantías constitucionales (considerando 17); c) La limitación de acceso a la vía civil que establece el artículo 39 de la LRT no puede ser considerada de suyo discriminatoria. En primer lugar, porque no obstante abarcar a la mayoría de la población económicamente activa atiende a situaciones y riesgos producidos en un ámbito específico y diferenciado de los restantes de la vida contemporánea, lo que permite prever y resarcir las consecuencias dañosas conforme a parámetros preestablecidos, y, en segundo lugar, porque sin conocer la cuantía del daño y de los eventuales resarcimientos no es posible efectuar comparación alguna (considerando 12); d) La regla del artículo 39 de la LRT no importa consagrar la dispensa de la culpa del empleador (considerando 13) (conf. aut. cit., op. cit., págs. 124/125). En base a lo anterior, admitida la posibilidad de un sistema reparador distinto del previsto en el Código Civil, la Corte debió definir en el caso en cuestión, si tal sistema vulneraba garantías constitucionales, pronunciándose por la constitucionalidad del art. 39 de la LRT *en este caso concreto,* en razón de que: a) No se demostró que, en este caso, la aplicación de la ley 24557 comporte alguna postergación o, principalmente, la frustración del derecho al resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o a la rehabilitación (considerando 11); b) No se demostró que por la aplicación en el caso o como consecuencia de un efecto presumible de la ley se produzca una discriminación arbitraria o se genere una ilegítima persecución o el indebido privilegio de personas o grupos de personas (considerando 12); c) No es posible predicar en abstracto que el artículo 39 de la LRT conduzca inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional y, en consecuencia, al no haberse acreditado violación de tales garantías, no cabe sino concluir en la validez de aquél (considerando 18) (conf. aut. cit., op. cit., págs.125/126).-

------A su vez en el precedente “Aquino”, fallo del 21/09/04 (in re: “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”), si bien todos los ministros coincidieron en la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 39 de la ley 24557, siempre siguiendo a Ackerman, lo hicieron con distintas argumentaciones y con una aparente discrepancia sobre el tipo de *inconstitucionalidad* que se configuraba en esta norma. Así los Dres. Petracchi y Zaffaroni, con fundamentos en normas constitucionales, en precedentes de la misma Corte, en el Derecho Comparado y en normas internacionales, hicieron reproches directos al modelo de limitación cuantitativa de responsabilidad de la norma en cuestión, y aunque en el considerando 5º hacen alguna referencia a la comparación con las prestaciones de la ley, al no limitar su conclusión al caso concreto, parecen entender en los considerandos 12 y 14, que la norma impugnada configura un supuesto de *inconstitucionalidad directa absoluta.* Sin embargo, en el mismo considerando 14,

advierten que el desenlace del litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo que incluye al propio de la LRT. Lo que se sostiene es que la Constitución no puede consentir que dichas limitaciones obren válidamente para impedir que, siendo de aplicación el artículo 19 de la Constitución Nacional respecto del principio *"alterum non laedere"*, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales. Por su parte los Dres. Belluscio y Maqueda rescataron en su voto la doctrina de "Gorosito" sobre el fondo de la cuestión, subrayando la exigencia de prueba *en el caso concreto* de la insuficiencia de las prestaciones de la LRT para poner en cuestión la validez del apartado 1 del art. 39 (considerandos 3º a 5º), desproporción que tienen aquí por acreditada (considerandos 8º a 9º), y se pronunciaron así por la declaración de inconstitucionalidad (considerando 11). También consideró que se trataba de un supuesto de *inconstitucionalidad directa relativa* el ministro Boggiano, quien, amén de remitirse a la doctrina del caso "Gorosito", expresamente adhirió a las razones expuestas en los considerandos 8º a 11 del voto de los Dres. Belluscio y Maqueda. Por último la Dra. Highton de Nolasco, si bien en el considerando 11 de su voto parece adscribir a la tesis de que se trata de un caso de inconstitucionalidad absoluta, en el considerando 17, luego de reiterar parcialmente las advertencias de los Dres. Petracchi y Zaffaroni y de Belluscio y Maqueda, afirmó que *en el "sub lite", ese desajuste se tradujo en la manifiesta insuficiencia de la reparación a que conduce la indemnización tarifada, frente a la magnitud de la que exige la reparación integral acorde con las circunstancias del caso* (conf. Ackerman, op. cit., págs. 126/129). Las diferentes posturas esgrimidas por los ministros en el antecedente citado han generado confusión, en tanto si bien, no ahorran críticas a todo el sistema establecido por la ley 24557, en verdad se han cuidado de advertir que la decisión de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1 se limita a *este caso concreto.* Como se concluyera en un artículo de doctrina, en el caso concreto, las prestaciones correspondientes no guardaban relación coherente o razonable con el daño causado, pero para arribar a una solución justa en el mismo no era necesario atacar la piedra angular del sistema, que implica desvirtuarlo en su totalidad (conf. Anzoátegui, Ignacio: "El fallo "Aquino" y la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24557. Un fallo justo en lo particular con consecuencias disvaliosas para la sociedad", en Revista Lecciones y Ensayos LexisNexis, Facultad de Derecho de la Univ. de Buenos Aires, 2006, Nº 82, pág 335). ----------

----Ahora bien, sentado que no deben declararse inconstitucionalidades de manera global y en abstracto, la actora señaló en su planteo que el llamado "ingreso base" implementado por la LRT para el cómputo de todas las prestaciones dinerarias se efectúa sobre el llamado "salario previsional", que de acuerdo al art. 12 de la LRT resulta de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones

con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado (ver fs. 09, antepenúltimo párrafo). Y con cita de jurisprudencia argumenta que el "salario previsional" no tiene en cuenta las prestaciones que forman parte del ingreso mensual del trabajador pero que carecían de carácter remuneratorio; agregando que el fundamento jurídico de la prestación es la situación de incapacidad en la que se halla el trabajador, por lo que no tiene sentido que durante ese lapso el mismo se vea afectado por un déficit en su ingreso de bolsillo que tiene carácter alimentario. A ello se añade que esta situación se agrava en épocas de inflación, entendiendo que las normas cuestionadas resultan inconstitucionales por cuanto se revelan mezquinas e insuficientes a los fines de otorgar una reparación justa al damnificado, dado que de no haber acaecido el accidente, el trabajador hubiera conservado el nivel salarial. Finalmente, en apoyo de su postura, cita el antecedente de la Corte Suprema, "Pérez c/ Disco" (ver fs. 09 "in fine"/10). ----------

----Por su parte el juzgador razonó, de manera dirimente, que *"Si bien en el ámbito de las relaciones laborales se halla resuelta la cuestión, considero que no existen motivos para apartar la solución propiciada del ámbito del sistema de la ley de riesgos del trabajo. En efecto, los Juzgados Laborales de Trelew...hemos resuelto a favor de considerar como remunerativas aquellas sumas pactadas colectivamente a las que se le asignó el carácter contrario -"no remunerativas", pues más allá de la denominación dada por las partes...lo cierto es que debe estarse a la real naturaleza de las cosas, toda vez que dichas sumas integran el ingreso del trabajador corresponden como contraprestación por poner la fuerza de trabajo a disposición del empleador -en el sentido amplio dado por el art. 103 de la L.C.T.-; y, como bien señala el actor son tenidas en cuenta para el pago de aportes de obra social y sindicales, como surge del simple cotejo de los recibos de sueldo del actor agregados como prueba...Todo lo expuesto tiene relevancia en el orden de la inconstitucionalidad planteada, en tanto devela la irrazonabilidad de considerar para el cálculo de la indemnización un salario previsional inferior al real. Referido al particular caso del cálculo del IBM y de la doctrina sentada por la Corte, el Dr. Horacio Schick considera que la aplicación del salario previsional es irrazonable y en definitiva, la naturaleza jurídica salarial de todos los ingresos que percibe el trabajador como contraprestación del débito laboral y tal carácter fluye con toda independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan. Toda distorsión de este criterio, cualquiera sea el ropaje con que se lo enmascare, sería inconstitucional sin que, tanto respecto de los vales alimentarios como de las sumas dinerarias "no remunerativas", se adviertan elementos -expresa la Corte Federal- que autoricen a diferenciar a esos institutos de un mero aumento de salarios, siendo el distingo sólo "ropaje"* (ver sentencia a fs. 89 "in fine"/90, 1er. párrafo). ----------

----Entiendo que, tanto de la ampliación de demanda del actor, como de los argumentos transcriptos de la sentencia, se evidencia que hubo un análisis concreto del planteo de

inconstitucionalidad, resulta evidente el perjuicio del actor en el caso de que no se incorporen los conceptos no remunerativos, ya que durante el período en cuestión vería reducidos sus ingresos, circunstancia que no se presentaría si no hubiera acaecido el accidente. Por lo demás he de agregar que, tal como lo cita el juzgador de grado, esta Sala ha decidido, si bien con relación a la indemnización del art. 245 de la LCT, el cómputo de tales conceptos. En efecto, en el antecedente de esta Sala "B", SDL Nº 05/13 del 28/02/13, sostuve que la doctrina de los períodos que van desde 1994 en adelante, y mucho más en la primera década del siglo, se inclinó por la cita, estudio y utilización del Convenio 95 OIT como fundamento para plantear severas inconstitucionalidades de normas nacionales y también de decisiones de convenios colectivos de trabajo homologados por la autoridad de aplicación que concedían retribuciones de los trabajadores consideradas indebidamente, por el legislador o por la autonomía colectiva, como "rubros no remuneratorios" cuando su real naturaleza no es ésa (conf. Seco, Ricardo Francisco: "El Convenio 95 de la OIT, beneficios sociales y sumas no remunerativas en los convenios colectivos de trabajo", en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010-2, "Normas internacionales y derecho interno", pág. 324). Asimismo agregué que en el antecedente referido el sentenciante se atuvo a la evolución de la doctrina y jurisprudencia desenvuelta en esta materia. Siempre de acuerdo al citado artículo de Seco (conf. aut. cit., op. cit., págs. 291/325), quien divide esta evolución en distintas etapas, se indica que una primera va desde que el Convenio 95 OIT fue aprobado por la Argentina (1956) hasta la reforma constitucional de 1994; otra desde ésta hasta 2004 cuando, en la primavera de ese año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación con su nueva integración comenzó a expedirse sobre temas laborales abandonando los criterios vigentes de la época neoliberal; otra que va desde 2004 hasta 2009 cuando la Corte se expidió en el caso "Pérez c/ Disco"; y finalmente desde esa fecha en adelante (conf. Seco, op. cit., pág. 293). En la primera etapa se sucedieron diversos fallos plenarios de la Cámara Nacionales de Apelaciones del Trabajo estableciendo el carácter no remunerativo de distintos rubros y prestaciones otorgados al trabajador (conf. Seco, op cit., págs. 294/296). Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 31 y 75, inc. 22 de la Const. Nacional, el bloque de constitucionalidad reconoce primero a la Constitución Nacional y a los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, luego a los tratados internacionales, entre ellos a los convenios de la OIT, y luego a las leyes nacionales. La Constitución Nacional en la cláusula social incorporada en 1957 avanza desde el salario mínimo vital y móvil hasta la retribución justa, también atiende a la participación del trabajador en la empresa, aclarándose que se entiende que la remuneración es regida por la justicia social. Varias son las normas internacionales vigentes en nuestro país, con jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional, referidas al salario que la Corte señaló en el fallo "Pérez c/ Disco". Ellas son: la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23, 24 y 25);

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XIV, segundo párrafo, y XXXVII); el PIDESC (arts. 6 y 7); la Convención Internacional sobre las Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, inc. e); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la Mujer (art. 11.1, incs. D y e). El Convenio 95 de la OIT es, a partir de la reforma de 1994, claramente una norma supralegal pero infraconstitucional (conf. Seco, op. cit., págs. 297/298). En el período de 1994 a 2004 la ley 24700 incorporó a la LCT la figura de los beneficios sociales en el artículo 103 bis y contempló otras prestaciones no remuneratorias en los artículos 105 y 223 bis. Con todo, las prestaciones enunciadas en la ley 24700 no presentan rasgos homogéneos, pudiéndose bosquejar la siguiente clasificación: 1) beneficios sociales plenos (art. 103 bis); 2) beneficios sociales parciales (ídem); 3) prestaciones complementarias no remunerativas (art. 105); 4) prestación no remunerativa (art. 223 bis). Lentamente comenzó a haber mayores referencias en la jurisprudencia al Convenio 95 de la OIT, en especial para descalificar los llamados beneficios sociales por inconstitucionales (al menos de varios de los positivizados). Así se entendió que la compensación escolar es remunerativa (conf. voto del Dr. Capón Filas en CNAT, Sala VI, del 11/08/97, en “Salinas, Ernesto c/ ANSES”, en D.T. Online; AR/JUR/5979/1997). La Corte Suprema de Justicia de la Nación el 24/11/98, en autos “Della Blanca c/ Industrias Pescarmona”, dijo que era inconstitucional el decreto 1477/89 porque la naturaleza no remunerativa debe ser establecida por una ley, pero además sostuvo que ella debía ser confrontada con la Const. Nacional en cuanto al art. 14 bis que establece la retribución justa y el art. 28 que consagra el principio de razonabilidad (conf. Seco, op. cit., págs. 298/300). En el período entre los años 2004 y 2009 se expresaron por la inconstitucionalidad de algunos beneficios sociales paradigmáticos varios autores relevantes, fundándose en el art. 1 del Convenio 95. Así por mencionar sólo algunos, Ackerman cuestionó la validez de las normas que desalarizan contraprestaciones otorgadas por el empleador como consecuencia del contrato de trabajo, en especial por contravenir el Convenio 95, art. 1, respecto de los incisos b y c del art. 103 bis de la LCT, porque aquella tiene jerarquía supralegal y no puede la ley contradecir sus reglas. Goldín consideró a los tickets canasta como “vales” destinados a la compra de alimentos -no distinto del que habitualmente tiene buena parte del salario-, su desalarización tiene como evidente finalidad la de abaratar su costo; para esto, se consagra su carácter no remuneratorio, que implica que en relación a su importe no se tributa a los diversos regímenes de seguridad social ni se le tiene en cuenta para la determinación de los créditos de los trabajadores que tienen su base de determinación en el salario (v. gr. vacaciones, indemnizaciones, preaviso y despido, etc.). Es un artificio consistente en tratar a parte de la remuneración como si no lo fuera, lo que constituye una franca transgresión al Convenio 95 de la OIT. A su vez Rodríguez Mancini utilizó el Convenio 95 para juzgar la inconstitucionalidad de las normas que reducen el contenido de las remuneraciones de los pagos por contraprestación laboral,

por la superioridad normativa del Convenio respecto de las leyes. En el mismo período la jurisprudencia se sirvió del Convenio 95 para justificar que es salario la retribución en caso de licencia por enfermedad inculpable y que debe considerarse a los fines de la indemnización por despido, no obstante lo cual la jurisprudencia, de manera general, presentó posturas controversiales respecto a esta materia (conf. Seco, op. cit., págs. 300/314). El 01/09/09 la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló la causa “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.” (Fallos: 332:2043). Tanto en los votos de la mayoría como de la minoría se afirmó que el Convenio 95 define el término salario y este fallo dio un alcance amplio a las normas del Convenio en el sentido de prevalencia de la salarialidad de las retribuciones de los trabajadores. La Corte Federal adoptó esa postura, atendiendo a las observaciones dirigidas a la Argentina por “la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT”. Dicha Comisión, con expresa referencia al artículo 103 bis recordó a la Argentina que el artículo 11 del Convenio, si bien no tiene el propósito de elaborar un modelo vinculante de definición del término “salario”, sí tiene por objeto garantizar que las remuneraciones reales de los trabajadores, independientemente de sus denominaciones o cálculo, serán protegidas íntegramente en virtud de la legislación nacional, respecto de las cuestiones que tratan los artículos 3 a 15 del Convenio. Las obligaciones derivadas del Convenio en materia de protección de los salarios de los trabajadores, no pueden eludirse mediante la utilización de subterfugios terminológicos, por el contrario es necesario que la legislación nacional proteja la remuneración del trabajo, cualquiera sea la forma que adopte, de manera amplia y de buena fe (conf. Seco, op. cit., págs. 314/316). Como consecuencia de lo argumentado, la Corte, en el considerando 9 concluyó que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c de la LCT (t.o. según ley 24700), relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a éstos naturaleza salarial. Desde el año 2009 en adelante la jurisprudencia pareció alinearse mayoritariamente tras el fallo de la Corte referido, otorgando carácter remuneratorio a los tickets canasta, los llamados “bonus”, los tickets almuerzo, vales alimentarios, decidiendo la Corte Federal el 19/05/10 en la causa “González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro” que las llamadas asignaciones no remunerativas establecidas por los decretos de necesidad y urgencia 1273/02, 2641/02 y 905/03, en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen son inconstitucionales (conf. Seco, op. cit., págs. 316/317). Como conclusiones de todo lo expuesto, cabe destacar que el artículo 1 del Convenio 95 de la OIT establece *“A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.* En interpretación de dicha norma se ha sostenido que la intención de los redactores era utilizar el término “salario”

no en un sentido técnico, sino en un sentido general que comprendiese la totalidad de las diversas formas y componentes de la remuneración del trabajo. En dicha línea de interpretación las reglamentaciones internacionales propuestas se aplicarán a la remuneración o ganancias, cualquiera que sea su designación o forma de calcularlas, que fueran posible expresar en términos de dinero pagadero por un empleador a un trabajador por trabajos o servicios prestados en virtud de un contrato de empleo, escrito o verbal. La CSJN en “Pérez c/ Disco” afirma de modo tajante, y en contradicción con abundante doctrina nacional e incluso jurisprudencia que así no lo consideraba, que el Convenio 95 define el término salario dándole un alcance amplio a sus normas. Con los pronunciamientos citados de la CSJN y su interpretación acerca del alcance del Convenio 95 de la OIT, atendiendo a sus normas y criterios de interpretación, cabe resignificar a los demás beneficios sociales subsistentes o a crearse previstos en las normas legales o convencionales, o concedidos por los empleadores, o las asignaciones no remunerativas concedidas a los trabajadores por normas heterónomas o autónomas, porque esa caracterización, al margen de la naturaleza jurídica de la remuneración, está vedada a la disponibilidad de las autonomías sectoriales o decisiones heterónomas (conf. Seco, op. cit., págs. 319/325). ----------

----He preferido extenderme en la cita de mi voto en el antecedente referido, a fin de que quede claro que el juez de grado, lejos de no efectuar un análisis concreto de la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT, se atuvo a conceptos expuestos en la evolución de la jurisprudencia en esta materia, si bien referida a la cuestión de la indemnización salarial del art. 245 de la LCT, pero argumentando que no existía óbice en su aplicación a la material de accidentes o riesgos del trabajo, ya que el fundamento siempre es el mismo, mantener el nivel de ingresos del trabajador en el lapso correspondiente, dado el carácter alimentario. Ahora bien, la apelante arguye, siempre en este primer agravio, que existe un límite de aportes a la seguridad social y a las ART por parte de los empleadores que está determinado por otras normas (ley 26222, Resol. AFIP 1750/04, Resolución General 2252, entre otras), por lo que no puede condenarse a la ART al pago de sumas que no se corresponden con la prima abonada por la empleadora, dado que ésta pagó una alícuota determinada legalmente y en base a remuneraciones sujetas a aportes y jubilaciones. Al efecto cita jurisprudencia (ver fs. 100 “in fine”/vta.). ----------

----En primer lugar cabe señalar que el art. 12 de la ley 24557 establece en su inc. 1 que *“A los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, devengadas en los doce (12) meses anteriores a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor a un (1) año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado”.* Como ya se apreció, la inconstitucionalidad se declaró en razón de que se limita el cómputo a las

remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, excluyéndose los conceptos denominados “no remunerativos”. En el antecedente que cita la apelante (conf. CSJN, in re: “Berti, Alfredo Jesús c/ Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors s/ accidente ley 9688”, del 23/03/2010), el alto tribunal no se expidió acerca de la inconstitucionalidad o no del citado art. 12 de la LRT, sino que consideró que *“...se sostuvo que a los fines de resolver la cuestión correspondía atenerse a lo dispuesto por el art. 12 de la ley 24.557 y la Resolución General DGI 4204/96 -que no han sido objeto de cuestionamiento constitucional- y que, en consecuencia, las sumas que se debían tener en cuenta para determinar el ingreso base no podían superar determinado tope, según lo establecido en el art. 9 de la ley 24.241 y su reglamentación aprobada por el decreto 433/94...a los fines de la adecuada solución de la causa, no era suficiente determinar la naturaleza remuneratoria de los rubros en juego como hizo la alzada, ya que resultaba imprescindible elucidar el tema atinente al tope que la normativa -no tachada de inconstitucional- impone a la retribución que debe tomarse como base de cálculo”;* y como consecuencia de ello se decidió que resultaba prematura la validez constitucional del tope remuneratorio previsto por el art. 14, apartado 2), párrafo a) de la ley 24557.----

----De lo expuesto se desprende que la apelante invocó el antecedente en cuestión, y tomando la normativa actualmente vigente (ley 26222, Resol. AFIP 1750/04, Resolución general 2252), arguye que para declarar inconstitucional el art. 12 de la LRT debe extenderse la misma a la normativa complementaria. Pero insisto, en el antecedente en cuestión se trataba de la inconstitucionalidad del art. 14, apartado 2, párrafo a) de la ley 24557, y no se había requerido la inconstitucionalidad del art. 12, por lo que se trata de un supuesto diverso al aquí propuesto. Pero amén de ello, queda sin confutación lo expuesto tanto por la actora como lo argüido por el juzgador, en el sentido de que la circunstancia del accidente deja en peor situación al trabajador, quien pasa a recibir un ingreso que no contempla todos los conceptos percibidos en el salario. Agregaré que la Sala “A” de esta Cámara, recientemente ha declarado la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24557. En efecto, en el antecedente “Rochieri, Oscar Alberto c/ Provincia ART S.A. s/accidente de trabajo (sistémico)”, SDL Nº 06/14, del 06/05/14, el primer votante Dr. Velázquez sostuvo que la aplicación del art. 12 de la ley 24557 resulta reñida con las normas superiores de la Constitución Nacional, ya que determinar la 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. Es que el fundamento jurídico de tal prestación es la situación de incapacidad en que se halla el trabajador como consecuencia de una circunstancia que se imputa al empleador subrogado en sus obligaciones por la ART, por lo que 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 (conf CN.Trab., Sala V, SD 68.608 del 05/07/06, in re: “L., C.G. c/ provincia A.R.T. S.A.”). Y en virtud de lo dispuesto por el art. 1 del Convenio 95 OIT, alude a los

argumentos expuestos por la Corte Suprema en el antecedente ya citado “Pérez c/ Disco”, al que se hiciera mención en el precedente de esta Sala “B”, SDL Nº 05/13, del 28/02/13. Con posterioridad, la misma Sala “A” ha vuelto a declarar la inconstitucionalidad del citado art. 12 de la LRT con argumentos similares -de hecho con remisión al antecedente citado- (conf. CA Trelew, Sala “A”, SDL Nº 07/14, del 27/05/14, in re: “S., R. R. c/ M. A.R.T. S.A. s/ accidente de trabajo (sistémico)”).----------

----A fin de reforzar la corrección de la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT dispuesta en el fallo recurrido, me permito remitir a los fundamentos expuestos en el antecedente “L., C. G. c/ P.ART S.A. y otro s/ despido”, de la CN del Trabajo, Sala V, del 05/07/06, SD Nº 68608 (disponible en http://jurisprudencia.pjn.gov.ar). En dicho fallo, amén de efectuar consideraciones cuantitativas referidas al salario en cuestión, que hace a las circunstancias particulares del antecedente, se señaló que la norma del art. 12 de la ley 24557 resulta reprochable desde el punto de vista constitucional por cuanto dispone para el trabajador accidentado un importe inferior al que normalmente le correspondería como contraprestación por su labor. De allí, se continúa razonando, que la única prestación económica válida que debe recibir el trabajador durante el período en el cual está impedido de concurrir al trabajo, no es otra que la que le correspondía como remuneración, base cálculo que ha de tomarse en cuenta a los efectos de cuantificar el resarcimiento por incapacidad parcial definitiva.----------

----Asimismo desde la doctrina se ha expuesto que la norma del art. 12, inc. 1 de la LRT, en tanto sólo manda computar las sumas *sujetas a aportes y contribuciones*, es decir el “salario previsional”, lo cual deja fuera de consideración una parte sustancial de los haberes mensuales que percibe el trabajador siniestrazo, ha recibido severos reproches. La irrazonabilidad del precepto se evidencia al tamizar el texto de la ley de accidentes por el principio del art. 208 de la LCT que enuncia la garantía del nivel salarial. Resulta carente de lógica mantener la plenitud cuando la imposibilidad obedece a factores inculpables pese a los cuales el empleador debe abonar salarios, y retacear la tutela cuando el hecho productor del daño es un infortunio laboral. Es por ello que al quedar desvirtuada la referencia de una prestación resarcitoria por ausencia de relación adecuada de los haberes del trabajador activo con los ingresos considerados a los fines del cómputo indemnizatorio, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24557. Se ha dicho al efecto que la norma importa una frontal colisión con los principios contenidos en el art. 19 de la Constitución Nacional, así como con los principios de integralidad y progresividad, y lo previsto en los arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana, “Protocolo de San Salvador” (conf. Trib. Trab. Nº 1 La Plata, 25/2/13, in re: “Vázquez, Ana M. c/ Provincia ART S..” y otro”, inédito, cit. en Formaro, Juan J.: “Riesgos del trabajo”, Ed. Hammurabi, 2013, pág. 161). En cuanto a la existencia de las llamadas sumas “no remunerativas”, corresponde además hacer mérito de su inconstitucionalidad por contrariar el Convenio 95 de la OIT al quitar o

desconocer la naturaleza remuneratoria. Tendrán incidencia, por lo tanto, los conceptos otorgados que aparenten militar entre los llamados beneficios no remunerativos, de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema en las causas “Pérez c/ Disco S.A.” (CSJN, 1/9/09, Fallos, 332:2043), y “González c/ Polimat S.A. y otro” (CSJN, 19/5/10, Fallos, 333:699). Se aplica la doctrina de la causa “Villalón” (conf. SCBA, 31/8/11, in re: “Villalón, Juan C. c/ Lastra, Tomás F.”, Juba, L. 90.676), y por lo tanto se computará el total de lo devengado (como si se tratara de salario parcialmente registrado). Debe destacarse, por otra parte y por último, que de acuerdo a lo dispuesto por el párrafo 1 del art. 6 del decreto 1694/09, las prestaciones dinerarias por incapacidad laboral temporaria (ILT) o permanente provisoria mencionadas en el inc. 2 del art. 11 de la LRT, *“se calcularán, liquidarán y ajustarán”* de conformidad con lo establecido por el art. 208 de la LCT y sus modificatorias (conf. Formaro, op. cit., págs. 161/162).----------

----En síntesis de todo lo expuesto es que propongo el rechazo del agravio analizado en este considerando. ----------

----2) En segundo lugar la apelante se agravia de que se aplicara el art. 3 de la ley 26773, entendiéndose que no significa una aplicación retroactiva que vulnere lo dispuesto por el art. 3 del C. Civil. Refiere que habiendo acontecido el suceso el 26/06/2012 no corresponde la aplicación de la ley 26773, por lo que debe revocarse la declaración de inconstitucionalidad del art. 17, inc. 5 que decreta la aplicación de dicha norma a partir del 26/10/2012, dado que la retroactividad o irretroactividad de la ley, con excepción de la ley penal, es un principio legal y no constitucional, por lo cual, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 3 del C. Civil, el límite a la retroactividad está dado por los derechos ya adquiridos, por lo que en materia laboral y previsional no puede permitirse la aplicación de una nueva ley en cuestiones o relaciones ya extinguidas o consolidadas si se afecta el derecho de propiedad de una de las partes, en este caso de su parte que es obligada al pago de prestaciones legales atento a que las afecciones cuya primera manifestación invalidante ocurrió con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26773 (ver fs. 101/105 vta.). ----------

----El juzgador de grado, en primer lugar, dejó sentado que la primera manifestación invalidante del actor tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26773, mas consideró que parece razonable y ajustado a derecho que si la ART ha dejado al actor a la deriva a lo largo de más de dos años, no se vea favorecida por una situación que debió haber sido saldada y consolidada hace tiempo (ver sentencia a fs. 91 vta., 2do. párrafo). A ello agregó que hacer lugar al incremento establecido en el art. 3 de la ley 26773 no implicaría la aplicación retroactiva de la ley en contra de lo dispuesto por el art. 3 del C. Civil (ver sentencia a fs. 91 vta., anteúltimo párrafo), y con cita de jurisprudencia que a su vez remite a la opinión de Borda, refirió que debe aceptarse la regla de que las nuevas leyes deben aplicarse con la mayor extensión posible y producir sus efectos de inmediato, porque se supone que la nueva ley es mejor y más justa, de allí que deba aplicarse con la mayor extensión posible (ver

sentencia a fs. 92, 2do. párrafo). Y concretamente, en cuanto al caso de autos argumentó *"...que ninguna duda cabe que debe aplicarse la mejora o adicional establecido en el art. 3 de la ley 26.773 y que ello no implica una aplicación -valga la redundancia- retroactiva del nuevo o "integrador" marco normativo que rige los infortunios laborales sino justamente una superación de las pautas o tarifas establecidas en la ley 24557, dec. 1694/2009 y normas complementarias y que ello no puede favorecer tal como lo he dicho anteriormente una actitud morosa de parte de la ART quien a más de dos años del accidente, no ha respondido conforme a derecho. Como derivación de todo lo dicho, y respecto de la capacidad actual del actor, entiendo que tratar de mantenerlo en su situación de "provisionalidad" sólo por cuanto el mismo padeció un accidente antes de encontrarse sancionada la nueva ley -que elimina dicho período del sistema-, resulta a todos luces discriminatorio y choca contra el principio de progresividad establecido a favor del trabajador y que en este fuero no puede ser soslayado. Asimismo, el argumento que intenta la demandada, de entender que de lo que se trata aquí sería una cuestión "legal" y no "constitucional", es básicamente desconocer nuestro ordenamiento jurídico, la supremacía del llamado -por el siempre bien recordado Dr. Germán Bidart Campos-, "bloque de constitucionalidad" y hacer prevalecer una ley por sobre -y en contra- de los principios y normas constitucionales que son cúspide de nuestro ordenamiento jurídico. Es por todo lo expuesto que habré de declarar la inconstitucionalidad del inciso 5º del art. 17 de la ley 26.773, considerando la incapacidad actual del actor como de carácter permanente parcial y definitiva, reconociendo asimismo, las mejoras al sistema instaurados por la ley 26.773, lo que en el presente caso se traduce en el reconocimiento del adicional establecido en el art. 3º de dicha norma"* (ver sentencia a fs. 92, dos últimos párrafos/vta., dos primeros párrafos).----------

----De la argumentación del juzgador resulta evidente que consideró relevante la inacción de la ART por más de dos años y que por ello no podía verse beneficiada por una situación que debió haber sido saldada anteriormente -respecto de la cual la recurrente se limitó a manifestar que era una circunstancia intrascendente (ver fs. 102 vta., 1er. párrafo)-, amén de que consideró que toda norma nueva se supone mejor y más justa por lo que debe aplicarse de inmediato con la mayor extensión posible, y que no corresponde mantener al actor en una situación de "provisionalidad" eliminada por la nueva ley por resultar discriminatorio y contradecir el principio de progresividad. A ello añadió que lo expuesto por la demandada de que la cuestión es legal, importa desconocer el bloque de constitucionalidad. La apelante reedita en la expresión de agravios su argumento de que la cuestión de la retroactividad de la ley es de carácter legal y no constitucional ya expuesto a fs.57/vta. en una presentación anterior. Al respecto cabe señalar que en la expresión de agravios no bastará remitirse a presentaciones anteriores, transcribiendo pasajes de la demanda, contestación, impugnación a la pericia; mínimo esfuerzo que carece de fuerza impugnativa, pues se

olvida que debe criticarse la sentencia, no replantear cuestiones ya examinadas ante el juez de primera instancia. No reunirá el carácter de una demanda de agravios si se reduce a una simple reedición de los argumentos esgrimidos en primera instancia (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 942). ----------

----Asimismo cabe considerar que, sin entrar a analizar la corrección o no del decisorio en este punto, el magistrado de grado ha brindado razones que no han sido confutadas en la expresión de agravios. En efecto, ha entendido que no cabe premiar a la demandada quien no se hizo cargo de sus obligaciones por más de dos años -reitero que la apelante de manera genérica dijo que ello era intrascendente-, que toda nueva ley se supone más justa y por ello debe producir efectos inmediatos y aplicarse con la mayor extensión posible, amén de que no cabe condenar al actor a una situación de provisionalidad que la nueva ley elimina, lo que además contradice el principio de progresividad que rige en esta materia. Tales razones dirimentes no han sido rebatidas por la recurrente, quien se limitó a exponer que la cuestión en análisis era de carácter legal y no constitucional, así como a citar jurisprudencia, de reconocida autoridad por cierto, mas también cabe señalar que en la propia sentencia y en el pedido de inconstitucionalidad del art. 17, inc. 5 de la ley 26773 de la actora, también se ha aludido a copiosa jurisprudencia en el sentido concordante con la postura de la accionante y del que se decidiera en la sentencia (ver fs. 50 vta. “in fine”/51 vta.). En consecuencia de lo anterior es que el fallo no fue impugnado o criticado suficientemente, ya que la expresión de agravios debe contener un análisis de la sentencia, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se ha incurrido y las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 12/11/81, LL, 1982-A-352; entre muchos otros). En el mismo sentido se ha sostenido que carece de contenido la expresión de agravios que no indica con precisión, punto por punto, los pretendidos errores u omisiones que se atribuyen al pronunciamiento (conf. CN. Civ., Sala G, 10/2/87, LL, 1987-B-288; entre otros); o que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143-100).----------

----A la luz de lo expuesto en este considerando es que postularé la deserción parcial del recurso en lo que se refiere a este agravio, por insuficiencia técnica del mismo (conf. arts. 268 y 269 del CPCC).----------

----3) El juzgador, al cuantificar el monto indemnizatorio de acuerdo al art. 12 de la ley 24557 -considerando los ingresos devengados con inclusión de los montos no remunerativos- arribó al monto de $ 39.631,81 (ver sentencia a fs. 92 vta., anteúltimo párrafo). Seguidamente razonó que *“...a los fines de considerar la constitucionalidad de la indemnización particular y según la actualización pretendida por la ley 26.773, corresponde actualizar el monto tomado como referencia para establecer el piso de las indemnizaciones por incapacidad parcial y permanente, esto es, la suma de $ 180.000.*

A dichos fines, el índice de actualización del RIPTE correspondiente a la fecha fijada como de accidente, junio de 2012 (igual a 707,89) dividida por el RIPTE a la fecha tomada -como fecha de actualización- por el art. 17, inc. 6 de la Ley, esto es, a partir de enero de 2010 (igual a 344,28), arroja el índice o coeficiente de 2,06 que, multiplicado por $ 180.000, me da la suma de $ 370.106,31 tal resultado, multiplicado por el porcentaje de incapacidad determinado a la actora, me arroja un resultado de $ 37.010,63, que es el piso indemnizatorio establecido por la ley 26.773 para este caso. En conclusión, en tanto el piso indemnizatorio establecido en la nueva ley de riesgos del trabajo, no supera la indemnización prevista al caso por la ley 24.557, no existe agravio constitucional a considerar respecto del monto indemnizatorio, en virtud de lo cual, la inconstitucionalidad requerida en lo particular, resulta abstracta. No obstante no encontrarse afectada la indemnización al nuevo piso de la ley 26.773, y tal como lo resolviera en el Considerando precedente, haré lugar a la aplicación del adicional previsto en el art. 3 de la ley 26.773 sobre la prestación dineraria determinada arriba -$ 39.631,81-, en concreto este concepto alcanza la suma de $ 7.926,36 lo que hace un total de $ 47.558,17 por el cual progresa este reclamo con más la aplicación de un interés equivalente al que fije el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a computarse desde el mes de junio de 2012 y hasta su efectivo pago" (ver sentencia a fs. 92 vta. "in fine"/93, tres primeros párrafos).--

----Como se puede apreciar, el juzgador efectuó los cálculos pertinentes de acuerdo al art. 12 de la ley 24557, con la salvedad de comprender los conceptos "no remunerativos" -lo que se confirma en el considerando primero de este voto- y arriba a la suma de $ 39.631,81. Luego, a fin de considerar la constitucionalidad de la indemnización a la luz de la ley 26773, realizó los cálculos pertinentes con aplicación del índice RIPTE de acuerdo a lo establecido en el art. 17, inc. 6 de la referida ley, concluyendo que como se superaba el piso indemnizatorio resultante de dicha aplicación, devenía abstracto pronunciarse sobre la inconstitucionalidad requerida en lo particular. Sí adicionó el 20% previsto en el art. 3 de la ley 26773, lo cual adquirió firmeza de acuerdo a la deserción propuesta en el considerando precedente. ----------

----A la luz de lo expuesto, el cuestionamiento que se efectúa en el tercer agravio en cuanto a la aplicación al caso particular del RIPTE (ver fs. 105 vta. "in fine"/107), deviene abstracto, por cuanto el sentenciante aplicó el mismo a los fines de considerar si la indemnización resultante del art. 12 de la ley 24557 superaba el piso resultante de dicha aplicación, y como lo superó, dicha aplicación careció de efectos prácticos en la especie, de allí que también se declarara abstracto el planteo de inconstitucionalidad de la actora en ese sentido. Es por ello que resulta intrascendente, para la decisión del "sub exámine" el cuestionamiento que se efectúa con relación a la aplicación de referido índice en los casos particulares.----------

----III.- En consecuencia de todo lo expuesto, corresponderá confirmar la sentencia recurrida en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas de esta instancia a la

apelante vencida (conf. art. 69 del CPCC, y remisión del art. 73 de la ley XIV Nº 1). ------

----En relación a los emolumentos por los trabajos ante la alzada, teniendo en cuenta el resultado del pleito, así como el mérito y extensión de los trabajos realizados, corresponde regular a los letrados apoderado y patrocinante de la apelante, Dres. R. L. y J. M. F. C., en conjunto, en un 25% de lo establecido para los letrados de la misma parte en la instancia anterior; con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 8 y 13 de la ley XIII Nº 4; y leyes 23349 y 23871). ----------

----A la luz de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA. ----------

----**A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada Prevención A.R.T. S.A. a fs. 95, que fuera concedido a fs. 96, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 84/93 y vta. que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 12, 21, 22 y 46 de la ley 24.557, del decreto 727/96 y del art. 17, inciso 5º, de la ley 26.773, haciendo lugar a la demanda entablada por A. L. D. B. contra P. A.R.T. S.A. y condenando a esta última a abonar dentro del plazo de diez días la suma de $47.558,17, con más sus intereses y con imposición de costas a la demandada vencida.

------El escrito de expresión de agravios luce a fs. 99/107 y vta., el traslado conferido a fs. 108 no fue evacuado por su contraria, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar. ----------

----2. Impugna la recurrente la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT. Afirma que sin que el demandante efectúe planteo alguno el juzgador computó a los fines del cálculo indemnizatorio los rubros no remunerativos con prescindencia de la denominación que se les haya otorgado, y que para ello declaró la inconstitucionalidad de oficio. ----------

----En este último aspecto no le asiste razón a la apelante pues omite considerar que el actor al ampliar la demanda a fs. 9/11 y luego de brindar fundamentos solicitó expresamente la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 y también del art. 14, apartado 2), inciso a), de la LRT (ver fs. 10 vta., quinto párrafo). ----------

----Sostiene asimismo que persigue la revocatoria del fallo, cita fallo, y expresa que es necesario el análisis pormenorizado de si el monto sobre el que se calcula el IBM es irrazonable o no y si afecta significativamente el cálculo de prestaciones del trabajador, que la LRT contiene aciertos y errores y que muchas de sus disposiciones merecen ser revisadas pero ello no significa que las normas objetables sean inconstitucionales y que lo sea globalmente el sistema escogido. Manifiesta también que la actora nada desarrolló sobre el particular y sólo se refirió a conceptos dogmáticos, pero de ninguna manera analizó si el cálculo correspondiente resulta irrazonable y si afectaba

significativamente el cálculo de prestaciones del actor conforme a su salario mensual percibido con anterioridad. Agrega que ni el juzgador ni el actor demostraron un perjuicio concreto al demandante, por lo que el magistrado declaró inconstitucionalidades genéricas basadas en meras afirmaciones dogmáticas.----------

----Al respecto, es indudable que a los fines de la declaración de una inconstitucionalidad debe analizarse el caso concreto.----------

----Así, ya en c. 389/09, S.D.L. 96/09, tuve oportunidad de señalar que las normas generales que no son en sí mismas inconstitucionales pueden derivar a una inconstitucionalidad cuando se las *aplica* a un caso particular. Ello puede acontecer cuando las circunstancias concretas de ese caso no resisten la aplicación de esa norma, y de llevarse a cabo se efectúa una *aplicación inconstitucional* (Bidart Campos, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, 1994, T. I, pág. 156).----------

----O sea, una norma general no puede aplicarse en forma mecánica a un caso concreto, pues en esa tarea de aplicación resulta necesario subsumir el caso individual en la norma. ----------

----*Este paso es el que pone término a la tarea de aplicación de una norma al caso*. Éste es un paso en cierto sentido mixto: por un lado, *requiere una nueva derivación de implicaciones lógicas aplicables estrictamente al caso individual*, una vez que el sistema normativo relevante ha sido reconstruido, eliminándose sus indeterminaciones; por otro lado requiere, por supuesto, las operaciones empíricas necesarias para determinar las propiedades del caso; pero también en este paso intervienen consideraciones valorativas (Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de derecho constitucional”, Astrea, 1ra. reimpresión, 2000, pág. 84) (la cursiva me pertenece). ----------

----Por eso, una norma general rige para ser aplicada a conductas futuras. En cambio, los jueces despliegan una actividad interpretativa referida a una conducta ya cumplida debiendo subsumir el caso individual en la norma general.----------

----El juez actúa en ejercicio de una función de *individuación* de la norma *general* “en” y “para” un caso singular y concreto. La sentencia no es mera aplicación automática de una norma general (Bidart Campos, Germán J., ob. cit., 1993, T. II, pág. 439).----------

----Y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Gorosito” puso de relieve con relación a la inconstitucionalidad planteada del art. 39, inciso 1, de la ley 24557 la necesidad de que el control de constitucionalidad se realice de conformidad a las particularidades del caso. ----------

----Por eso se señala que la C.S.J.N. en los autos caratulados “Gorosito, Juan Ramón c. Riva S.A. y otro s. daños y perjuicios” del 01/02/02, aun cuando se pronunció sobre la validez constitucional del art. 39.1 de la ley de riesgos de trabajo, ello no impide señalar que no supuso una valoración *en abstracto* de aquella norma sino una reafirmación de la necesidad de examinar cada caso concreto para evaluar las circunstancias de hecho en las que se haya fundado la impugnación de la norma (Ackerman-Tosca, “Tratado de

Derecho del Trabajo", Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, T. VI, pág. 238). ----------

----De tal modo, en el caso "Gorosito" (TySS 2002-137) nuestro más alto Tribunal precisó con relación a las normas civiles que reglamentan en general la reparación de los daños que "... tal reglamentación en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes tenga carácter exclusivo y excluyente, por cuanto expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica máxime cuando el Código Civil constituye, precisamente, una de las reglamentaciones posibles del citado principio" (considerando 8). "Que, por lo demás, tampoco se ha demostrado en el *sub examine* que la aplicación de la ley 24.557 comporte alguna postergación o, principalmente, la frustración del derecho al resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o a la rehabilitación ..." (considerando 11). "Que la recta interpretación de la garantía de igualdad asigna al legislador la facultad de contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupo de personas, aunque su fundamento sea opinable (Fallos: 315:839 y sus citas; 322:2346; entre muchos otros). Desde tal enfoque se advierte que no se ha demostrado que tales extremos estén presentes en el *sub judice* ni aun que tales vicios pudieran imputarse, seriamente, a los efectos presumibles de la ley. En efecto, la limitación del acceso a la vía civil que establece la norma impugnada no puede ser considerada de suyo discriminatoria. En primer lugar, porque no obstante abarcar la mayoría de la población económicamente activa, el sistema de la ley 24.557 atiende a situaciones y riesgos producidos en un ámbito específico y diferenciado de los restantes de la vida contemporánea -el del trabajo- lo cual permite la previsión y el resarcimiento de las consecuencias dañosas derivadas específicamente de la situación laboral conforme a parámetros preestablecidos. En segundo lugar, porque sin conocer la cuantía del daño y de los eventuales resarcimientos no es posible efectuar comparación alguna" (considerando 12). "Que en rigor, el precepto cuestionado, no importa consagrar la dispensa de la culpa del empleador ..." (considerando 13). "Que, por lo demás, la reparación plena es un concepto sujeto a limitaciones tanto en el Código Civil como en otros sistemas especiales de responsabilidad." (considerando 16). "Que tales limitaciones son propias de la discreción del cuerpo legislativo y, por lo tanto, no son susceptibles de cuestionamiento con base constitucional salvo que se compruebe la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a la garantía que invoca el interesado (doctrina de Fallos: 108:240; 139:20; 188:120; 189:306, 391; 194:220; 250:131; 256:474; 258:202, entre muchos otros)" (considerando 17). "Que, en virtud de lo precedentemente expuesto, se advierte que no es posible predicar en abstracto que el precepto impugnado en la especie conduzca inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional" (considerandos 17 y 18, TySS, 2002-144). ----------

----Como puede advertirse, en particular de los considerandos 11 y 12, la Corte

Suprema en ese caso en particular se pronunció por la constitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557 por no haberse acreditado que la aplicación de ese régimen genere una discriminación arbitraria, una ilegítima persecución, o un indebido privilegio, o que se frustre el derecho al resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o a la rehabilitación, ya que sin conocer la cuantía del daño y de los eventuales resarcimientos no era posible efectuar comparación alguna. ----------

----Por eso, con relación al art. 39 de la ley de riesgos del trabajo se expresa que según la guía que se planteó la Corte, admitida la posibilidad de un sistema reparador distinto del previsto en el Código Civil, la cuestión a definir es entonces si, en el caso en examen, tal sistema vulnera garantías constitucionales. Y es aquí cuando el máximo tribunal se pronuncia por la constitucionalidad de la regla del artículo 39 de la ley 24.557, *en este caso concreto* (Ackerman-Tosca, obra y tomo citado, pág. 242). ----------

----En cambio, en el caso “Aquino” (“Aquino, Usacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, Fallos: 327:3753) la Corte confirmó el fallo recurrido y por ende la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del art. 39. Y en este direccionamiento se expresa que con relación a dicha inconstitucionalidad que se advierte cierta discrepancia entre el carácter *relativo* -posición aparentemente mayoritaria- y *absoluto* de aquélla, tal diferencia en la calificación no supone que, en cada caso, pueda dejarse de lado la comparación entre el daño efectivamente sufrido y el resarcimiento que provean las prestaciones del sistema. En todo caso, la diferencia radicaría en que, si se adscribe a la interpretación de que la inconstitucionalidad es *absoluta*, quedaría abierta la posibilidad de su declaración de *oficio* en los supuestos en los que no hubiera sido planteada o que el planteo hubiere sido hecho en forma deficiente (Ackerman-Tosca, obra y tomo citado, pág. 246).----------

----Ello lleva a distinguir entre los supuestos de inconstitucionalidades directas absolutas y relativas, a cuyo respecto se sostiene en doctrina que hay normas que cada vez que se ponen en contacto con una determinada de orden constitucional, inevitablemente chocarán lesionando garantías de tal carácter. En tal hipótesis, en la clasificación del profesor Sagües, estaríamos ante una inconstitucionalidad absoluta, es decir, en supuestos en los que la norma inferior resulte siempre y en todos los casos inconstitucional. Empero, hay reglas legales que no siempre provocan este resultado: a veces sí y otras no, dependiendo de diferentes circunstancias. Son las denominadas situaciones de inconstitucionalidad relativa. Tal como lo he aseverado en distintas ocasiones, el apartado 1 del artículo 39 de la LRT milita en esta segunda categoría, ya que no en todos los supuestos de contingencias (accidentes de trabajo o enfermedades profesionales) provoca agravio constitucional (Maza, Miguel Ángel, “Los recaudos del planteo de inconstitucionalidad contra el apartado 1 del artículo 39 de la ley de riesgos del trabajo”, en Revista de Derecho Laboral, 2002 – 1, “Ley de Riesgos del trabajo – II, págs. 59/60). ----------

----De todos modos, en el caso “Aquino” la declaración de inconstitucionalidad se

sustentó en ese caso concreto por cuanto las prestaciones de la LRT no guardaban una relación razonable con el daño ocasionado.----------

----Asimismo, cabe destacar que posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la materia en los autos “Cura, Hugo Orlando c/ Frigorífico Riosma S.A.”, del 14/06/05 (AR/JUR/13665/2005), “Llosco, Raúl c/ IRMI S.A.”, del 12/06/07 (AR/JUR/1800/2007), y “Cachambí, Santos c/ Ingenio Río Grande S.A.”, del 12/06/07 (AR/JUR/1987/2007). ----------

----Con tales alcances se sostiene que: En apretada síntesis, de cara a la doctrina de la CSJN sobre la validez constitucional del artículo 39.1 de la ley 24.557 a partir de los casos “Gorosito” y “Aquino”, y las precisiones posteriores que aportan “Cura” y “Llosco” y “Cachambí”, pero ponderando también el resto de las normas de la LRT, puede considerarse que: 1) La jurisprudencia de la Corte ha hecho migrar al sistema, que según el artículo 39 de la ley 24.557 era de *cúmulo restringido*, a un modelo de *cúmulo amplio*. 2) La posición mayoritaria parece entender que la limitación cuantitativa de responsabilidad del apartado 1 del artículo 39 configura un supuesto de inconstitucionalidad directa *relativa*, cuya consideración dependerá, así, de las circunstancias de cada caso. Pero aun si se entendiera que la inconstitucionalidad es *absoluta*, esto sólo tendría trascendencia para la eventual declaración de *oficio* de tal inconstitucionalidad, pues en cualquier supuesto, para provocar tal declaración, el trabajador o sus derechohabientes -además de acreditar la concurrencia de los presupuestos que atribuyan responsabilidad civil al empleador- deberán demostrar la insuficiencia de las prestaciones de la LRT, en el caso concreto, para reparar el daño que acrediten haber sufrido. 3) La percepción de las prestaciones del sistema, aun sin reservas, no constituye un *acto propio* que obste al planteo de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 39 de la LRT.... 4) En el caso de los empleadores no asegurados, el trabajador -o, en su caso, sus derechohabientes-, cuando pretenda una reparación plena del daño con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 39 de la ley 24.557, debería reclamar igualmente las prestaciones del sistema. Esto debería ser así por una triple razón: en primer lugar, porque las prestaciones son *irrenunciables*; en segundo lugar porque necesariamente deberá hacer la *comparación* para lograr la declaración de inconstitucionalidad, y, finalmente, porque en el supuesto de que el patrimonio del empleador fuera insuficiente para afrontar el pago de la reparación, el costo de las prestaciones -en dinero y en especie- del sistema de la LRT`podría ser satisfecho con los recursos del Fondo de Garantía (Ackerman-Tosca, obra y tomo citado, págs. 249/250). ----------

----En síntesis, la doctrina sentada por la C.S.J.N. con referencia al apartado 1 del art. 39 de la ley de riesgos del trabajo, pero que cabe hacerla extensiva a la presente causa, permite precisar que no cabe declarar en abstracto y de modo previo tal inconstitucionalidad, sino que en cada caso debe verificarse si se dan los requisitos para tal declaración. ----------

----Es criterio de esta sala “B” a partir de la c. 79/08, S.D.L. 29/09, reiterado posteriormente en c. 09/12, S.D.L. 08/12, y c. 167/12, S.D.L. 16/12, entre otros pronunciamientos. ----------

----De tal modo, establecido que no deben efectuarse declaraciones abstractas o globales pues el control de constitucionalidad se ejerce en el caso concreto, el accionante expresó en su ampliación de demanda que el llamado “Ingreso Base” implementado por la LRT para el cómputo de todas las prestaciones dinerarias se efectúa en base al llamado “salario previsional” que de acuerdo al art. 12 de dicho cuerpo normativo es el que resulta de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado. Con ese alcance, señala que las prestaciones dinerarias se determinan en base a una cifra dineraria inferior a la real remuneración del trabajador, y que el criterio de “salario previsional” del art. 12 no tiene en cuenta para calcular el VMIB aquellas prestaciones que forman parte del ingreso mensual del trabajador, pero que carecían en la ley de carácter remuneratorio o, al menos, se le había negado normativamente hasta ahora. Refiere jurisprudencia y considera que el ingreso base al que hace referencia el art. 12 de la ley 24.557 es claramente reprochable cuando de su cálculo resulta para el trabajador accidentado un importe inferior al que normalmente le correspondería como contraprestación de su labor. Agrega que el fundamento jurídico de tal prestación es la situación de incapacidad en que se halla el trabajador, por lo que no tiene sentido que durante ese lapso se vea afectado por un déficit en su “ingreso de bolsillo” que tiene carácter alimentario. Manifiesta también que esta situación se agrava en épocas de inflación, y que las normas cuestionadas resultan inconstitucionales por cuanto se revelan como mezquinas e insuficientes a los fines de otorgar una reparación justa al damnificado pues de no haber acaecido el accidente el trabajador hubiera conservado su nivel salarial. Cita el fallo de la C.S.J.N. en el caso “Pérez c/Disco” y señala que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 103 bis inc. c de la LCT relativo a los vales alimentarios en cuanto niega a éstos naturaleza salarial (ver fs. 9/10). ----------

----Sobre tal cuestión el juzgador a fs. 89/vta./90 precisó que: ***Si bien en el ámbito de las relaciones laborales se halla resuelta la cuestión, considero que no existen motivos para apartar la solución propiciada del ámbito del sistema de la ley de riesgos del trabajo. En efecto, los Juzgados Laborales de Trelew (conforme lo ya resuelto en autos “L., V.. D. c/C. SA S/Cobro de pesos e indem. de ley” Expte. 07/2012, Sentencia Nº 45/2012, Juzgado Laboral Nº 2 de Trelew y autos “C., A. L. s/ Recurso de Apelación c/ Res. Administrativa Nº 387/12-DRT - 2”, Expte. Nº 121 - Año 2012, Sentencia Nº 36/2012, “L. S. S. s/ Recurso de Apelación” Expte. 94/2011, Juzgado Laboral Nº 1 de Trelew”), hemos resuelto a favor de considerar como remunerativas aquellas sumas pactadas colectivamente a las que se les***

asignó el carácter contrario -"no remunerativas", pues mas allá de la denominación dada por las partes -evidentemente para eludir el pago de aportes, cargas patronales y no computarlas, por ejemplo, a los fines indemnizatorios, lo cierto es que debe estarse a la real naturaleza de las cosas, toda vez que dichas sumas integran el ingreso del trabajador, corresponden como contraprestación por poner la fuerza de trabajo a disposición del empleador -en el sentido amplio dado por el art. 103 de la L.C.T.-; y, como bien señala el actor, son tenidas en cuenta para el pago de aportes de obra social y sindicales, como surge del simple cotejo de los recibos de sueldo del actor agregados como prueba. Esta posición, ha sido confirmada por la Excma. Cámara de Apelaciones en autos "N., R. d. C. c/M. S. S.R.L. S/Cobro de haberes e indemnización de ley" y "R. c/ Servicios In. B. B." (Exptes. 89/2012 y 119/2011, de este Juzgado). Este es el sentido en que la Corte se pronunció en el caso "Oriolo, Jorge Humberto y otros c/EN M. Justicia y Seguridad y DDHH – PFA – dto. 2133/91 s/personal militar y civil de la FFAA y de seg." (CSJN, 05/10/10), reconociendo el carácter salarial a aumentos dispuestos a personal policial por diversos Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Poder Ejecutivo Nacional Nº 1255/05, 1126/06 y 861/07, que establecían suplementos particulares, no remunerativos y no bonificables. Todo lo expuesto tiene relevancia en el orden de la inconstitucionalidad planteada, en tanto devela la irrazonabilidad de considerar para el cálculo de la indemnización un salario previsional que es inferior al real. Referido al particular caso del cálculo del IBM y de la doctrina sentada por la Corte, el Dr. Horacio Schick considera que la aplicación del salario previsional es irrazonable y en definitiva, la naturaleza jurídica salarial de todos los ingresos que percibe el trabajador como contraprestación del débito laboral y tal carácter fluye con toda independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan. Toda distorsión de este criterio, cualquiera sea el ropaje con que se lo enmascare, sería inconstitucional sin que, tanto respecto de los vales alimentarios como de las sumas dinerarias "no remunerativas", se adviertan elementos –expresa la Corte federal- que autoricen a diferenciar a esos institutos de un mero aumento de salarios, siendo el distingo sólo "ropaje". Asimismo, agrega el autor, que si se tiene en cuenta la doctrina de la Corte que viene invalidando diferentes imputaciones de carácter no remunerativo a distintos ingresos del trabajador, como fueron los vales alimentarios y los decretos que impusieron el carácter "no remunerativo" a aumentos salariales dispuestos por el Poder Ejecutivo Nacional reprochando especialmente la incidencia negativa de estas restricciones en el cálculo de otros rubros indemnizatorios y salariales, puede sostenerse que esta jurisprudencia tiene proyección en materia de la Ley de Riesgos del Trabajo. En otras palabras, concluye que, a la luz de esta jurisprudencia, resulta inconstitucional el art. 12 de la LRT al excluir parte de los ingresos del trabajador por considerarlos no sujetos

a aportes de la seguridad social (Horacio Schick, Riesgos del Trabajo – Ley 26.773, págs. 307/311, Bs. As., año 2013). ----------

----En tales condiciones, del escrito de ampliación de demanda y de la sentencia surge que se efectuó un concreto análisis de la inconstitucionalidad planteada pues claramente resulta el perjuicio del trabajador si no se incorporan los conceptos no remuneratorios durante el período en que se encuentra incapacitado ya que en tal caso se produciría una evidente merma de sus ingresos, lo que no ocurriría de no haberse producido el accidente. ----------

----Añado con relación al fallo citado por el sentenciante a fs. 89 (ver dos últimos renglones) que esta sala “B” en lo que hace a la indemnización del art. 245 de la L.C.T. en c. 482/12, S.D.L. 05/13, se pronunció a favor de computar como remuneratorios rubros incluidos en convenios colectivos de trabajo como no remuneratorios en atención a su real naturaleza. En ese marco, en dicha causa sostuve que nada impide que normas que tengan origen en una convención colectiva sean declaradas inconstitucionales si se oponen a normas de jerarquía superior, pues si las leyes pueden así declararse, con mayor sustento un convenio colectivo cuya regulación queda sujeta a las leyes 14.250 y 23.546. De tal modo, la circunstancia de que su fuente sea contractual no impide tal declaración de inconstitucionalidad. En ese direccionamiento se expresa que la reforma constitucional de 1994 permitió que el Convenio 95 se ubique claramente como una norma infraconstitucional pero supralegal, y que la doctrina desde 1994 en adelante se inclinó por la utilización del Convenio 95 OIT como fundamento para plantear severas inconstitucionalidades de normas nacionales y también decisiones de convenios colectivos de trabajo homologados por la autoridad de aplicación que concedían retribuciones de los trabajadores consideradas indebidamente, por el legislador o por la autonomía colectiva, como “rubros no remuneratorios” cuando su real naturaleza no es ésa (Seco, Ricardo Francisco, “El Convenio 95 de la OIT, beneficios sociales y sumas no remunerativas en los convenios colectivos de trabajo”, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal – Culzoni Editores, 2010 - 2, “Normas internacionales y Derecho interno”, pág. 324). También destaqué que la C.S.J.N. en los autos caratulados “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.”, Fallos: 332:2043, al declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c, de la LCT, expresó de modo categórico que: “... Llamar a dichos vales, en el caso, “beneficios sociales”, “prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas”; mutar al trabajador en beneficiario y al empleador en beneficiador; suplantar como causa del crédito o ganancia al contrato de empleo por un acto del empleador ajeno a este último; introducir en un nexo oneroso para ambos celebrantes una suerte de prestación gratuita por parte de una de éstas, el empleador, traduce una calificación que, por repetir los términos de un precedente que guarda con el *sub discussio* un estrecho grado de vinculación, resulta “poco afortunada, carente de contenido, y un evidente contrasentido” (“Piccirilli c. Estado Nacional”, Fallos: 312:296, 300; asimismo: Fallos:

323:1866, 1872). La naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan (doctrina de “I. I. T. A. S.A. s/apelación”, Fallos: 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiere ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional (Fallos: 329:3680). Y como ha sido visto, el art. 103 bis inc. c no proporciona elemento alguno que, desde el ángulo conceptual, autorice a diferenciar a la concesión de los vales alimentarios asumida por el empleador de un mero aumento de salarios adoptado a iniciativa de éste. Tampoco ello surge de las alegaciones de la demanda ni de las circunstancias del proceso. El distingo, en suma y por insistir en lo antedicho, es sólo “ropaje” (considerando 5º del voto de la mayoría). Y a partir de sostenerse que luego de la reforma constitucional de 1994, los tribunales no discuten la posibilidad de aplicar en forma directa o automática las normas provenientes de un convenio de la OIT ratificado por nuestro país en atención a su calidad de norma de jerarquía supralegal, se precisa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a considerar las previsiones del Convenio 95 de la OIT en un planteo de inconstitucionalidad. En la sentencia dictada el 19 de mayo de 2010 en los autos “G., M. N. c/P. S.A. y otro” (G.125.XLII), el máximo tribunal revocó un fallo de la sala VIII de la Cámara que había desestimado el planteo de inconstitucionalidad deducido por el trabajador respecto de una serie de decretos que habían dispuesto el pago de asignaciones dinerarias “no remuneratorias” para los trabajadores privados comprendidos en el régimen de convenciones colectivas de trabajo. ... Como lo señala el máximo tribunal, de estar a los declarados objetivos de los decretos en cuestión, mal pueden dichas normas otorgar naturaleza no remunerativa de carácter alimentario a las asignaciones establecidas, sobre todo cuando el carácter alimentario es naturalmente propio del salario (García Vior, Andrea E., “Aplicación del Convenio 95 de la OIT por los tribunales argentinos”, en Revista de Derecho Laboral, 2010 - 2, ya citada, págs. 333 y 358/359). Con tales alcances, se expresa que actualmente la interpretación doctrinaria y jurisprudencial aparece saldada en general a favor de la postura amplia (alcance generoso de la salarialidad) por lo resuelto por la CSJN en “Pérez c/Disco” en 2009, y luego, en este año (por 2010), en “González, Martín Nicolás c/Polimat SA y otro” (Seco, Ricardo Francisco, comentario y Revista de Derecho Laboral ya referido, pág. 324). En síntesis, no hay duda que la C.S.J.N. adoptó un criterio amplio de la noción de salario al señalar “... que la noción de remuneración que ha sido enunciada en manera alguna podría entenderse de alcances menores que la acuñada en el art. 1º del Convenio nº 95 sobre la protección del salario ...” (considerando 8º, del voto de la mayoría, en autos ya citados “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.”). De tal modo, la Corte Nacional otorgó preeminencia al Convenio Nº 95 de la OIT -norma de jerarquía supralegal conforme al art. 75, inciso 22, segundo apartado del primer párrafo, de la Constitución Nacional- cuyo art. 1 consagra: “A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la

remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar". ----------

----Así se señala que en cuanto a la existencia de las llamadas sumas "no remunerativas", corresponde además meritar su inconstitucionalidad por contrariar el Convenio 95 de la OIT al quitar o desconocer la naturaleza remuneratoria. Tendrá incidencia, por lo tanto, los conceptos otorgados que aparenten militar entre los llamados beneficios no remunerativos, de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema en las causas "Pérez c. Disco S.A." y "González c. Polimat S.A. y otro" (Formaro, Juan J., "Riesgos del trabajo", Editorial Hammurabi, 2013, págs. 161/162). ----------

----Y este criterio amplio de la noción del salario y preeminencia del Convenio Nº 95 de la OIT en virtud de su ratificación por la República Argentina ha sido reiterado por la C.S.J.N. en los autos caratulados "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A." del 04/06/13 (D. 485. XLIV Recurso de hecho) (AR/JUR/20023/2013). ----------

----Con tales alcances, resulta evidente que el Sr. Juez de la anterior instancia realizó un concreto análisis de la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley de riesgos de trabajo, y al mismo tiempo se ajustó adecuadamente a la evolución de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo que hace a la noción amplia del salario, para así aplicar la misma al caso de riesgos del trabajo con la finalidad de mantener inalterable los ingresos del trabajador en virtud de su carácter alimentario.----------

----A su vez, la recurrente formula queja al sostener que existe un límite de aportes a la seguridad social y a las ART por parte de los empleadores que está determinado por distintas normas que no fueron tachadas de inconstitucionales (ley 26.222, Resolución AFIP 1750/04, Resolución General 2252), y por eso no puede condenarse a la ART al pago de sumas que (no) se corresponden con la prima abonada por la empleadora pues ésta abonó una alícuota determinada legalmente y en base a las remuneraciones sujetas a aportes y jubilaciones. Agrega que no puede obligarse a la ART al pago de sumas que van más allá de lo pactado, y cita jurisprudencia en su apoyo.----------

----Sobre el particular destaco que el art. 12 de la ley 24.557 establece en su apartado 1 (texto según decreto 1278/2000, art. 4) que el ingreso base se calcula tomando la suma total de remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicios si fuera menor a un año. Y la inconstitucionalidad declarada tuvo como sustento que de ese modo quedan excluidos los rubros no remunerativos.----------

----Y en el fallo citado por la quejosa (C.S.J.N. B. 1780. XLI., "Berti, Alfredo Jesús c/ Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors s/accidente ley 9688", del 23/03/10) la Corte Federal no se pronunció acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art.

12 de la ley 24.557 pues expresamente señaló que ese artículo y la Resolución General DGI 4204/96 “... no han sido objeto de cuestionamiento constitucional- ...” (considerando 5º), y a su vez decidió que resultaba “ ... prematura la consideración de la validez constitucional del tope remuneratorio previsto por el art. 14, apartado 2), párrafo a) de la ley 24.557.” (considerando 10).----------

----De tal modo, el planteo de la recurrente al citar el fallo antes individualizado consiste en considerar que la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT requiere hacer extensiva la misma a otras disposiciones legales -Resolución AFIP 1750/04 y Resolución General 2252, entre otras-. Sin embargo, en el caso referido por la apelante no se había formulado objeción constitucional al art. 12 de la LRT sino que la cuestión versaba acerca de la validez constitucional o no del tope previsto por el art. 14, apartado 2, párrafo a), del citado ordenamiento, por lo que se trata de un supuesto diferente al caso de autos. ----------

----Además, la apelante en su argumentación no formuló crítica alguna respecto al planteo de la parte actora y fundamento del juzgador en cuanto a que el “salario previsional” considerado por el art. 12, apartado 1, de la LRT resulta inferior a la remuneración del trabajador, por lo que en caso de accidente queda en peor situación al percibir un ingreso que no incluye la totalidad de los rubros que componen el salario, situación que resulta irrazonable al considerar la citada norma para el cálculo de la indemnización un salario previsional que es inferior al real.----------

----Debo también señalar que esta Cámara, por su sala “A”, declaró la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 en c. 36/14, S.D.L. 06/14 y en c. 116/14, S.D.L. 07/14, ya que dicha norma adopta una pauta irrazonable al determinar la prestación por incapacidad en función de un monto que resulta menor a las remuneraciones que el trabajador habría percibido de no haber sufrido el evento dañoso pues en caso de un accidente cubierto por la ley de riesgos del trabajo quedan excluidos del ingreso mensual aquellos rubros que la ley o el convenio colectivo declara no remunerativos. ----------

----En ese direccionamiento se expresa respecto del citado art. 12 que la aludida norma de la L.R.T. “ ... resulta claramente reprochable desde el punto de vista constitucional por cuanto dispone para el trabajador accidentado un importe inferior al que normalmente le correspondería como contraprestación por su labor. En tal sentido, comparto la postura del Dr. Antonio Vazquez Vialard, quien sostiene que “... la diferencia que se produce, a nuestro juicio, no tiene justificativo válido. Como lo hemos afirmado, el fundamento jurídico de tal prestación lo es la situación de incapacidad en que se halla el trabajador, en virtud de una circunstancia que el ordenamiento jurídico le imputa al empleador (en el caso, subrogado -en sus obligaciones por el ART-). Por lo tanto parecería que no tiene sentido que durante ese lapso el trabajador se vea afectado por un déficit en su “ingreso de bolsillo”, que tiene carácter alimentario, en virtud de una causa que no le es, en absoluto, imputable, y que la norma asigna a la

responsabilidad del empleador. Consideramos que en el caso, el procedimiento que establece la normativa contenida en la ley 24.557 presenta un déficit que se traduce en una situación -que puede ser grave- de irrazonabilidad ...” ... Dicho esto, sostengo que la única prestación económica válida que debe recibir el trabajador durante el período en el cual está impedido de concurrir al trabajo (incapacidad laboral temporaria) no es otra que la que le correspondía como remuneración ...” (del voto del Dr. Simón, CNTrab., Sala V, S.D. Nº 68608, autos caratulados “L., C. G. c/ P. ART S.A. y otro s/despido”, del 05/07/06 (disponible en: http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/). ----------

----Incluso se señala que si el trabajador estuviese impedido de prestar servicios merced a un accidente no laboral (inculpable), el régimen básico del art. 208 LCT le garantizaría percibir durante todo el tiempo de licencia paga que corresponda la remuneración que ganaría de estar laborando. En cambio, si su impedimento es laboral, es decir que califica como accidente de trabajo o enfermedad profesional, la ley 24557 lo castiga adicionalmente con este sistema que hemos descripto y al que ha venido a sumarse la congelación del módulo oportunamente previsto (Maza, Miguel A., y Loustaunau, Eduardo A., “Desajuste en las prestaciones dinerarias de la ley de riesgos del trabajo”, La Ley 2008-E, 923). En ese mismo direccionamiento se expresa que la irrazonabilidad del precepto se evidencia al tamizar el texto de la ley de accidentes por el principio del art. 208 de la *LCT* que enuncia la garantía del nivel salarial. Resulta carente de toda lógica mantener la plenitud cuando la imposibilidad obedece a factores inculpables pese a los cuales el empleador debe abonar salarios, y retraer la tutela cuando el hecho productor del daño es un infortunio laboral. Es por ello que al quedar desvirtuada la referencia de una prestación resarcitoria por ausencia de relación adecuada de los haberes del trabajador activo con los ingresos considerados a los fines del cómputo indemnizatorio, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557. Se ha dicho al efecto que la norma importa una frontal colisión con los principios contenidos en los arts. 19 y 21, inc. 2º de la Const. Nacional, así como con los principios de integridad y progresividad, y lo previsto en los arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana, “Protocolo de San Salvador” (Formaro, Juan J., ob. cit., pág. 161).----------

----Finalmente, tal como lo precisara el Dr. De Cunto con cita de doctrina, el decreto 1694/09 en su art. 6, primer párrafo, establece que las prestaciones dinerarias por Incapacidad Laboral Temporaria (ILT) o permanente provisoria mencionadas en el artículo 11, inc. 2, se calcularán, liquidarán y ajustarán de conformidad con lo establecido por el artículo 208 de la Ley de Contrato de Trabajo y sus modificatorias, por lo que para tales prestaciones no rige el cálculo del ingreso base. ----------

----Por eso se entiende como una de las alternativas la utilización, caso por caso, de dicho art. 208 LCT haciendo operar la regla de la aplicación de la norma más favorable, con lo que se sustituiría la injusta norma de la ley 24.557 por la general de la ley 20.744

(Maza y Loustaunau, comentario citado, La Ley 2008-E, 923). ----------

----Por tales razones se desestima el agravio.----------

----3. En su segundo agravio la recurrente cuestiona que se aplicara el art. 3 de la ley 26.773 por no significar una aplicación retroactiva que vulnere el art. 3 del Código Civil. Indica que el suceso acaeció el 26 de junio de 2012 por lo que estima que la aplicación de esa ley es retroactiva. Cita en apoyo de su postura el fallo de la sala “A” en c. 603/13, S.D.L. 30/13. Sostiene en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 17, inciso 5, de la ley 26.773 que el planteo no admite validez jurídica y debe revocarse ya que la retroactividad o irrectroactividad de la ley no están previstas en el texto constitucional, salvo en materia penal, por lo que es un principio legal y no constitucional ya que se encuentra consignado en la primera parte del art. 3 del Código Civil. Expresa que en materia laboral y de seguridad social no puede permitirse la aplicación de la ley en cuestiones o relaciones ya extinguidas o consolidadas si ello implica afectar el derecho de propiedad de una de las partes. Agrega que no puede permitirse la retroactividad de la ley en el supuesto bajo análisis toda vez que se estaría afectando el derecho de propiedad del obligado al pago de prestaciones legales, ya que las afecciones cuya primera manifestación invalidante hayan ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.773, se han consolidado de acuerdo a un régimen de cotizaciones y alícuotas particular, que implicaría una grave onerosidad si se permitiera aumentar montos indemnizatorios por aplicación retroactiva de la norma actualmente vigente. -----

----Al respecto, el sentenciante a fs. 91 vta. tuvo en cuenta que la primera manifestación invalidante se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.773 pero estimó más razonable y ajustado a derecho que si la ART dejó al actor a la deriva a lo largo de más de dos años sin hacerse cargo de la patología que lo aquejaba no se vea favorecida por una situación que debió haber sido consolidada y saldada hace tiempo. Señaló además que hacer lugar al incremento previsto por el art. 3 de la ley 26.773 no importa aplicación retroactiva de la ley en contra de lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil y que la demandada no puede verse favorecida o premiada por su desidia al no haberse hecho cargo oportunamente del siniestro.----------

----Así expresó que ***tal como señala el demandado, la primera manifestación invalidante del actor tiene lugar con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.773. Sin embargo debo decir que la interpretación acorde de esta norma, significa un claro desmedro de contenido patrimonial para aquellos trabajadores que, como es el caso del actor, a la fecha de entrada en vigencia de la ley 26.773 aún no han logrado la percepción de su crédito. Considero que en lo que hace a la cuestión debatida parece razonable y ajustado a derecho que, si la ART ha dejado al actor a la deriva a lo largo de mas de 2 años, sin hacerse cargo de la patología que lo aquejaba, debiendo el trabajador hacer frente a la contingencia mediante la intervención de su obra social, no se vea ahora favorecida -la ART- por una situación que debió haber sido saldada y consolidada hace tiempo. Ha***

trascurrido un lapso temporal mas que suficiente y P. ART S.A se ha limitado a negar que la patología que aqueja a De Brito pueda ser enmarcada o se encuentre contemplada dentro del esquema de reparación de la ley 24.557. ***Por otro lado considero que hacer lugar al incremento establecido en el art. 3º de la ley 26773 a la presente causa no implicaría una aplicación retroactiva de la ley vulnerando con ello lo dispuesto en el art. 3º del Código Civil. En concreto, la demandada no puede verse favorecida o premiada por su desidia al no haberse hecho cargo oportunamente del siniestro cuya reparación viene reclamando D.B.***. ----------

----A su vez, con cita de fallo que alude al criterio expuesto por Borda el juzgador tuvo en consideración que es preciso aceptar la regla de que las nuevas leyes deben aplicarse con la mayor extensión posible y producir sus efectos de inmediato. ----------

----En ese sentido expuso a fs. 91 vta./92 que: ***En los autos M., P. D. c. M. A.R.T S.A -21/12/2012- la Sala 10 de la Cámara del Trabajo de Córdoba dictó un fallo iluminador sobre las cuestiones que hoy aquí se debaten, fallo este que fue dictado a los pocos días de entrada en vigencia de la ley 26.773, oportunidad en que se efectúa un análisis medular de las inconstitucionalidades llegando a entender que la no aplicación de la nueva normativa o una interpretación contraria a ello significaría un claro desmedro de contenido patrimonial para aquellos trabajadores que a la fecha de la sanción de la ley 26.773 aún no han logrado la percepción de su crédito; es mas, el fallo alienta la declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 17 inc. 6 señalando que es una obligación del juzgador entenderlo así luego del dictado del fallo de la Corte en la causa "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejercito Argentino s/daños y perjuicios". En el mismo fallo -Martin c. Mapfre A.R.T S.A- el Juez de Cámara cita a Borda, al referirse a los efectos inmediatos e irretroactividad de la ley al expresar: "es preciso aceptar la regla de que las nuevas leyes deben aplicarse con la mayor extensión posible y producir sus efectos de inmediato. Toda nueva ley se supone mejor y mas justa que la anterior, de no entenderlo así el legislador, no la hubiera dictado. Por ello mismo y salvado el principio de irretroactividad esa ley debe aplicarse en su máxima extensión posible. Cada vez que un nuevo concepto jurídico social, moral o religioso estima inaceptable la solución de la vieja ley, será necesario quitarle toda vigencia. No es posible concebir, por ejemplo, que se rebaje el interés en los préstamos de dinero porque se considera inmoral cobrar más de los fijado en la nueva ley y se dejen subsistentes las tasas fijadas en los contratos en curso" (Borda, Guillermo A. Ponencia al Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba 1969, ED, t XXXVI, pag.730 y sigtes., citado por LOMBARDA , Juan Carlos - "Ius Superveniens", trabajo circulizado por Internet a través del grupo Catorce Bis)***. ----------

----Y con relación a la presente causa efectuó un razonamiento que resultó esencial para dilucidar la cuestión al señalar a fs. 92/vta. que: ***En el caso concreto que se***

analiza en estos autos estimo que ninguna duda cabe que debe aplicarse la mejora o adicional establecido en el art. 3º de la ley 26.773 y que ello no implica una aplicación -valga la redundancia- retroactiva del nuevo o "integrador" marco normativo que rige los infortunios laborales sino justamente una superación de las pautas o tarifas establecidas en la ley 24.557, dec. 1694/2009 y normas complementarias y que ello no puede favorecer tal como lo he dicho anteriormente una actitud morosa de parte de la ART quien a mas de dos años del accidente, no ha respondido conforme a derecho. Como derivación de todo lo dicho, y respecto de la capacidad actual del actor, entiendo que tratar de mantenerlo en una situación de "provisionalidad" solo por cuanto el mismo padeció un accidente antes de encontrarse sancionada la nueva ley -que elimina dicho período del sistema-, resulta a todas luces discriminatorio y choca contra el principio de progresividad establecido a favor del trabajador y que en este fuero no puede ser soslayado. Asimismo, el argumento que intenta la demandada, de entender que de lo que se trata aquí sería una cuestión "legal" y no "constitucional", es básicamente desconocer nuestro ordenamiento jurídico, la supremacía del llamado -por el siempre bien recordado Dr. Germán Bidart Campos-, "bloque de constitucionalidad" y hacer prevalecer una ley por sobre –y en contra– de los principios y normas constitucionales que son cúspide de nuestro ordenamiento jurídico. Es por todo lo expuesto que habré de declarar la inconstitucionalidad del inciso 5º del art. 17 de la ley 26.773, considerando la incapacidad actual del actor como de carácter permanente parcial y definitiva, reconociendo asimismo, las mejoras al sistema instaurados por la ley 26.773, lo que en el presente caso se traduce en el reconocimiento del adicional establecido en el art. 3º de dicha norma.----------

----De tal modo, el sentenciante consideró de modo sobresaliente la conducta de la ART al limitarse a negar la patología que presenta el actor para así mantenerse en una actitud morosa por un lapso de más de dos años sin dar solución a una situación que debió haber sido saldada con anterioridad, debiendo destacarse que la apelante sólo expresó que esa circunstancia "resulta absolutamente intrascendente" (ver fs. 102 vta., cuarto renglón). A ello cabe agregar que el fallo además ponderó que las nuevas leyes deben aplicarse con la mayor extensión posible y que toda nueva ley se supone mejor y más justa, como también que no puede mantenerse al actor en una situación de "provisionalidad" solo por cuanto el mismo padeció un accidente antes de encontrarse sancionada la nueva ley, que por otra parte elimina dicho período del sistema, pues resulta discriminatorio y contrario al principio de progresividad. Todo ello sin perjuicio de señalar también que la manifestación de la demandada en el sentido que se trataría de una cuestión legal y no constitucional importa desconocer el bloque de constitucionalidad.----------

----Como puede observarse la recurrente reitera en sus agravios una argumentación ya

expuesta en la anterior instancia en lo que hace a que el tema de la retroactividad de la ley es de carácter legal y no constitucional (ver contestación de traslado, p. III, fs. 57/vta.), por lo que tal reiteración no constituye agravio.----------

----En efecto, se ha puesto de relieve de modo coincidente que si el agravio constituye una reproducción casi literal de una anterior presentación, ello no constituye la crítica requerida por el código procesal. Idéntica conclusión desestimatoria se ha declarado cuando la queja se insinúa con fundamento en lo expresado en presentaciones anteriores a la sentencia (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, pág. 357 y cita de fallos). ----------

----En ese contexto, sin ingresar en el acierto o no del fallo, el juzgador en este aspecto expuso suficientes argumentos que sustentaron su decisión sin que los mismos fueran rebatidos al expresar agravios. Nótese que frente al argumento de que no cabe favorecer o premiar a la ART por su desidia al no haber asumido sus obligaciones, la apelante se limitó a manifestar de modo genérico que ello resulta intrascendente, sin que a su vez formulara crítica concreta alguna en cuanto a que toda nueva ley se supone mejor y más justa y que las nuevas leyes deben aplicarse con la mayor extensión posible y producir sus efectos de inmediato, además de que no corresponde mantener al actor en una situación de provisionalidad que la nueva ley elimina del sistema, lo que choca contra el principio de progresividad. ----------

----Tales fundamentos no fueron objeto de crítica concreta y razonada, por lo que la apelante incumplió con la manda impuesta por el art. 268 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 73 de la Ley XIV Nº 1.----------

----La apertura del recurso lo es en la medida del agravio y para ello el quejoso debe formular su disconformidad con la decisión de primera instancia, motivo por el cual y en virtud del principio dispositivo, cuando no hay una impugnación concreta de las motivaciones básicas de la sentencia recurrida, deviene insuficiente la expresión de agravios (S.C.B.A., Ac. y Sent. 1957, v. II-39; 1963, v. I- 359). La ley procesal requiere así, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituye estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica (CNCom., sala “D”, abril 24-984, “Persiani e Hijos, José c. Productos Pulpa Moldeada S.A.”, L.L. 1985-A, 309). En ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las pretensiones del recurrente, no hay agravio que atender en la alzada. Para tener por satisfechos los fines legales de la expresión de agravios, deben concretarse punto por punto, los errores fundamentales que se atribuyen en la aplicación del derecho, o en su caso en la apreciación de los hechos y su prueba, bajo riesgo de que se tenga por consentida toda decisión no objetada (Morello, Sosa y Berizonce, obra y tomo citado,

págs. 360, punto e), y 370, respectivamente, y cita de pronunciamientos). El agravio carece de contenido, cuando como en el caso …d) Simplemente disiente o discrepa de la interpretación judicial, sin dar fundamentos a la oposición o formula apreciaciones subjetivas … h) No ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Astrea, 1983, T. 1, págs. 838/839).----------

----De tal modo, la consecuencia más grave para el justiciable, está dada porque si la no atacada es la conclusión esencial del fallo, al resultar insuficiente el recurso, de esa manera queda firme y asegura así el sustento del decisorio (S.C.B.A., Ac. y Sent., 1974, v. II-694; esta Cámara en su composición de sala única, c. 11.268, S.D.L. N° 69/95; c. 12.201, S.D.L. N° 39/97; sala “A”, c. 13.653, S.D.L. N° 51/98; c. 13.595, S.D.L. N° 95/98; sala “B”, c. 15.275, S.D.L. N°149/99).----------

----Por tales razones, la recurrente en esta queja incurrió en deserción parcial del recurso por deficiencia técnica de su expresión de agravios (arts. 268 y 269 del C.P.C.C.).----------

----4. Finalmente se agravia la demandada ya que la sentencia dispone la aplicación del RIPTE que consagra la ley 26.773.----------

----En tal sentido, debe señalarse que el sentenciante al efectuar los cálculos de la indemnización conforme al art. 12 de la ley 24.557 arribó a un importe de $39.631,81.---

----Así, a fs. 92 vta. expresó que: ***En este estado de cosas, teniendo los parámetros establecidos por la ley y en vista a como he resuelto las inconstitucionalidades planteadas, corresponde efectuar el cálculo por incapacidad permanente parcial y definitiva que corresponde otorgar al trabajador. Así, a fin de integrar la fórmula establecida por el art. 12 de la Ley 24.557, tengo los salarios devengados por el actor en el período considerado de conformidad con los salarios obrantes a fojas 05/16, esto es, entre junio de 2011 a mayo de 2012. Por lo tanto, la suma de los salarios dividida por los días del período considerado (365 días), arroja un ingreso base diario de $182,21 el cual, multiplicado por el índice de 30,4 me da el ingreso base mensual de $5.752,07. Teniendo en cuenta la incapacidad del 10% y la edad del actor a la fecha del accidente (50 años), según el régimen de la ley 24.557 y la fórmula establecida por su art. 14 inc. 2º apartado b), se alcanza la suma indemnizatoria de $39.631,81. De acuerdo al Decreto 1694/09, el piso previsto por su art. 3º, alcanzaría la suma de $18.000 ($180.000 x 10% incap.), razón por la cual estaríamos por sobre el piso legal establecido*** (el subrayado me pertenece). ----------

----Y a continuación a fs. 92 vta./93 consideró que: ***Ahora bien, a los fines de considerar la constitucionalidad de la indemnización particular y según la actualización pretendida por la ley 26.773, corresponde actualizar el monto tomado como referencia para establecer el piso de las indemnizaciones por incapacidad parcial y permanente, esto es, la suma de $180.000. A dichos fines, el***

índice de actualización del RIPTE correspondiente a la fecha fijada como de accidente, junio de 2012 (igual a 707,89), dividida por el RIPTE a la fecha tomada -como fecha de actualización- por el art. 17 inc. 6º de la Ley, esto es, a partir de enero de 2010 (igual a 344,28), arroja el índice o coeficiente de 2,06 que, multiplicado por $180.000, me da la suma de $370.106,31 tal resultado, multiplicado por el porcentaje de incapacidad determinado a la actora, me arroja un resultado de $37.010,63, que es el piso indemnizatorio establecido por la ley 26.773 para este caso. En conclusión, en tanto el piso indemnizatorio establecido en la nueva ley de riesgos del trabajo, no supera la indemnización prevista al caso por la ley 24.557, no existe agravio constitucional a considerar respecto del monto indemnizatorio, en virtud de lo cual, la inconstitucionalidad requerida en lo particular, resulta abstracta. No obstante no encontrarse afectada la indemnización al nuevo piso de la ley 26.773, y tal como lo resolviera en el Considerando precedente, haré lugar a la aplicación del adicional previsto en el art. 3º de la ley 26.773 sobre la prestación dineraria determinada arriba -$39.631,81-, en concreto este concepto alcanza la suma de $7.926,36 lo que hace un total de $47.558,17 por el cual progresa este reclamo con más la aplicación de un interés equivalente al que fije el B. d. C. S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a computarse desde el mes de junio de 2012 y hasta su efectivo pago. ----------

----De tal modo, el sentenciante desarrolló los cálculos de conformidad a las pautas establecidas por el art. 12 de la ley 24.557, sin perjuicio de incluir los rubros “no remuneratorios”, aspecto que se confirmara al tratar el primer agravio. A continuación y a los fines de atender a la constitucionalidad de la indemnización desde la perspectiva de la ley 26.773 efectuó los cálculos aplicando el índice de actualización del RIPTE conforme lo previsto por el art. 17, inciso 6, de la citada ley, para así concluir que en tanto que el piso indemnizatorio establecido en la nueva ley de riesgos del trabajo no supera la indemnización prevista por la ley 24.557 no existe agravio constitucional a considerar respecto del monto indemnizatorio, por lo que resulta abstracta la inconstitucionalidad requerida, con la salvedad de aplicar el adicional del 20% contemplado por el art. 3 de la ley 26.773, aspecto este último sobre el cual nada corresponde señalar pues ante la deserción parcial propuesta al punto 3 que antecede adquirió firmeza. ----------

----En síntesis, toda vez que el juzgador en definitiva no dispuso en la presente causa la aplicación del RIPTE deviene a todas luces abstracta la impugnación formulada en este agravio. Ello por cuanto el fallo de la anterior instancia hizo aplicación del índice de actualización del RIPTE al sólo efecto de considerar si la indemnización que surge del art. 12 de la ley 24.557 supera o no el piso fijado por la nueva ley, por lo que al superarlo la aplicación del RIPTE resultó innecesaria, motivo por el cual declaró abstracta la inconstitucionalidad requerida.----------

----Por tales razones, no resulta necesario por carecer de trascendencia en este caso pronunciarse respecto a la aplicación del RIPTE ya que el fallo no hizo en definitiva aplicación del mismo, por lo que la cuestión planteada por la apelante deviene abstracta. ----------

----5. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas de segunda instancia a la demandada apelante, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 del C.P.C.C.). ----------

----Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de los letrados patrocinante y apoderado de la demandada, en un 25% de las cantidades establecidas en la primera instancia para los profesionales de esa parte (arts. 5, 8, 13, y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. correspondiente. ----------

----Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: ----------

----En vista del acuerdo arribado corresponde, I.- Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios. ----------

----II.- Imponer las costas de esta sede a la demandada perdidosa (conf. art. 69 del CPCC). ----------

----III.- Regular los honorarios, por la actuación en esta instancia, de los letrados apoderado y patrocinante de la demandada, Dres. J. M. F. C. y R. L., en conjunto, en un 25% de lo establecido para los letrados de la misma parte en la instancia de grado, con más el IVA correspondiente (conf. art. 13 de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871). ----

----Así lo voto. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. ----------

----Así lo 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), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

----CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios. ---------

------ IMPONER las costas de esta sede a la demandada perdidosa (conf. art. 69 del CPCC). ----------

----REGULAR los honorarios, por la actuación en esta instancia, de los letrados apoderado y patrocinante de la demandada, Dres. J. M. F. C. y R. L., en conjunto, en un

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA

25% de lo establecido para los letrados de la misma parte en la instancia de grado, con más el IVA correspondiente (conf. art. 13 de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871). ---- ----Regístrese, notifíquese y devuélvase.---------- ----------

RAUL ADRIAN VERGARA
PRESIDENTE

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2014 – SDL.- CONSTE.-**

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA