----En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“I.C.E c/ F.P.S S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)” (Expte. N° 162 – año 2018 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. 173. ----------

---**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. 162 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 145/158, por el cual se declara la inconstitucionalidad de los arts. 8, inc. 3, 12, 21, 22, 46 de la ley 24557, así como de cualquier otra norma que implique la obligatoriedad de actuaciones del actor ante órganos distintos a los pertenecientes al Poder Judicial de la Provincia del Chubut para demandar y percibir las indemnizaciones por el accidente de autos; y se hace lugar a la demanda entablada por C.E.I contra F.P.S S.A., condenando a esta última a que abone a aquél, en el plazo de diez días, la suma de $ 480.369,12, con más los intereses desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago según la tasa equivalente a la que fija el Banco de la Nación para sus operaciones de descuento de documentos con capitalización desde la notificación de la demanda, con costas a la demandada.----------

---A fs. 163 se concede el recurso, obrando la expresión de agravios de la accionada a fs. 164/166, cuyo traslado conferido a fs. 167 no fuera contestado por la actora.----------

---I.- Haré una breve reseña de los agravios expuestos por la demandada. La misma se agravia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 y de la aplicación analógica que se efectúa del nuevo texto de la norma, con el argumento de que la fórmula originaria resulta inadecuada para reparar los daños al actor. Refiere que se está frente a una aplicación retroactiva de la ley 27348 bajo el disfraz de la invocación de la analogía. Transcribe el anterior texto del art. 12, expresando que el juzgador se aparta del mismo sin siquiera declararlo inconstitucional, simplemente por estimar “más razonable” aplicar analógicamente lo dispuesto en la ley 27348. Agrega que se aplica una norma que ni siquiera existía cuando se trabó la litis, lo cual revela que la indefensión de su parte es grosera. ----------

---Añade que el agravio de su mandante es evidente en tanto no sólo se aparta de lo postulado por la ley al momento del hecho, sino que además ello se traduce en un quantum superior del IBM, lo que obviamente ocasiona un importe mayor de la prestación dineraria que prevé el art. 14.2 de la LRT. Aduce un error de pluma en cuanto

a que con la anterior norma se concluye en un quantum de $ 417.422,31, cuando de la suma de los valores parciales debería ser mayor. De todas maneras destaca que al aplicarse la ley 27348 se condena a abonar el monto de $ 480.369,12, lo que importa una diferencia de más de $ 60.000. Considera que dicho aumento es injusto y, por ende, arbitrario, ya que obliga a su parte a responder por un quantum superior al que correspondería por la ley vigente al tiempo de la contingencia. Con todo aduce que dicha diferencia ni siquiera supera el 20% entre los resultados de la aplicación de la anterior norma y la de la modificada por la ley 27348, por lo que no puede justificarse que se califique de inadecuada o injusta la indemnización que surge de aplicar la ley vigente al tiempo del hecho. 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 del único agravio expuesto.----------1) Como se puede apreciar, la apelante cuestiona que el juez de grado ni siquiera declaró la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT vigente al momento del evento, y luego de transcribir parcialmente el decisorio, destaca que el “a quo” se apartó del texto del citado artículo sin declararlo inconstitucional para aplicar analógicamente el texto reformado por la ley 27348, sin más fundamento de que lo estima más razonable. Agrega que la ley 27348 entró en vigencia a más de un año de ocurrida la contingencia discutida, por lo que la indefensión de su parte es grosera, ya que transitó un proceso sin conocer la norma que se le iba a aplicar. Reitera que el magistrado de origen por lo menos debió declarar la inconstitucionalidad del texto vigente, y aduce una “razonabilidad” que no demuestra. Expresa que como consecuencia de aplicar una ley que no se encontraba aún vigente al tiempo del hecho, se aumentó injustificadamente la obligación de su mandante. Efectúa los cálculos pertinentes para concluir que se incrementó la deuda en más de $ 60.000 lo que entiende injusto y arbitrario. ----------En relación a que el juez de grado omitió declarar la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT en su anterior texto, vigente al tiempo del siniestro (18/03/16, ver fs. 04 vta., 3er. párrafo), habré de decir, por un lado, que el actor solicitó dicha inconstitucionalidad por dos razones: que se congelan los salarios realizando un promedio de los mismos durante el año anterior al accidente, y porque no toma en cuenta los conceptos “no remunerativos” que integran el salario (ver fs. 13 vta. “in fine/15 vta., pto. IV.h). En función de dicha petición, el juez de grado comenzó el tratamiento de dicha cuestión señalando que *“A los fines de determinar el monto de la indemnización corresponde en primer lugar analizar si corresponde aplicar al caso el RIPTE sobre la indemnización que se calcule según los términos del art. 14 inc. 2.a de la ley 24.557”* (ver sentencia a fs. 152 vta., pto. III, 1er. párrafo). Como se puede apreciar no consideró la cuestión relativa a la inclusión de las sumas no remunerativas, la cual, por lo demás tampoco es objeto de agravio por parte de la recurrente. Es que sólo se objeta la aplicación analógica, que se reputa retroactiva, de la ley 27348 al reajustar, de acuerdo al índice RIPTE, los haberes a considerar para

el cálculo del IBM. ----------Lo que resulta claro es que el juez de grado se extendió en cuanto a los argumentos para declarar la inconstitucionalidad del art. 12 en su anterior texto para aplicar analógicamente el nuevo según la ley 27348 (ver sentencia a fs. 153/156), y dicha declaración integró el pto. I de la parte resolutiva (ver sentencia a fs. 157 vta.). Es por ello que no lleva razón lo argüido en el agravio en cuanto a que el juez de grado no declaró la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT.----------2) No obstante lo anterior, el apelante consideró que se aplicó la ley 27348, reitero que se lo hizo analógicamente, con el mero argumento de que resultaba más razonable, y efectuó los cálculos pertinentes para determinar que se incrementó injustamente la obligación de su parte en más $ 60.000. De lo expuesto se deduce que la declaración de inconstitucionalidad declarada, a pesar de que la recurrente entiende que no se decretó, fue dictada sin fundamento según la misma. Y en esto asiste razón a la quejosa. Es que si bien la apelante aduce un grave perjuicio patrimonial por incrementarse su obligación en más $ 60.000, y ello en realidad no importa un aumento considerable en el total a abonar, justamente por dicha razón es que no correspondía la declaración de inconstitucionalidad. Es que la recurrente aduce que el juez sólo invocó la genérica argumentación de la “razonabilidad”, y en ello lleva razón. Dicho argumento es abstracto y sobre este punto argumenté que ya he decidido en diversos precedentes de esta Sala “B”, entre ellos SDL N° 08/12, del 18/04/12, que de acuerdo a nuestro sistema de control judicial de constitucionalidad, salvo en los casos 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 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). ----------

----------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. Tal criterio es el que he sostenido en el antecedente de esta Sala "B" en SDL Nº 29/09 del 06/04/09.----------

----------Es de agregar que en el precedente de esta Sala, SDL N° 41/17, del 07/08/17, continué razonando que dado que se citaba el precedente de la Corte "Aquino", es de destacar que en el mismo se refuerza la exigencia de declarar la inconstitucionalidad en concreto. ¿Qué dijo la Corte en "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, 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, Mario E.: "La ley sobre Riesgos del Trabajo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, 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). ----------
----Como síntesis, la doctrina de la Corte, tal como quedara configurada en los antecedentes mencionados y en los posteriores "Cura" (14/06/05), "Llosco" (12/06/07) y "Cachambí" (12/06/07), puede resumirse de la siguiente manera: 1) La jurisprudencia de la Corte ha hecho migrar el sistema, que según el artículo 39 de la ley 24557 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 de las circunstancias de cada caso. Pero aún 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 deberá 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 de la norma referida. Es más, en virtud de los deberes de conducta que le imponen al trabajador los artículos 62 y 63 de la LCT, si el empleador contrató una ART, aquél está obligado a recibir las prestaciones en dinero y especialmente las previstas en especie,

para no agravar la responsabilidad que pretenda atribuir a su empleador, pudiéndose considerar la falta de recepción de las mismas a los fines de reducir la extensión de la responsabilidad del empleador en cuanto puedan suponer *culpa de la víctima* en la causación del daño (conf. art. 1113 del C. Civil); 4) En el caso de empleadores no asegurados, el trabajador o sus derechohabientes, cuando pretendan una reparación plena del daño con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1 de la LRT, deberían reclamar igualmente las prestaciones del sistema. Ello porque en primer lugar son irrenunciables, en segundo término porque necesariamente deberán 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 la reparación, el costo de las prestaciones del sistema de la LRT podría ser satisfecho con los recursos del fondo de garantía (conf. Ackerman, op. cit., págs. 133/135). De la jurisprudencia de la Corte citada se desprende, esto es, que habrá que acreditar los requisitos de invalidez inconstitucional en cada caso concreto (conf. esta Sala "B", SDL Nº 20/09 del 06/04/09).----------A lo anterior, he de agregar que en el precedente de esta Sala "B", SDL 22/12, del 22/10/12, destaqué la existencia de paralelismo y analogía entre la situación planteada y algunos antecedentes de la Suprema Corte Nacional como "Vizzoti", "Gorosito" y "Aquino". En el antecedente "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A.", del 14/09/04 (Fallos:327:3677) referido al tope contenido en el art. 245 de la LCT respecto a la indemnización por despido incausado, la Corte arguyó que *si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación".* Es a partir de esta directiva que la Corte Suprema descalifica la norma en cuanto al módulo utilizado para establecer el tope y lo fija directamente por una relación porcentual sobre la remuneración que percibía el trabajador. Como se ve deja de lado la relación que pudiera haber entre el salario del trabajador despedido y el del conjunto colectivo. Esto es bien distinto, como surge claramente, de aceptar que fueran las partes del convenio colectivo las que brindaran las pautas para establecer los topes. Ahora eso no interesa y sólo importa mantener una relación porcentual entre salario y tope que no disminuya aquél a menos del 67%. La adopción de este porcentaje -o en todo caso el de la limitación en el 33% de la remuneración- aparece justificada en el fallo mediante una referencia recordatoria al criterio del Tribunal con relación a los límites que debía respetar el impuesto respecto de la propiedad de los habitantes (conf. Rodríguez Mancini, Jorge, en Rodríguez Mancini-Barilaro: "Ley de Contrato de Trabajo
Comentada", Ed. La Ley, 2007, Tº IV, págs. 443/444).----------Como se puede apreciar, si bien el juez realizó los cálculos pertinentes a fs. 156, justamente los mismos desmienten que exista una diferencia mayor al 33% entre los

haberes a considerar de acuerdo al texto vigente del art. 12 de la LRT, y los ajustados de acuerdo al RIPTE. De hecho, la diferencia final en la indemnización a abonar asciende al 13,11%. En consecuencia de lo anterior, no correspondía declarar la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT en su texto vigente al tiempo del hecho, por lo que se hace lugar al agravio en esta porción y revocar parcialmente la sentencia a fin de disminuir el monto del capital de condena a la suma de $ 417.422,31, monto al que arribó el juzgador con la aplicación del texto del art. 12 anterior a la reforma de la ley 27348 (ver sentencia a fs. 156, 1er. párrafo), y que no fuera cuestionado por la apelante. ----------

----III.- En consecuencia de todo lo expuesto, corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada a los fines de reducir el capital de condena a la suma de pesos cuatrocientos diecisiete mil cuatrocientos veintidós con treinta y un centavos ($ 417.422,31), con más los intereses fijados en el fallo recurrido. ----------

----Dada la revocatoria parcial, corresponde readecuar las costas y los honorarios de la instancia anterior de acuerdo a lo dispuesto por el art. 282 del CPCC. Sobre lo primero, atento a que la actora ha resultado vencida en su planteo de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT en cuanto al reajuste de los haberes para el cálculo del IBM, encuentro apropiado distribuir las mismas en un 90% a cargo de la demandada y 10% a cargo de la actora, por cuanto dichos porcentuales reflejan adecuadamente el vencimiento parcial y mutuo entre las partes (conf. art. 72 del CPCC).----------

---En lo que se refiere a los honorarios, atento el resultado del pleito, el mérito y extensión de los trabajos realizados, así como los porcentuales que este Cuerpo habitualmente establece, encuentro ajustado a derecho lo regulado a los letrados de ambas partes en la instancia de origen en un 18,75% y 14,35% respectivamente; así como los establecidos al perito médico en un 2%; en todos los casos sobre el monto del proceso; por lo que no resulta necesario readecuar los mismos.----------En cuanto a las costas de esta sede, dado que el único agravio de la demandada prosperó, propongo imponerlas a la actora vencida (conf. art. 69 del CPCC, según remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1).----------

----Finalmente, con relación a la regulación de los emolumentos por los trabajos realizados en esta instancia, teniendo en cuenta el resultado del pleito, así como el mérito y extensión de las tareas realizadas, encuentro ajustado a derecho, determinar los honorarios de los letrados apoderados de la accionada, Dres. Darío Alberto Tejedor y Vanesa Peruzotti, en conjunto, en un 4,3% del monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia y con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 8, 9, 13 y 46 de la ley XIII N° 4; y leyes 23349 y 23871).----------

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

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo:----------

--1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 162, que fuera concedido a fs. 163, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 145/158 que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 8, inc. 3, 12, 21, 22 y 46 de la Ley 24.557 y de cualquier otra norma que implique la obligatoriedad de actuaciones del actor ante órganos distintos a los pertenecientes al Poder Judicial de la Provincia del Chubut para demandar y percibir las indemnizaciones por el accidente de autos, y asimismo hizo lugar a la demanda entablada por C.E.I contra F.P.S S.A., condenando a esta última a que en el término de 10 días abone al demandante la suma de $480.369,12, con más los intereses que se calcularan desde la fecha del accidente y hasta el efectivo pago según la tasa que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos, con capitalización desde la notificación de la demanda, y con imposición de costas a la demandada vencida.----------

----------La expresión de agravios luce a fs. 164/166, el traslado conferido a fs. 167 no fue contestado por su contraria, la apelante impugna el fallo por la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la L.R.T. al aplicar un IBM superior al que corresponde, y la relación sucinta de la cuestión planteada 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. Expresa la recurrente que el a quo efectuó una aplicación retroactiva de la ley 27.348 bajo el disfraz de la invocación de la analogía. Destaca que se apartó del art. 12 de la LRT vigente al momento del hecho (18/03/16) sin siquiera declararlo inconstitucional al aducir simplemente que estima más razonable aplicar “analógicamente” lo dispuesto por la ley posterior 27.348 que en su art. 11 modifica el art. 12 de la LRT 24.557. Manifiesta que la ley 27.348 entró en vigencia casi un año después de ocurrida la contingencia discutida, durante el transcurso del presente proceso y que por ello la arbitrariedad es evidente. Señala que la nueva ley aplicada ni siquiera existía al momento de la traba de la litis y que por tal razón la indefensión de su parte es grosera ante tamaña arbitrariedad. Estima que la sentencia recurrida vulnera el derecho a la debida defensa en juicio y la igualdad en el proceso. Agrega que el juzgador se apartó de lo estipulado por la ley al momento del hecho y que ello se traduce en un quantum superior del factor IBM que ocasiona un importe mayor de la prestación dineraria a la que prevé el “artículo 14 2 a de la LRT”. Considera que al determinarse que el IBM del actor debe calcularse conforme la aplicación del índice RIPTE a cada remuneración previa a la fecha de la contingencia, implica un aumento en los salarios que efectivamente percibía el trabajador, y que ante un salario mayor el factor del IBM resulta mayor al que corresponde aplicar según la fórmula que preveía el art. 12 de la LRT. Añade que siguiendo ese razonamiento al determinar la prestación que surge del

artículo 14, 2° apartado “a” de la LRT se llega a un importe mucho mayor al que correspondería de determinar el IBM considerando los salarios previos al hecho, tal como expresamente lo estipulaba el artículo 12 de la LRT vigente al día 18/03/16. Realiza cálculos para ilustrar su postura, expresa que tal aumento es injusto y arbitrario y solicita se revoque la sentencia impugnada.----------

Respecto a que el a quo ni siquiera declaró la inconstitucionalidad del art. 12 de la L.R.T. debe precisarse en primer lugar que el actor en su demanda planteó concretamente la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 (ver p. IV.h), fs. 13 vta., “**Planteo la Inconstitucionalidad del Art. 12 de la Ley 24.557**” con sustento en que el cálculo del IBM es totalmente perjudicial a los trabajadores ya que el art. 12 LRT congela sus salarios realizando un promedio durante el año anterior al accidente y no toma en cuenta los rubros “remuneraciones exentas” o “no remunerativas”. Señaló también que ello viola los arts. 14, 14 bis, 16, 17 y 28 de la Constitución Nacional ya que su aplicación se traduciría en una pulverización del real significado económico del crédito indemnizatorio, explayándose sobre dicho aspecto a fs. 14.----------Es por ello que el sentenciante puso de relieve que la constitucionalidad del art. 12 L.R.T. fue cuestión planteada por el actor en su demanda (título del capítulo IV “h” de la demanda a fs. 13 vta./15 vta.) (ver fs. 153, tercer párrafo), por lo que si bien no trató el capítulo referido a los rubros “no remunerativos”, es evidente que el juzgador al menos tuvo en cuenta el planteo de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 deducido por el actor en su demanda en lo que hace a la falta de actualización de las remuneraciones al entender más razonable el criterio adoptado por el art. 12 en su actual redacción y aplicar en consecuencia dicha pauta en forma analógica y no de manera retroactiva.----------

----Añado también que el juzgador al dictar sentencia declaró expresamente la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, entre otras normas (“**I.** DECLARAR la inconstitucionalidad de los arts. 8, inc. 3; 12, 21, 22 y 46 de la ley 24.557 …” (ver Fallo, p. I, fs. 157 vta.). ----------

---Con ese alcance, la afirmación vertida por la quejosa en el sentido que el a quo no declaró la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT no se ajusta al pronunciamiento de la anterior instancia, por lo que se rechaza esa porción del agravio. ----------

---3. A su vez, aún cuando no resulta dirimente para dilucidar la cuestión referida a si en definitiva corresponde o no ajustar por el índice RIPTE la indemnización prevista por el art. 14, acápite 2, inciso a), de la L.R.T., considero que el juzgador a pesar de no aludir expresamente a que en el cálculo de la indemnización deben considerarse los ingresos brutos e incluirse los rubros “no remunerativos”, en definitiva tuvo en cuenta ello ya que así resulta del detalle que luce en el cuadro de fs. 155 vta. y también en el de fs. 156, coincidente con el informe de A.F.I.P. de fs. 71/72 para el período marzo de 2015 a febrero de 2016 y con los recibos que reservados a fs. 4/14 en este acto tengo a la vista,

aspecto que hace a la base del cálculo de la indemnización sin que la quejosa formulara crítica alguna. ----------Sobre el particular ya en c. 173/16, S.D.L. 28/16, y en c. 205/17, S.D.L. 37/17, señalé que en materia indemnizatoria esta Cámara de Apelaciones se pronunció en el sentido de que la remuneración del trabajador comprende los importes brutos y no los netos. Es criterio ya expuesto en su composición de sala única, c. 10.836, S.D.L. N° 31/94; sala A, S.D.L. 46/97 y 36/01; y sala "B", c. 15.700, S.D.L. 04/00, c. 19.345, S.D.L. 20/2004, c. 19.629, S.D.L. 46/2004, y c. 101/11, S.D.C. 11/11. Las sumas sustraídas al total por descuentos previsionales y sociales no pierden su carácter remuneratorio por la circunstancia que sean aplicadas a cubrir necesidades jubilatorias y asistenciales. Dicho de otro modo. Los importes que se detraen del total y que corresponden a los descuentos jubilatorios y obra social forman parte de la remuneración aún cuando sean diferidos o potenciales, pues en definitiva tales retenciones se efectúan sobre los rubros que el trabajador tiene derecho a percibir, por lo que son de su propiedad. Así se señala que a los fines del cálculo de las indemnizaciones laborales la remuneración a tomar es la bruta que devenga el trabajador, no la neta, porque las distintas sumas que les son retenidas con destino a la seguridad social también forman parte de la remuneración, aunque sus beneficios puedan ser diferidos (sistema de previsión social) o potenciales (obra social …) (Ojeda, Raúl Horacio, coordinador, "Ley de Contrato de trabajo comentada y concordada", Rubinzal - Culzoni Editores, 2011, T. III, pág. 429). La indemnización debe calcularse con base en el salario bruto percibido por el trabajador, los descuentos que se efectúan sobre el salario constituyen una remuneración indirecta que le asegura al trabajador servicios que de otra manera tendría que afrontar de su peculio; de modo que dicha indemnización no debe estimarse de acuerdo a la remuneración neta del trabajador, sino que debe ser determinada con arreglo a su sueldo bruto (cfr. CNAT., sala VII, 11.10.94, "Salade, Gabriel c/Osvaldo Luis Fasce S.A. s/accidente"; CNAT., sala II, 17.3.88, "Gerke, Carlos Alfredo c/Empresa de Transportes Generales Tomás Guido S.A. s/despido"; CNCom., esta sala, 6.11.03, "Clínica Privada Ezeiza S.R.L." s/concurso preventivo s/incidente de verificación de crédito promovido por Olaechea de Aguirre, Nélida y otra") (CNCom., Sala D, 14/03/07, "Orozco, Lucrecia Alicia s. incidente de verificación de crédito en: Clínica Privada Ezeiza S.R.L.", Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom, disponible en rubinzalon-line.com.ar: RC J 9892/10). En este mismo direccionamiento, en materia de daño resarcible se indica que no deben descontarse en la liquidación de la indemnización por incapacidad los aporte previsionales ya que las jubilaciones o pensiones que obtenga la víctima no representan propiamente "lucros", pues por lo común reconocen como contrapartida un anterior sacrificio económico (los previos aportes jubilatorios), y lo mismo acontece con los pagos por obra social ya que los pagos periódicos a una obra social, que se descuentan de salarios entregados a agentes subordinados, integran la remuneración pues les permiten

acceder a servicios de salud con beneficios de gratuidad o de cobertura sólo parcial (conf. Zavala de González, Matilde, “Disminuciones psicofísicas”, 2009, t. 2, par. 209, p. g) y h), págs. 211 y 214, respectivamente). Tampoco aquellos importes en los que el empleador actúa como agente de retención en el caso de cuota sindical o mutual, compras o préstamos, pues aun cuando se disponga el pago mediante retención en planilla no dejan de formar parte de la remuneración.----------Asimismo, aún cuando el juzgador no aludió a la inclusión en el cálculo de las sumas no remunerativas, lo cierto es que tuvo en cuenta ello pues de la compulsa de los recibos de sueldo reservados bajo fs. 4/14 surgen diversos adicionales, el de mayor importe en concepto de “comidas comunes”, y otros tales como “viático especial”, “compensación por asistencia” y “gratificación extraordinaria no remunerativa”, que no quedarían comprendidos dentro del art. 12 de la ley 24.557 ya que dicha norma considera la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones. ----------Y ya en c. 482/12, S.D.L. 05 13, y c. 146/14, S.D.L. 12/14, expuse 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). Además, 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 éste 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 "Inta Industria Textil Argentina 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 "González, Martín Nicolás c/Polimat 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). Por eso 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”. ----------

---En síntesis, el juzgador incluyó en la base del cálculo los importes brutos y también los “adicionales” antes referidos que como tales quedan comprendidos en las
denominadas “sumas no remunerativas”.----------

---4. Con tales aclaraciones paso a considerar la crítica vertida en cuanto a que el a quo se apartó del art. 12 de la L.R.T. vigente al momento del hecho ocurrido el 18/03/16 y que la actualización por el índice RIPTE al tener un mayor importe de IBM aumenta su obligación ya que supera el monto de $60.000. Estima que tal aumento es arbitrario y repercute negativamente en su patrimonio. ----------

---Al respecto, el argumento del sentenciante en el sentido que mantener como módulo para definir la indemnización que percibirá el trabajador un salario devaluado se encuentra en las antípodas de una indemnización justa y que en el caso se trata de una declaración de inconstitucionalidad para el caso concreto ya que la depreciación de la moneda desde que ocurrió el accidente y le es debida la indemnización supera el 20% (fs. 155, segundo y tercer párrafo) resulta erróneo. En efecto, el sentenciante al efectuar los cálculos que obran a fs. 156 en definitiva no ejerció el control de constitucionalidad en el caso concreto conforme a la doctrina sentada por la C.S.J.N. en los casos “Gorosito” y “Aquino” y posteriormente en “Cura”, “Llosco” y “Cachambí” y con el límite impuesto en el caso “Vizzoti”. ----------

---Sobre el particular ya en c. 167/12, S.D.L. 16/12, y más recientemente en c. 167/17, S.D.L. 41/17, y c. 56/18, S.D.L. 30/18, tuve oportunidad de expresar que el control judicial de constitucionalidad se ejerce en casos concretos para lo cual cabe recordar la fórmula acuñada por la Corte Suprema desde su fallo del 5 de diciembre de 1865 (ver Bidart Campos, German J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, EDIAR, 1994, T. I, pág. 139). Agrego también que una norma general que no es inconstitucional en si misma puede derivar en inconstitucionalidad cuando se la aplica a un específico caso. Por eso, una norma 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. Y en ese direccionamiento se señala que: 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, 1ª reimpresión, 2000, pág. 84). El juez actúa en ejercicio de una función de *individuación* de la norma *general* “en” y “para” un caso singular y concreto (Bidart Campos, German J., ob. cit., T. II, pág. 439). En tales condiciones, no hay duda alguna que el control de constitucionalidad corresponde realizarlo en cada caso a fin de analizar si por sus características la norma a aplicar de rango infraconstitucional resulta conforme o no con las de rango constitucional, por lo que la mera transcripción de citas jurisprudenciales sin explicar su relación con la causa en debate y sin justificar la aplicación de las conclusiones adoptadas en dichas citas en el caso a resolver no es suficiente ante su evidente generalización. A su vez, con referencia al fallo dictado por la C.S.J.N. en el caso “Aquino” destaco que en ese pronunciamiento se precisó la necesidad de demostrar en el caso concreto la insuficiencia de las prestaciones de la ley de riesgos del trabajo. Y con relación al caso “Aquino” (C.S.J.N., “Aquino, Usacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, Fallos: 327:3753) se expresa que, a partir de la coincidencia en la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del art. 39, 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, “Tratado de Derecho del Trabajo”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, T. IV, 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). Así, 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). Por ello reitero lo ya expuesto en c. 09/12, S.D.L. 08/12 y c. 167/12, S.D.L. 16/12, en cuanto a que se señala: 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 consecuencia, la doctrina sentada por la C.S.J.N. en los fallos citados permite precisar que para declarar la inconstitucionalidad de una norma se requiere demostrar

en cada caso los recaudos de invalidez constitucional, criterio ya sentado por esta sala “B”, c. 79/08, S.D.L. 29/09. Además, debe considerarse que la Corte Suprema en la causa “Vizzoti” precisó que la limitación a la base salarial de la indemnización por despido sin justa causa sólo debe aplicarse hasta el treinta y tres por ciento de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable, pues de lo contrario significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable del art. 14 bis de la Constitución Nacional, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor, contrariando el principio de razonabilidad del art. 28 de la Ley Suprema. No resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial prevista en el art. 245 de la ley de contrato de trabajo -mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o fracción de tiempo menor- pueda verse reducida en más del treinta y tres por ciento, por imperio de lo dispuesto en los párrafos 2° y 3° de la citada disposición, concordando esta pauta de razonabilidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje. El resarcimiento del empleado despedido sin justa causa debe ser equitativo, lo que importa afirmar que la reglamentación del derecho a la llamada “estabilidad impropia”, constitucionalmente reconocido, debe ser razonable (C.S.J.N., 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A.” (La Ley 2004-E, 929). Y si bien el citado fallo está referido al tope salarial previsto en el art. 245 de la L.C.T. debe destacarse particularmente el considerando 6° al precisar la C.S.J.N. que: “… 6°. Que, por cierto, no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas. Con todo, si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación. …”. ----------Con ese alcance, corresponde analizar la constitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 al considerar el período correspondiente a los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante sin ajuste alguno.----------En tal sentido, de acuerdo a los montos informados por AFIP a fs. 71/72 cuyos importes obran en el cuadro de fs. 155 vta. el total de las remuneraciones y conceptos no remunerativos sin ajuste asciende a $259.047,03 y el I.B.M. es de $21.575,42 por redondeo (ver fallo, fs. 155 vta.). A su vez, si se toma una incapacidad del 14,04% y la edad de 30 años a la fecha del accidente que arroja un coeficiente de 2,16 por redondeo (65 dividido 30), la indemnización sin ajuste prevista por el art. 14, acápite 2, inciso a) de la L.R.T. asciende a $346.781,52 (53 por 21.575,42 por 14,04% por 2,16).-----Ello permite considerar que

la diferencia respecto al monto de los salarios ajustados según RIPTE y que el juzgador a fs. 156 determinó en la cifra de $298.111,02 -con un I.B.M. de $24.828,97- alcanza a un 13,11% por redondeo. Esto es, el monto de los salarios sin ajuste de $259.047,03 representa un 86,89% del importe antes indicado y ese porcentual así se refleja en el cálculo del I.B.M. Por lo tanto, la diferencia en el monto de condena es del 13,11%, y en ese contexto, conforme a la doctrina sentada por la C.S.J.N., en los autos caratulados “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A.”, del 14/09/2004 (La Ley 2004-E, 929), al no verse reducida la indemnización en más del treinta y tres por ciento no resulta confiscatorio en el presente caso el modo de cálculo establecido sin ajuste por el art. 12 de la L.R.T. Esto es, no se acreditó en la presente causa que hubiera una desproporción irrazonable que justifique la declaración de
inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557. ----------
---En tales condiciones, si bien la indemnización sin ajuste con más el 20% alcanzaría a $416.137,82 ($346.781,52 más el 20 % $69.356,30), el juzgador al aplicar el art. 12 de la L.R.T., texto originario, estableció un monto total de $417.422,31 (ver fs. 156, final del primer párrafo) por lo que en definitiva ese es el monto a considerar.----------
Por tales razones, corresponde hacer lugar a este agravio para disminuir el capital de condena a la suma total de $417.422,31.----------
3. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar parcialmente el decisorio venido en apelación para disminuir el capital de condena a la suma total de $417.422,31 al dejar sin efecto el ajuste por el índice RIPTE, con más los intereses establecidos en la
anterior instancia.----------
-
----La revocatoria que se propicia conduce a adecuar las costas y honorarios de la anterior instancia conforme lo previsto por el art. 282 del C.P.C.C.----------
---Tocante al régimen de costas debe señalarse que la noción de vencido se establece con una visión global del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y resultados (Arazi-Rojas, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, T. I, pág. 261 y nota nº 48). Por otra parte, el art. 57 de la Ley XIV Nº 1 no establece un principio general de aplicación mecánica y automática, ya que permite siempre discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del resultado del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. S.T.J. en autos caratulados “Catalán Labbe c/Pcia. del Chubut”, S.D. 7/91; y “Celi de Reucci c/Chubut Construcciones y otro”, S.D. 3/93). ----------
Desde esta perspectiva, por “parte vencida” debe entenderse, a los efectos de la norma que analizamos (art. 68, apartado primero, del C.P.C.C.) a aquélla que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1970, T. III, par. 312 b), pág. 369). Es el hecho objetivo de la derrota lo que determina la condena en

costas. Su fundamento no es otro, que el de haber sostenido, sin éxito, una pretensión jurídica (Alsina, Hugo, “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, EDIAR, 1961, T. IV, pág. 527). Litigante vencido o perdidoso es “aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial” (Arazi-Rojas, obra y tomo citado, pág. 261, y nota nº 45, con cita de doctrina y de fallos). ----------Con tales alcances, cabe ponderar que el actor resultó vencedor en la cuestión principal referida a la reparación de los daños derivados del infortunio laboral sufrido, pese a lo cual resultó vencido en su pretensión referida a la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 y consiguiente ajuste del ingreso base mensual (ver demanda, p. IV.f), fs. 10 vta.).----------Por ello, también estimo prudente propiciar al Acuerdo la imposición de las costas de primera instancia en un 90% a cargo de la demandada y en un 10% a cargo del actor, por ajustarse así en forma proporcional y adecuada al resultado de la litis, en concordancia con el principio antes señalado y los vencimientos recíprocos habidos (art. 57 de la Ley XIV Nº 1 y art. 72 del C.P.C.C.).----------En cuanto a los honorarios de la anterior instancia, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos, pero también a que la actora no resultó vencedora en todas sus pretensiones y los porcentajes que en tal caso esta Alzada regula habitualmente, entiendo prudente mantener los honorarios regulados a los letrados apoderados de las partes actora y demandada, en forma conjunta en un 18,75% y 14,35% del monto de condena, respectivamente, y también al perito médico Dr. Mariano José Tolino por sus tareas de fs. 108/110 en un 2% del ya referido monto del juicio (arts. 5, 6, 7, 8, 18, 38, 46 y 60 de la Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. que pudiera corresponder. ----------El éxito sustancial del único agravio traído por la demandada conduce a imponer las costas de Alzada al actor vencido, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 del

C.P.C.C.).----------

---Con las pautas antes señaladas y lo previsto por el art. 13 de la ley del arancel, respecto de los trabajos profesionales cumplidos en esta segunda instancia, estimo también prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de los Dres. Vanesa Peruzotti y Darío Tejedor, en su carácter de letrados apoderados de la demandada, en conjunto, en la cantidad equivalente al 4,3% del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 8, 13, y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. pertinente.----------

----Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

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

--En vista del acuerdo arribado corresponde, I.- Revocar parcialmente la sentencia apelada a los fines de reducir el capital de condena a la suma de pesos cuatrocientos

diecisiete mil cuatrocientos veintidós con treinta y un centavos ($ 417.422,31), con más los intereses fijados en el fallo recurrido.----------

---II.- Imponer, por readecuación, las costas de primera instancia, en un 90% a cargo de la demandada y 10% a cargo de la actora.----------

III.- Imponer las costas de esta sede a la actora vencida.----------

IV.- Regular los emolumentos por los trabajos realizados en esta instancia, a los Dres. Darío Alberto Tejedor y Vanesa Peruzotti, en conjunto, en un 4,3% del monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia y con más el IVA. ----------

----Así lo voto. ----------

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, 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 y encontrarse en uso de licencia el Dr. Sergio Rubén Lucero al momento de efectuarse el sorteo (arts. 7 y 8, 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:----------

---REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada a los fines de reducir el capital de condena a la suma de pesos cuatrocientos diecisiete mil cuatrocientos veintidós con treinta y un centavos ($ 417.422,31), con más los intereses fijados en el fallo recurrido. ----

---IMPONER, por readecuación, las costas de primera instancia, en un 90% a cargo de la demandada y 10% a cargo de la actora. ----------

----IMPONER las costas de esta sede a la actora vencida. ----------

---REGULAR los emolumentos por los trabajos realizados en esta instancia, a los Dres. Darío Alberto Tejedor y Vanesa Peruzotti, en conjunto, en un 4,3% del monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia y con más el IVA.----------

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

RAÚL ADRIÁN VERGARA
JUEZ DE CÁMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

----**REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2018 – SDL – CONSTE**.- ----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA