----En la ciudad de Trelew, a los días de julio 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 la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“S., H. A. c/ P. ART S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)” (Expte. 231 - 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. 197. ----------

----**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. 181 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 169/177, por el cual se declara la inconstitucionalidad de los arts. 6, 8, inc. 3, 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 del art. 12 de la LRT; y se hace lugar a la demanda entablada por H. A. S. contra P. ART S.A., condenando a esta última a que abone a aquél, en el plazo de diez días, la suma de $629.576,46, con más los intereses en la forma establecida en el considerando respectivo, capitalización desde la notificación de la demanda, con costas en un 93% a la demandada, y en un 7% al actor. ---------A fs. 183 se concede el recurso, obrando la expresión de agravios de la accionada a fs. 184/188, cuyo traslado conferido a fs. 189, es contestado por la actora a fs. 191/192 vta.----------

--------I.- Haré una breve reseña de los agravios expuestos por la demandada y de la respuesta de la actora.----------

---1) En el primer agravio se cuestiona que se declarara la inconstitucionalidad del art. 12 según el texto de la ley 24557, sosteniendo que no se trata de la aplicación retroactiva de la ley 27348, sino que se la aplica a los fines de procurar una solución lo más justa y equitativa posible. Refiere que el juzgador agrega que el cálculo del IBM según el art. 12 de la LRT perjudica a los trabajadores accidentados con anterioridad a la ley 27348, citando el fallo “Aquino”. Se objeta que el juez ignorara el art. 20 de la citada ley, lo que se omite con el argumento de “aplicación analógica”, que considera penoso, ya que la ley que aplica no carece de cláusulas transitorias, por cuanto el art. 20 veda la aplicación a las contingencias cuya primera manifestación invalidante resulte posterior a la entrada en vigencia de la ley. Señala que el magistrado de grado incorpora el argumento de la analogía que es un modo de interpretación de las leyes cuando hay ausencia de una norma aplicable al caso, y que en el derecho laboral es un modo de interpretación restrictivo. Entiende enfáticamente que es un modo vil de aplicar retroactivamente la ley indicada, para evitar aplicar los fallos “Espósito” y “Egue”. Refiere que no es materia constitucional la aplicación en el tiempo de las leyes, sino meramente legal, siendo

facultad excluyente del legislador, por razones de mérito, oportunidad y conveniencia, citando jurisprudencia, incluso refiere a que se trata de una intromisión que apareja desequilibrio de los poderes del Estado, resultando contrario a la división de los mismos dentro del sistema republicano. Entiende que se está frente al art. 20 de la ley 27348 en la misma situación que frente al art.17, inc. 5 de la ley 26773. Indica que la declaración de inconstitucionalidad debe ir acompañada, para ser posible, de una diferencia económica-numérica entre una aplicación del art. 12 de la LRT y el art. 11 de la ley 27348 que posibilite el grave remedio de la inconstitucionalidad de oficio, que en la especie, adelanta, no se justifica. Fundamenta esto último en que apelando al IBM liquidado por el Juez, la prestación dineraria según la fórmula del art. 14 de la LRT sería de $449.616,03, en tanto que con el RIPTE ascendería a $524.647,05.----------

----Como segunda queja y de manera subsidiaria de la anterior, considera que el juez incurrió en incongruencia al declarar la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24557, ya que el accionante, sin fundamento alguno plantea la inconstitucionalidad referida, pero sólo en cuanto a la integridad de los emolumentos percibidos a fin de incorporar los ingresos “no remunerativos”, mas el sentenciante agregó la aplicación del RIPTE. Se refiere al principio de congruencia como un subprincipio del dispositivo, añade que se estaría frente a un pronunciamiento “extra petita”, citando jurisprudencia al respecto.----

----Reitera la reserva del caso federal y efectúa el petitorio de estilo.----------

----2) La actora contesta los agravios, y respecto de la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT, alude a los antecedentes del fuero de la circunscripción, en cuanto a que es uniforme en dicha declaración y en la aplicación analógica de la ley 27348, dado que el texto original de la ley 24557 perjudica los derechos del trabajador, debido al proceso inflacionario.----------

-----Respecto de la segunda queja aduce que su parte peticionó la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT por entender que el IBM calculado según la norma “congela” sus salarios, y por ello efectuó una argumentación al respecto.----------

---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 en el orden expuesto por la recurrente.----------

----1) En la primera queja la demandada cuestiona la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT que se declarara en el decisorio impugnado, señalando que se efectúa una aplicación retroactiva de la ley 27348, contradiciendo lo dispuesto por el art. 20 de la misma. Considera que lo que el juez denomina “aplicación analógica” es un vil intento de no aplicar los precedentes “Espósito” y “Egue”, así como que la interpretación analógica sólo es válida en ausencia de norma aplicable. Hace referencia asimismo a que se viola el principio de división de poderes y que no existe una diferencia económico-numérica que amerite el remedio de inconstitucionalidad de oficio (ver fs. 184/186 vta.).

-----Con relación a que se está frente a una aplicación retroactiva de la ley 27348, en violación a lo dispuesto por el art. 20 de la misma, ha de decirse que este artículo reza:

“La modificación prevista al artículo 12 de la ley 24.557 y sus modificatorias, se aplicará a las contingencias cuya primera manifestación invalidante resulte posterior a la entrada en vigencia de la presente ley”. Dado que la ley 27348 fue publicada el 24/02/17, por conducto del art. 5 del C. Civil y Comercial, la misma entró en vigencia el 04/03/17. Atento a que el siniestro se produjo el 19/11/15 (ver fs. 03, pto. 3, 1er. párrafo), es claro que es anterior a la entrada en vigencia de la ley 27348.----------

-----Ahora bien, la recurrente se atiene a un argumento legal, esto es, el art. 20 de la ley 27348, y por aplicación del mismo debe estarse a la anterior redacción del art. 12 de la ley 24557. Sin embargo el juez desechó la aplicación de dicha norma en su anterior redacción por considerarla inconstitucional, por lo que se ubicó en un plano supralegal. Es que el mismo razonó, a través de una cita jurisprudencial, que la norma impugnada fue dictada en 1995 en el contexto de estabilidad económica de la ley de convertibilidad, la cual quedó en entredicho cuando de modo gradual pero sostenido volvió el fenómeno inflacionario, estando frente a una inconstitucionalidad sobrevenida por la modificación ulterior de las circunstancias para las que la norma fue pensada y sancionada (ver sentencia a fs. 172, dos últimos párrafos/173, 1er. párrafo).----------

---Cabe indicar que el juzgador no aplicó retroactivamente el art. 12 de la LRT en su actual redacción según la ley 27348, sino que apreció como razonable su aplicación analógica dado que es la solución dada por el legislador para fijar las indemnizaciones a partir de la sanción de la ley (ver sentencia a fs. 174, anteúltimo párrafo y 174 vta., 4to. y 5to. párrafos). Por lo demás, reitero, es de considerar que el juzgador se ubicó en un plano superior al de la ley, al de legalidad, ya que decidió la inconstitucionalidad del referido art. 12 de la LRT. Por lo tanto, invocar que se aplicó retroactivamente la ley 27348 a fin de impugnar este aspecto del decisorio aparece insuficiente, ya que contraviene la jerarquía normativa del art. 31 de la Constitución Nacional invocar una norma legal para atacar una declaración de inconstitucionalidad que se basa, necesariamente, en normas constitucionales. Ello sin dejar de recordar, nuevamente, que se tomó la pauta de la ley 27348 como solución protectora de los derechos vulnerados, y no a los fines de su aplicación lisa y llana respecto de contingencias acaecidas en forma previa a su entrada en vigencia.----------

---En cuanto a lo dicho en el agravio respecto a que la aplicación analógica es de interpretación restrictiva en el derecho laboral, se trata de una afirmación genérica. Y en lo relativo a que sólo es válida cuando hay ausencia de norma aplicable al caso, no hace más que ratificar que en la especie es permitida dicha aplicación. Paso a explicarme. Dado que el juez declaró la inconstitucionalidad del art. 12 en su anterior redacción por considerar que perjudicaba el derecho a una indemnización justa y equitativa del trabajador ante el proceso inflacionario sobreviniente a la sanción de la ley 24557, no hay norma a aplicar, hay ausencia de norma, ya que la misma fue declarada inconstitucional. Entonces el punto a considerar es si la aplicación de la ley 27348, cuya analogía es evidente, resulta razonable, y en ello concluyó el juez de origen. Pero amén de lo expuesto, cabe considerar que la cita doctrinaria en la que se apoya la apelante

(ver fs. 185, último párrafo) es relativa al art. 16 del C. Civil, que se refería a la ausencia de la ley, o de la norma para ser más preciso. Pero actualmente dicha norma ha sido reemplazada por el art. 2 del C. Civil y Comercial que alude a las leyes análogas como pauta interpretativa de la ley de manera general, sin especificación de la ausencia de la misma.----------

----La apelante entiende también que no es materia constitucional la aplicación de la ley en el tiempo, y ello es una facultad excluyente del legislador, por lo que se violaría la división de poderes y por ende el sistema republicano. Lo que efectuara el juez de grado no es más que ejercer el control judicial de constitucionalidad cuyo arraigo en nuestro sistema constitucional se remonta a los albores de la jurisprudencia de la Corte Suprema con el fallo “Sojo” (Fallos:32:120), como consecuencia de adoptar, en este aspecto, la tradición de su homóloga estadounidense de acuerdo al *leading case* “Marbury c/ Madison” (conf. Fayt, Carlos S.: “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading Cases y Holdings. Casos trascendentes”, Ed. La Ley, 2004, págs. 43/46). Es más, el control judicial de constitucionalidad cuenta con la fórmula acuñada por la Corte Suprema desde su fallo del 5 de diciembre de 1865, anterior al citado caso “Sojo”, la cual, si bien se refiere expresamente a las leyes, se torna extensiva a normas y actos distintos de las leyes. Dicha fórmula dice así: “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 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”. Y es sabido que en el derecho constitucional argentino, la doctrina de la supremacía y del control constitucional ha cobrado vigencia sociológica a través de fuente judicial: la jurisprudencia o derecho judicial la han hecho efectiva. Está pues en la constitución material pero deriva de principios formulados en la constitución formal (conf. Bidart Campos, Germán J.: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ed. Ediar, 1994, T° I, págs. 138/139).----------

--------Pero amén de lo expuesto que de por sí basta para desechar esta porción del agravio, al señalar que la aplicación de la ley en el tiempo es cuestión ajena al control de constitucional, la apelante parece extender la llamada doctrina de las cuestiones políticas, según la cual existen cuestiones en las cuales el Poder Judicial no puede invadir competencias de los demás poderes del Estado, lo cual no puede constituir una valla a la supremacía constitucional. Por lo demás la idea que trae la quejosa acerca de la división de poderes es simplemente contradictoria con la que se emplea permanentemente dentro del derecho constitucional, y desde hace más de doscientos años. La idea de separación de poderes que aparece como presupuesta en la postura de la apelante, es aquella según la cual cada poder tiene funciones específicas y ninguno

de ellos debe entrometerse en las tareas de los demás poderes, bajo el riesgo de romper el equilibrio buscado, y disparar un grave riesgo de opresión y abuso de poder. Esta visión de la división de poderes es la que en su momento se denominó “separación estricta”, y que fue presentada y defendida, de modo habitual, por el pensamiento “antifederalista” estadounidense, a su vez inspirado por el pensamiento revolucionario francés, y parte del radicalismo inglés representado por Thomas Paine. Pero dicha idea de la “separación” resultó duramente derrotada en los tiempos de la Convención Federal estadounidense y, desde entonces, es difícil que se piense en ella, tanto cuando se pretende describir los sistemas constitucionales vigentes en América, como cuando se teoriza sobre ellos. El hecho es que esta postura derrotada es la que sostiene que los jueces no deben “interferir” con la actuación de los legisladores, ni “invadir” al Congreso, ni ocuparse de tareas que están centralmente a cargo de las ramas políticas. Como resulta obvio, la concepción “dominante” sobre la separación de poderes no es otra que la que popularizó James Madison, en su propuesta de “frenos y contrapesos”. Así en los papeles de “El Federalista”, Madison comenzó su encendida defensa del sistema que había contribuido a crear, acusado por entonces de “mezclar (los poderes de las distintas ramas) de modo tal de, al mismo tiempo, destruir toda la simetría y belleza de formas (del sistema institucional), y exponer a algunas de las principales partes del edificio institucional al peligro de ser destruidas por el peso desproporcionado que se le otorga a las otras partes”. La respuesta de Madison ante las críticas recibidas fue que “a menos que los diversos departamentos se encuentren conectados y parcialmente mezclados como para darle a cada uno un control constitucional frente a los demás, el grado de separación exigido…necesario para un gobierno libre, no puede ser mantenido”. Es decir, en el núcleo de la idea de los “frenos y contrapesos” se encontraba instalada la idea según la cual cada una de las ramas de gobierno debía tener el poder suficiente para interactuar con las posibles intromisiones de las demás, y ser capaz de contrarrestarlas. La idea de “frenos y contrapesos” significa, desde un principio, fundamentalmente eso: la capacidad de mutua interferencia de un poder sobre otro, la idea de que cada poder cuenta con las armas suficientes y necesarias para resistir los seguros embates de los demás (conf. Gargarella, Roberto y Maurino, Gustavo: “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC”, en Lecciones y Ensayos, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, N° 89, 2011, págs. 333/334).----------

----En lo que se refiere a que se violan los presupuestos del sistema republicano, tradicionalmente se ha delineado la forma republicana a través de las siguientes características: a) división de poderes; b) elección popular de los gobernantes; c) temporalidad del ejercicio del poder, o sea, renovación periódica de los gobernantes; d) publicidad de los actos del gobierno; e) responsabilidad de los gobernantes; f) igualdad ante la ley (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, pág. 235). De ello se colige que el ejercicio del control de constitucionalidad hace al sistema republicano, ya que la publicidad de los actos del gobierno y la responsabilidad de los gobernantes conducen

al control de dichos actos, y la igualdad ante la ley habilita a las personas atacar de inconstitucionales dichos actos cuando afecten derechos constitucionales de las mismas. ----------

----2) Dicho todo lo anterior, lo cual revela que deben ser desechadas las argumentaciones de la recurrente hasta aquí examinadas, sí encuentro atendible lo que la misma aduce en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad debe ir acompañada de una diferencia económica-numérica entre una aplicación del art. 12 de la LRT y el art. 11 de la ley 27348, que posibilite tal grave remedio. Al respecto en diversos antecedentes de esta Sala "B", entre ellos SDL N° 08/12, del 18/04/12, he sostenido, 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, op. cit., ídem, 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 los precedentes citados, 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 ya citado 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).----------

-----Justamente, la apelante sostiene que la diferencia, en la aplicación de la fórmula del art. 14 de la LRT, no es representativa, ya que por un lado la prestación dineraria ascendería a $ 449.616,03, mientras que en caso de que se ajuste con el índice RIPTE sería de $ 524.647,05; amén de adicionarse en ambos casos el 20% previsto en el art. 3 de la ley 26773 (fs. 186 vta., 4to. párrafo). Como se puede apreciar la diferencia apuntada no supera el 33%, referido más arriba en base a la jurisprudencia que se desprende del precedente "Vizzoti". Es así que, habiendo tomado el juez de grado el índice RIPTE del mes del siniestro -noviembre/2015-, el que asciende 1774,68, y reajustado las remuneraciones del año anterior a esa fecha de acuerdo a la división de dicho índice por los correspondientes a cada mes de los doce precedentes, arribó a un IBM de $17.054,53. Sin el reajuste, el monto total de los haberes mensuales de la segunda columna del cuadro de fs. 175/vta. arroja el monto total de $176.162,97, por lo que el IBM asciende a $ 14.672,20 ($176.162,97 % 365 x 30,4), lo que representa el 86,03% del IBM reajustado, lo que demuestra que no se arriba a la diferencia del 33% arriba citado. ----------

---Sentado lo anterior, asiste razón a la apelante, por lo que deben considerarse los haberes sin reajuste, lo que arroja, como se dijo, el total de $176.162,97, con un IBM de $14.672,20. De acuerdo al IBM referido, la aplicación de la fórmula del art. 14, pto. 2,a) de la LRT, tomando el porcentaje de incapacidad y la edad que se consideraron en el decisorio (ver sentencia a fs. 175 vta.), arroja como resultado el monto de $452.192,96 ($14.672,20 x 53 x 33,04% x 1,76 (65 % 37). Es así que este es el monto a considerar a lo que cabe agregar el 20% del art. 3 de la ley 26773, que totaliza el monto final de $542.631,55, suma de capital a la que asciende la condena total.----------

---A la luz de todo lo argumentado postulo acoger este agravio, en los términos

antedichos, deviniendo abstracto el examen del segundo dado que se dedujo en subsidio del examinado en este considerando (ver fs. 187/vta.). ----------

----III.- En consecuencia de todo lo expuesto, corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada, a los fines de dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT en lo que respecta a la aplicación analógica de la ley 27348, y en consecuencia, reducir el capital de condena a la suma de pesos quinientos cuarenta y dos mil seiscientos treinta y uno con cincuenta y cinco centavos ($542.631,55), 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 18,2% y 13,2% respectivamente; y readecuar los del perito médico Dr. M. T. en un 3%, y los de la Licenciada L. C. en un 2%; en ambos casos sobre el monto total de condena (conf. arts. 5, 6, 7, 8, 18, 38, 46 y 60 de la ley XIII N° 4); con más el IVA correspondiente.----------

------En cuanto a las costas de esta sede, dado que los agravios de la demandada, que fueran examinados, prosperaron, 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 apoderado y patrocinante de la accionada, Dres. J. M. F. C. y A. A. F., en conjunto, en un 3,96% sobre el 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). Sin regulación al letrado apoderado de la actora, dado el pacto de cuota litis obrante a fs. 02 y homologado a fs. 22 (conf. art. 4 de la ley arancelaria). ----------

-------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. 181, que fuera concedido a fs. 183, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 169/177 que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 6, 8 inc. 3, 21, 22 y 46 de la ley 24.557, 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 la del art. 12 de la LRT, y asimismo hizo lugar a la demanda entablada por H. A. S. y condenó a P. A.R.T. S.A. para que en el plazo de diez días abone al accionante la suma de $629.576,46, con más los intereses a computarse desde el 19 de noviembre de 2015 y hasta el efectivo pago, conforme a la tasa activa que fije el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones generales vencidas, con capitalización desde la fecha de la notificación de la demanda, y con imposición de costas en un 93% a cargo de la demandada y en un 7% a cargo del actor.----------

-----La expresión de agravios luce a fs. 184/188, el traslado conferido a fs. 189 fue contestado por su contraria a fs. 191/192 vta., y la apelante impugna el fallo en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 y aplicación retroactiva de dicho artículo conforme a la redacción de la ley 27.348 y en subsidio por incurrir en violación del principio de incongruencia al declarar dicha inconstitucionalidad.- ----------

-------2. En su primer agravio la aseguradora de riesgos del trabajo impugna el fallo en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 al considerar que aplicó en forma retroactiva la ley 27.348, ignorando así el art. 20 de dicho ordenamiento. ----------

----Al respecto, la ley 27.348 se publicó en el Boletín Oficial el 24/02/2017 y por aplicación del plazo fijado por el art. 5 del C.C. y C. (“… después del octavo día de su publicación oficial…”) entró en vigencia el 04/03/17. En consecuencia, el accidente acaecido el 19/11/2015 (ver demanda, primer párrafo del p. 3., fs. 03) es anterior a la vigencia de la citada ley.----------

----Sin embargo, cabe advertir que la apelante sostuvo como argumento lo dispuesto por el art. 20 de la ley 27.348 y que por ello debía aplicarse el texto originario del art. 12 de la ley 24.557.----------

----En ese contexto destaco que el sentenciante decidió no aplicar el art. 12 de la L.R.T. al posicionarse en un plano superior al de la legalidad al declarar su inconstitucionalidad por afectar el derecho de propiedad resultando irrazonable en los términos del art. 28 de la Carta Magna (fs. 172) y resultar dicha norma contraria a los arts. 14, 14 bis, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional (fs. 174 vta., segundo párrafo). Ello con fundamento en que la norma fue dictada en 1995 en el contexto de la estabilidad económica que generaba la ley de convertibilidad del peso argentino, y que con la caída de ese paradigma económico y reaparición del fenómeno inflacionario, especialmente a partir del año 2008, la regla del art. 12 LRT se tornó irrazonable al mandar utilizar salarios nominales del año anterior a la primera manifestación invalidante de la contingencia a cubrir (fs. 173, penúltimo párrafo), por lo que se trata de una inconstitucionalidad sobrevenida por la modificación ulterior de las circunstancias para las que la norma fue pensada y sancionada (fs. 174, último párrafo).----------

---Por ello, la invocación que efectúa la recurrente del art. 20 de la ley 27.348 importa

una clara violación de la jerarquía normativa prevista por el art. 31 de la Constitución Nacional al pretender alegar en su favor una ley para así impugnar una declaración de inconstitucionalidad. Esto es, no puede cuestionarse una declaración de inconstitucionalidad con sustento en una norma legal. En ese marco, declarada la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, el juzgador necesariamente tuvo que tomar una pauta de actualización para el cálculo del I.B.M. y por eso en la presente causa consideró razonable aplicar por analogía el criterio de la ley 27.348 y no en forma retroactiva. Ello significa que el sentenciante no aplicó retroactivamente la ley 27.348 a contingencias anteriores a la entrada en vigencia de ese ordenamiento, esto es, en forma retroactiva, sino que tomó por analogía el modo de cálculo que resulta de dicha pauta legal a fin de reparar la inequidad existente.----------

------Tocante a que la interpretación analógica sólo es válida cuando hay una ausencia de norma aplicable al caso debe señalarse que precisamente ese es el caso de autos. En efecto, el juzgador declaró la inconstitucionalidad del art. 12 de la L.R.T., texto originario, al entender que dicha norma no permitía otorgar al damnificado una indemnización justa como consecuencia del flagelo de la inflación, por lo que ante la ausencia de norma al desecharse la misma por resultar inconstitucional consideró razonable aplicar por analogía la pauta prevista en la ley 27.348. ----------

---A su vez, la manifestación formulada en el sentido que la analogía es de interpretación restrictiva es una afirmación dogmática, en todo caso una generalización, por lo que en este aspecto no hay agravio que atender. Es que, no constituye así una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene simples afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de la sentencia en recurso, o las afirmaciones enfáticas que no son más que simples generalizaciones (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial…”, Librería Editora Platense – Abeledo- Perrot, 1988, T. III, págs. 354/355 y cita de fallos).----------

----A continuación la recurrente entiende que no es materia constitucional la aplicación en el tiempo de las leyes, sino meramente legal, desde que es facultad excluyente del legislador, sosteniendo asimismo que así resulta contrario a la división de poderes dentro del sistema republicano que, por interpretación contraria a la expresa disposición legal, se creen pretorianamente mayores obligaciones que las existentes al momento del hecho.----------

------En tal sentido, el juzgador ejerció el control judicial de constitucionalidad a cuyo respecto se señala que la Constitución Nacional, al igual que la de los Estados Unidos y a diferencia de las constituciones provinciales, no prevé ni organiza el control de constitucionalidad. Todas las características de éste han sido elaboradas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El primer fallo de la Corte que se ocupa del control de constitucionalidad en el derecho federal es de 1864. En la causa “Ministerio Fiscal c. Benjamín Calvete”, la Corte afirmó que ella es la interprete final de la Constitución, siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho en que ella se funda.

Posteriormente, en la causa “Municipalidad de la Capital c. Elortondo”, declaró la inconstitucionalidad de la ley del 21 de octubre de 1884, que autorizaba la apertura de una avenida (de Mayo) desde la Plaza de Mayo hasta la calle Entre Ríos. En él se afirma que los tribunales de justicia deben examinar las leyes en los casos concretos que se ponen a su decisión y compararlas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ella, y deben abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición. Como se puede apreciar de su simple lectura, en dicha sentencia es evidente la influencia del fallo “*Marbury vs. Madison*” de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Tratado de Derecho Constitucional”, Ediciones Depalma, 1995, T. III, págs. 312/313 y notas nros. 62 y 63, con cita de C.S.J.N., Fallos, t. I, p. 340 y t. 33, p.162). Agrego también que respecto al control judicial de constitucionalidad, incluso de oficio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos caratulados “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios” (Expediente R.401.XLIII.REX) del 27/11/2012 señaló: “9°) Que en esta senda se expidió el Tribunal en 1888 respecto de la facultad de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional con una fórmula que resulta hoy ya clásica en su jurisprudencia: “es elemental en 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 que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran 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”. Tal atribución -concluyó la Corte- “es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario” (Fallos: 33:162). Como es bien sabido, un año antes, en el caso “Sojo”, esta Corte ya había citado la autoridad del célebre precedente “Marbury vs. Madison” para establecer que “una ley del congreso repugnante a la Constitución no es ley” y para afirmar que “cuando la Constitución y una ley del Congreso están en conflicto, la Constitución debe regir el caso a que ambas se refieren” (Fallos: 32:120). Tal atribución encontró fundamento en un principio fundacional del orden constitucional argentino que consiste en reconocer la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), pues como expresaba Sánchez Viamonte “no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional” (Juicio de amparo, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, pág. 197, citado en Fallos: 321:3620). 10°) Que el requisito de que ese control fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso “Ganadera Los Lagos” (Fallos: 190:142). Tal requerimiento se fundó en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal

actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo, frente a este argumento, se afirmó posteriormente que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio; y 327:3117, considerando 4°). Agregó el Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco "se opone a la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraria una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni (...) puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso" (Fallos: 327:3117, considerando 4° citado) (C.S.J.N., Fallos:335:2333, La Ley 2012-F, 559).----------

----Tales fundamentos conducen a desestimar esta porción del primer agravio.----------

---Ahora bien. Dentro de este primer agravio la quejosa también entiende que resulta improcedente la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 ya que esa declaración debe ir acompañada según la Corte Suprema de Justicia de la Nación de una diferencia económica entre una aplicación del art. 12 de la LRT y el art. 11 de la ley 27.348 en este caso, que posibilite el grave remedio de inconstitucionalidad. Señala que la diferencia entre la aplicación de la fórmula del art. 14 de la LRT sin el RIPTE y con el RIPTE no justifica la declaración de inconstitucionalidad. Expresa que la prestación dineraria según la fórmula sería de $449.616,03, en tanto que con el RIPTE sería de $524.647,05, debiendo adicionarse a ambas sumas el 20% del art. 3 de la ley 26.773. Puntualiza que ello debe proyectarse porcentualmente, y en ese sentido la diferencia entre una liquidación y la otra es de 14,31%. ----------

---En tal sentido, el juzgador argumentó que el cálculo que proporciona el referido artículo (art. 12 L.R.T.) al congelar los salarios realizando un promedio de los mismos durante el año anterior al accidente resulta irrazonable al afectar de manera palpable el derecho de propiedad en los términos del art. 28 de la Constitución Nacional (fs. 172), y que ello lleva a la actualización inevitable de los salarios para evitar la disminución del poder adquisitivo de las remuneraciones al surgir una enorme diferencia entre el IBM y el salario del trabajador al momento de efectuarse el pago de la prestación por accidente (fs. 172 vta., primer párrafo).----------

----Al respecto, considero que dicho razonamiento resulta erróneo ya que 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.----------

------Y de acuerdo a los montos que tomara el juzgador sobre la base de los recibos de haberes que obran reservados, el monto total de las remuneraciones sin ajuste que lucen en la segunda columna del cuadro de fs. 175/vta. asciende a $176.162,97 y el I.B.M. es de $14.672,20 (176.162,97 dividido 365 por 30,4). A su vez, si se toma una incapacidad

del 33,04% y la edad de 37 años a la fecha del accidente que arroja un coeficiente de 1,76 por redondeo (65 dividido 37), la indemnización sin ajuste prevista por el art. 14, acápite 2, inciso a) de la L.R.T. asciende a $452.192,96 (53 por 14.672,20 por 33,04% por 1,76), y con más el 20% (art. 3 de la ley 26.773) arroja un total de $542.631,55 ($452.192,96 más $90.438,59). ----------

------Ello permite considerar que la diferencia respecto al monto de los salarios ajustados según RIPTE y que el juzgador a fs. 175 vta. determinó en la cifra de $204.654,33 -con un I.B.M. de 17.054,53 (en realidad 17.045,18)- alcanza a un 13,92%. Esto es, el monto de los salarios sin ajuste de $176.162,97 representa un 86,08% 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 13,92%, 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, corresponde hacer lugar a esta porción del agravio y ello conduce a revocar parcialmente el fallo en crisis para dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 y asimismo para disminuir el capital de condena a la suma total de $542.631,55. ----------

----3. El progreso del primer agravio al declararse la inconstitucionalidad del art. 12 de la L.R.T. y dejarse sin efecto el reajuste por el índice R.I.P.T.E. con la consiguiente disminución de la indemnización a percibir por el actor hace innecesario ingresar en el segundo agravio formulado en forma subsidiaria en lo que hace a la incongruencia en que incurriere el juez al declarar la inconstitucionalidad de la referida norma por resultar cuestión abstracta. ----------

---4. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 en cuanto a la aplicación analógica de la ley 27.348 y asimismo para disminuir el capital de condena a la suma total de pesos quinientos cuarenta y dos mil seiscientos treinta y uno con cincuenta y cinco centavos ($542.631,55), con más los intereses establecidos en el fallo de la anterior instancia. ----------

---La revocatoria que se propicia lleva a adecuar el régimen de costas y la regulación de honorarios de la anterior instancia de acuerdo a 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 “C. L. c/Pcia. del Chubut”, S.D. 7/91; y “C. de R. 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 lo que hace al planteo de inconstitucionalidad del art. 12 de la L.R.T. y consiguiente ajuste por el índice R.I.P.T.E. (ver demanda, p. 4.I., fs. 11 vta./12 vta.).----------
---Por ello, estimo también 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, atento a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos, pero también a que el actor no resultó vencedor en todas sus pretensiones y los porcentajes que en tal caso esta Alzada regula habitualmente, entiendo prudente mantener los honorarios regulados en conjunto a los letrados apoderados de las partes actora y demandada, en un 18,2% y 13,2% del monto de condena, respectivamente, en tanto que deberán adecuarse los emolumentos del perito médico Dr. M. J. T. y de la Licenciada L. B. C., para fijarlos en un 3% y 2%, respectivamente, del ya aludido monto de condena en razón de los trabajos profesionales cumplidos a fs. 63/65 y vta. y fs. 97/vta., en el primer caso, y fs. 122/123 en el restante, sin perjuicio de la rectificación dispuesta en el fallo en crisis respecto del porcentaje de incapacidad determinado por la pericia médica (arts. 5, 6, 7, 8, 18, 38, 46 y 60 de la Ley XIII N° 4), en todos los casos con más el I.V.A. que pudiera corresponder.-
---------El éxito de los agravios traídos por la demandada ya que el segundo resultó subsidiario del primero y por ello no resultó necesario su tratamiento, 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, estimo prudentes los honorarios que propone regular el Dr. De Cunto a favor de los Dres.

J. M. F. C. y A. A. F., en su carácter de letrados apoderado y patrocinante de la demandada, en forma conjunta, por sus tareas de segunda instancia, en la cantidad equivalente al 3,96% del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 8, 9, 13, y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. pertinente; y sin regular honorarios al Dr. J. E. F., letrado apoderado del actor, en atención a la forma de imposición de las costas y existencia de pacto de cuota litis obrante a fs. 02, que fuera homologado a fs. 22, de acuerdo a lo previsto por el art. 4, segundo párrafo de la ley del arancel.----------

---------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 dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT en lo que respecta a la aplicación analógica de la ley 27348, y en consecuencia, reducir el capital de condena a la suma de pesos quinientos cuarenta y dos mil seiscientos treinta y uno con cincuenta y cinco centavos ($542.631,55), 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.- Establecer, por readecuación, los honorarios de grado del perito médico Dr. M. T. en un 3%, y los de la Licenciada L. C. en un 2%; en ambos casos sobre el monto total de condena, con más el IVA correspondiente; manteniendo los regulados a los letrados de ambas partes en la instancia anterior.----------

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

---V.- Regular los emolumentos por los trabajos realizados en esta instancia, a los Dres. J. M. F. C. y A. A. F., en conjunto, en un 3,96% sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia y con más el IVA pertinente; sin regulación al letrado de la actora por existir pacto de cuota litis homologado.----------

--------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 (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:----------

---REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, a los fines de dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT en lo que respecta a la

aplicación analógica de la ley 27348, y en consecuencia, reducir el capital de condena a la suma de pesos quinientos cuarenta y dos mil seiscientos treinta y uno con cincuenta y cinco centavos ($542.631,55), 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. ----------ESTABLECER, por readecuación, los honorarios de grado del perito médico Dr. M. T. en un 3%, y los de la Licenciada L. C. en un 2%; en ambos casos sobre el monto total de condena, con más el IVA correspondiente; manteniendo los regulados a los letrados de ambas partes en la instancia anterior.----------IMPONER las costas de esta sede a la actora vencida. ----------REGULAR los emolumentos por los trabajos realizados en esta instancia, a los Dres. J. M. F. C. y A. A. F., en conjunto, en un 3,96% sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia y con más el IVA pertinente; sin regulación al letrado de la actora por existir pacto de cuota litis homologado. ----------Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

RAUL 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