----En la ciudad de Trelew, a los días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Sergio R. Lucero y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“F., J. A. c/ F. P. S. S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)” (Expte. 44 - Año 2019 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. 128. ----------

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

--------Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada a fs. 117 y por los letrados de la parte actora, por derecho propio, a fs. 118/119 vta. -el segundo por la regulación de sus honorarios- en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 112/115 vta., por el cual se declara la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 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 C. para demandar y percibir las indemnizaciones por el accidente de autos; y se hace lugar a la demanda entablada por J. A. F. contra F. P. S. S.A., condenando a esta última a que abone a aquél, en el término de 10 días computados desde el momento en que se determine la prestación dineraria en la etapa de ejecución de esa sentencia, el importe que arroje la misma para lo cual se tomó un IBM de $30.753,59 siguiendo los cálculos de la manera determinada en el considerando respectivo con los intereses allí estipulados. Con costas a la demandada vencida. ----------

------A fs. 120/vta. se conceden ambos recursos, obrando la expresión de agravios de la accionada a fs. 121/122vta., cuyo traslado conferido a fs. 123 no fue contestado por la contraria.----------

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

------En el primer agravio la demandada impugna que se haya aplicado la ley 27.348 a los efectos de la determinación del IBM. Señala que surge de la demanda que el actor tomó conocimiento de la patología cuya reparación reclama antes de la entrada en vigencia de la citada ley. Cita el art. 20 de la norma a fin de poner de resalto que la ley es clara en cuanto a que se aplicará a aquellas contingencias que hayan sucedido con posterioridad a su entrada en vigencia. Agrega que la ley 27.348 comenzó a regir a partir del día 04/03/2017 y tanto de la demanda como de la documentación acompañada surge que el actor tuvo conocimiento de la afección durante septiembre u octubre del año 2016.

-----De tal modo, se agravia de que se considere como fecha de la primera manifestación invalidante el día 28/03/2017 en que el actor remitió la carta documento informado fehacientemente a la ART demandada de la patología que adolece. ----------

------Cita fragmentos de la aludida misiva así como del escrito de demanda para destacar que el actor tomó conocimiento de la patología que padecía y de su etiología laboral

cuando se realizó los estudios específicos de fecha septiembre de 2016.----------
------Reitera que la primera manifestación invalidante ocurrió previo a la entrada en vigencia de la ley 27.348 por lo que considera arbitrario que se aplique la misma a los fines de determinar el VIBM con un *quantum* superior al que corresponde, por actualización del RIPTE.----------
------Indica que de aplicarse la ley 27.348 se obtiene un VIBM de $30.753,59 y empleándose la ley 24.557, vigente al momento en que el actor tomó conocimiento de la primera manifestación invalidante y de la etiología laboral (septiembre/octubre de 2016), se obtiene un VIBM de $26.850,90. Señala que, de tal modo, la indemnización dispuesta por el art. 14, ap. 2 b, de la LRT asciende a la suma de $18.073,34 y aplicando el art. 3 de la ley 26.773 el importe total es de $21.668,00. ----------
------Manifiesta que la aplicación de la ley 27.348 a la especie vulnera los derechos de acceso a la justicia, igualdad, debida defensa en juicio y el derecho de propiedad de su parte.----------
------Solicita se deje sin efecto la aplicación del art. 11 de la ley 27.348 y se aplique el art. 12 de la ley 24.557 vigente al momento en que el actor tuvo conocimiento de la primera manifestación invalidante.----------
------En segundo lugar, se agravia de que se hayan impuesto las costas a su parte a pesar de que la demanda no prosperó en los términos y alcances en que el actor la entabló. ----------
-----Pone de resalto que el actor adujo en demanda que padecía de un 30,6% de incapacidad y que la pericia determinó que el trabajador sólo tenía un 1% de incapacidad. Expresa que automáticamente tal porcentual repercute en el importe total que corresponde de aplicar la fórmula del art. 14, ap. 2 b, de la LRT y que habiendo una diferencia evidente entre lo reclamado y lo que finalmente se acreditó se debe condenar en costas al actor o imponer las costas por su orden. ----------
------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 su primer agravio, la recurrente cuestiona la aplicación de la ley 27.348 al caso de autos en lo que respecta a la actualización por índice RIPTE de las sumas a considerar para el cálculo del VIBM ya que sostiene que la primera manifestación invalidante tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley por cuanto el actor tomó cabal conocimiento de la misma y de su etiología laboral en septiembre u octubre del año 2016. ----------
------Al respecto, el sentenciante de grado entendió que *“En consideración a que el hecho agudo denunciado ocurrió en el mes de marzo del año 2017 la cuestión queda bajo la órbita de la ley 27.348, esta y no otra es la legislación que corresponde aplicar al caso. En autos la parte actora efectúa el reclamo claramente en el marco de las disposiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo, realizando los cálculos para determinar la prestación dineraria sin tomar la modificación introducida al art. 12 de la ley 24.557 por la ley 27.348,*

de tal manera vale señalar que correspondiendo aplicar la modificación introducida por el art. 11 los cálculos serán realizados en un todo de acuerdo a la ley vigente" (ver sentencia, fs. 114vta., primer y segundo párrafo).----------

-----Preliminarmente, destaco que resulta acertada la afirmación de la recurrente en cuanto a que la manera de calcular el IBM dispuesta en el art. 11 de la ley 27.348, modificatorio del art. 12 de la ley 24.557, debe aplicarse siempre que la primera manifestación invalidante resulte de fecha posterior a la entrada en vigencia de la mentada ley, esto es, dado que la ley 27.348 fue publicada el 24/02/17, por conducto del art. 5 del Código Civil y Comercial, la misma entró en vigencia el 05/03/17.----------

------Pues, cabe recordar que la ley 27.348 dispone en su art. 20 que "*La modificación prevista al artículo 12 de la ley 24.557 y sus modificatorias, se aplicará a las contingencias cuya primer manifestación invalidante resulte posterior a la entrada en vigencia de la presente ley".* ----------

-----Sobre el particular, es criterio jurisprudencial que comparto que la fecha de la primera manifestación invalidante es el momento en que se determina que la dolencia discapacita o invalida al trabajador y le impide continuar con sus tareas laborales habituales, precisamente por su característica de "invalidante" (SCJ, Mendoza; 10/08/2017; Rubinzal Online; 13-03938837-9/1 RC J 9210/17).----------

------Es decir, la primera manifestación invalidante es el momento en que se exhibe la minusvalía o incapacidad por vez primera, sin perjuicio de la consolidación como permanente al determinarse la incapacidad laboral mediante la correspondiente pericia médica. ----------

-----De modo tal que el término "invalidante" empleado por la ley, alude o refiere a invalidez, incapacidad, minusvalía y no a cualquier grado de dolencia, patología o enfermedad.----------

------Ello en razón de que las importantes consecuencias que la ley impone a la primera manifestación invalidante, exigen determinar el momento en que se produce la misma, con el suficiente grado de objetividad y certeza que no dé lugar a duda.----------

---Así, se ha señalado que con independencia del momento del hecho generador de la incapacidad, sea accidente o enfermedad, habrá que estar a la expresión clínica de la dolencia que motiva la actuación del sistema. Es de esperar que se debata administrativa y judicialmente acerca de la real expresión de la primera evidencia invalidante, derivándola a la apreciación técnica o médica y a las circunstancias de hecho que puedan suscitarse. Cuando se trata de enfermedades profesionales, la revelación concreta de la incapacidad depende de la apreciación médica del profesional que atiende al trabajador, sea personal o de la ART. Por supuesto que las primeras expresiones clínicas sobre la real existencia de la enfermedad son relativas si no hay determinación concreta. Sólo el dictamen de expertos puede determinar el comienzo de aplicación de la nueva pauta de la LRT en estos casos (conf. César Arese, en Mario E. Ackerman – Valentín Rubio, Directores, "Revista de Derecho Laboral 2010-1: Ley de Riesgos del Trabajo – III", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 405). ----------

------Bajo tales premisas, cobra trascendental importancia la determinación del momento en que se produjo la primera manifestación invalidante que aqueja al actor a fin de dilucidar si corresponde la aplicación de la modificación introducida por el art. 11 de la ley 27.348 al art. 12 de la LRT en lo que respecta al cálculo del IBM en la especie, lo que -indefectiblemente- influirá en el monto definitivo de la indemnización que le corresponde al trabajador a calcularse conforme el art. 14, ap. 2 b, de la LRT. ----------

------A tal efecto, corresponde examinar las constancias obrantes en la causa a fin de establecer si resultan concordantes con el razonamiento expuesto por el juez *a quo* referido a que el hecho agudo denunciado ocurrió en el mes de marzo del año 2017 y, por lo tanto, la cuestión queda bajo la órbita de la ley 27.348. ----------

-----Al respecto, tenemos que en el libelo de inicio el actor manifestó que desde agosto de 2016 comenzó a sentir una disminución auditiva que lo obligó a recurrir a un especialista y luego de los pertinentes estudios médicos se le determinó una hipoacusia que requería el uso de audífonos para lograr desenvolverse en la vida social y cotidiana. Señaló que a partir de esos estudios y lo manifestado por los galenos tratantes tomó acabado conocimiento de la patología que lo aquejaba y de la etiología laboral de la misma. Expuso que a partir de tal conocimiento solicitó a su empleadora en reiteradas oportunidades que se notifique a la ART su estado de salud, y ante la reticencia de la empresa no le quedó otra alternativa que denunciar su enfermedad a la ART demandada mediante la carta documento de fecha 28/03/2017 que en copia acompañó (ver escrito de demanda, pto. V. 5.2, fs. 5vta./6). ----------

------En tal sentido, de la documental reservada acompañada por el actor (ver escrito de demanda, pto. IX. A, fs. 23vta.), surge que mediante el certificado médico obrante a fs. 4/5 de fecha 06/10/2016 suscripto por el Dr. M. A. C., se diagnosticó al Sr. F. “hipoacusia neurosensorial moderada de oído izquierdo y anacusia de oído derecho”. Asimismo, a fs. 2 y 8 se acompañaron los exámenes médicos pertinentes que avalan tal diagnóstico con fecha 13/09/2016 y 10/02/2017, respectivamente. Por último, de los demás certificados médicos obrantes a fs. 3, 6 y 7 de fecha 26/09/2016 y 18/01/2017 surge la indicación de los galenos tratantes al actor para el uso de audífonos. ----------

-------Sumado a ello, se puede observar que a fs. 9 de la mencionada documentación reservada, obra copia del certificado de discapacidad expedido por la Secretaría de Salud de la Provincia del C. con fecha de emisión del día 21/12/2016 a nombre del actor de donde surge que el diagnóstico por el que se expide es “hipoacusia neurosensorial, bilateral”. Es dable destacar que el Sr. F. hizo referencia al mismo en su demanda al indicar que “presenta hoy un daño auditivo con secuelas y limitación funcional que le generaron una real incapacidad, condorme da cuenta el Certificado de Discapacidad que también en copia se acompaña a la presente” (Sic) (ver fs. 6vta., 8º párrafo). ----------

---

------Además, en la carta documento N° 28290035 –ver documental reservada, fs. 1– de fecha 28/03/2017 remitida por el actor a la ART demandada a fin de notificar fehacientemente de su patología, el Sr. F. expresa que “desde hace unos meses atrás

he comenzado a experimentar una disminución auditiva…” (Sic) y reseña una serie de consecuencias que le causan la patología de la que adolece, por lo que en tal comunicación el trabajador dejó asentado que tenía conocimiento de la enfermedad que lo aquejaba y de las consecuencias perjudiciales que la misma le ocasionaba en su vida cotidiana y laboral. ----------

-------Finalmente, de la pericia médica obrante a fs. 86/87vta. surge que sobre el hecho denunciado el actor ratificó lo narrado en la demanda (ver fs. 86, segundo párrafo) y se le determinó una hipoacusia inducida por ruido (de origen laboral) en el oído izquierdo y una hipoacusia mixta (enfermedad inculpable) en el oído derecho, con una incapacidad total del 1% (ver cuadro de fs. 86vta. y fs. 87, respuesta al primer punto de pericia).------

------De tal modo, del análisis de las manifestaciones vertidas por el actor en su escrito de demanda, la prueba documental acompañada a la misma y la pericia médica realizada, es posible concluir que, a pesar de que la notificación a la ART demandada se cursó en fecha 28 de marzo de 2017 mediante CD N° 28290035, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.348, el cabal conocimiento por parte del trabajador de la enfermedad incapacitante de que adolece se produjo en virtud del diagnóstico informado por el Dr. C. mediante el certificado médico de fecha 06 de octubre de 2016 y los correspondientes estudios médicos realizados, tal y como expresamente lo expresó el actor en el libelo de inicio. ----------

-------Ello así, como se advierte del análisis efectuado, la totalidad de la documentación acompañada por el actor a fin de acreditar la dolencia que padece y que da sustento a su pretensión -con excepción de la carta documento dirigida a la ART demandada- es de fecha anterior al día 5 de marzo de 2017 en que entró en vigencia la ley 27.348. Sin perjuicio de que, a fs. 5vta. el actor efectúa el cálculo del IBM que le corresponde, mediante el cuadro ilustrativo que allí se observa, teniendo en consideración los haberes percibidos durante el año anterior al mes de marzo de 2017 –de los que acompaña copia a fs. 10/22 de la documental reservada–, es decir, entendiendo como fecha de la primera manifestación invalidante el día en que se notificó a la demandada de la patología mediante la misiva aludida. A lo que cabe agregar que a fs. 100/104vta. solicitó que atento a la fecha de la primera manifestación incapacitante, se aplique la modificación introducida por la ley 27.348 al art. 12 de la LRT o, en su defecto, se declare la inconstitucionalidad de este último, en su anterior redacción, a los fines del cálculo del VIBM que le corresponde.----------

-------En consecuencia, si se tiene en consideración que la primera manifestación invalidante se produce cuando por primera vez se expresa la patología del damnificado como invalidante o incapacitante a través de la certificación de un médico, en base a las constancias de la causa, no cabe más que concluir que el certificado obrante a fs. 4/5 de la documental reservada del 06/10/2016 expedido por el médico especialista es el que fijó la fecha de la primera manifestación invalidante, ya que es el diagnóstico allí informado por el galeno el que marca el momento en que objetivamente y con certeza se exterioriza que la dolencia padecida por el actor es incapacitante, dejando a salvo que

luego se confirmó la etiología laboral de la misma y el porcentaje de incapacidad a través del dictamen del perito de la causa. ----------

-------De manera tal que el presupuesto establecido por la ley 27.348 a los fines de la aplicación de la modificación prevista al art. 12 de la LRT, esto es, que la primera manifestación invalidante de la contingencia resulte posterior a la entrada en vigencia de la ley 27.348, no se encuentra cumplido en la especie y, por lo tanto, no resulta acertado el razonamiento efectuado por el juez de grado referido a que se deben contemplar las reformas introducidas por el art. 11 de la ley 27.348 al art. 12 de la LRT a los fines del cálculo del IBM a considerar para el cómputo de las indemnizaciones conforme las pautas del art. 14, ap. 2 b, de la ley 24.557.----------

-------Es que, a pesar de que el actor en el libelo de inicio refiere haber tomado acabado conocimiento de la patología que lo incapacita a través de los estudios realizados y lo manifestado por los galenos tratantes con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.348, esto es, durante el año 2016, lo cierto es que el sentenciante razonó que el hecho agudo se produjo en el mes de marzo de 2017 sin aportar una fundamentación que justifique su postura ni hacer referencia a las propias manifestaciones del actor ni a la documentación aportada que dan cuenta de que la primera manifestación invalidante se produjo en fecha 06/10/2016. ----------

-------Por todo lo expuesto, corresponde acoger el agravio planteado por la demandada dado que la primera manifestación invalidante se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27348. ----------

------2) Ahora bien, sentado lo anterior cabe recordar que la actora solicitó la inconstitucionalidad del art. 12 en su texto anterior a la reforma de la ley 27348 (ver fs. 13/vta., pto. VI.1; y fs. 100/104vta.). Es así que corresponde examinar dicho planteo. Es que debe tenerse en cuenta que la doctrina de la apelación implícita deviene aplicable en casos en que, revocándose parcialmente el fallo recurrido, se deben tratar aspectos sobre los que no hubo pronunciamiento alguno, siendo un mecanismo equilibrador de la igualdad de las partes y protector de la defensa en juicio, de acuerdo al cual, la Alzada, si bien ha de ceñirse al punto objetado con el recurso, al considerarlo, tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia le asistían al órgano de primera instancia, correspondiéndole pues ocuparse de las argumentaciones planteadas tanto al demandar la parte actora, como también las defensivas opuestas por la demandada al contestar la acción, merced a que la sentencia no ingresó a considerar (conf. doct. Art. 277 del CPCC; esta Cámara, c. 11.357, SDL 88/95; c. 11.827, SDL 16/96; c. 11.836, SDL 28/96; c. 12.023, SDC 18/96, entre otros; ídem Morillo-Sosa-Berizonce, en “Códigos Procesales...”, Ed. Platense, 2da. ed., año 1988, Tº III, págs. 111 y jurisp. Cit. en págs. 406/407 y 418/419; conf. SCBA, Ac. y Sent. 1985-I-142; CN. Civ., Sala A, LL, 1985-E-195; id. Palacio, Lino E., en “Derecho Procesal Civil”, Ed. Abeledo-Perrot, ed. año 1975, Tº V-465; Loutayf Ranea, Roberto: “El recurso de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, ed. año 1989, Tº I, págs. 78/79). ----------

------Dicho lo anterior, sobre los planteos de inconstitucionalidad en general, y en

particular del art. 12 de la ley 24557, he sostenido en diversos antecedentes 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 de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”* (conf. Bidart Campos, Germán José: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, 1994, T° 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: M. 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, entre otros. ----------

------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 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 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 A. 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, J., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº IV, págs. 443/444). ----------

--------En consecuencia, la inconstitucionalidad pretendida resulta procedente en caso de que exista una diferencia entre los valores del IBM calculado sin el reajuste del RIPTE (conf. ley 24557) y con dicho reajuste (conf. ley 27348) de más del 33%. Y si bien en la especie no se cuenta con el total de los haberes anteriores en doce meses a octubre de 2016, fecha de la manifestación de la contingencia invalidante, la actora al plantear la inconstitucionalidad en cuestión no invocó dicha diferencia de valores (ver 13/vta., pto. VI, 1; y fs. 100/104 vta.). Y la demandada sí efectuó la comparación entre ambos valores de IBM al expresar agravios, destacando que sin el reajuste del RIPTE asciende a $26.850,90 y con el reajuste a $30.753,59 (ver fs. 122, 4to. párrafo), lo que evidencia que no se alcanza la diferencia del 33% arriba apuntado, y sobre lo cual nada contestó la actora (ver traslado de fs. 123). ----------

-------En consecuencia, de todo lo razonado es que habré de postular el rechazo de la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24557 planteada por la actora. Es así que propongo dejar sin efecto la aplicación de la modificación introducida por el art. 11 de la ley 27.348 al art. 12 de la LRT en lo que refiere a la actualización por índice RIPTE de los salarios considerados a los fines del cálculo del IBM y determinar que el cálculo del IBM correspondiente al actor deba efectuarse conforme las pautas dispuestas por el art. 12 de la ley 24.557, en su anterior redacción, tomando en consideración las remuneraciones devengadas por el trabajador durante los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, esto es, al día 06/10/2016. Para ello, se deberán acompañar las constancias correspondientes faltantes en la etapa de ejecución de sentencia, esto es, los recibos de haberes del actor de los meses de octubre de 2015 a febrero de 2016 a efectos de efectuar el correcto cálculo del IBM, teniendo en consideración que los recibos acompañados por el accionante se remontan hasta el mes de marzo de 2016.----------

-------3) Atento a que se propicia revocar parcialmente el fallo apelado deviene abstracto pronunciarse sobre el segundo agravio de la demandada referido a la imposición de costas y la apelación de honorarios de los letrados del actor obrante a fs. 118/119vta., dado que procede la readecuación prevista en el art. 282 del CPCC.----------

-------III.- En virtud de todo lo razonado, corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada para rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24557,

dejar sin efecto la aplicación de la modificación introducida por el art. 11 de la ley 27.348 al art. 12 de la LRT en lo que refiere a la actualización por índice RIPTE de los salarios considerados a los efectos del cálculo del IBM, y determinar que el cálculo del IBM correspondiente al actor debe efectuarse conforme las pautas dispuestas por el art. 12 de la ley 24.557, en su anterior redacción, tomando en consideración las remuneraciones devengadas por el trabajador durante los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, esto es, al día 06/10/2016, para lo cual, se deberán acompañar las constancias correspondientes faltantes en la etapa de ejecución de sentencia, esto es, los recibos de haberes del actor de los meses de octubre de 2015 a febrero de 2016 a fin de efectuar el correcto cálculo del IBM. ----------

-----Dada la revocatoria parcial que se propicia y teniendo en consideración que la actora acusó un porcentaje de incapacidad del 30,6% (ver fs. 08 vta., 3er. párrafo y fs. 23, pto. VII, 1er. párrafo), y que mediante la pericia médica producida en los presentes autos se determinó una incapacidad total del 1% (ver fs. 86 vta.), resulta claro que el porcentaje denunciado por el trabajador resulta por demás superior al determinado, lo que necesariamente influye en el monto definitivo de la indemnización que le corresponde. Es así que se deben readecuar las costas y los honorarios de la instancia anterior de acuerdo a lo dispuesto por el art. 282 del CPCC, amén de que ello resulta procedente por haberse desestimado el planteo de inconstitucionalidad de la actora. ----------

------Sobre lo primero, atento a que la actora ha resultado vencida en cuanto al reajuste de los haberes para el cálculo del IBM mediante el índice RIPTE conforme lo dispuesto por el art. 11 de la ley 27.348 -modificatorio del art. 12 LRT- y que, además, se determinó una incapacidad del actor muy por debajo de la acusada en demanda, encuentro apropiado imponer las costas de primera instancia por su orden, por cuanto dicha distribución refleja adecuadamente el vencimiento parcial y mutuo entre las partes (conf. art. 72 del CPCC).----------

------Al respecto, se ha sostenido que el hecho de que la acción no haya prosperado en toda su extensión, no justifica la liberación de costas a quien no se allanó ni parcialmente, y obligó a litigar al acreedor para obtener el reconocimiento de su derecho (conf. Cám. 1era. Apel. Bahía Blanca, DJBA, v. 83, p. 177; LL, 130-769, 17-412-S). Consecuentemente, el que ha sido condenado, aunque fuese en medida inferior a la pretendida por el accionante, reviste el carácter de vencido (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, V. II, p. 62; DJBA, v. 81, p. 521; Cám. 2da., Sala III, La Plata, causa 90.807, reg. sent. 157/58, DJBA, v. 55, p. 97; Cám. 1era. Apel. Mercedes, LL, 72-124). Es que no se pierde así la calidad de vencida, por el hecho de que la accionada hubiera sido condenada por una cantidad menor de la que fuera objeto de la pretensión (conf. SCBA, DJBA, v. 95, p. 169). En el mismo sentido se ha decidido que la noción de vencido (la cual indica que debe soportar las costas) ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues, aunque el pedido fuera exagerado

cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la demandada pagado aquello procedente (conf. CN. Com., Sala D, 30/7/82, LL, 1982-D-465). ----------De lo expuesto hasta aquí entiendo que la disminución del monto acogido no implica que no se cargue la totalidad de las costas al condenado en la pretensión principal. Al respecto se sostuvo que el carácter de vencido en costas se configura, para el demandado, si la demanda prospera, aunque lo sea en mínima parte en cuanto al monto; si la actora triunfó en todas las cuestiones litigiosas. Ello así, aunque el actor estimara su reclamación en una suma superior a la que correspondía, pero demandando el importe que resultara -en más o en menos- de las constancias del juicio (conf. SCBA, 26/2/80, DJBA, 118-133 y RepLL, XL-627, sum. 8; íd., 9/12/80, ac. 29.540, “Doctrina de los Fallos”, dic. 1980, nº 71; íd., 6/5/80, ac. 28.931, “Doctrina de los Fallos”, may. 1980, nº 89).----------No obstante lo anterior, dado que se acogió el primer agravio de la recurrente, se rechazó la aplicación de la modificación dispuesta por el art. 11 de la ley 27.348 al art. 12 de la LRT en lo que respecta a la aplicación del índice RIPTE para calcular el IBM, lo cual también derivó de la desestimación del planteo de inconstitucionalidad de la accionante. A lo precedente cabe añadir, la notable desproporción que surge entre el porcentaje de incapacidad reclamado en demanda -30,6%- y el que, en definitiva, se determinó mediante la pericia médica producida en autos -1%-, lo que irreparablemente influye en el monto definitivo de la indemnización que le corresponde al actor. ----------En tal sentido, se sostuvo que la condenación de la demandada al pago de los gastos causídicos ha de ser proporcionada en general a la medida del progreso de la acción (conf. CN. Com., Sala A, 14/3/68, LL, 132-179 y 290; ídem, Sala D, 31/10/69, JA, 1970, v. 5, p. 276, L, 138-930, 23.590-S). No obstante, ello, debe recordarse que para determinar la noción de vencido debe aplicarse una visión global del juicio y no reducirse a un análisis aritmético de las pretensiones y resultados (conf. CN. Com., Sala C, 13/7/90, LL, 1990-E-283). En el mismo sentido se consideró que para la imposición de las costas lo que vale es la razón o la sinrazón de las respectivas posiciones que el magistrado extrae de lo expuesto y probado en el pleito. Él está autorizado a dar al complejo de hechos relatados por los desavenidos, un encuadre jurídico distinto del que éstos perciben, en atención a la fórmula da mihi factum, dabo tibi ius (conf. Sentís Melendo, Iura novit curia, en Revista derecho procesal 1947, 2da. parte, págs. 208 y sigtes.; C. 1era., Sala III, La Plata, causa 178.895, reg. sent. 186/80, entre otras). También se sostuvo que para establecer el carácter de vencido en una contienda judicial no es admisible parcelizar el litigio con relación a los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global del resultado de la controversia (conf. SCBA, DJBA v. 100, pág. 130; LL, 152-140. Y en similar orden de ideas, el máximo tribunal provincial, decidió que es dable discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. STJCH, in re: “C. L. c/ Pcia. del C.”, SD 07/91 y “C. de R. c/ C. C. y otro”, SD 03/93).----------De acuerdo a todo lo expuesto, en el análisis global del pleito, es que corresponde

readecuar las costas de primera instancia (conf. art. 282 del CPCC), para imponerlas en el orden causado, imposición que refleja adecuadamente el vencimiento parcial y mutuo entre las partes (conf. art. 72 del CPCC, según remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1).----------

--------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, resulta procedente elevar los emolumentos de los letrados apoderados de la demandada, Dres. V. P. y D. A. T., en conjunto, en un 15% sobre el monto total de condena (conf. arts. 5, 6, 7, 8, 9, 18, 38 y 46 de la ley XIII N° 4); y con más el IVA correspondiente. Asimismo, encuentro ajustado a derecho lo regulado al perito médico en la suma de $6.000. Por último, no corresponde fijar honorarios a los Dres. S. E. P. y M. E. M., letrados apoderado y patrocinante de la actora, dado el pacto de cuota litis obrante a fs. 03 y homologado a fs. 28vta. (conf. art. 4 de la ley arancelaria).

--------En cuanto a las costas de esta sede, dado que ha prosperado la queja principal de la recurrente, lo que conlleva a revocar parcialmente el fallo en crisis, y el segundo agravio fue declarado abstracto en virtud de la readecuación dispuesta por el art. 282 CPCC, corresponde imponerlas a la actora vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (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 la letrada apoderada de la accionada, Dra. V. P., en un 4,5% 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). ---

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

------**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 parte demandada a fs. 117, que fuera concedido a fs. 120, primer párrafo, contra la sentencia definitiva dictada a fs. 112/115 y vta. que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 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 asimismo hizo lugar en todas sus partes a la demanda entablada por el Sr. J. A. F. en contra de F. P. S. S.A. y condenó a esta última a que abone en el término de 10 días desde el momento en que se determine la prestación dineraria en la etapa de ejecución de sentencia, el importe que arroje la misma para lo cual dispuso que se tomará un IBM de $30.753,59 conforme los cálculos de la manera determinada en el considerando respectivo, con los intereses allí estipulados, y con imposición de costas a la demandada vencida. ----------

------Asimismo, los Dres. M. E. M. y S. P., por derecho propio, apelaron a fs. 118/119 los

honorarios regulados a su favor por considerarlos bajos, recurso concedido a fs. 120/vta.----------Los agravios vertidos por la accionada lucen a fs. 121/122 y vta., el traslado conferido a fs. 123 no fue contestado por su contraria, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual, y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar. ----------2. En su primer agravio la apelante señala que la primera manifestación invalidante de la patología que aqueja al actor se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.348 por lo que cuestiona la aplicación de la mencionada norma al caso de autos en lo que refiere a la actualización por el índice RIPTE de las remuneraciones a considerar para el cálculo del IBM. Indica que el actor tomó acabado conocimiento de la patología y su etiología laboral en el mes de septiembre u octubre de 2016 y que el sentenciante arbitrariamente consideró como fecha de la primera manifestación invalidante el día en que el actor envió la carta documento a su parte a fin de notificar fehacientemente la enfermedad laboral, esto es, el 28/03/2017. ----------Al respecto, el juez *a quo* sostuvo a fs. 114 vta., dos primeros párrafos, que: ***En consideración a que el hecho agudo denunciado ocurrió en el mes de marzo del año 2017 la cuestión queda bajo la órbita de la ley 27.348, esta y no otra es la legislación que corresponde aplicar al caso. En autos la parte actora efectúa el reclamo claramente en el marco de las disposiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo, realizando los cálculos para determinar la prestación dineraria sin tomar la modificación introducida al art. 12 de la ley 24.557 por la ley 27.348, de tal manera vale señalar que correspondiendo aplicar la modificación introducida por el art. 11 los cálculos serán realizados en un todo de acuerdo a la ley vigente.***----------Ello así, en primer lugar, corresponde señalar que en cuanto a las normas sustanciales, la única disposición específica de derecho transitorio que contiene la ley 27.348 se halla en su art. 20, que establece que *“la modificación prevista al art. 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”.* Siendo que la ley 27.348 ha entrado en vigencia el 5 de marzo de 2017, el nuevo texto del art. 12 de la *LRT* (que modifica el cálculo del ingreso base y dicta en torno al cómputo de intereses) se aplicaría a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjera a partir de esa fecha, sin perjuicio de los argumentos que permiten alcanzar con la nueva regla a los sistemas pendientes de reparación. …Fuera del art. 12 de la ley 24.557 (texto según art. 11, ley 27.348), el resto de las normas quedan sujetas en su aplicación temporal al régimen general de derecho transitorio. Operan entonces las directrices del art. 7° del *CCCN,* en el marco especial tuitivo que les otorga la materia donde juegan (derecho de daños laborales) (Formaro, J. J., “Reformas al Régimen de Riesgos del Trabajo”, Editorial Hammnurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 71). ----------

------En tales condiciones, se observa que el magistrado entendió que la primera manifestación invalidante se produjo con el reclamo efectuado por el actor a la ART

demandada mediante la carta documento de fecha 28/03/2017, y por ello concluyó que correspondía la aplicación de la modificación al art. 12 de la ley 24.557, introducida por el art. 11 de la ley 27.348, a los fines del cálculo del IBM pertinente.----------

------De tal modo, resulta necesario determinar que se entiende como “primera manifestación invalidante” a fin de dilucidar si corresponde la aplicación de la aludida modificación para el cálculo del IBM del actor en el presente caso. ----------

-------En tal sentido, se ha señalado que esta expresión se entiende de diversidad de formas, según los casos. Se la reduce a la primera imposibilidad de prestar servicios aunque la experiencia médica y personal convierte, en muchos casos, la expresión en una categoría difusa, especialmente en el caso de las enfermedades profesionales, enfermedades accidentes y reagravamientos (Arese, César, “Nueva determinación de capital, ajustes e intereses de las prestaciones dinerarias de la ley sobre riesgos del trabajo”, en Ackerman, Mario E., Director, “Revista de Derecho Laboral 2017-Número extraordinario: Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, pág. 355). ----------

-------De tal modo, el resarcimiento de la incapacidad requiere su conocimiento, que se expresa a través de la limitación productiva, así como también que ello sea presumiblemente consecuencia de la prestación de tareas, siendo tales presupuestos junto a su carácter permanente- los que habilitan el ejercicio de la acción y deciden la procedencia del reclamo. Ahora bien, la primera manifestación es un concepto que debe atender a las particularidades del caso y de la enfermedad padecida, motivo por el cual el inicio de la exteriorización de una minusvalía en algunos casos puede identificarse exactamente con un momento, mientras que en otros no ocurrirá, por tratarse de un proceso desarrollado a lo largo del tiempo. En realidad, es el perito médico quien debe precisar la fecha en la que la patología se vuelve invalidante y el sentenciante situar dicho momento histórico dentro de un contexto, ya sea durante la vigencia del contrato de trabajo o con posterioridad a la extinción del vínculo, siempre que exista causa laboral. Normativamente, la regla es que la primera aparición de la minusvalía se identifica con el impedimento para prestar servicios como consecuencia del siniestro o enfermedad profesional [premisa sentada por el art. 13, inc. 1), LRT] (Trib. Sup. Just. Córdoba - Sala Laboral, in re: “Salgado, M. Rosa c/ Provincia ART SA s/ordinario – accidente (ley de riesgos) - recurso de casación”, 08/10/2018, Cita digital EOLJU186760A). ----------

--------Bajo tales premisas, coincido con el Dr. De Cunto en que el término “invalidante” empleado por la ley refiere a la invalidez, incapacidad, minusvalía que afecte al trabajador y no a cualquier grado de dolencia, patología o enfermedad. ----------

-------Razón por la cual, la “primera manifestación invalidante” no necesariamente significa o coincide con la primera vez en que se exteriorizó la patología, ya que una patología, dolencia o enfermedad, no necesariamente es o puede ser “invalidante”. ----------

------Aunque también es cierto que, si por las características de las dolencias no resulta posible implementar ningún tratamiento para mejorar o revertir la situación o que, a pesar de los tratamientos aplicados, dicha patología, dolencia o enfermedad persistió sin

mejoría, y ante ausencia de otra prueba, es razonable concluir que la misma era invalidante (Cámara del Trabajo de Mendoza, 22/11/2013, Cita: MJ-JU-M-83758-AR | MJJ83758 | MJJ83758).----------

------Por lo tanto, lo dirimente en la especie será la determinación de dos cuestiones relevantes: la primera manifestación invalidante y la definitividad de la patología que afecta al actor. ----------

-------En tal sentido, de las constancias del presente proceso surge que el actor señaló que: **Pero con motivo de las tareas que el Sr. F. realizó desde hace veintidós (22) años en el Sector de Máquinas de la empresa textil UNILAN contrajo una verdadera enfermedad profesional de la que recientemente tomó conocimiento y que le genera una seria y severa incapacidad laboral que tiene y debe ser reconocida**. Cabe señalar que desde agosto de 2016 el Sr. F. comienza a sentir una verdadera disminución auditiva que lo obligó a recurrir a especialistas a través de su Obra Social en el absoluto desconocimiento de la real causa de su patología. Conforme se desprende del legajo de historia clínica que en copia se acompaña nuestro mandante fue sometido a estudios que determinaron una severa hipoacusia que requiere inevitablemente del uso de audífonos para lograr desenvolverse en la vida social y cotidiana. **Cabe señalar que recién a partir de estos estudios y de lo manifestado por los galenos tratantes, el Sr. F. tomó acabado conocimiento de la etiología laboral de su patología, habida cuenta que sin duda –como le manifestaron los galenos–, la exposición auditiva ininterrumpida durante más de veinte años, excediendo la dosis de ruido diaria, es decir, la energía sonora total que se puede recibir durante la jornada laboral, le generó el daño auditivo que hoy presenta, su anacusia e hipoacusia sensorial**. Adviértase que, a partir de dicho conocimiento, nuestro mandante solicitó a su empleadora en reiteradas oportunidades que se ponga en conocimiento de la ART su estado de salud, más aún cuando su Obra Social le negaba los audífonos indicados por los galenos tratantes conforme dan cuenta los certificados médicos que en copia se acompañan. Pero transcurrieron los meses y ante la reticencia de su empleadora, no quedó más alternativa al Sr. F. que proceder a denunciar su enfermedad personalmente a través de la Carta Documento de fecha 28/3/17 que también en copia acompañamos" (ver escrito de demanda, p. V. 5.2, "**La Enfermedad Profesional. Toma de conocimiento**", fs. 5 vta./6). ----------

--------De tal modo se observa que el actor manifestó haber tomado acabado conocimiento de la patología que lo aquejaba y su etiología laboral a través de los estudios médicos realizados y lo manifestado por los galenos tratantes.----------

--------Es así que, teniendo a la vista la documental reservada en la presente causa, se puede observar que a fs. 4/5 obra fotocopia del certificado médico expedido por el Dr. M. A. C., de fecha 06 de octubre de 2016, en el que se expresa *"F. J. DNI X Paciente de 50 años que padece hipoacusia neurosensorial moderada de oído izquierdo y anacusia de oído derecho de origen desconocido. Tiene disminución de la discriminación auditiva por tener presunta dificultad en la comunicación verbal"*. Además, de los certificados

médicos de fs. 3, 6 y 7, de fechas 26/09/2016, 06/10/2016 y 18/01/2017, surge que se le prescribió al actor el uso de audífonos; a lo que se suma que a fs. 2 y 8 se encuentran agregadas dos audiometrías realizadas el 13/09/2016 y el 10/02/2017 que dan sustento al diagnóstico consignado por el Dr. C. ----------

-------Por otra parte, en lo que refiere a la misiva por la cual el actor puso en conocimiento a la ART demandada de la patología que adolecía, esto es, la carta documento CD X, formulario N° 28290035 del 28 de marzo de 2017 (obrante a fs. 1 de la documental reservada) es dable poner de resalto que el trabajador en esa misiva expresó que: "… *Desde hace unos meses atrás he comenzado a experimentar una disminución auditiva, cada vez más severa, esto me causa una afectación en el desarrollo de mis actividades cotidianas; ya que además de la disminución de la audición e incompleta discriminación de las palabras, me veo afectado también en la percepción del entorno físico y ubicación corporal en el espacio, que me lleva, inevitablemente, a no percibir el origen y dirección los objetos que me circundan y señales sonoras que alerten un situación peligrosa, por ejemplo. Por último, también mencionar la incomunicación familiar, laboral y social cotidiana, ya que es muy dificultoso, mantener una conversación fluida, clara y coherente. Por lo expuesto, denuncio ante esta ART, que actualmente sufro de disminución auditiva producto de la permanencia por más de 20 años en las condiciones laborales antes expuestas."* ----------

------Con ello queda de manifiesto que el actor tenía conocimiento de la enfermedad que padecía y de su etiología laboral, así como de las diversas consecuencias que ella le causaba, con anterioridad a la notificación fehaciente efectuada a la demandada. --------

------Cabe agregar que en el escrito de demanda se señaló que: *"***Así las cosas, a partir de la realización de los estudios indicados por los galenos tratantes y practicados luego por su Obra Social –audiometrías– el Sr. F. toma acabado conocimiento de la etiología laboral resultando en el diagnóstico una Anacusia e Hipoacusia severa que le impide realmente relacionarse y le modificó la vida en todo sentido. Nuestro mandante presenta hoy un daño auditivo con secuelas y limitación funcional que le generaron una real incapacidad, conforme da cuenta el Certificado de Discapacidad que también en copia se acompaña a la presente***"** (ver escrito de demanda, p. V. 5.2, "La Enfermedad Profesional. Toma de conocimiento", fs. 6 vta., séptimo y octavo párrafo). A todo evento agrego que a fs. 9 de la documental reservada se encuentra agregado el certificado de discapacidad N° ARG02-00017643967-20161221-20261221-CHU-171, a nombre del Sr. F., J. A., expedido por la Secretaría de Salud de la Provincia del C. de fecha 21/12/2016, en el que consta que el diagnóstico del actor es *"***Hipoacusia neurosensorial, bilateral***"*.----------

-------Por último, en la pericia médica de fs. 86/87 y vta. realizada por el Dr. J. O. J., se dejó constancia que: *"***Antecedentes relevantes para el caso**. Sobre el hecho denunciado ratifica lo narrado en demanda…*"* (ver fs. 86, segundo párrafo). Asimismo, en la mencionada experticia se determinó al actor una incapacidad total del 1% (ver cuadro de fs. 86vta.) a causa de la *"…***hipoacusia inducida por ruido (de origen**

laboral) en oído izquierdo y una hipoacusia mixta (enfermedad inculpable) en el derecho*”* (ver fs. 87, respuesta al punto de pericia “a)”). ----------

--------De las constancias analizadas se puede colegir que el actor tomó acabado conocimiento de la enfermedad invalidante que padece y su etiología laboral con el suficiente grado de objetividad y certeza desde que el Dr. C. le informó el diagnóstico de tal patología mediante el certificado médico de fecha 06/10/2016 (ver fs. 4/5 de la documental reservada). Y ese acabado conocimiento así lo expuso el actor en su escrito de demanda. Y a pesar de ello, el accionante efectuó el cálculo del IBM que le correspondía –mediante el cuadro de fs. 5/vta.– tomando en consideración los haberes devengados con anterioridad al mes de marzo de 2017, de los que acompañó copia (ver fs. 10/22 de la documental reservada), por lo que se deduce que, al igual que el sentenciante de grado, concibió como fecha de la primera manifestación invalidante la fecha en que notificó fehacientemente a la ART demandada mediante la misiva de fecha 28/03/2017. Circunstancia que posteriormente quedó en claro con el escrito de fs. 100/104 y vta. en el que el trabajador solicitó la aplicación de la modificación establecida por el art. 11 de la ley 27.348 al art. 12 de la LRT y, subsidiariamente, planteó la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, en su anterior redacción.

-------De tal manera, se puede afirmar que no resulta adecuado el razonamiento efectuado por el magistrado respecto a que el hecho agudo se produjo en el mes de marzo de 2017 y que por ello la cuestión quedaría bajo la órbita de la ley 27.348. ----------

-------Es que, si bien la patología fue notificada fehacientemente a la ART demandada el 28/03/2017 mediante la Carta Documento ya referida, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.348 (05/03/2017), lo cierto es que a los fines de ubicar el presupuesto fáctico previsto por la norma bajo análisis (art. 20 de la ley 27.348) resulta destacable un hito temporal que, en el devenir de las dolencias del actor, permite ubicar el momento de la definitividad a los fines del ejercicio de la acción y la determinación de la normativa aplicable.----------

-------Y ese momento, sin lugar a dudas, está dado en el caso por el certificado médico expedido por el Dr. C. de fecha 06 de octubre de 2016, en el que se informó el diagnóstico de la enfermedad incapacitante al actor. Ésta es la fecha en que se exteriorizó de manera objetiva y con la certeza suficiente la patología que incapacitó al accionante y le impidió continuar normalmente, como lo venía haciendo previamente, con sus tareas laborales habituales, es decir, la fecha en que se produjo la primera manifestación invalidante a la que refiere el art. 20 de la ley 27.348 y que, en definitiva, delimita la aplicación temporal de la modificación dispuesta por el art. 11 de la dicha norma al art. 12 de la ley 24.557. A todo evento, reitero lo expuesto en el sentido que ya al 21/12/2916 se le expidió al actor un certificado de discapacidad por hipoacusia neurosensorial bilateral.----------

--------Por tales razones, corresponde hacer lugar a este primer agravio por cuanto asiste razón a la recurrente en lo que respecta a que la primera manifestación invalidante en la especie tuvo lugar el día 06/10/2016 y, por lo tanto, no corresponde la aplicación de la modificación introducida por el art. 11 de la ley 27.348 a los fines del cálculo del IBM. ---

------3. Paso entonces al análisis del planteo de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, en su redacción original, formulado por el actor en demanda (ver p. VI.1, fs. 13/vta.), y que reiterara a fs. 100/104vta., ya que no pudo interponer recurso de apelación por resultar vencedor en la primera instancia en virtud del principio de la plena jurisdicción que comprende la apelación implícita. ----------

-------Así, ofrece una situación particular el supuesto de planteos, defensas, argumentos o motivos introducidos por el vencedor y que fueron rechazados por la sentencia de primera instancia o no considerados por tal decisión. …si bien el vencedor no podía apelar la sentencia, ello no significa que esas cuestiones rechazadas o no consideradas por la sentencia de grado hayan quedado definitivamente juzgadas o eliminadas del juicio. En conclusión, quedan implícitamente sometidas a la decisión del tribunal de segunda instancia en virtud del recurso interpuesto por la contraparte, todas aquellas cuestiones oportunamente planteadas por el vencedor que fueron rechazadas o no consideradas por la decisión en grado (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Editorial Astrea, 1989, vol. 1, par. 44, págs. 127/128). -

-------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 (M., 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 O. 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 *irrenunciable*s; 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 A. 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 –en su anterior redacción– y, en tal sentido, en virtud del progreso del primer agravio en donde se determinó que la fecha de la primera manifestación invalidante se produjo el 06/10/2016, no se cuenta en el caso bajo análisis con la totalidad de los recibos de haberes correspondientes a los doce meses anteriores a dicha primera manifestación invalidante.----------

-------Ahora bien, tal como puso de resalto el colega que me precede en la votación, la actora al plantear la inconstitucionalidad que se analiza no efectuó manifestación alguna respecto a la diferencia entre los montos resultantes del IBM calculado con el reajuste por índice RIPTE y sin tal reajuste. En cambio, sí lo hizo la ART demandada al expresar agravios y sostener a fs. 122, cuarto párrafo, que: *“Aplicando la ley 27.348 tenemos un VIBM de $30.753,59 y aplicando la ley 24.557 vigente al momento en que el actor tomó conocimiento de la primera manifestación invalidante y de la etiología laboral de la patología (Septiembre/Octubre de 2016), tenemos un VIBM de $26.850,90, tal como lo cuantifica la actora”*, debiendo tenerse en cuenta que nada dijo el actor al no haber contestado el traslado ordenado a fs. 123. ----------

------De tal modo, la diferencia respecto al monto de los salarios ajustados según el índice RIPTE y sin tal reajuste alcanzaría a un 12,70% por redondeo, porcentaje que influye en el monto definitivo de la indemnización que le corresponde al trabajador conforme la fórmula dispuesta en el art. 14, ap. 2b, de la ley 24.557.----------

------Ahora bien. Conforme a la doctrina sentada por la C.S.J.N., en los autos caratulados “Vizzoti, Carlos A. 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 rechazar el planteo del actor referido a la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, en su anterior redacción, a los fines del cálculo del IBM. ----------

-------En virtud de ello y teniendo en consideración el progreso del primer agravio,

propicio al Acuerdo revocar parcialmente el decisorio venido en apelación para dejar sin efecto la aplicación de la modificación establecida por el art. 11 de la ley 27.348 al art. 12 de la ley 24.557 en lo que refiere a la actualización por índice RIPTE de los salarios devengados por el actor durante los doce meses anteriores a la fecha de la primera manifestación invalidante para el cálculo del IBM.----------

------En consecuencia, dicho cálculo deberá efectuarse con las pautas dispuestas por el art. 12 de la ley 24.557 –en su anterior redacción– y teniendo en consideración los salarios devengados por el actor durante los doce meses anteriores al 06/10/2016, fecha en la que tomó conocimiento de la primera manifestación invalidante. En tal sentido, se deberán acompañar en la etapa de ejecución de sentencia los recibos de haberes del trabajador correspondientes a los meses de octubre de 2015 a febrero de 2016, puesto que los mismos no se encuentran agregados a la presente causa. ----------

------4. La revocatoria parcial que se propicia conduce a efectuar las adecuaciones previstas por el art. 282 del C.P.C.C. por lo que no será necesario ingresar al tratamiento del segundo agravio deducido por la demandada en materia de costas y tampoco al recurso de apelación deducido por los letrados del actor a fs. 118/119vta. en materia de honorarios. ----------

-------5. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para desestimar el planteo de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, en su redacción originaria, y asimismo para dejar sin efecto la aplicación de la modificación establecida por el art. 11 de la ley 27.348 al art. 12 de la ley 24.557 en lo que refiere a la actualización por índice RIPTE de los salarios devengados por el actor durante los doce meses anteriores a la fecha de la primera manifestación invalidante para el cálculo del IBM y disponer que dicho cálculo se efectúe con las pautas dispuestas por el art. 12 de la ley 24.557 –en su anterior redacción– teniendo en consideración las remuneraciones devengadas por el trabajador durante los doce meses anteriores al 06/10/2016, fecha de la primera manifestación invalidante, para lo cual, se deberán acompañar en la etapa de ejecución de sentencia los recibos de haberes del trabajador correspondientes a los meses de octubre de 2015 a febrero de 2016.----------

------La revocatoria que se propicia encuentra su razón en el rechazo del planteo de inconstitucionalidad efectuado por el actor, sumado a que en definitiva se determinó una incapacidad laborativa del 1% de la T.O. (ver pericia médica, cuadro de fs. 86vta.) pese a que en demanda se denunció una incapacidad del 30,6% de la T.O. (ver p. V.2, fs. 8vta. tercer párrafo y p. VII, fs. 23, primer párrafo), lo que denota una marcada desproporción entre tales porcentajes, por lo que corresponderá ponderar tales circunstancias al adecuar las costas y honorarios de primera instancia (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/ C. C. 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). ----------

--------Asimismo, se ha sostenido que en materia de eximición de costas el párr. 2° del art. 68 (hoy art. 69 del C.P.C.C.) importa una atenuación al principio general de que el vencido debe soportar las costas del juicio, y acuerda a los jueces un adecuado marco de arbitrio, que debe ser ponderado en cada caso particular y siempre que resulte justificada la exención. Pero también hay que aclarar que no es la sola creencia subjetiva del litigante sobre la razón probable para litigar lo que autoriza a la eximición de costas al vencido; deben existir elementos objetivos en la causa que razonablemente pudieron llevar al perdidoso a considerarse con derecho a litigar. Como dicen Fassi y Yañez, la razón fundada para litigar debe apoyarse en circunstancias fácticas o jurídicas que demuestren suficientemente la razonabilidad del derecho sostenido en el pleito (Loutayf Ranea, Roberto G., “Condena en costas en el proceso civil”, Astrea, 1998, par. 33 y 37, págs. 77 y 79/80). La eximición de costas es excepcional y de carácter restrictivo, y sólo ha de disponerse cuando existen motivos fundados, en virtud del principio objetivo de la derrota. La condena en costas es la regla y su dispensa la excepción, de modo que el apartamiento de tal principio sólo debe acordarse cuando medien razones fundadas, pues la exención debe aplicarse con criterio restrictivo. Entonces, sólo se debe eximir de costas sobre la base de circunstancias objetivas y muy fundadas, ya que de acordarse con laxitud la vencida resultaría ser en verdad una parcial vencedora, al imponer al triunfante el sacrificio patrimonial constituido por el costo de la defensa de quien se vio obligado a litigar. Es práctica corriente pretender fundamentar la eximición en la “índole de la cuestión” o “en el modo como se resuelve”. Es ello insuficiente; debe hacerse una concreta referencia a cuál es “la cuestión” y cuál es “el modo” que determina la exoneración, expresándose con claridad cuáles son las particularidades que determinan tal solución. Tampoco es suficiente invocar “la complejidad del tema propuesto”, ya que de existir ésta afectaría a ambas partes. La sola creencia subjetiva de la razón para litigar no es por sí suficiente para eximir del pago de las costas al perdidoso, pues es indudable

que -salvo hipótesis de actitudes maliciosas- todo aquel que somete una cuestión a los tribunales de justicia es porque cree tener la razón de su parte (Arazi y Rojas, obra y tomo citado, págs. 257/258 y 259, respectivamente). ----------

------Con tales pautas, 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 ajuste por el índice R.I.P.T.E. dispuesto por el art. 11 de la ley 27.348 y al planteo de inconstitucionalidad del art. 12 de la L.R.T., a lo que cabe agregar que la determinación de la incapacidad laborativa del trabajador efectuada mediante la pericia médica (1%) resultó muy inferior a la acusada en demanda (30,6%).----------

-------Por ello, estimo también adecuado propiciar al Acuerdo la imposición de las costas de primera instancia en el orden causado, 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 y asimismo a las etapas cumplidas, 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 regular los honorarios de los Dres. V. P. y D. A. T., en su calidad de letrados apoderados de la parte demandada, en forma conjunta, en un 15% sobre el monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia con más el I.V.A. que pudiera corresponder (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 18, 38 y 46 de la Ley XIII Nº 4), manteniendo los emolumentos del perito médico en la suma de $6.000, y sin regular honorarios a los Dres. S. E. P. y M. E. M., letrados apoderado y patrocinante del actor, atento al modo de imposición de las costas y existencia del pacto de cuota litis que obra a fs. 3 y fuera homologado a fs. 28 vta. (art. 4, segundo párrafo, de la Ley XIII Nº 4).----------

---------El éxito del primer agravio traído por la demandada y la innecesariedad de emitir pronunciamiento respecto a la segunda queja referida a la imposición de costas en virtud de las adecuaciones previstas por el art. 282 del C.P.C.C., 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 adecuados los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de la Dra. V. P., en su carácter de letrada apoderada de la demandada, en la cantidad equivalente al 4,5% del ya aludido monto de condena a determinarse 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. ----------

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

------**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 desestimar el planteo de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24557; dejar sin efecto la aplicación de la modificación introducida por el art. 11 de la ley 27.348 al art. 12 de la LRT en lo que refiere a la actualización por índice RIPTE de los salarios considerados a los efectos del cálculo del IBM; determinar que el cálculo del IBM correspondiente al actor deba efectuarse conforme las pautas dispuestas por el art. 12 de la ley 24.557, en su anterior redacción, tomando en consideración las remuneraciones devengadas por el trabajador durante los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, esto es, al día 06/10/2016, para lo cual, se deberán acompañar las constancias correspondientes faltantes en la etapa de ejecución de sentencia, esto es, los recibos de haberes del actor de los meses de octubre de 2015 a febrero de 2016.----------

------II.- Imponer, por readecuación, las costas de primera instancia, en el orden causado. ----------

------III.- Establecer por readecuación, los honorarios de grado de los Dres. V. P. y D. A. T., en conjunto, en un 15% sobre el monto total de condena y con más el IVA; manteniendo los honorarios regulados al perito médico y sin regulación a los letrados de la actora por existir pacto de cuota litis homologado.----------

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

-------V.- Regular los emolumentos por los trabajos realizados en esta instancia, a la Dra. V. P. en un 4,5% sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia y con más el IVA pertinente.----------

--------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 desestimar el planteo de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24557; dejar sin efecto la aplicación de la modificación introducida por el art. 11 de la ley 27.348 al art. 12 de la LRT en lo que refiere a la actualización por índice RIPTE de los salarios considerados a los efectos del cálculo del IBM; determinar que el cálculo del IBM correspondiente al actor deba efectuarse conforme las pautas dispuestas por el art. 12 de la ley 24.557, en su anterior redacción, tomando en consideración las remuneraciones devengadas por el trabajador durante los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, esto es, al día 06/10/2016, para lo cual, se deberán acompañar las constancias correspondientes

faltantes en la etapa de ejecución de sentencia, esto es, los recibos de haberes del actor de los meses de octubre de 2015 a febrero de 2016.----------

-------IMPONER, por readecuación, las costas de primera instancia, en el orden causado.----------

-------ESTABLECER por readecuación, los honorarios de grado de los Dres. V. P. y D. A. T., en conjunto, en un 15% sobre el monto total de condena y con más el IVA; manteniendo los honorarios regulados al perito médico y sin regulación a los letrados de la actora por existir pacto de cuota litis homologado.----------

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

-------REGULAR los emolumentos por los trabajos realizados en esta instancia, a la Dra. V. P. en un 4,5% sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia y con más el IVA pertinente. ----------

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

RAUL ADRIÁN VERGARA
JUEZ DE CÁMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DEL AÑO 2019 - SDL - CONSTE. ----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA