---- En la ciudad de Trelew, a los días del mes de junio del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo Fernando Peral y la presencia de las Sras. Juezas de Cámara Dras. Florencia Cordón Ferrando y Natalia Isabel Spoturno, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Q., H. A. c/ F. P. S. S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)” (Expte. 46 - Año 2019 CAT)** venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 147. Acto seguido se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? ----------

---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo: ----------

---- I. A fs. 127/137 el juez de primera instancia dictó sentencia declarando 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 la del art. 12 de la LRT, condenando a F. P. S. S.A. a que en el término de diez días abone al actor la suma de $261.882,67 con más la aplicación de los intereses determinados en el considerando respectivo, debiendo atender las prestaciones en especie que amerite la limitación que presenta el actor como consecuencia del accidente de autos. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. ----------

---- A fs. 138 la demandada apeló la sentencia definitiva y a fs. 140/143 expresó sus agravios. Corrido el pertinente traslado a fs. 144, la parte actora no los contestó. ---------

---- II. La demandada expresó, contra la sentencia de primera instancia, los agravios que trataré a continuación. ----------

---- II. a) Declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT: ----------

---- La sentencia de primera instancia declaró, en cuanto resulta relevante para resolver el presente agravio, la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT. Para decidir de este modo afirmó que dos inconstitucionalidades afectan la norma. Una es la relativa a que no manda a considerar para el cálculo del IBM las sumas catalogadas como “no remunerativas”. La otra, es que la fórmula que propone la norma para la determinación del IBM congela los salarios realizando un promedio de los mismos durante el año anterior al accidente, lo que se traduce en una devaluación del real significado económico del crédito indemnizatorio, teniendo en cuenta el período inflacionario en el que se halla inmerso nuestro país. Añade que de esos dos cuestionamientos se hizo cargo en primer término el Poder Ejecutivo con el dictado del decreto 54/2017, y luego el Congreso Nacional con el dictado de la ley 27.348. Afirma que los accidentes acaecidos con posterioridad a la ley 27.348 quedan en principio salvaguardados de la distorsión que implicaba la redacción originaria de la norma aplicada en el contexto actual, pero quedan sin una solución los infortunios ocurridos con anterioridad a dicha

ley y que se encuentran pendientes de reparación y respecto de los cuales se debe otorgar una solución justa. Sostiene que se da una discriminación peyorativa entre estos dos grupos de trabajadores, según hayan sufrido sus accidentes con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.348. De allí es que declara su inconstitucionalidad por ser contrario a las garantías establecidas en los arts. 14bis, 16, 17, 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Asimismo, refiere que, a la hora de elegir un mecanismo de ajuste para recomponer el valor de los créditos por accidentes de trabajo, adopta el criterio que la norma en la actual redacción establece. Aclara que no se efectúa una aplicación de la disposición legal de manera retroactiva, sino analógica pues, resulta razonable tomar las pautas o parámetros establecidos en la misma para determinar el IBM. Por ello, procede a efectuar los cálculos para determinar la prestación dineraria tomando la remuneración percibida por el actor en el año anterior al accidente, aplicando sobre la misma el índice RIPTE que corresponda al mes del infortunio y dividiéndolo por el del período a considerar. ----------

---- La demandada, frente a estos argumentos, manifiesta en su primer agravio que los fundamentos esgrimidos por el *a quo* para tachar de inconstitucional el art. 12 de la LRT son dogmáticos y generales, pues no los acredita en el caso concreto. Señala que si aplica la fórmula que surge del art. 12 de la ley 24.557 vigente al 18/03/16, considerando los haberes remunerativos del actor que surge de sus recibos de haberes, la indemnización total es de $209.828,16. Seguidamente añade que si contrapone dicho monto con el *quantum* de condena ($261.882,67), dicha indemnización no resulta confiscatoria conforme doctrina Vizzoti. Afirma que el *quantum* al que se arriba aplicando la ley 27.348 no supera el 33% que exige la doctrina de la Corte Suprema para admitir la inconstitucionalidad de la norma. Por otra parte, sostiene que conforme dicha jurisprudencia el *a quo* debió demostrar explícitamente que el art. 12 de la LRT vigente al momento del hecho “vulneraba” el derecho del trabajador y la norma se tornaba inconstitucional para el caso en particular. Finaliza su argumentación expresando que al estimarse incorrectamente el IBM se aumenta su obligación en más de $52.054,51, considerando tal aumento como injusto y arbitrario. Por ello, expresa que se vulnera su derecho patrimonial al no aplicarse el art. 12 de la LRT conforme su contenido al momento del hecho y, además, su derecho de defensa en juicio, ambos amparados por la Carta Magna. ----------

---- Ingresando al tratamiento del agravio adelanto que en mi opinión asiste razón a la parte demandada en su planteo por resultar aplicable al caso la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia en el caso “P.”. En dicho fallo, analizando la validez constitucional del artículo 12 de la Ley 24557 —si bien con relación al tope que surge de lo dispuesto en los arts. 9 de la ley 24.241 y 10 de la ley 26.417—, efectuó los cálculos a fin de determinar si había mediado en la especie verdaderamente una afección al derecho de propiedad del trabajador y concluyó afirmando que el porcentaje resultaba

"*en lejos inferior a la pauta brindada por la CSJN para descalificar por inconstitucional la base salarial prevista a los fines indemnizatorios (Fallos: 327:3677)" (voto del Dr. Vivas en Sentencia 21/SRE/2018).* En esta misma sentencia, el Dr. Panizzi sostuvo*: "acuerdo con el Dr. Vivas, que la falta de prueba del desajuste entre el daño padecido y la indemnización reconocida y consentida, la que fue calculada sobre la base de un IBM apenas un 10% superior al que resulta de aplicar la norma que sostengo rige el caso, obsta a la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la norma*". Y agregó el Ministro mencionado que "*no debe olvidarse que ya en 'Mill de Pereyra' (Fallos: 324:3219), la CSJN advirtió que el ejercicio de tal facultad solo puede considerarse autorizado en situaciones muy precisas. Dijo: '…debe tenerse en cuenta que su existencia no importa desconocer que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (Fallos: 306:303 citado, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 19). La declaración de inconstitucionalidad es —según conocida doctrina de este tribunal— una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 247:121 y sus citas) ...*'" (Voto del Dr. Panizzi en Sentencia 21/SRE/2018). ----------

---- En efecto, a pesar de no compartir la aplicación de la variable "Vizzoti" a los casos en que se juzgan accidentes de trabajo, lo cierto es que nuestro Superior Tribunal de Justicia la consideró aplicable y, consecuentemente, debe considerarse como doctrina legal. Así lo determina nuestro sistema procesal y así lo entendió el propio Superior Tribunal de Justicia al establecer, a través del voto del Dr. Caneo, que "*la doctrina legal la fija este Superior Tribunal de Justicia, procurando asentar y mantener la unidad en la jurisprudencia, sin que ello implique, dígase, la imposición de un ciego seguimiento de sus pronunciamientos ni el menoscabo del deber de los jueces de fallar según su ciencia y conciencia, quienes pueden si así lo previenen, dejar a salvo su criterio personal"* (Voto del Dr. Caneo en Sentencia 02/SRE/04). ----------

---- Por otra parte, no puedo desconocer que la Sala "B" de este cuerpo ya ha sentado doctrina al respecto y ha resuelto aplicar en casos como en el que hoy me ocupa la doctrina "Vizzoti". (SDL 102/2018 entre otras). Asimismo, mis colegas de Sala han seguido el mismo camino trazado por la Sala "B" y luego ratificado por el fallo "P." del STJ antes citado. (SDL 9/2019 entre otras). ----------

---- Es por ello que, sin perjuicio de dejar a salvo mi opinión al respecto, he decidido adherir al mismo criterio sentado por mis pares y ratificado por nuestro Superior Tribunal de Justicia. En este marco es que considero que la declaración de inconstitucionalidad efectuada en el grado y hoy cuestionada por la ART apelante resulta contraria a las pautas antes desarrolladas. En efecto, el sentenciante no demostró —a través de la

comparación genérica que realizó entre el método de cálculo del IBM de acuerdo a lo dispuesto por el art. 12 cuestionado y el IBM determinado según pautas de la nueva norma— que hubiera una desproporción irrazonable que justifique tal declaración. ----------

---- Por lo expuesto, y dado que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *última ratio* del sistema, a la que solo cabe acudir cuando no existe otra manera de resguardar algún derecho o garantía constitucional (Fallos CSJN: 330:855; 14:425; 147:286), es que propongo al acuerdo hacer lugar al agravio y dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la Ley 24557, en cuanto al método de cálculo dispuesto en el grado para determinar la cuantía de la prestación dineraria adeudada al actor (actualización de los salarios comprendidos por el índice RIPTE). ----------

---- Sentado lo anterior, y en forma previa a efectuar los cálculos correspondientes a la indemnización de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 12 y 14, inc. 2, “a” de la LRT, trataré el segundo agravio del recurrente, en tanto se dirige a cuestionar uno de los componentes integrantes de la fórmula de cálculo. ----------

---- II. b) Inclusión de los haberes no remunerativos percibidos por el actor para determinar el IBM, conforme art. 12 de la Ley 24557. ----------

---- En su segundo agravio el recurrente sostiene que, de considerarse los importes no remunerativos percibidos por el actor para determinar el IBM, no solo se violenta el contenido de la ley que el mismo actor consintió, sino que también se vulnera lo previsto en el CCT 40/89 que nuclea a la actividad del actor (camioneros), citando los artículos de dicha norma convencional que contempla conceptos no remunerativos. Finaliza expresando que el magistrado no se puede apartar de su contenido, sobre todo si no lo impugnó la actora. ----------

---- Al respecto, el *a quo* afirmó que los juzgados laborales y ambas salas de esta Cámara de Apelaciones establecen que ninguna duda cabe que tales conceptos deben incorporarse para el cálculo del ingreso base, citando los fallos SDL 31/18 de la Sala B y SDL 6/14 de esta Sala. ----------

---- Tal como fuera resuelto por la sala que integro antes de mi incorporación a la misma (SDL 6/2014) en criterio que luego compartiera en SDL 7/2014 y más recientemente en SDL 8/2018, la solución brindada por el art. 12 de la LRT se contrapone con el concepto de salario de los arts. 103 y siguientes de la LCT así como también con la definición de salario dada por el art. 1° del Convenio 95 de la OIT, ratificado por nuestro país el 24 de septiembre de 1956. ----------

---- El art. 1 del Convenio 95 de la OIT establece que “a los efectos del presente Convenio, el término salario significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo…”. Por su parte, el art. 75 inc. 22 párr. 1° de nuestra Constitución Nacional establece que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Es por aplicación de estas normas que el art. 12 de la LRT, tal como se encuentra redactado, resulta inconstitucional. ----------

---- En el año 2009, la CSJN en el *leading case* “Pérez c. Disco” (Fallos: 332:2043) elaboró una doctrina judicial que indica que todas las sumas que percibe el actor por su trabajo deben considerarse “salario” sin importar el rótulo que el empleador les coloque. Como consecuencia de ello concluyó que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c de la LCT, relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a éstos naturaleza salarial. ----------

---- A partir del año 2009 la jurisprudencia se alineó mayoritariamente tras el fallo de la Corte referido, otorgando carácter remuneratorio a los tickets canasta, los llamados “bonus”, los tickets almuerzo, vales alimentarios, etc. ----------

---- Al año siguiente, y siguiendo en la misma línea, la Corte decidió que “los Decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03 -que establecieron que los trabajadores del sector privado comprendidos en convenciones colectivas de trabajo, con excepción de los agrarios y los del servicio doméstico, debían percibir de su empleador una ‘asignación’ mensual ‘no remunerativa de carácter alimentario’-, son inconstitucionales en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen” (González, Martín Nicolás s. Recurso de hecho en: González, Martín Nicolás vs. Polimat S.A. y otro Fecha: 19/05/2010 Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación Fuente: Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN - Cita: RC J 4061/11). ----------

---- En el año 2013, esta noción del salario y preeminencia del Convenio Nº 95 de la OIT en virtud de su ratificación por la República Argentina fue reiterada por la CSJN en los autos caratulados “Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.” (Díaz, Paulo Vicente vs. Cervecería y Maltería Quilmes S.A. Fecha: 04/06/2013 Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación - Fuente: Rubinzal Online - Cita: RC J 10318/13). Asimismo, la decisión tomada en el grado, tal como lo señala la parte actora al responder agravios, es seguida también por la sala B de este cuerpo (SDL 12/2014, SDL 19/2015 entre otras). ----------

---- En virtud de lo antes expuesto considero que el juez de grado, se atuvo a la jurisprudencia imperante a fin de decretar la inconstitucionalidad que ahora se objeta razón por la cual propongo al acuerdo confirmar la sentencia apelada en cuanto incluye en el haber a considerar las sumas “no remunerativas”. ----------

---- En consecuencia y en virtud de lo antes expuesto, el IBM que deberá considerarse para determinar la indemnización adeudada al actor será el que surja de computar las remuneraciones brutas del actor según recibos de haberes obrantes en la causa (incluyendo las sumas remuneratorias y las no remuneratorias). ----------

---- De este modo, tomando los recibos de haberes acompañados por el actor (fs. 02/18), se obtiene un IBM de $19.678,52 (236.274,80/365 x 30,4). Arribaron firmes a esta instancia tanto el porcentaje de incapacidad del actor (13,20% de la T.O.) como el coeficiente de edad (1,3). ----------

---- Por tanto, la indemnización, por aplicación de la fórmula del art. 14, inc. 2, a de la

LRT es de $178.972,20 ($19.678,52 x 53 x 13,20% x 1,3) al que corresponde añadir el 20%, es decir, la suma de $35.794,44 conforme lo dispuesto por el art. 3 de la Ley 26773. Consecuentemente corresponde revocar la sentencia apelada en lo que es materia de agravio, determinando el monto de condena en la suma de pesos doscientos catorce mil setecientos sesenta y seis con sesenta y cuatro ($214.766,64). ----------

---- III. Conclusión: Por los fundamentos dados corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada determinando el monto de condena en la suma de $214.766,64 con más los intereses impuestos en el grado, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

---- Las costas de alzada, resultando la demandada vencedora en uno de los agravios expresados y vencida en el otro, y que el principal motivo por el que se revoca parcialmente la decisión es una declaración oficiosa del sentenciante, es que serán impuestas en el orden causado (art.69 2do. párrafo del CPCC). ----------

---- En atención, a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo regular los honorarios de la Dra. V. P. en la suma equivalente al 4,12% del monto del proceso que resulte de la liquidación a practicar en la etapa de ejecución de la sentencia (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46 de la Ley XIII n° 4). ----------

---- Por los fundamentos expuestos, me pronuncio en la primera cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA. ----------

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

---- I.- La Dra. Spoturno ha reseñado detalladamente el pronunciamiento apelado y los agravios expresados por la demandada, quien cuestiona: i) la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT y la aplicación de la ley 27348, ii) la inclusión de las sumas de dinero no remunerativas para determinar el IBM. ----------

---- II.- a) Declaración de inconstitucionalidad del art. 12 LRT. ----------

---- El Juez de primera Instancia después de declarar la inconstitucionalidad del art.12 de la ley 24.557 según texto vigente a la fecha del infortunio laboral de autos, recurre a las pautas para el cálculo y actualización del IBM establecidas en el art. 11 de la ley 27.348. En fundamento de la inconstitucionalidad que decreta, afirma que el art. 12 LRT computa un salario devaluado, que ello distorsiona la finalidad reparatoria del sistema y que por tal razón resulta inevitable recurrir a una fórmula de cálculo del IBM que contemple su actualización. Además, refiere que los accidentes acaecidos con posterioridad a la sanción de la ley 27.348 quedan salvaguardados de la distorsión que implicaba la redacción originaria de la norma, pero quedan sin solución los infortunios ocurridos con anterioridad. De allí es que postula que la actualización de los valores por aplicación del índice RIPTE, aclarando que la misma no provoca una ruptura de la lógica del sistema asegurativo, toda vez que las empresas cobran las alícuotas sobre la base de salarios actualizados. ----------

---- El apelante cuestiona que el Juez de primera instancia se haya apartado del texto

del art. 12 LRT vigente al momento del accidente laboral de autos (18/03/16), y aplicara el contenido del art. 11 de la ley 27.348 para determinar el VIBM. ----------

---- Afirma que el magistrado da una pretensa fundamentación para declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT, por cuanto no demuestra la “diferencia” que supuestamente en menos importaría la aplicación del art. 12 de la LRT vigente al 18/03/16, en contraposición con el importe de VIBM al que se arriba con la aplicación del art. 11 de la ley 27.348. ----------

---- Señala que la indemnización obtenida con aplicación del art. 12 de la ley 24.557 no resulta confiscatoria conforme la doctrina Vizzoti y que el *quantum* al que se arriba aplicando la ley 27.348 no supera el 33% que exige la doctrina de la Corte Suprema para admitir la inconstitucionalidad de una norma. Asimismo, expresa que el agravio resulta por demás evidente, en tanto no solo se aparta de lo estipulado por la ley al momento del hecho, sino que además ello se traduce en un quantum superior del factor IBM, que ocasiona un importe mayor de la prestación dineraria que prevé el art. 14 2 a de la LRT.

----Pese a que la apelante no cuestiona algunos fundamentos de la declaración de inconstitucionalidad, las objeciones referidas a la ausencia de diferencia económica que justifique el grave remedio de la inconstitucionalidad decretada de oficio, constituyen un ataque al fundamento central de la declaración en cuestión -la depreciación del crédito del actor-. En razón de ello, considero que los agravios articulados cumplen mínimamente con el contenido crítico que exige el art. 268 CPCC, debiendo en consecuencia ser tratados. ----------

---- Como fue expresado, el juez de grado declaro la inconstitucionalidad del art. 12 LRT por considerar que computa un salario devaluado y por entender que la comparación del IBM obtenido sin actualizar los salarios y el obtenido actualizando éstos por RIPTE, demuestra que el crédito del actor se vería depreciado de no recurrirse al mecanismo de ajuste previsto por la ley 27.348. ----------

---- El apelante, al criticar las conclusiones del sentenciante, con acierto deja en claro que la comparación realizada por el Juez de grado no demuestra una diferencia económica sustancial que justifique la declaración de inconstitucionalidad y por tal razón solicita que dicha declaración sea revocada. ----------

---- El agravio referido, a mi criterio es atendible, ya que la inconstitucionalidad de una norma que establece el método de cálculo de una indemnización tarifada, como sin duda lo es la indemnización prevista en la LRT para los casos de incapacidad laboral permanente total o parcial (ILP), solo puede decretarse si se demuestra, en el caso concreto, la insuficiencia de la indemnización resultante conforme a dicho método de cálculo. Así claramente se desprende de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Aquino”. ----------

---- En dicho célebre precedente, mediante los votos de los Dres. Belluscio, Maqueda y Boggiano, se precisa con claridad que el método de reparación y la indemnización

tarifada dispuesta por la LRT o en algún otro régimen diferente al previsto por el Cód. Civil, no son por sí mismos inconstitucionales, pueden serlo, en el caso concreto, cuando se demuestra que su aplicación conduce a un menoscabo sustancial al derecho a la adecuada reparación. En definitiva y como la Corte ya lo había establecido en el precedente “Gorosito”, la declaración de inconstitucionalidad de las prestaciones sistémicas o del método para su cálculo requiere demostrar en el caso concreto la insuficiencia de las prestaciones de la LRT, insuficiencia que en autos no se verifica, si se compara debidamente el IBM obtenido por aplicación del art. 12 LRT y el obtenido conforme a las pautas del art. 11 de la ley 27.348. ----------

---- Con similar criterio y puntualmente en relación al art. 12 LRT, el Superior Tribunal de la P. en reciente fallo dejó en claro que para declarar su inconstitucionalidad se debe acreditar en el caso concreto un desajuste entre el daño padecido y la indemnización resultante por aplicación de la norma cuestionada. En tal sentido, el Dr. Vivas en su voto puntualizó “…que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales lo que debe poner de manifiesto tal situación….”. “Reafirmo tal criterio y concluyo ahora que esos presupuestos no se encuentran aquí satisfechos. Como ya evidencié, liquidar el IBM sobre la base de los haberes con aportes, tal lo hecho por el actor y por la alzada, aplicando ahora el tope previsto por las normas que rigen el caso, importa una reducción del 10,08 % de la indemnización consentida por el Sr. P.- Se suma que en el curso del proceso el actor no alegó ni probó la falta de razonable vinculación y proporción en los elementos fácticos que el legislador eligió como significativos al calcular la prestación.- En otras palabras, no demostró que las sumas reconocidas no constituyan una reparación adecuada y, por ende, afecten su derecho de propiedad.” (P. V. D. c/E. ART SA s/Accidente de Trabajo (sistémico) – Sentencia N° 21/SER/2018). ----------

---- En definitiva, conforme surge de la jurisprudencia reseñada, la declaración de inconstitucionalidad de las prestaciones sistémicas o del método para su cálculo requiere demostrar en el caso concreto la insuficiencia de las prestaciones de la LRT, insuficiencia que en autos no se verifica, si se compara la indemnización resultante al computar el IBM obtenido por aplicación del art. 12 LRT y la que surge de aplicarse las pautas del art. 11 de la ley 27.348. ----------

---- La insuficiencia de la indemnización tarifada no puede ser justificada con escasas diferencias económicas, ni con invocaciones genéricas referidas a la evolución de los salarios y a la depreciación monetaria. ----------

---- La ausencia de diferencia sustancial o de manifiesta desproporción de la

indemnización obtenida por aplicación de RIPTE (como prevé el art. 11 ley 27.348) y sin aplicación de éste (conf. art. 12 LRT), determina la necesidad de revocar la inconstitucionalidad decretada del art. 12 LRT (texto ley 24.557) a fin de dejar sin efecto el método de cálculo establecido por el a quo para determinar el IBM, tal como lo postula la colega preopinante. ----------

---- Razones metodológicas determinan que el cálculo de la prestación dineraria adeudada al actor se efectúe luego de tratar el siguiente agravio. ----------

---- II. b) Consideración de los haberes no remunerativos para determinar el IBM. --------

---- El apelante cuestiona que en la sentencia recurrida se dispusiera incluir los importes no remunerativos percibidos por el actor para determinar el IBM, ello por cuanto viola la ley aplicable y el CCT40/89. ----------

----Al respecto, en la SDL 8/18 me expedí respecto a la cuestión planteada. Sostuve allí que en relación a la incorporación de las “sumas no remunerativas” para el cálculo del IBM, este Tribunal, en criterio que comparto, viene diciendo desde la causa “R., O. A. c/ P. ART SA” (c. 36/2014 SDL 6/2014) que el concepto de salario se encuentra definido por el Convenio 95 de la OIT. Al respecto cabe señalar que habiendo sido ratificado dicho convenio por nuestro país, la Nación se encuentra obligada internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que contempla. Asimismo es preciso señala que el convenio referido, por ser de jerarquía supra-legal (art. 75 inc. 22 párr. 1° “in fine” Const. Nac.), conforma una valla infranqueable para los legisladores argentinos —así lo declaró la CSJN el 1°/8/2009 en la causa “Pérez, A. R. c/ Disco SA” (Fallos 332:2043), reafirmándolo el 4/6/2013 en el caso “Díaz, P. V. c/ Cervecería y Maltería Quilmes SA” (en http//www.laleyonline.com.ar, AR/JUR/20023/2013). ----------

---- Asimismo, expresé que corresponde puntualizar que el artículo 1 del Convenio 95 de la OIT establece “A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”. En relación a esta norma se ha dicho que la intención de los redactores fue utilizar el término “salario” no en un sentido técnico, tal como puede existir en el marco de la legislación nacional, sino en un sentido genérico que comprendiese la totalidad de las diversas formas y componentes de la remuneración del trabajador. ----------

---- Conforme lo apuntado y a lo establecido por referido convenio de la OIT, actualmente la interpretación doctrinaria y jurisprudencial aparece saldada en general a favor de la postura amplia (alcance generoso de la salarialidad), la que fue receptada por la CSJN en “Pérez c/Disco” en 2009, y al año siguiente en “González, Martín Nicolás c/Polimat

SA y otro” (conf. Seco, Ricardo Francisco. “El Convenio 95 de la OIT, beneficios sociales y sumas no remunerativas en los Convenios Colectivos de Trabajo”, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal - Culzoni Editores, 2010-2, “Ámbito material de aplicación del Convenio 95 OIT” y “Conclusiones”, págs. 319/320 y 324). ----------

---- Por tales razones comparto el criterio de la Magistrada preopinante, en cuanto sostiene que el Juez de grado al decretar la inconstitucionalidad del art. 12 LRT e incluir a las sumas “no remunerativas” a la base del cálculo del IBM, no hizo más que seguir a la jurisprudencia y doctrina imperante. Por ello, considero que se debe confirmar el decisorio apelado en este sentido. ----------

---- Por lo hasta aquí expresado, corresponde que el Ingreso Base se calcule conforme a las pautas del art. 12 LRT (según texto vigente a la fecha del accidente) con inclusión de las llamadas sumas no remunerativas. Siendo ello así, computando los salarios según recibos de haberes incorporados a fs. 02/18, el IBM asciende a $ 19.678,52 y la indemnización del art. 14 inc. 2 a la suma de $ 178.972,20 (19.678,52 x 53 x 1,30 x 13,20%) importe al cual se adiciona el 20% del art. 3 de ley 26.773, esto es, $ 35.794,44. Por tanto, el monto total de la indemnización asciende a $ 214.766,64. ----------

---- III.- Por todo lo expresado, corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada a fin de establecer el monto de condena en la suma de $ 214.766,64, con más los intereses indicados en el pronunciamiento que se revisa. ----------

---- Si bien se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, la demandada continúa detentado la condición de vencida en la litis, por lo que no es necesario readecuar la imposición de costas y honorarios de la instancia anterior, los que al estar fijados en porcentajes se ajustarán automáticamente al nuevo monto de condena (conf. art. 282 del CPCC). ----------

---- En cuanto a las costas de esta sede, pese a que se acoge el primer agravio de la accionada pero se rechaza el segundo, y dado que en lo sustancial se modifica un criterio de cálculo del juzgador que no fue motivado por petición del actor, como postula la colega preopinante, entiendo que deben ser impuestas por su orden (art. 69, 2do. párrafo del CPCC).----------

---- Finalmente, en atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo que los honorarios de la Dra. V. P. se regulen en el 4,12%, del monto del proceso que surja de la liquidación a ser practicada en la etapa de ejecución (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4). ----------

---- Por lo hasta aquí expuesto, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA. ----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTION**, la Dra. Spoturno dijo: ----------

---- Visto el acuerdo alcanzado, corresponde: ----------

---- A) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada a fin de reducir el monto de condena a la suma de $214.766,64, confirmándola en todo lo demás que fuera materia

de agravio. ----------

---- B) IMPONER las costas de segunda instancia en el orden causado. ----------

---- C) REGULAR los honorarios de la Dra. V. P. por las tareas profesionales cumplidas en esta segunda instancia, en la suma equivalente al 4,12% del monto del proceso. ---

---- D) Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

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

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expuso: ----------

---- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Dra. Spoturno, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado. ----------

---- 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). ----------

---- Trelew, de junio de 2019. ----------

---- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente: ----------

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

---- A) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada a fin de reducir el monto de condena a la suma de $214.766,64, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravio. ----------

---- B) IMPONER las costas de segunda instancia en el orden causado. ----------

---- C) REGULAR los honorarios de la Dra. V. P. por las tareas profesionales cumplidas en esta segunda instancia, en la suma equivalente al 4,12% del monto del proceso. ---

---- D) Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

---- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2019 – SDL - CONSTE. ----------

Guillermo N. WALTER
SECRETARIO DE CAMARA