----En la ciudad de Trelew, a los días del mes de junio del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo L. De Cunto y Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“C., H. H. c/ P. ART S.A. s/ Accidente de trabajo (sistémico)” (Expte. 154 - 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. 300. ----------

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

----- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 277, que fuera concedido a fs. 278, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 267/275 y vta. que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 6, 8 inc. 3, 12, 21, 22 y 46 de la ley 24.557 y del decreto N° 659/96, 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 también la del art. 12 de la ley 24.557 —texto originario—, y asimismo hizo lugar a la demanda entablada por H. H. C. y condenó a P. A.R.T. S.A. para que en el plazo de diez días abone al accionante la suma de $100.797,49, con más los intereses a la tasa activa que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a computarse desde el 1 de abril de 2014 y hasta el efectivo pago, conforme al art. 2 de la ley 26.773 (arts. 770 inc. b y 7 del CCC.), y con imposición de costas a la demandada vencida. ----------

----- La expresión de agravios luce a fs. 279/291 y vta., el traslado conferido a fs. 292 fue contestado por su contraria a fs. 293/295, y la apelante impugna el fallo en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 (texto originario), aplicación retroactiva de la ley 27.348, y capitalización de intereses. ----------

----- 2. La aseguradora de riegos del trabajo en su primer agravio formula dos quejas, una por la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT al entender que resulta improcedente ya que el mecanismo de ajuste legal se estableció en función a la variación sufrida por el Módulo Previsional (MOPRE), y la restante al aplicarse en forma retroactiva la ley 27.348. ----------

----- 2.1. Así señala que el decisorio es improcedente ya que implica la percepción de una suma periódica distinta del ingreso real y habitual del reclamante en concepto de remuneración. Expresa que las ART deben otorgar las prestaciones dinerarias a su cargo sobre la base de la remuneración percibida por los trabajadores accidentados (art. 12 ley 24.557), y para ello los empleadores están obligados a informarle, declaración jurada, mediante el detalle de las remuneraciones del trabajador siniestrado. Manifiesta que es evidente el perjuicio que sufre de no aplicarse la norma referida. Alude a los arts. 23 y 26 de la LRT. ----------

----- Acerca de esta primera queja cabe señalar que la misma se centra en considerar que el art. 12 de la ley 24.557 establece la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones a los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias, es decir, que la norma alude al "salario previsional" por lo que excluye las denominadas "asignaciones no remunerativas". ----------

----- Por eso, bien señaló el fallo que: ***En efecto, como señala la parte, hay dos inconstitucionalidades que afectan la norma y que vienen siendo observadas por la doctrina y la jurisprudencia. Una es la relativa a que no manda a considerar para el cálculo del IBM las sumas catalogadas como "no remunerativas", respecto de lo cual nuestra Cámara de Apelaciones se ha pronunciado a favor de su inclusión en virtud de lo dispuesto por el Convenio Nº 95 de la OIT*** (fs. 271, cuarto párrafo). ----- Desde ya que corresponde analizar dos cuestiones, la primera si el art. 12 de la LRT se refiere a remuneraciones brutas o netas, y la segunda si corresponde declarar su inconstitucionalidad por contrariar el Convenio N° 95 de la Organización Internacional del Trabajo al no contemplar las asignaciones no remunerativas. ----------

----- Respecto de la primera cuestión señalo que en materia indemnizatoria esta Cámara de Apelaciones se pronunció en el sentido de que la remuneración del trabajador comprende los importes brutos y no los netos. Es criterio ya expuesto en su composición de sala única, c. 10.836, SDL N° 31/94; sala A, SDL 46/97 y 36/01; y sala "B", c. 15.700, SDL 04/00, c. 19.345, SDL 20/2004, c. 19.629, SDL 46/2004, y c. 101/11, SDC 11/11. ----- Las sumas sustraídas al total por descuentos previsionales y sociales no pierden su carácter remuneratorio por la circunstancia que sean aplicadas a cubrir necesidades jubilatorias y asistenciales. Dicho de otro modo. Los importes que se detraen del total y que corresponden a los descuentos jubilatorios y obra social forman parte de la remuneración aun cuando sean diferidos o potenciales, pues en definitiva tales retenciones se efectúan sobre los rubros que el trabajador tiene derecho a percibir, por lo que son de su propiedad. Así se señala que a los fines del cálculo de las indemnizaciones laborales la remuneración a tomar es la bruta que devenga el trabajador, no la neta, porque las distintas sumas que les son retenidas con destino a la seguridad social también forman parte de la remuneración, aunque sus beneficios puedan ser diferidos (sistema de previsión social) o potenciales (obra social …) (Ojeda, Raúl Horacio, coordinador, "Ley de Contrato de trabajo comentada y concordada", Rubinzal - Culzoni Editores, 2011, T. III, pág. 429). La indemnización debe calcularse con base en el salario bruto percibido por el trabajador, los descuentos que se efectúan sobre el salario constituyen una remuneración indirecta que le asegura al trabajador servicios que de otra manera tendría que afrontar de su peculio; de modo que dicha indemnización no debe estimarse de acuerdo a la remuneración neta del trabajador, sino que debe ser determinada con arreglo a su sueldo bruto (cfr. CNAT, sala VII, 11.10.94, "Salade, Gabriel c/ Osvaldo L. Fasce S.A. s/ accidente"; CNAT, sala II, 17.3.88, "Gerke, Carlos Alfredo c/ Empresa de Transportes Generales Tomás Guido S.A. s/ despido"; CNCom., esta sala, 6.11.03, "Clínica Privada Ezeiza S.R.L." s/ concurso preventivo s/

incidente de verificación de crédito promovido por Olaechea de Aguirre, Nélida y otra") (CNCom., Sala D, 14/03/07, "Orozco, Lucrecia Alicia s. incidente de verificación de crédito en: Clínica Privada Ezeiza S.R.L.", Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom, disponible en www.rubinzalonline.com.ar/RCJ9892/10). En este mismo direccionamiento, en materia de daño resarcible se indica que no deben descontarse en la liquidación de la indemnización por incapacidad los aportes previsionales ya que las jubilaciones o pensiones que obtenga la víctima no representan propiamente "lucros", pues por lo común reconocen como contrapartida un anterior sacrificio económico (los previos aportes jubilatorios), y lo mismo acontece con los pagos por obra social ya que los pagos periódicos a una obra social, que se descuentan de salarios entregados a agentes subordinados, integran la remuneración pues les permiten acceder a servicios de salud con beneficios de gratuidad o de cobertura sólo parcial (conf. Zavala de González, Matilde, "Disminuciones psicofísicas", 2009, t. 2, par. 209, p. g) y h), págs. 211 y 214, respectivamente). Tampoco aquellos importes en los que el empleador actúa como agente de retención en el caso de cuota sindical o mutual, compras o préstamos, pues aun cuando se disponga el pago mediante retención en planilla no dejan de formar parte de la remuneración. ----------

----- Establecido que corresponde tomar las remuneraciones brutas, paso a analizar la validez constitucional del art. 12 de la LRT al no contemplar las asignaciones no remunerativas para la base del cálculo. ----------

----- Sobre el particular, ya expuse en c. 482/12, SDL 05/2013, c. 146/14, SDL 12/2014, c. 92/15, SDL 19/2015, y c. 162/18, SDL 43/2018, entre otras, que nada impide que normas que tengan origen en una convención colectiva sean declaradas inconstitucionales si se oponen a normas de jerarquía superior, pues si las leyes pueden así declararse, con mayor sustento un convenio colectivo cuya regulación queda sujeta a las leyes 14.250 y 23.546. De tal modo, la circunstancia de que su fuente sea contractual no impide tal declaración de inconstitucionalidad. En ese direccionamiento se expresa que la reforma constitucional de 1994 permitió que el Convenio N° 95 se ubique claramente como una norma infraconstitucional pero supralegal, y que la doctrina desde 1994 en adelante se inclinó por la utilización del Convenio N° 95 OIT como fundamento para plantear severas inconstitucionalidades de normas nacionales y también decisiones de convenios colectivos de trabajo homologados por la autoridad de aplicación que concedían retribuciones de los trabajadores consideradas indebidamente, por el legislador o por la autonomía colectiva, como "rubros no remuneratorios" cuando su real naturaleza no es ésa (Seco, Ricardo Francisco, "El Convenio 95 de la OIT, beneficios sociales y sumas no remunerativas en los convenios colectivos de trabajo", en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal – Culzoni Editores, 2010 - 2, "Normas internacionales y Derecho interno", pág. 324). Además, la C.S.J.N. en los autos caratulados "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.", Fallos: 332:2043, al declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c, de la LCT, expresó de modo categórico que: "...Llamar a dichos vales, en el caso, "beneficios sociales", "prestaciones de naturaleza

jurídica de seguridad social, no remunerativas"; mutar al trabajador en beneficiario y al empleador en beneficiador; suplantar como causa del crédito o ganancia al contrato de empleo por un acto del empleador ajeno a este último; introducir en un nexo oneroso para ambos celebrantes una suerte de prestación gratuita por parte de una de éstas, el empleador, traduce una calificación que, por repetir los términos de un precedente que guarda con el *sub discussio* un estrecho grado de vinculación, resulta "poco afortunada, carente de contenido, y un evidente contrasentido" ("Piccirilli c. Estado Nacional", Fallos: 312:296, 300; asimismo: Fallos: 323:1866, 1872)". ----------

----- Por eso, la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan (doctrina de "Inta Industria Textil Argentina S.A. s/ apelación", Fallos: 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiere ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional (Fallos: 329:3680). Y como ha sido visto, el art. 103 bis inc. c no proporciona elemento alguno que, desde el ángulo conceptual, autorice a diferenciar a la concesión de los vales alimentarios asumida por el empleador de un mero aumento de salarios adoptado a iniciativa de éste. Tampoco ello surge de las alegaciones de la demanda ni de las circunstancias del proceso. El distingo, en suma y por insistir en lo antedicho, es sólo "ropaje" (considerando 5º del voto de la mayoría). Y a partir de sostenerse que luego de la reforma constitucional de 1994, los tribunales no discuten la posibilidad de aplicar en forma directa o automática las normas provenientes de un convenio de la OIT ratificado por nuestro país en atención a su calidad de norma de jerarquía supralegal, se precisa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a considerar las previsiones del Convenio N° 95 de la OIT en un planteo de inconstitucionalidad. En la sentencia dictada el 19 de mayo de 2010 en los autos "González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro" (G.125.XLII), el máximo tribunal revocó un fallo de la Sala VIII de la Cámara que había desestimado el planteo de inconstitucionalidad deducido por el trabajador respecto de una serie de decretos que habían dispuesto el pago de asignaciones dinerarias "no remuneratorias" para los trabajadores privados comprendidos en el régimen de convenciones colectivas de trabajo. ... Como lo señala el máximo tribunal, de estar a los declarados objetivos de los decretos en cuestión, mal pueden dichas normas otorgar naturaleza no remunerativa de carácter alimentario a las asignaciones establecidas, sobre todo cuando el carácter alimentario es naturalmente propio del salario (García Vior, Andrea E., "Aplicación del Convenio 95 de la OIT por los tribunales argentinos", en Revista de Derecho Laboral, 2010 - 2, ya citada, págs. 333 y 358/359). ----------

----- Con tales alcances, se expresa que actualmente la interpretación doctrinaria y jurisprudencial aparece saldada en general a favor de la postura amplia (alcance generoso de la salarialidad) por lo resuelto por la C.S.J.N. en "Pérez c/ Disco" en 2009, y luego, en este año (por 2010), en "González, Martín Nicolás c/ Polimat SA y otro" (Seco, Ricardo Francisco, comentario y Revista de Derecho Laboral ya referido, pág. 324). -----

----- En síntesis, no hay duda que la CSJN adoptó un criterio amplio de la noción de salario al señalar "...que la noción de remuneración que ha sido enunciada en manera alguna podría entenderse de alcances menores que la acuñada en el art. 1º del Convenio Nº 95 sobre la protección del salario..." (considerando 8º, del voto de la mayoría, en autos ya citados "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A."). De tal modo, la Corte Nacional otorgó preeminencia al Convenio Nº 95 de la OIT —norma de jerarquía supralegal conforme al art. 75, inciso 22, segundo apartado del primer párrafo, de la Constitución Nacional— cuyo art. 1 consagra: "A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar". Por eso se señala que en cuanto a la existencia de las llamadas sumas "no remunerativas", corresponde además meritar su inconstitucionalidad por contrariar el Convenio N° 95 de la OIT al quitar o desconocer la naturaleza remuneratoria. Tendrá incidencia, por lo tanto, los conceptos otorgados que aparenten militar entre los llamados beneficios no remunerativos, de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema en las causas "Pérez c. Disco S.A." y "González c. Polimat S.A. y otro" (Formaro, Juan J., "Riesgos del trabajo", Editorial Hammurabi, 2013, págs. 161/162). Y esta noción amplia del salario y preeminencia del Convenio Nº 95 de la OIT en virtud de su ratificación por la República Argentina ha sido reiterado por la CSJN en los autos caratulados "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A." del 04/06/13 (D. 485. XLIV Recurso de hecho) (AR/JUR/20023/2013). ----------

----- Es criterio de esta Sala "B", c. 482.12, SDL 05/13, y c. 146.14, SDL 12/14. ----------

----- Así, a partir de considerar que el criterio más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce un alcance amplio de la salarialidad, resulta indudable que queda comprendido dentro del salario las asignaciones no remunerativas, y ese fundamento es esencial para mantener la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en la anterior instancia del art. 12 de la LRT al limitar el ingreso base a las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones. ----------

----- Tales razones conducen al rechazo de esta porción del agravio. ----------

----- 2.2. Dentro de este primer agravio y con referencia a la actualización del monto resarcitorio la apelante sostiene que el decisorio apelado desconoce la doctrina sentada por la CSJN en el caso "Espósito". Cita la doctrina sentada por la Corte Suprema en el fallo "Marando". Manifiesta que la sentencia utiliza un mecanismo de actualización y con ello no hace otra cosa que aplicar retroactivamente la ley 27.348. Menciona que el principio de progresividad no está referido a la mejora de derechos sino a derechos que no son observados en el plano interno de los países miembros de los Pactos Internacionales. Agrega, en cuanto a la aplicación de la ley 27.348 al caso, que la Corte Suprema en el fallo "Espósito" descartó expresamente la aplicación de una ley nueva a supuestos accidentales ocurridos antes de su vigencia. Dice que los jueces no pueden

apartarse de los claros términos de la norma. También afirma que al actualizar por el RIPTE el IBM se incrementa en un 15%, por lo que no se demuestra la “devaluación del real significado económico del crédito indemnizatorio” invocada. ----------

Sobre este último aspecto, no participo de la postura del juzgador al considerar que “Vizzoti” no resulta aplicable a los accidentes de trabajo, con cita del fallo de la Corte Suprema en el caso “Ascua”. En tal sentido, la CSJN en los autos caratulados “Ascua, L. Ricardo c. SOMISA” de fecha 10/08/2010 (La Ley 2010-D, 705) decidió la inconstitucionalidad del tope legal de la reparación previsto por el art. 8, inciso a, segundo párrafo, de la ley 9.688, según ley 23.643, por lo que en ese pronunciamiento nada resolvió en cuanto al sistema de ajuste por el índice RIPTE. ----------

En tales condiciones, considero que mantiene vigencia la necesidad de ejercer el control de constitucionalidad en el caso concreto conforme a la doctrina sentada por la CSJN en los casos “Gorosito” y “Aquino” y posteriormente en “Cura”, “Llosco” y “Cachambí” y con el límite impuesto en el caso “Vizzoti”. ----------

Sobre el particular ya en c. 167/12, SDL 16/12, y más recientemente en c. 167/17, SDL 41/17, y c. 56/18, SDL 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, Germán 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, Germán 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 CSJN 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” (CSJN, “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 Orlando c/ Frigorífico Riosma S.A.”, del 14/06/05 (AR/JUR/13665/2005), “Llosco, Raúl c/ IRMI S.A.”, del 12/06/07 (AR/JUR/1800/2007), y “Cachambí, Santos c/ Ingenio Río Grande S.A.”, del 12/06/07 (AR/JUR/1987/2007). Por ello reitero lo ya expuesto en c. 09/12, S.D.L. 08/12 y c. 167/12, S.D.L. 16/12, en cuanto a que se señala: En apretada síntesis, de cara a la doctrina de la CSJN sobre la validez constitucional del artículo 39.1 de la ley 24.557 a partir de los casos “Gorosito” y “Aquino”, y las precisiones posteriores que aportan “Cura” y “Llosco” y “Cachambí”, pero ponderando también el resto de las normas de la LRT, puede considerarse que: 1) La jurisprudencia de la Corte ha hecho migrar al sistema, que según el artículo 39 de la ley 24.557 era de *cúmulo restringido*, a un modelo de *cúmulo amplio*. 2) La posición mayoritaria parece entender que la limitación cuantitativa de responsabilidad del apartado 1 del artículo 39 configura un supuesto de

inconstitucionalidad directa *relativa*, cuya consideración dependerá, así, de las circunstancias de cada caso. Pero aun si se entendiera que la inconstitucionalidad es *absoluta*, esto sólo tendría trascendencia para la eventual declaración de *oficio* de tal inconstitucionalidad, pues en cualquier supuesto, para provocar tal declaración, el trabajador o sus derechohabientes —además de acreditar la concurrencia de los presupuestos que atribuyan responsabilidad civil al empleador— deberán demostrar la insuficiencia de las prestaciones de la LRT, en el caso concreto, para reparar el daño que acrediten haber sufrido. 3) La percepción de las prestaciones del sistema, aun sin reservas, no constituye un *acto propio* que obste al planteo de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 39 de la LRT. ... 4) En el caso de los empleadores no asegurados, el trabajador —o, en su caso, sus derechohabientes—, cuando pretenda una reparación plena del daño con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 39 de la ley 24.557, debería reclamar igualmente las prestaciones del sistema. Esto debería ser así por una triple razón: en primer lugar, porque las prestaciones son *irrenunciables*; en segundo lugar porque necesariamente deberá hacer la *comparación* para lograr la declaración de inconstitucionalidad, y, finalmente, porque en el supuesto de que el patrimonio del empleador fuera insuficiente para afrontar el pago de la reparación, el costo de las prestaciones —en dinero y en especie— del sistema de la LRT podría ser satisfecho con los recursos del Fondo de Garantía (Ackerman-Tosca, obra y tomo citado, págs. 249/250). ---------- En consecuencia, la doctrina sentada por la CSJN 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, SDL 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 (CSJN, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA

S.A.” (La Ley 2004-E, 929). Y si bien el citado fallo está referido al tope salarial previsto en el art. 245 de la LCT debe destacarse particularmente el considerando 6° al precisar la CSJN que: “…6°. Que, por cierto, no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas. Con todo, si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación.”. ----------

----- Con ese alcance, corresponde analizar la constitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 al considerar el período correspondiente a los doce meses anteriores a la fecha del accidente sin ajuste alguno. ----------

----- Y de acuerdo a los montos que tomara el juzgador a fs. 275, primer párrafo, el IBM sin actualizar es de $8.254,31 y el actualizado asciende a $9.826,80, por lo que la diferencia es del 14% por redondeo. En efecto, el IBM sin actualizar representa el 83,99% del actualizado y esa diferencia se traslada al monto de condena. En ese contexto, conforme a la doctrina sentada por la CSJN, en los autos caratulados “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A.”, del 14/09/2004 (La Ley 2004-E, 929), al no verse reducida la indemnización en más del treinta y tres por ciento no resulta confiscatorio en el presente caso el modo de cálculo establecido sin ajuste por el art. 12 de la LRT. 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. ----------

----- Por ello, tomando un IBM de $8.254,31, una incapacidad del 11,2% y un coeficiente por edad de 1,44, la indemnización sin ajuste prevista por el art. 14, acápite 2, inciso a) de la LRT asciende a $70.556,52 (53 por $8.254,31, por 11,2% y por 1,44), y con más el 20% (art. 3 de la ley 26.773) arroja un total de $84.667,82 ($70.556,52 más $14.111,30).

----- En tales condiciones, corresponde hacer lugar a esta porción del agravio y ello conduce a revocar parcialmente el fallo en crisis para dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 en lo que respecta al ajuste de los salarios del trabajador correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha del accidente, manteniéndose la misma respecto del cómputo de los rubros no remunerativos de los salarios, lo que conduce a disminuir el capital de condena a la suma total de $84.667,82.

----- 3. En su segundo agravio la quejosa impugna el decisorio al aplicar el anatocismo en el caso de autos. Considera que resulta erróneo disponer la capitalización de intereses en base a lo previsto por el art. 770, inciso b), del Código Civil ya que la norma no admite otra hipótesis que los casos en que en la demanda se incluya, como uno de los rubros reclamados, intereses ya liquidados. Sostiene que al no solicitar el accionante la aplicación de esa norma su otorgamiento resulta contrario al principio de congruencia. Con cita de un fallo de la sala “B” afirma que la nueva norma se aplica en función a la fecha de corte que está dada por la fecha de notificación de la demanda. ----------

----- Dejo a salvo que no le asiste razón al quejoso en cuanto a que la capitalización de intereses solo se aplica en aquellos casos en que en la demanda se incluya como rubro reclamado intereses ya liquidados, pues basta con observar que el art. 770, inciso b, del CCyC se refiere a otro supuesto. Tampoco considero que se viole el principio de congruencia ya que el actor en su demanda peticionó intereses (ver p. II, fs. 4) y la aplicación del derecho vigente es una facultad y al mismo tiempo un deber del juez. ----- En cambio, si existe un fundamento que debe ponderarse y es que a la fecha de la notificación de la demanda no estaba vigente el Código Civil y Comercial de la Nación. ----- Al respecto, lo dirimente es que la demanda fue notificada el 04 de agosto de 2014 (ver cédula obrante a fs. 27/28), pese a lo cual el juzgador dispuso capitalizar los intereses —entiendo por aplicación del art. 770, inciso b, del CCyC— a pesar de que ese ordenamiento no resulta aplicable al caso de autos toda vez que a la fecha de la notificación de la demanda se encontraba vigente el Código Civil que contemplaba el anatocismo en el art. 623, por lo que no corresponde aplicar el supuesto de excepción que permite capitalizar intereses precisamente desde la fecha de notificación de la demanda introducido como novedad por el actual Código Civil y Comercial en su art. 770, inc. b, ordenamiento que recién entró en vigencia a partir del 01/08/15 (ley 27.077). ----- Destaco en tal sentido que el Dr. De Cunto y el suscripto, en reiterados pronunciamientos, entre otros, c. 233/16, SDL 13/17, c. 199/17, SDL 39/17, consideramos como fecha de corte para establecer el ordenamiento legal aplicable a los fines de determinar la procedencia de la capitalización de intereses la fecha de la notificación de la demanda ya que ese es el dato fáctico previsto por el art. 770, inciso b, del CCyC. Por eso, dicha capitalización es procedente cuando la notificación de la demanda es posterior al 1° de agosto de 2015 (Loustaunau, Eduardo, “Cumplimiento de obligaciones laborales a la luz del nuevo código civil y comercial. Mora y carga de la prueba. Intereses”, en Revista de Derecho Laboral, 2016 – 1, “El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – II”, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 359), y ese no es el caso de autos. ----------

----- Por tales razones, se hace lugar a este agravio y ello conduce a revocar parcialmente el fallo en crisis para dejar sin efecto la capitalización de intereses. ----------

----- 4. En consecuencia, propicio al Acuerdo revocar parcialmente el decisorio venido en apelación para dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 en cuanto al ajuste por el índice RIPTE de los salarios del trabajador correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha del accidente, manteniéndose la misma respecto del cómputo de los rubros no remunerativos de los salarios, y también para dejar sin efecto la capitalización de intereses, y asimismo para disminuir el capital de condena a la suma total de pesos ochenta y cuatro mil seiscientos sesenta y siete con ochenta y dos centavos ($84.667,82), con más los intereses a la tasa establecida en la anterior instancia, confirmando el fallo en todo lo demás que decide que fuera materia de agravios. ----------

----- La revocatoria que se propicia conduce a adecuar las costas y los honorarios de la

anterior instancia de acuerdo a lo previsto por el art. 282 del CPCC. ----------

----- 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. STJ en autos caratulados “C. L. c/ Pcia. del Chubut”, SD 7/91; y “C. d. R. c/ C. C. y otro”, SD 3/93). ----------

----- Desde esta perspectiva, por “parte vencida” debe entenderse, a los efectos de la norma que analizamos (art. 68, apartado primero, del CPCC) a aquélla que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1970, T. III, par. 312 b), pág. 369). Es el hecho objetivo de la derrota lo que determina la condena en costas. Su fundamento no es otro, que el de haber sostenido, sin éxito, una pretensión jurídica (Alsina, Hugo, “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, EDIAR, 1961, T. IV, pág. 527). Litigante vencido o perdidoso es “aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial” (Arazi-Rojas, obra y tomo citado, pág. 261, y nota nº 45, con cita de doctrina y de fallos). ----------

----- Con tales alcances, cabe ponderar que el actor resultó vencedor en la cuestión principal referida a la reparación de los daños derivados del infortunio laboral sufrido, pese a lo cual resultó vencido en lo que hace a la aplicación del nuevo art. 12 de la ley 24.557 y consiguiente ajuste por el índice RIPTE (ver escrito, fs. 234/238 y vta.). ---------

----- Por ello, estimo prudente propiciar al Acuerdo la imposición de las costas de primera instancia en un 90% a cargo de la demandada y en un 10% a cargo del actor, por responder al criterio ya expuesto en c. 623/18, SDL 07/19 y c. 33/19, SDL 17/19, y 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 CPCC). ----------

----- En cuanto a los honorarios de la anterior instancia, atento a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos, pero también a que el actor no resultó vencedor en todas sus pretensiones y los porcentajes que en tal caso esta Alzada regula habitualmente, entiendo adecuado mantener los honorarios regulados a favor de los letrados apoderados de la parte actora, Dres. S. E. P. y M. E. M., en forma conjunta, en la suma porcentual del 18,5%, al igual que los establecidos a favor del Cuerpo Médico Forense en un 3%, en tanto que corresponde elevar los emolumentos del Dr. L. M. S., letrado apoderado de la demandada, para fijarlos en la suma porcentual equivalente al 14% del monto de condena a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 18, 38, 46 y 60 de la Ley XIII Nº 4), con más el IVA que pudiera corresponder. ----------

----- El éxito parcial del primer agravio (se rechaza el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT en lo que se refiere al denominado salario previsional y se hace lugar en lo que respecta al ajuste por el índice RIPTE) y del segundo (capitalización) conduce a imponer las costas de Alzada en un 70% a cargo del actor y en un 30% a cargo de la demandada, por responder adecuadamente a las porciones de éxito y fracaso alcanzado por la accionada apelante (art. 72 del CPCC, remisión del art. 73 de la Ley XIV N° 1). ----------

----- 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 adecuado regular los honorarios de los Dres. S. E. P. y L. M. S., letrados apoderados de las partes actora y demandada, en las cantidades porcentuales equivalentes al 4,81% y 3,99%, respectivamente, del ya aludido monto de condena, con más el IVA pertinente. -

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

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

----- A fs. 277, la parte demandada interpone recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva obrante a fs. 267/275vta., por la cual se declara la inconstitucionalidad de los arts. 6, 8 inc.3, 12, 21, 22 y 46 de la Ley 24.557 y del Decreto n° 659/96, 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. Asimismo, se hace lugar a la demanda entablada por H. H. C. en contra de “P. A.R.T. S.A.”, condenando a esta última a que abone al actor en el término de 10 días la suma de $100.797,49, con más los intereses determinados en el considerando respectivo (arts. 770 inc. b y 7 del CCyC), con imposición de costas a cargo de la demandada vencida. ----------

----- El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 279/291vta. ----------

----- A fs. 292, se ordena el traslado correspondiente, el que fue evacuado por la parte contraria a fs. 293/295. ----------

----- I.- El magistrado que me precede en la votación ya hizo la reseña de los agravios formulados por la demandada recurrente, razón por la cual a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones innecesarias. ----------

----Sin embargo, sí resulta útil individualizar cuáles son los motivos de cuestionamiento que fueran planteados. Estos son los siguientes, a saber: 1) Inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT, cálculo de IBM y aplicación retroactiva de la ley 27.348; y 2) Anatocismo.

----- II.- En los límites fijados por los agravios que se han individualizado ingresaré a su tratamiento en el orden antes mencionado. ----------

----- 1).- **Inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT, cálculo de IBM y aplicación retroactiva de la ley 27.348:** ----------

----- Primeramente, la recurrente sostiene que resulta improcedente la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 por cuanto ello implica la percepción de

una suma periódica distinta del ingreso real y habitual del reclamante en concepto de remuneración. En tal sentido, vierte en su queja extensas manifestaciones a fin de cuestionar la base económica salarial que se toma en cuenta para calcular la indemnización correspondiente al trabajador, en donde pregona que la mencionada norma establece que se deben considerar las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones a fin de calcular el IBM, es decir, el “salario previsional” del trabajador sin tomar en cuenta las “asignaciones no remunerativas” ya que por su naturaleza no tributan aporte alguno al Sistema previsional. ----------

----- Al respecto, es dable resaltar que luego de la reforma introducida por el Dcto. 1278/2000 se denominó “ingreso base” a la suma que surja de dividir la totalidad de las remuneraciones sujetas a cotización con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones correspondientes a los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, o al tiempo transcurrido si fuera inferior a un año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado (Art. 12, apartado 1º y art. 23, apartado 2º de la ley 24.557). Pues esta referencia a las sumas tomadas en consideración para la determinación de los aportes y contribuciones previsionales lo es según lo previsto por el art. 9º de la ley 24.241 y sus normas complementarias (Conf.: Leyes 26.222 y 26.417 y dctos. 1346/2007 y 279/2008), lo que supone la exclusión de todas las prestaciones sobre las que no corresponde cotizar y la aplicación de los topes mínimos y máximos establecidos en esa normativa. ----------

----- Sin embargo, he dicho en precedentes anteriores, con criterio que reivindico para el presente caso que, en tanto el art. 12, inc. 1° de la ley 24.557 sólo manda computar las sumas “sujetas a aportes y contribuciones”, es decir el “salario previsional” el legislador dejó, sin una razón que lo justifique, fuera de la consideración una parte sustancial de los haberes mensuales que percibe el trabajador accidentado. Y lo irrazonable del precepto precisamente se evidencia al tamizar el texto de la LRT con el precepto contenido en el art. 208 de la LCT, el que recepta una concreta garantía del nivel salarial a percibir por el trabajador durante el lapso que dure su imposibilidad de prestar servicios —y que se extiende por un lapso previsto según cuál sea su antigüedad y si tuviese o no cargas de familia— con motivo de haber sufrido un accidente o enfermedad inculpable. Es que carece de lógica mantener la plenitud de sus ingresos cuando la imposibilidad obedece a factores inculpables, pese a los cuales el empleador debe abonar salarios, y retacear la tutela de inalterabilidad de haberes a percibir cuando el hecho productor del daño es derivado de un infortunio laboral que provoca una incapacidad parcial y permanente. ----------

----- Al quedar desvirtuada la referencia para el cálculo de una prestación resarcitoria a salarios previsionales, por cuanto promueve como resultado la ausencia de una relación adecuada de los haberes del trabajador activo con los ingresos considerados a los fines del cómputo indemnizatorio, esta es la razón por la cual la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 (Conf.: Sala A, SDL N° 07/2014; id., Sala B, SDL N° 33/2015; id., Nº 92/2015). ----------

----- Asimismo, la doctrina igualmente consideró inconstitucional el art. 12 de la ley 24.557, señalando que dicha norma importa una frontal colisión con los principios contenidos en los arts. 19 y 21, inc. 2º de la Constitución Nacional, así como con los principios de integralidad y progresividad y lo previsto en los arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana “Protocolo de San Salvador” (Confr.: Formaro Juan J., “Riesgos del Trabajo”, Ed. Hammurabi, año 2013, pág. 161, y cit. de jurisprudencia en la nota n° 2). ----------

----- Por otro lado, ésta es la tesitura que fue adoptada por ésta Alzada en diversos antecedentes similares al presente (esta Sala “B”, SDL N° 13/18, c. 609/17; SDL N° 19/15, c. 92/15; y SDL N° 53/15, c. 581/15; entre otros). ----------

----- Esta inteligencia es compatible con lo que, considero que hoy en día resulta ya doctrina cierta, estable y recibida por los Tribunales de todo el país, en cuanto que la Corte Federal ha calificado de inconstitucionales a las llamadas sumas “no remunerativas” en tanto al quitar o desconocer la naturaleza remuneratoria de tales sumas así denominadas contrarían la definición de salario dada por el art. 1º del Convenio 95 de la OIT ratificado por nuestro país en el año 1956. Ello así, de acuerdo con lo decidido por la Corte Suprema en las causas “Pérez c. Disco S.A.” y “González c. Polimat S.A. y otro” (Ver: Fallos: 332:2043; y, 333:699, respectivamente). ----------

----- Asimismo, respecto a que si se deben considerar las remuneraciones netas o brutas a los fines del cálculo del IBM conforme lo dispuesto por el art. 12 de la LRT, bien señaló el colega que precede en la votación que este Cuerpo se ha expedido en el sentido de que en materia indemnizatoria la remuneración del trabajador comprende los importes brutos y no los netos. En tal sentido se excluyen del cálculo las prestaciones que por su naturaleza no son salariales, como las asignaciones familiares o las sumas abonadas a título indemnizatorio como la integración del mes de despido (conf. Etala, Carlos Alberto: “Contrato de trabajo”, Ed. Astrea, 2000, pág. 578), mientras que toda prestación que recibe el trabajador por parte del empleador y que represente una ganancia para el mismo que satisfaga total o parcialmente su consumo, debe considerarse salario (conf. CNAT, Sala II, 12/5/95, DT, 1995-B-1626), así como que es remuneración tanto lo que percibe el empleado como lo que le evita un desembolso (conf. CNAT, Sala II, ídem) (del voto del Dr. De Cunto en: esta Sala, c. 101/100, SDC 11/2011). ----------

----- De tal modo, no resulta admisible la queja de la demandada en cuanto se dirige a excluir las sumas no remunerativas a fin de calcular el IBM del trabajador. ----------

----- Por lo demás, no abunda observar que no resulta un argumento válido el sostener, como lo hace la aseguradora de riesgos del trabajo ahora impugnante, que la prestación debe ser calculada en función de los elementos integrantes de la relación contractual al tiempo en que se materializó el accidente laboral y que el valor de la prima está calculado en función de las obligaciones asumidas por el asegurador. Ello puesto que la recaudación que las aseguradoras obtienen a través del cobro de las contribuciones evolucionan a la par de las remuneraciones de los trabajadores sobre las que se cotizan

las primas que se abonan, ya que se aplica una alícuota sobre la masa salarial que es abonada por el empleador afiliado, la cual aumenta al compás de la negociación paritaria. ----- Es con tal plafón que corresponde descartar, por resultar improponible, la afirmación de la ART aquí apelante, en cuanto postula que las aseguradoras de riesgos del trabajo sólo se encuentran obligadas a pagar las prestaciones según el *quantum* vigente al momento del siniestro cuando, de hecho, pagan mucho después. ----------

----- Por todo lo expuesto, propondré al acuerdo la desestimación de la primera porción del presente agravio. ----------

----- Por otra parte, la impugnante propugna que la Jueza a quo realizó una aplicación retroactiva de la ley 27.348, para lo cual señala que la sentenciante desconoce la doctrina de la CSJN sentada en el fallo “Esposito”, cita extensa jurisprudencia en sustento de su postura y, en definitiva, indica que dicha aplicación no puede ser sustentada en una reparación injusta por cuanto en el caso, por el mecanismo utilizado por la magistrada, apenas se eleva el IBM en poco más del 15% de lo que correspondería de ajustarse a la ley vigente a la fecha del infortunio. ----------

----- Es decir, con tal aseveración la impugnante pretende dejar sentado que en la sentencia bajo examen se habría efectuado una declaración de inconstitucionalidad del art. 12 en abstracto. ----------

----- Al respecto, bastará con remitirse a los cuadros de cálculos confeccionados por la sentenciante a fs. 274vta., para poner en la palestra que con la diferencia existente entre el resultado que se obtiene computando los salarios del trabajador anteriores al siniestro —sin ajuste—, con respecto al resultado que arroja computando el índice del RIPTE, no concurre en el caso bajo análisis el parámetro cuantitativo establecido por la Corte Federal en “Vizzoti” para que se considere que la diferencia obtenida comporta un resultado confiscatorio, produciendo con ello un agravio constitucional por afectación al derecho de propiedad por la vulneración injustificada del derecho a una indemnización justa (Conf.: arts. 14 bis, 16, 17, 18.19, 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; y, art. 21, inc. 2 de la CADH). ----------

----- En cuanto a la dimensión de la diferencia resarcitoria, resulta factible trasladar al análisis que efectúa la doctrina fijada por la CSJN en el citado precedente "Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido" del 14/9/04, concordante con “Gorosito, Juan R. c/ Riva S.A. y otros”, de fecha 2-1-2002, y el subsiguiente, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, de fecha 21-9-2004 —vinculados al control de constitucionalidad en concreto en relación al art. 39, apartado I de la LRT— (Ver: los fallos citados en T. y S.S., 2004-763; T. y S.S., 2002-137; T. y S.S., 2004-778, respectivamente). ----------

----- El fallo que se citara en primer lugar estableció que la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del art. 245 LCT, sólo puede ser admisible constitucionalmente si no supera el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable, de lo contrario, se torna irrisoria menoscabando substancialmente el derecho a la justa reparación. Pues bien, en la especie tal límite o parámetro de afectación porcentual no se encuentra superado de aplicarse literalmente el texto del

originario art. 12 de la ley 24.557, de suerte tal que no puede ser considerado el resultado cuantitativo del IBM obtenido como confiscatorio en relación al que se obtiene con el cálculo del RIPTE. ----------

----- Es por ello, que la sentenciante, si bien dio en principio concretas y suficientes razones para sustentar la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, luego, no demostró que dichas razones se decanten en concreto en la especie. ----------

----- Ello debió hacerlo mediante la formulación del cálculo respectivo según la norma examinada y según la mecánica que dijo adoptar por vía de analogía, para de allí efectuar la comparación que demuestre la desproporción que surja entre las remuneraciones sin ajuste y aquellas que resultan de aplicar el reajuste con el índice respectivo del RIPTE, conforme la pauta de cálculo contemplada por el nuevo texto del art. 12 de la LRT —modificado por la ley 27.348—; y, en definitiva, dejando en claro lo pernicioso que resultaría aplicar el antiguo art. 12 de la LRT al caso particular bajo examen. ----------

----- En el presente caso el IBM que se obtiene sin el ajuste del RIPTE asciende, conforme lo señalado por la magistrada de grado, a la suma de $8.254,31 por lo que la indemnización da como resultado la suma de $84.667,82 (53 x 8.254,31 x 11,2% x 1,44 + 20% del art. 3 de la ley 26.773); y, con el reajuste, el IBM alcanza la suma de $9.826,80, dando como resultado —conforme lo señalado por la sentenciante— una indemnización total de $100.797,49. De tales guarismos se puede verificar que la relación porcentual derivada de tal diferencia no alcanza a más del 14%, no superando de este modo la limitación o tope máximo del 33% —en menos— que la Corte Federal estableciera como pauta para justificar en el caso en concreto del que se trate, la invalidez constitucional de la fórmula tarifaria con la cual se obtiene el IBM. ----------

----- De tal modo, en cuanto se sostiene que la sentenciante realizó una aplicación retroactiva de la ley 27.348, tal motivo de impugnación ha devenido en vacío de contenido crítico que atender. ----------

----- Ello habida cuenta que corresponderá revocar la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557. ----------

----- De ello se sigue que no será menester siquiera referirnos a la aplicación analógica del mecanismo de cálculo del IBM que el legislador estableciera en el art. 11 de la Ley 27.348, que la juzgadora del anterior grado explicitara en la sentencia apelada. ----------

----- En resumen, propondré al acuerdo la admisión del agravio y, en consecuencia, la revocación parcial del fallo para dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 en lo que refiere a la aplicación del ajuste por índice RIPTE de los salarios a considerar para el cálculo del IBM, manteniéndola en lo que respecta al cómputo de las sumas no remunerativas de dichos salarios. Asimismo, para disminuir el monto del capital de condena a la suma de **pesos ochenta y cuatro mil seiscientos sesenta y siete con ochenta y dos centavos ($84.667,82)**. Así lo voto. ----------

----- 2).- **Anatocismo:** En tal sentido, en cuanto la crítica se dirige a colocar bajo cuestión la procedencia de la capitalización de los intereses dispuesta de oficio por la juzgadora de la anterior instancia, es menester comenzar por advertir “ab initio” que al momento de

producirse el siniestro (01/04/2014 –ver demanda, p. 5.2, fs. 6–), o al momento de interponerse la demanda (04/07/2014 –ver cargo de fs. 24–), ni tampoco, al momento de ser notificada ésta a “P. ART S.A.” (04/08/2014 –ver cédula de notificación de fs. 27/28–), o de la contestación de demanda de la mencionada aseguradora demandada (20/08/2014 –ver cargo de fs. 61–), todavía no había sido sancionada siquiera la Ley 26.994, por la cual se unificara en un solo cuerpo normativo el Derecho Civil y Comercial el que, entre algunas de sus nuevas disposiciones incluyó, como supuesto de excepción a la regla que prohíbe el anatocismo, la facultad de solicitar que se computen los intereses —integrándolos al capital— hasta el momento de que se produzca la notificación de la demanda tal como se encuentra previsto por el art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial de la Nación. Recuérdese que esta trascendente reforma a los Códigos de fondo comenzó a regir recién el 01/08/2015 (Conf.: Leyes 26.994 y 27.070). ----- En consecuencia, resulta de toda obviedad que tal posibilidad de pretender dicha capitalización se encontraba vedada al actor al momento de ser presentada la demanda. ----- Ello coloca en la palestra del análisis un particular y trascendente aspecto que, a mi juicio, resulta determinante para proponer al acuerdo la admisión del agravio aquí examinado. ----------

----- Es que, al no haber podido constituirse en materia de una petición expresa dicha capitalización de los intereses, implicó que tampoco pudiera ser motivo de eventual controversia por parte de la demandada. Es decir, ausente se encuentra en la especie el presupuesto *sine qua non* para que la judicante del anterior grado pudiera pronunciarse válidamente a su respecto, en tanto que no integró el “thema decidendum” (Conf.: art. 165, inc. 6º del CPCC). ----------

----- En tal sentido, es menester reparar que la traba del presente litigio —ocurrida con el escrito de contestación a la demanda— se atuvo lógicamente, a las pretensiones actorales concretadas en el escrito de demanda que, a su vez, pudieron controvertirse y entre las que, repito, no se encontraba la relativa a la capitalización de los intereses devengados desde la fecha de acaecimiento del siniestro laboral y hasta que se produzca la notificación a la contraria. Por lo cual, las pretensiones defensivas que, de su lado, planteara la demandada en su escrito contestatario, no pudieron siquiera contemplar o imaginar que estuviera en la materia de disputa tal específica cuestión, puesto que, vuelvo a decirlo, no fue —ni pudo serlo— una pretensión deducida por la parte actora. Este tópico recién aparece, de modo sorpresivo e *inaudita parte*, a mi ver, en el pronunciamiento definitivo. ----------

----- Es que no huelga insistir en que una vez concretada la aludida traba del litigio, en los términos y con el alcance que fueran propuestos por las partes, se excluyó toda posibilidad de que la judicante se expidiera en relación al anatocismo con sustento en el art. 770, inc. b) y 7 del CCyC de la Nación. ----------

----- Es que, como lo vengo propugnando en casos análogos al presente, la juzgadora *a quo*, al pronunciarse sobre el mentado anatocismo sin que éste fuera solicitado por el actor ni, por ende, que pueda ser controvertido por la demandada, desorbitó la materia

sobre la cual debió ceñir su decisión (Conf.: arts. 34, inc. 4 y 165 inc. 6° y 166 del C.P.C.C). ----------

----- Igualmente, cabe advertir también que tal decisión trasciende a la facultad que el art. 61 de la Ley XIV Nº 1 le confiere al juez con competencia en la materia laboral. Ello aún si se entendiera equivocadamente que dicha norma de cita resulta de aplicación al caso. Y digo así, en tanto dicha norma tuitiva, concordante con el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, solo habilita a los jueces laborales a expedirse “supra o ultra petita” (en más de lo pedido) pero no “extra petita” (por fuera de lo pedido). ----------

----- Asimismo, corresponde establecer también que el órgano jurisdiccional no puede disponer el anatocismo de oficio, por cuanto ello más que el ejercicio del “iuria novit curia”, comporta incurrir en un pronunciamiento incongruente por resultar “extra petita” o por fuera de lo pedido, con una directa afectación del derecho de defensa y, por consecuencia, del derecho de propiedad de la parte demandada quien de tal manera es condenada sobre un capítulo que, al no haber sido propuesto por el actor, no pudo controvertir (Conf.: arts. 34, inc. 4º, 165, inc. 6º del CPCC). ----------

----- Rememoro que los intereses son una prestación accesoria de una obligación dineraria o de valor —cuyo sujeto pasivo es quien se aprovecha de un capital ajeno—, en proporción a su cuantía y al tiempo de su disfrute. Se apunta, por lo demás, que éstos no brotan íntegros en un momento dado, sino que germinan y se acumulan continuamente a través del tiempo (Conf.: Llambías, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, año 1970, T. II-A, nº 906; Ver también: López Mesa, Marcelo, en “Derecho de las Obligaciones”, Ed. IBdeF, año 205, T. II, pág. 808 y sgtes.). ----------

----- De otro lado, sabido es que el anatocismo, interés compuesto o capitalización de intereses, consiste en sumar a una deuda de dinero —o de valor— los intereses ya devengados por la misma para que ambos importes —por capital e intereses sumados— vuelvan a producir nuevos intereses. Es decir, hablar de anatocismo es hacer referencia, por tanto, a la obligación de pagar los intereses de unos intereses ya devengados, vencidos e impagos. De manera tal que los intereses anatocísticos poseen una naturaleza moratoria y se integran, por consiguiente, dentro del denominado daño moratorio. ----------

----- Empero, insisto, que lo verdaderamente trascendente en la especie es que la Sra. Juez *a quo* dispuso capitalizar los intereses sin expresar una razón válida —a mi juicio— para apartarse en el caso, de la regla general, primaria y prevalente que prohíbe el anatocismo. ----------

----- Corresponde hacer la salvedad de que siendo pedida expresamente la obligación accesoria de intereses, efectivamente la determinación de cuándo se produjo la mora y la fijación de la tasa a la cual éstos se calcularán es una facultad que la Corte Federal ha reconocido privativamente a los Jueces (in re: “Banco Sudameris c. Belcam”, L.L., 1994-C-27). ----------

----- No obstante lo cual, confundir los intereses con su capitalización, como si uno y otro

de tales instituto autónomos fueran lo mismo, de modo tal que, pedido uno —los intereses— deriva a que el otro también lo integre —su capitalización—, torna la regla general prohibitiva contenida en el encabezado del art. 770 del CCyC, en verdadera letra muerta. ----------

----- Por último, no abunda advertir que el fallo en tal porción aplica lisa y llanamente de manera retroactiva la capitalización de los intereses sobre una situación de hecho —evento dañoso— agotada bajo la vigencia del Código Civil de Vélez, cuerpo normativo que no contemplaba al momento de trabarse la litis, la posibilidad de capitalizar —previa petición— los intereses. ----------

----- En síntesis, propongo al acuerdo la admisión del agravio planteado en el sentido expuesto y, en consecuencia, que se deje sin efecto la manda de capitalizar los intereses devengados desde el siniestro hasta el día de la notificación de la demanda. ----------

----- Así lo voto. ----------

----- III.- Conclusión: ----------

----- Por todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo que se revoque parcialmente el fallo apelado para dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 del punto I del pronunciamiento apelado en lo que refiere a la aplicación del ajuste por índice RIPTE de los salarios a considerar para el cálculo del IBM, manteniéndola en lo que respecta al cómputo de las sumas no remunerativas de dichos salarios; y, en consecuencia, para modificar disminuyendo el monto del capital de condena a la suma de **pesos ochenta y cuatro mil seiscientos sesenta y siete con ochenta y dos centavos ($84.667,82)**. Asimismo, para dejar sin efecto la manda de capitalizar los intereses al momento de notificación de la demanda dispuesta en el punto II “in fine” de dicho pronunciamiento; confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios.

----- Atento a este nuevo resultado corresponderá readecuar las costas y los honorarios de la primera instancia (Conf.: arts. 57 y 73 de la Ley XIV Nº 1 y art. 282 del CPCC). ----

----- En tal sentido, compartiré con el Dr. Vergara que teniendo en consideración que la parte actora resultó vencedora en la cuestión principal —sin perjuicio de que en esta instancia se resuelve la disminución del capital de condena dispuesto en la instancia de grado— y que ha devenido en vencida en relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 en lo que refiere al reajuste de los conceptos por índice RIPTE, corresponde distribuir las costas de primera instancia en concordancia con los vencimientos parciales y mutuos ocurridos en ella. De tal modo, estimo acorde con tal situación atribuírselas en un 90% a la parte demandada y el 10% restante a la parte actora, por resultar tales guarismos, a mi juicio, fiel reflejo de los vencimientos parciales y mutuos logrados por ellas en el anterior grado (Conf.: arts. 57 y 73 de la Ley XIV Nº 1; y, arts. 72 y 282 del CPCC). ----------

----- En cuanto a los honorarios de los profesionales intervinientes en la primera instancia, apreciando sus tareas por su extensión, calidad y eficacia, como también observando las etapas del proceso en las que actuaron, estimo adecuada la regulación efectuada por la sentenciante respecto de los Dres. S. E. P. y M. E. M., letrados apoderado y

patrocinante de la parte actora, en la suma equivalente al 18,5% y los del perito médico en la suma equivalente al 3%. Sin embargo, resulta menester elevar los honorarios del Dr. L. M. S., letrado apoderado de la parte demandada, a la suma equivalente al 14%. Todos estos emolumentos a calcular sobre el monto del capital de condena a liquidar en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. respectivo (Conf.: arts. 5, 6, 8, 18, 38 y 46 de la Ley XIII Nº 4 y Leyes 23.349 y 23.871). ----------

----- Toda vez que de los dos agravios expuestos por la recurrente, se acogió parcialmente el primero —lo que derivó en la revocación parcial del fallo en cuanto a la disminución del monto del capital de condena— y en su totalidad el segundo, las costas de alzada deben ser atribuidas en un 70% a cargo de la parte actora y en el restante 30% a cargo de la demandada, por reflejar adecuadamente el vencimiento parcial y mutuo entre las partes (Conf.: arts. 57 y 73 de la Ley XIV Nº 1; y, arts. 72 y 282 del CPCC). ----------

----- Por último, los honorarios profesionales por las tareas cumplidas en esta segunda instancia, apreciados por su extensión, calidad y eficacia, estimo apropiado fijarlos del siguiente modo, a saber: al Dr. L. M. S., letrado apoderado de la parte demandada, en la suma equivalente al 3,99% y al Dr. S. E. P., letrado apoderado de la parte actora, en la suma equivalente al 4,81%, en ambos casos a calcular sobre el monto del capital de condena que resulte de la liquidación a practicar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA correspondiente (Conf.: arts. 5, 6, 8, 13 y 46 de la Ley XIII Nº 4; y leyes 23.439 y 23.871). ----------

----- Culmino mi intervención pronunciándome en esta primera cuestión PARCIALEMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------

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

----- Visto el acuerdo antes alcanzado al votar la primera cuestión, corresponde: a) revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 en cuanto al ajuste por el índice RIPTE de los salarios del trabajador correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha del accidente, manteniéndose la misma respecto del cómputo de los rubros no remunerativos de los salarios, y también para dejar sin efecto la capitalización de intereses, y asimismo para disminuir el capital de condena a la suma total de pesos ochenta y cuatro mil seiscientos sesenta y siete con ochenta y dos centavos ($84.667,82), con más los intereses a la tasa establecida en la anterior instancia, confirmando el fallo en todo lo demás que decide que fuera materia de agravios; b) imponer las costas de primera instancia en un 90% a la demandada y en un 10% al actor; c) fijar, por adecuación al presente decisorio, los honorarios del Dr. L. M. S., por las tareas profesionales de primera instancia, para establecerlos en un 14% del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, manteniendo las regulaciones practicadas a favor de los Dres. S. E. P. y M. E. M., en forma conjunta, en la suma porcentual del 18,5%, al igual que los establecidos a favor del Cuerpo Médico Forense en un 3%; d) imponer las costas de alzada en un 70% a cargo del actor y en un

30% a cargo de la demandada; e) regular los honorarios de los Dres. S. E. P. y L. M. S., por los trabajos de segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,81% y 3,99%, respectivamente, del ya aludido monto del proceso; y f) declarar que los honorarios antes regulados deberán ser incrementados con el IVA que pudiera corresponder. ----------

-----Así lo voto. ----------

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

----- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, por responder el mismo fielmente al acuerdo antes alcanzado. ----------

----- 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 venida en apelación para dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 en cuanto al ajuste por el índice RIPTE de los salarios del trabajador correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha del accidente, manteniéndose la misma respecto del cómputo de los rubros no remunerativos de los salarios, y también para dejar sin efecto la capitalización de intereses, y asimismo para disminuir el capital de condena a la suma total de pesos ochenta y cuatro mil seiscientos sesenta y siete con ochenta y dos centavos ($84.667,82), con más los intereses a la tasa establecida en la anterior instancia, confirmando el fallo en todo lo demás que decide que fuera materia de agravios. ----------

----- IMPONER las costas de primera instancia en un 90% a la demandada y en un 10% al actor. ----------

----- FIJAR, por adecuación al presente decisorio, los honorarios del Dr. L. M. S., por las tareas profesionales de primera instancia, para establecerlos en un 14% del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, manteniendo las regulaciones practicadas a favor de los Dres. S. E. P. y M. E. M., en forma conjunta, en la suma porcentual del 18,5%, al igual que los establecidos a favor del Cuerpo Médico Forense en un 3%. ----------

----- IMPONER las costas de alzada en un 70% a cargo del actor y en un 30% a cargo de la demandada. ----------

----- REGULAR los honorarios de los Dres. S. E. P. y L. M. S., por los trabajos de segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,81% y 3,99%, respectivamente, del ya aludido monto del proceso. ----------

----- DECLARAR que los honorarios antes regulados deberán ser incrementados con el

IVA que pudiera corresponder. ----------

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

RAUL ADRIÁN VERGARA
JUEZ DE CÁMARA

SERGIO RUBÉN LUCERO
PRESIDENTE

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

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA