En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Julián E. JALIL y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **M., F. R. C/ F. P. S. S.A. S/ Accidente de trabajo (sistémico)"** (Expte. N°114 Año 2019), venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. N°10111/17), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.303.

A LA PRIMERA CUESTIÓN: la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE dijo:

1. La sentencia de primera instancia luego de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 ap 1 de la Ley 24.557, con base en los precedentes de la CSJN, admitió la demanda incoada por el Sr. F. R. M. y condenó a F. P. S. S.A., a abonarle dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos la suma de Pesos trescientos doce mil seiscientos treinta y nueve con veintidós centavos ($ 312.639,22) con más los intereses que determina. Impuso las costas a la demandada y reguló honorarios.

Para así resolver indicó que con base en un precedente de esta Cámara (SDL N° 69/17) para el cálculo del IBM del actor, debía integrarse con los conceptos declarados como ""comidas comunes" y "viático especial", en los períodos de 04/16 hasta 05/15, más allá del derecho posterior de la ART a perseguir el cobro de una alícuota diferenciada sobre dichas sumas.

En cuanto al accidente, dijo que había sido rechazado por la ART por tratarse de un accidente inculpable y que conforme el dictamen pericial médico

agregado a fs. 157/162, el perito concluyó que la incapacidad parcial, permanente y definitiva que presenta el actor es del 8 % T.O., y que tiene relación causal con las tareas desarrolladas por el actor.

Agregó el señor juez que las conclusiones periciales no recibieron impugnaciones, motivo por el cual le otorgó pleno valor probatorio en los términos de los arts. 390 y 481 del C.P.C.C.

Para determinar el resarcimiento por incapacidad parcial y permanente (art. 14 inc. 2 "a" de la L.R.T consideró el porcentaje de incapacidad laboral parcial y permanente del 8 % de la T.O. ; el ingreso base mensual del Sr. M. surge de la sumatoria de remuneraciones de los constancias acompañadas por AFIP a fojas 255/256, correspondientes a los periodos 04/16 al 05/15 lo que arroja un IBM de $ 21.789,50; coeficiente de edad: 2,82 (65/23) todo lo que determina una indemnización de $ 260.532,69 (21.789,50 x 53 x 8% x 2,82) por las secuelas del accidente sufrido por el actor, según los términos del artículo 14.2 a) de la Ley 24.557.

A dicho monto agrega el adicional equivalente al 20% establecido por el Art. 3 de la ley 26.773 que asciende a la suma de $ 52.106,53.

Indica que la suma total de $ 312.639,22 en concepto prestación dineraria de la ley 24.557 y modificatorias, supera el mínimo establecido por la Res. N° 1/2016 de la SSS y deberán adicionarse los intereses, a la tasa activa mensual que percibe el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento de documentos, desde la fecha del accidente 9 de mayo de 2016 y hasta el efectivo pago.

La sentencia fue apelada a fs280 por la demandada, sus agravios se agregaron a fs. 288/292 y fueron contestados a fs. 296/298.

2. <u>Los agravios de F. P. S. S.A.</u>

a) En su agravio se queja del cálculo del IBM. Señala que el antecedente de esta Cámara citado no es aplicable en general y, en el caso puntual, refiere que a la fecha del siniestro la norma que regía era la del art. 12 de la ley 24.557.

Agrega que en esa base se incorporaron rubros no remunerativos como "comidas comunes" y viáticos especiales, para los días en los que el actor no trabajó, en virtud del accidente materia de esta litis.

Dirá también que las sumas no remunerativas se tienen que computar para indemnizaciones por despido más no para el pago de indemnizaciones por accidentes laborales.

Luego de hacer el cálculo del IBM (uno con los rubros remunerativos y otro con aquellos no remunerativos), señala que a su parte no lo agravia que se incluya el rubro como remunerativo en virtud de la interpretación de la ley que hace el juez, sino que el agravio está en la aplicación en tanto esos rubros no pueden considerarse pues el trabajador no los está gastando. Menciona que -de confirmarse la sentencia- se deberá pagar por exceso a lo previsto al celebrar el contrato y recuerda que conforme el CCT 40/89 los ítems convencionales "comida y viático especial" corresponden por cada día trabajado con lo que no corresponde su pago en caso de ausencia, cualquiera sea la causa que la motive y aun cuando la misma fuera justificada. Reitera que esos ítems son viáticos propiamente dichos y que no revisten naturaleza remuneratoria. Cita jurisprudencia y el Dictamen N° 1108 del MTEySSN.

Solicita en definitiva, la aplicación del IBM conforme lo estipula la ley 24.557, no tomando como base los rubros no remunerativos y efectuando la base de cálculo con el promedio de los salarios durante el último año anterior al accidente.

3. Tratamiento del agravio

a) Conforme el art.280 del CPCC este Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia, esto tiene fundamento en que la función de esta Cámara tiene una doble limitación y es la que resulta de la relación procesal trabada y el marco de los cuestionamientos que se exponen en el agravio. *"El límite de la acción está dado por el contenido de los escritos de demanda y contestación, límite que no puede ser soslayado por las partes al expresar agravios. De modo que es extemporáneo el tema no planteado en aquellas ocasiones y que recién se introduce en la pieza recursiva. Al punto que su tratamiento por la Alzada importa la violación por ésta de los artículos 34 inc.4to, 163 6to, 266 y 272 del C Procesal"* (Cám 2° CCy M San Juan 9-3-82 "García c/ Municipalidad del partido de Rivadavia / Daños y Perjuicios).

En el punto el STJCH ha señalado que "*El principio dispositivo, confiere a los justiciables el señorío de voluntad de fijar los límites del objeto litigioso, y excluye que los tribunales de justicia se pronuncien sobre cuestiones que no hayan sido planteadas oportunamente por las partes. Si se admitiese que en la Alzada o en este caso ante la Corte, se pudieran tratar capítulos no esgrimidos en las instancias anteriores, o fundados en hechos no articulados en ella, importaría ello alterar los términos en que quedó trabada la litis, con menoscabo del derecho de defensa y violación de una expresa prohibición legal (art. 277 del CPCC), que rige las facultades de las Cámaras en los casos de los Recurso de Apelación que ante ellas se plantean y que resulta aplicable en los recursos ante este Superior Tribunal sea en el caso del recurso ordinario o en el de casación*"(Conf. S. D. N° 35/S.R.E./00 y 17/S.R.E./01).

Está claro que en virtud del principio de congruencia que debe ser respetado en toda resolución judicial, la sentencia apelada contiene y decide las cuestiones deducidas por las partes de conformidad a lo preceptuado por el art. 67 de la Ley XIV N° 1 y por tanto, todo lo resuelto por el Sr. Juez a quo

en cuanto causa agravios, puede ser materia del recurso de apelación, pero no es posible llevar a conocimiento del tribunal de alzada, defensas o cuestiones nuevas no sometidas a decisión del juez de primera instancia, ni resueltos por tanto en la sentencia recurrida. *"… el principio de congruencia exige a la Alzada prestar especialísima atención a dos estadíos procedimentales cuales son el de la traba de la litis y el de interposición y fundamentación del recurso de apelación, pues sus potestades decisorias sufren una doble restricción: la que resulta de la relación procesal y la que el apelante voluntariamente imponga a través del escrito de interposición del recurso y de la pieza que contiene el desarrollo de los agravios. Ninguna parcela del decisorio recurrido podrá revisar si la impugnación no está contenida en estos últimos actos procesales; pero tampoco podrá resolver cuestiones novedosas o sorpresivas, introducidas por vez primera en la instancia de apelación. De donde se sigue que el fallo de la Cámara de Apelaciones adolecerá del vicio descalificador de incongruencia cuando… el pronunciamiento, pese a respetar cuantitativamente y cualitativamente el objeto de la expresión de agravios, comporte un exceso respecto de la pretensión u oposición formulada oportunamente…"* (Azpilicueta, J.J. y Tessone, A., "La Alzada. Poderes y deberes", La Plata, Librería Editora Platense, 1993, pág. 163).

Estas reglas tienen fundamento constitucional (Bidart Campos, Germán, "El principio de congruencia en los tribunales de alzada", ED 141-114 y "Principio de congruencia en la alzada y arbitrariedad de sentencia", ED 149-635). En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la jurisdicción de la Cámara de Apelaciones está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de la facultad decisoria y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos 256-501, 258-220, 259-237, 302-264; 304-355; 304-1482, 307-948).

b) Al tiempo de promover la demanda, la parte actora planteó la

inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT y calculó la indemnización por la enfermedad profesional con base en la remuneración del mes de agosto de 2016.

La ART demandada, cuando contestó la demanda negó que el IBM debía calcularse como lo hizo la actora y que debiera utilizarse como ingreso base la remuneración de agosto de 2016, utilizando al final de las negativas de rito, el argumento que no era necesario que fueran pormenorizadas respecto de cada hecho, sino que bastaría su propia versión de los mismos.

Luego y en respuesta a los planteos de inconstitucionalidad, refirió en forma genérica*" El planteo hecho por la actora, respecto de la inconstitucionalidad de diferentes artículos de la ley 24.557 y de la ley 26.773 carece de los mínimos requisitos formales para su procedencia, donde ni siquiera se intenta dar una mínima fundamentación (…)es falso que en el supuesto bajo análisis los artículos que la misma actora pretende impugnar irroguen la vulneración de un derecho constitucional del señor actor…".*

De modo que los argumentos recursivos que hoy incorpora para cuestionar la decisión de la magistrada, respecto al cálculo de la base para determinar el IBM, no fueron materia de alegación propuesta por la parte.

Vale señalar para el punto que, aun cuando el magistrado de grado resuelve no abordar la cuestión de la constitucionalidad del art. 12 LRT, al tiempo de los alegatos y con base en precedentes de esta Cámara, la parte actora desistió de su planteo de inconstitucionalidad.

Dicho lo anterior, ninguna línea de la contestación de la demanda estuvo dirigida a cuestionar o al menos dejar planteado, cuáles sumas abonadas a M. tenían o no el carácter de no remunerativas conforme las normas convencionales, novedosamente planteadas en esta instancia y que impiden ingresar a su tratamiento en los términos del art. 280 del CPCC.

c) Por otro lado y en lo que a mi criterio resulta contradictorio con el discurso recursivo inicial, el apelante señalará que no se agravia de la

interpretación que hace el magistrado de cuál es el IBM (considerar las sumas no remunerativas) sino que incorpora los rubros "comidas comunes y viáticos", que corresponden a un período que el Sr. M. no trabajó por estar accidentado.

La parte actora en su réplica recursiva, acierta cuando señala que el señor juez de grado resolvió "*En consecuencia, declaro que las sumas correspondientes al Ingreso Base Mensual del Sr. M. deberán ser integradas también por los conceptos declarados como ""comidas comunes" y "viático especial", en los periodos de 04/16 hasta 05/15, más allá del derecho posterior de la ART a perseguir el cobro de una alícuota diferenciada sobre dichas sumas."*

Desde la perspectiva de su queja, la crítica a la sentencia no tiene sustento fáctico alguno, pues si la primera manifestación invalidante es el 9/5/2016, es de toda evidencia que las remuneraciones consideradas para el cálculo del IBM no contienen el período en el cual el Sr. M. no laboró por encontrarse accidentado.

d) Por todo lo expuesto y en el límite de los agravios, voy a proponer al Acuerdo se confirme la sentencia de grado en todo lo que fue materia de apelación, con costas al apelante vencido (art. 69 el CPCC).

Los honorarios de los letrados se fijan en porcentaje que aplicará sobre los honorarios que se determinen en la primera instancia. En orden al mérito de la actividad profesional conforme el mérito y resultado obtenido propongo se fijen para los letrados M. A. y F. A. en conjunto en el 30 % y para los letrados D. A. T. y L. C., en conjunto en el 26%. En todos los casos, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5,7 y 13 de la ley arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara Dra. María Inés de VILLAFAÑE vota por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL,

dijo:

1.- Las cuestiones fácticas traídas a decisión. Las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por la colega que me precede en el voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos los desarrollos efectuados al respecto por el Sra. Magistrada preopinante. Centraré la atención, para el sustento individual de mi argumentación, en el análisis de los aspectos jurídicos objeto de revisión a esta Cámara.

2.- Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario. En base a lo expuesto, separaré las cuestiones por títulos y centraré el tratamiento de los agravios siguiendo el orden empleado por la Sra. Jueza que me precede en el voto.

3. Suficiencia de los agravios. Los agravios vertidos por el apelante, refieren a la parte del fallo que ponen en crisis, e indican los errores del judicante de grado que considera como causa eficiente de sus agravios, por lo tanto, constituyen una crítica suficiente, concreta y razonada de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC lo que habilita su estudio.

4.- La materia de agravio. Básicamente la queja se sustenta en un único agravio, relativo al cálculo del IBM.

Cuestiona el apelante que los rubros "comidas comunes" y "viáticos especiales" fueron incluidos en la cuenta en días que el actor no trabajó en razón del accidente que dá lugar al proceso traído a ser decidido.

Recuerda que el CCT 40/89 dispone que los ítems "comida y viáticos especiales" solo se devengan con fundamento en días efectivamente trabajados.

La queja del apelante queda reducida a este tópico, es decir: que se integra el IBM con ítems que solo es correcto computar cuando corresponden a días efectivamente trabajados. Ello sin perjuicio del originario cuestionamiento que efectuara sobre la constitucionalidad del artículo 12 de la L.R.T –luego desistido-, pues en ninguna instancia previa del proceso la demandada cuestionó cuáles sumas materialmente contaban con carácter de remunerativas o no remunerativas.

5.- El tratamiento del agravio. El agravio debe ser desestimado con base en dos argumentos.

El *primero* de ellos es que en verdad las sumas computadas en carácter de comida y viáticos especiales corresponden al período que va desde el 05/15 hasta 04/16, dado que la primera manifestación invalidante data del 09 de mayo de 2016.

De ello solo cabe concluir que se trata de meses durante los cuales efectivamente fueron prestados servicios.

Bastaría con esta consideración para que el agravio sea desestimado.

Empero existe un *segundo argumento* sobre el cual asentar el rechazo de la queja, siendo este que las inteligencias a las que la apelante acude no fueron propuestas por la parte en las instancias anteriores, de modo tal que la jurisdicción de grado no puedo expedirse sobre ellas.

El principio de congruencia se vincula, básicamente, con la forma en que los órganos jurisdiccionales deben resolver las cuestiones sometidas a su decisión, teniendo en cuenta los términos en que quedó articulada la relación procesal, esto es, sin incurrir en omisiones o demasías decisorias. El destino de dicha directriz es conducir el proceso en términos de razonable equilibrio dentro de la bilateralidad del contradictorio, imponiendo que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que forma el contenido de la disputa. Así, transgrede el principio de congruencia el fallo que se aparta del objeto del litigio determinado en demanda y contestación, comprometiendo la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal que debe primar en toda controversia judicial.

En el caso que nos ocupa el fallo puesto en crisis se limitó correctamente a decidir con base en las cuestiones sobre las cuales se hallaba trabada la *litis*, de modo tal que un cuestionamiento recursivo posterior en el cual se

incorporan nuevas herramientas argumentales debe ser desestimado, dado que no es posible traer a conocimiento de este Tribunal inteligencias que no fueron desarrolladas con anterioridad en las instancias procesales pertinentes.

Con fundamento en lo manifestado, el agravio será rechazado.

6.- Conclusión. Corresponde en consecuencia desestimar el recurso incoado y confirmar la sentencia de grado en cuanto fue materia de agravios.

7.- La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta la forma en la que se propone sea resuelto el recurso incoado, considero que las costas deben ser soportadas por la apelante perdidosa (Conf. arts. 69 CPCC).

8. La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 Ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados corresponde regular honorarios a la Abogada M. A. y F. A. en su conjunto en el 30% y para los Abogados D. A. T. y L. C. en su conjunto en el 26%, de los fijados en la Instancia anterior, con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

De compartir los Sres. Jueces de Cámara el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1. **CONFIRMAR** la sentencia de fs. 274/279 en todo lo que ha sido materia de agravio.
2. **IMPONER** las costas en la Alzada a la demandada vencida en el recurso (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios sobre la base de los que se determinen en la primera instancia para los letrados M. A. y F. A. en conjunto en el 30 % y para los letrados D. A. T. y L. C., en conjunto en el 26%. En todos los casos, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5,7 y 13 de la ley arancelaria).

3. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

Así lo voto.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

En base a los argumentos expuestos entiendo que la solución es la que propone mi distinguida colega preopinante.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de octubre de 2019.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. **CONFIRMAR** la sentencia de fs. 274/279 en todo lo que ha sido materia de agravio.
2. **IMPONER** las costas en la Alzada a la demandada vencida en el recurso (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios sobre la base de los que se determinen en la primera instancia para los letrados M. A. y F. A. en conjunto en el 30 % y para los letrados D. A. T. y L. C., en conjunto en el 26%. En todos los casos, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5,7 y 13 de la ley arancelaria).
3. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /19 SDL CONSTE.