En la ciudad de Trelew, a los días de marzo del año dos mil veinte, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo L. De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“I., D. O. c/ P. ART S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)” (Expte. N° 531 - 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. 164. ----------

------**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 actora a fs. 149, que fuera concedido a fs. 150, tercer párrafo, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 141/146 y vta. que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 6, 8 inc. 3, 21, 22 y 46 de la ley 24.557, así como de cualquier otra norma que implique la obligatoriedad de actuaciones del actor ante órganos distintos a los pertenecientes al Poder Judicial de la P. del Chubut para demandar y percibir las indemnizaciones por el accidente de autos, y también la del decreto de necesidad y urgencia 669/2019. Asimismo hizo lugar a la demanda entablada por D. O. I. y condenó a P. A.R.T. S.A. para que en el plazo de diez días abone al accionante la suma de $528.226,92, con más los intereses determinados en el considerando respectivo, con capitalización desde la notificación de la demanda (arts. 770 inc. b y 7 del C.C.C.), y con imposición de costas a la demandada vencida.----------

----------Asimismo, a fs. 147 la demandada interpuso recurso de apelación en contra de la mencionada sentencia, el que fue concedido a fs. 150, primer párrafo, y declarado desierto a fs. 156, segundo párrafo. De igual modo, a fs. 148 la demandada apeló por altos los honorarios regulados a favor de los Dres. P. y M. y del perito médico D., el que fue concedido a fs. 150, segundo párrafo, en los términos del art. 48 de la Ley XIII N° 4.----------La expresión de agravios de la actora luce a fs. 151/155 y vta., el traslado conferido a fs. 156, primer párrafo, fue contestado por su contraria a fs. 158/159, y la apelante impugna el fallo en cuanto a la no consideración de las sumas no remunerativas del salario para la determinación del IBM y la omisión de la determinación de las prestaciones médicas pendientes prescriptas por el perito

actuante.---------- -----2. En su primer agravio el actor señala que en el fallo recurrido se determinó una indemnización total que dista con la real y efectiva que le corresponde al actor por cuanto no se contempló el real ingreso que percibía, lo que implica una clara afectación de su derecho de propiedad. Efectúa el cálculo del IBM que considera correcto y sostiene que el IBM real correspondiente al trabajador es de $33.451,82 y no de 28.554,43 como determinó la sentenciante. Manifiesta que la juez *a quo* consideró el monto correspondiente al salario neto del actor en clara contradicción con el criterio sostenido por esta Alzada y la doctrina mayoritaria. Cita en extenso un fallo de esta Sala a fin de dar sustento a su postura. Expresa que la disminución injustificada e irrazonable en la suma indemnizatoria violenta los arts. 14 bis, 17 y 19 de la Constitución Nacional. Indica que corresponde la aplicación del IBM conforme los recibos de sueldo considerando el ingreso bruto del trabajador.------ -----Al respecto, el art. 12 de la ley 24.557 –en su redacción anterior a la ley 27.348, aplicable a la especie por la fecha del infortunio, esto es, 26/01/2015– dispone: “ARTICULO 12. — Ingreso base. 1. A los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, devengadas en los DOCE (12) meses anteriores a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor a UN (1) año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado. 2. El valor mensual del ingreso base resulta de multiplicar la cantidad obtenido según el apartado anterior por 30,4” (el subrayado me pertenece).---------- -----De tal modo, la norma manda a considerar la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones a los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias, es decir, alude al “salario previsional” por lo que excluiría a las denominadas “asignaciones no remunerativas”.---------- ------Sobre el particular, en su escrito de demanda el actor solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la mencionada norma y, en lo que aquí interesa, señaló que *“El art. 12 LRT (Ingreso Base Mensual) no sólo congela sus salarios realizando un promedio de los mismos durante el año anterior al accidente, sino que no toma en cuenta aquellos rubros calificados como “remuneraciones exentas” o “no remunerativas”, las cuales, indudablemente forman parte del salario del trabajador”* (ver escrito de demanda, fs. 8vta., antepenúltimo párrafo).---------- -----A su vez, al tratar la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT,

con referencia a la pretensión del actor la sentenciante expuso a fs. 145, tercer párrafo/145vta., segundo párrafo, que **“Supletoriamente, y para el caso que no se acepte la aplicación directa de la ley 27.348 –como acabo de resolver- deja planteada la inconstitucionalidad del art. 12 ley 24.557. Toda vez que la norma bajo análisis congelaba las remuneraciones que integran el IBM durante el año anterior al accidente-, era criterio de los titulares de los Juzgados Laborales de Trelew -y de la suscripta- actualizar las indemnizaciones correspondientes a los accidentes de trabajos regidos por la legislación anterior a la ley 27.348 con RIPTE al momento del accidente, previa declaración de inconstitucionalidad del primigenio art. 12 de la ley 24.557 -aplicable al sublite-, utilizando tal índice como mecanismos de ajuste y a los efectos de corregir, en parte, el pernicioso efecto inflacionario que degrada los créditos laborales. Ahora bien, toda vez que ambas Salas de nuestra Cámara de Apelaciones han comenzado a rechazar este criterio por aplicación de la pauta fijada por la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Vizzoti” (es decir, declaración de inconstitucionalidad siempre y cuando la merma de la indemnización tarifada por utilización del tope legal sea superior al 33%), e invocando además la Sala A un precedente de nuestro Superior Tribunal de Justicia (“P.”), que se enrola -aunque tangencialmente- en el mismo sentido, pues este no había sido tema central del decisorio, dejando a salvo mi distinto criterio por no considerar que la pauta sentada en “Vizzoti” sea aplicable a los accidentes de trabajo por los fundamentos desarrollados en mis anteriores sentencias -a las que remito-, razones de economía procesal me llevan a acatar el criterio hoy en día sustentado pacíficamente por ambas Salas de nuestra alzada (confr. SD 27/2018 Sala A). Coralario de lo expuesto es que no dándose en el caso la diferencia aludida de más del 33% entre el crédito sin actualizar y el actualizado con RIPTE al momento de la sentencia, es que no se procederá a la recomposición del crédito ni a la tacha de inconstitucionalidad del art. 12 LRT”**.----------

-----Como puede observarse la magistrada de grado analizó la constitucionalidad del art. 12 de la LRT –en su anterior redacción– a la luz del planteo efectuado por el accionante referido al congelamiento del ingreso base para el cálculo de las prestaciones por Incapacidad permanente con relación al proceso inflacionario por cuanto manda a considerar los salarios del año anterior al infortunio. Sin embargo, no hizo referencia alguna en su desarrollo respecto a que la norma no toma en cuenta las sumas “no remunerativas” de los salarios a

los fines del cómputo del IBM que, como se dijo, fue expresamente planteado por el trabajador como uno de los fundamentos de la petición de declaración de inconstitucionalidad de la norma.----------De tal modo, corresponde examinar la constitucionalidad del art. 12 de la LRT –en su redacción anterior a la ley 27.348– en lo que refiere al cuestionamiento efectuado por la recurrente en esta instancia.----------En ese sentido, dos son las cuestiones a examinar: la primera si el art. 12 de la L.R.T. 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, S.D.L. N° 31/94; sala A, S.D.L. 46/97 y 36/01; y sala “B”, c. 15.700, S.D.L. 04/00, c. 19.345, S.D.L. 20/2004, c. 19.629, S.D.L. 46/2004, y c. 101/11, S.D.C. 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 aún 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/ RC J 9892/10). En este mismo direccionamiento, en materia de daño resarcible se indica que no deben descontarse en la liquidación de la indemnización por incapacidad los aporte 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 G., 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 L.R.T. al no contemplar las asignaciones no remunerativas para la base del cálculo.---------- -------Sobre el particular, ya expuse en c. 482/12, S.D.L. 05/2013, c. 146/14, S.D.L. 12/2014, c. 92/15, S.D.L. 19/2015, y c. 162/18, S.D.L. 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 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 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 95 de la OIT en un planteo de inconstitucionalidad. En la sentencia dictada el 19 de mayo de 2010 en los autos “G., 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, A. 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 CSJN en “Pérez c/Disco” en 2009, y luego, en este año (por 2010), en “G., 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 C.S.J.N. 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 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 “G. 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 C.S.J.N. 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, S.D.L. 05/13, y c. 146.14, S.D.L. 12/14, entre muchas otras.----------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 declarar en esta instancia la inconstitucionalidad del art. 12 de la L.R.T. al limitar el ingreso base a las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones.----------Tales razones conducen al acogimiento del primer agravio planteado por el actor recurrente, por lo que se impone la necesidad de realizar nuevamente el cálculo indemnizatorio. Pues, de la comparativa entre los recibos de haberes acompañados por el actor a fs. 19/46 de la documental reservada –que tengo a la vista– y el cálculo efectuado en el fallo recurrido, se extrae que a los fines de determinar la suma indemnizatoria se tomó las remuneraciones netas y además no fueron consideradas las sumas no remunerativas.---------- -------Bajo tales premisas, con las pautas establecidas por el art. 12 de la ley 24.557 –en su redacción anterior a la ley 27.348– y considerando correctamente los haberes devengados por el actor previo al evento dañoso de fecha 26/01/2015, esto es, la suma de $10.719,12 por la primera quincena del mes de enero de 2015 y la suma de $9.088,30 por la segunda quincena del mes de enero de 2015 (a la que se le dedujo previamente la suma de $4.991,30 relativa a la ILT percibida); así como la cantidad de días corridos en los que prestó servicio el accionante –18 días– en el período considerado, nos da un IBM de $33.452,53.----------Por ello, tomando un IBM de $33.452,53, una incapacidad del 14.84% y un coeficiente por edad de 1,96, la indemnización prevista por el art. 14, acápite 2, inciso a) de la L.R.T. asciende a $515.697,24 (53 por $33.452,53 por 14,84% y por 1,96), y con más el 20% (art. 3 de la ley 26.773) arroja un total de $618.836,69 ($515.697,24

más $103.139,45).----------En tales condiciones, corresponde hacer lugar al agravio y ello conduce a declarar la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 en lo que respecta al cómputo de los rubros no remunerativos de los salarios a considerar para el cálculo del IBM y, consecuentemente, a acrecentar el capital de condena a la

suma total de $618.836,69.----------3. En su segunda queja, el recurrente señala que si bien la sentenciante apoya su decisorio en la pericia médica desarrollada en autos, al momento de determinar la procedencia del reclamo y ordenar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la ART omitió considerar la prestación médica reclamada por su parte y expresamente determinada por el perito médico. Expone que con tal omisión se lesiona el patrimonio de su parte y afecta su funcionalidad física/laboral al no resolverse en forma definitiva y eficaz su padecimiento físico. Manifiesta que la sentenciante no aportó fundamentos técnicos y legales para apartarse de lo determinado por el peritaje médico-legal que –añade– se erige como un elemento de ponderación inexcusable y de casi decisiva receptación. Cita doctrina en apoyo de sus dichos y solicita que se determine cuantitativamente la pretensión indemnizatoria, cotizando el tratamiento dispuesto por el médico tratante o, en su caso, se obligue a la ART demandada a efectuar tal atención por medio de sus prestadores médicos sobre la base de lo dispuesto en los arts. 12, 14 y 20 de la LRT con las modificaciones previstas por el decreto 1694/09 y art. 3 de la ley 26.773. ----------

-----Al respecto, vale poner de resalto que del escrito de demanda no surge que el actor haya reclamado expresamente el otorgamiento de las prestaciones en especie por parte de la aseguradora demandada, pues en el objeto sólo refiere al *“…cobro de las sumas que más adelante se liquidarán, o lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos y fije en definitiva V.S., en concepto de indemnización por incapacidad permanente definitiva por el accidente de trabajo, con más sus intereses, costos, costas y depreciación monetaria, a mérito de las consideraciones de hecho y de derecho que seguidamente expondremos*” (sic) (ver escrito de demanda, II.-OBJETO, fs. 4).----------

------Sin embargo, lo cierto es que del análisis integral del libelo de inicio se observa que al relatar los hechos el trabajador indicó que la ART le otorgó prestaciones médicas en forma insuficiente sin haber agotado las instancias terapéuticas necesarias y requeridas para revertir el cuadro clínico, incumpliendo el art. 20 de la LRT. Luego, al referirse a la liquidación de las sumas reclamadas

señaló que se debía determinar la suma por los gastos erogados para llevar adelante los tratamientos médicos, medicación y honorarios médicos que debieron haber sido abonados por la ART conforme lo normado por el art. 20 LRT. Y, finalmente, al ofrecer la prueba pericial solicitó que el perito médico se expida respecto a la razonabilidad de las diligencias y tratamientos que debió realizar el actor debido al infortunio y que indique si debe recibir nuevo tratamiento médico, señalando en su caso el tipo y estimando una cotización del mismo (ver escrito de demanda, fs. 7, quinto párrafo; fs. 19, tercer párrafo; y fs. 20, último párrafo/20vta., primer párrafo).----------

------De tal manera, se extrae que el actor introdujo al proceso el planteo relativo a las prestaciones en especie debidas por la aseguradora demandada al hacer referencia al otorgamiento insuficiente de las mismas por parte de la ART y mediante el punto de pericia propuesto al ofrecer la prueba pericial médica en los presentes autos.----------

------En tal sentido, se señala que siempre ha de observarse una interpretación razonable del escrito de demanda, y desde luego integral a los fines de verificar los presupuestos que se relacionan con la doctrina de la substanciación, acorde con el principio de flexibilidad de las formas, en miras al mejor rendimiento de la función jurisdiccional. Así, es dable acudir básicamente a los hechos expuestos y correlacionarlos con las normas invocadas y la prueba ofrecida, pues ese plexo sirve para conformar el contenido de la demanda (conf. Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1990, T. IV-B, pág. 21).----------

------De tal modo, la regla que impone la invocación de la cosa demandada con toda exactitud debe ceder en caso que resulten hechos relevantes para el debate en la prueba rendida en autos y que fuera oportunamente ofrecida en el escrito de demanda, a fin de evitar caer en un exceso ritual manifiesto. Es criterio de esta Alzada, ya en su composición de sala única, c. 11.771, S.D.C. 13/96, c. 11.911, S.D.C. 27/96; y por esta sala “B”, c. 15.436, S.D.C. 06/04, c. 162/12, S.D.C. 17/12, entre otros pronunciamientos.----------

------Por lo tanto, toda vez que la parte actora al expresar agravios solicitó se salve la omisión en que incurriera la juzgadora, conforme lo previsto por el art. 281 del C.P.C.C. corresponde ingresar a la queja a fin de determinar si resulta procedente el otorgamiento de las prestaciones en especie a las que hace referencia el apelante.----------

------En tal sentido, en la pericia médica practicada en autos a fs. 85/87vta., el Dr.

A. D. indicó –en lo que aquí interesa– que el actor *“Requiere tratamiento uso de analgésicos-antiinflamatorios, fisio-kinesionlogía y eventualmente tratamiento quirúrgico artroscópico para remoción de la bolsa subacromial. No es posible cotizar el tratamiento, dado que la intensidad y duración del mismo, varía en función de la evolución, una vez iniciado”* (ver pericia médica, fs. 87, CONCLUSIONES DEL DICTAMEN MÉDICO, respuesta al punto de pericia e) efectuado por la actora).----------

--- ---Sin perjuicio de ello, al valorar la prueba pericial médica rendida en autos la sentenciante a fs. 142vta., penúltimo párrafo/143, antepenúltimo párrafo, señaló que **“Estando fuera de discusión la existencia del siniestro, discrepan las partes en torno a la existencia o no de secuelas incapacitantes derivadas del mismo, por lo que debemos estar a lo que resulta de la pericia médica producida a fs. 85/87 por el Dr. A. D.. Describe el examen realizado, refiriendo que en los miembros superiores muestra hipotonía del brazo y hombro derecho, con trofismo global conservado. Que la palpación despierta dolor en la cara anterior, sobre el troquín y corredera bicipital, así como a nivel de la articulación acromio-clavicular, no se palpa resalto articular del hombro afectado durante la circunducción. Refiere que no logra completar movimientos combinados de rotación interna - aducción, ni de rotación externa-abducción en el hombro afectado. El examen de la fuerza muscular muestra disminución de la fuerza del brazo derecho. Explica que se trata de un hombre joven de 35 años de edad, que dos años antes al del momento del examen, sufrió un traumatismo contuso de hombro derecho, que produjo una lesión del labrum o rodete glenoideo, además de un proceso inflamatorio subacromio-clavicular o síndrome de fricción. Que de la documental médica adjuntada al expediente, el relato del examinado y el examen físico, surge que el actor presenta secuelas funcionales en el hombro derecho, secundarias a la lesión de las partes blandas. Refiere que en el caso analizado se trata de un hombre adulto joven, con edad menor a la que empiezan a observarse procesos degenerativos relacionados con ella, en cuya actividad laboral habitual como operario de planta pesquera sufrió un traumatismo de hombro derecho, objetivándose en el estudio de RMN signos de inflamación subacromio – subdeltoideo (edema), además de una alteración de la morfología del labrum o rodete glenoideo ántero-inferior, todos compatibles con un traumatismo contuso del hombro. Que estos traumatismos contusos o esguinces producen una distención de los**

tejidos blandos pariarticulares, los cuales además de inflamarse pueden sufrir ruptura e inestabilidad residual o rigidez por fibrosis. Pondera la incapacidad que porta en el 14,84% de la TO. Es contundente al señalar más adelante que la causa de las lesiones observadas es un traumatismo contuso, sufrido en ocasión de sus tareas habituales. La pericia no fue impugnada por las partes, adquiriendo pleno valor probatorio".----------

------En tal contexto, asiste razón al recurrente en cuanto a que la magistrada de grado al analizar la pericia médica de fs. 85/87vta. –a la cual le otorgó pleno valor probatorio–, no hizo referencia alguna a que el Dr. A. D. determinó que el trabajador requería de los tratamientos médicos y farmacéuticos allí indicados y, finalmente, condenó a la aseguradora demandada únicamente al pago de la suma indemnizatoria por la incapacidad laboral parcial y permanente de la que adolece el actor con más los intereses correspondientes (ver sentencia, parte resolutiva, fs. 146, penúltimo párrafo).----------

-----En tal sentido, el artículo 20 de la LRT en su inciso 3) dispone que: "Las prestaciones a que se hace referencia en el apartado 1, incisos a), b) y c) del presente artículo, se otorgarán a los damnificados hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes, de acuerdo a como lo determine la reglamentación".----------

------De tal modo, el otorgamiento por parte de la ART de las prestaciones en especie previstas por esa normativa es independiente de la incapacidad que porte el trabajador por lo que el cumplimiento de las obligaciones impuesto normativamente a las aseguradoras de riesgos del trabajo en ese aspecto nada tiene que ver con el carácter permanente o transitorio de la incapacidad pues su otorgamiento deberá efectuarse hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes.----------

------En el caso, por tratarse de una incapacidad parcial y permanente que requiere además de tratamiento médico y farmacéutico, es evidente que la A.R.T. deberá cumplir con su obligación de otorgar las prestaciones en especie que resulten acordes con la patología que presenta el trabajador consistente en uso de analgésicos-antiinflamatorios, fisio-kinesionlogía y eventualmente tratamiento quirúrgico artroscópico para remoción de la bolsa subacromial (ver pericia médica, respuesta al punto e), requerido por la parte actora, fs. 87).----------

------Y acerca de la independencia existente entre la incapacidad y el otorgamiento de tales prestaciones, se expresa que la primera de las cualidades radica en que el deber -y el simétrico derecho- de su otorgamiento está independizado de las

situaciones de incapacidad y de las prestaciones dinerarias a las que ellas dan lugar, puesto que, como claramente se desprende del texto del apartado 1 del artículo 20, las prestaciones en especie deben ser otorgadas cuando el trabajador sufra alguna de las contingencias previstas en la ley. Contingencias éstas que, como se ha visto en el comentario al artículo 6°, son los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales que, como también quedó allí destacado, y al margen de los defectos de redacción de esa norma, no necesariamente provocarán la incapacitación o la muerte del trabajador. Como consecuencia de esta asociación a las contingencias y no a las situaciones cubiertas, las prestaciones de asistencia médica y farmacéutica, prótesis y ortopedia y rehabilitación son virtualmente vitalicias, pues deben ser otorgadas hasta la curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes (art. 20, ap. 3) (conf. Ackerman, Mario E., “Ley de riesgos del trabajo comentada y concordada”, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, págs. 434/435). ----------Sentado lo anterior, en cuanto a la solicitud del recurrente de que se determine cuantitativamente la pretensión indemnizatoria considerando la prestación médica pendiente o, en su caso, se obligue a la ART demandada a efectuar tal atención por intermedio de sus prestadores médicos contratados en la zona, vale decir que las aseguradoras de riesgos del trabajo deben otorgar las prestaciones en especie dispuestas por el art. 20 de la ley 24.557 pero no están obligadas a asumir el costo de las mismas en dinero. ----------

------En tales condiciones, la demandada deberá otorgar al actor las prestaciones en especie aconsejadas por el perito médico mediante los prestadores que tenga a su disposición. Todo lo cual significa que la A.R.T. en el marco de la ley de riesgos del trabajo está obligada a brindar esas prestaciones en forma directa sin que deba ser condenada al pago de su costo para que el actor recurra a un tercero prestador. Es más, el art. 2 de la ley 26.773 dispone que dichas prestaciones no podrán ser sustituidas en dinero.----------

------Agrego que el catálogo contemplado por el art. 20 de la L.R.T. es enunciativo, y debe ser interpretado en forma amplia, pues las mencionadas implican el otorgamiento de prestaciones conexas como internación, cirugías, movilidad para impedidos, exámenes complementarios, traslados, y todas aquellas necesarias para paliar, asistencialmente, los efectos del siniestro. … a) Asistencia médica y farmacéutica: el concepto incluye no sólo el tratamiento médico propiamente dicho (en todas sus especialidades) sino también el atinente a otras ciencias de

la salud como la odontología y la psicología (ver Formaro, Juan J., “Riesgos del trabajo. Leyes 24.557 y 26.773”, Editorial Hammurabi 2013, págs. 180/181).----------Con tales alcances, corresponde hacer lugar al agravio para condenar a “P. ART S.A.” a que otorgue en forma directa las prestaciones en especie aconsejadas por el perito médico (ver informe, p. e), fs. 87) consistentes en el uso de analgésicos-antiinflamatorios, fisio-kinesiología y eventualmente tratamiento quirúrgico artroscópico para remoción de la bolsa subacromial.----------5. Resta por analizar el recurso de apelación interpuesto por la accionada a fs. 148 al estimar altos los emolumentos regulados a los Dres. P., M. y al perito médico Dr. A. D., recurso concedido a fs. 150, segundo párrafo.----------Al respecto, a los Dres. S. E. P. y M. E. M., se les reguló sus honorarios, en conjunto, por las tareas de primera instancia en un 18,5% del monto de condena. En tal sentido, esta sala “B” habitualmente utiliza como parámetro en el caso del letrado de la parte vencedora un 14% por el patrocinio, con más un 40% por la procuración, lo que arroja un total del 19,60%. Con ese alcance, la cuantificación realizada por el juzgador si bien es inferior a dichos parámetros se encuentra dentro de las pautas de apreciación que la ley del arancel le confiere, máxime si se tiene en cuenta que este es el criterio fijado por esta sala B en c. 298/16, S.D.L. 45/16, y c. 203/16, S.D.L. 38/16, en las que se analizó un caso similar al presente y se consideró que un 17,55% y un 19%, respectivamente, no se revela como apartamiento de los parámetros establecidos en la ley del arancel. Por tales razones, atendiendo en el presente caso a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos cumplidos en la anterior instancia por los citados profesionales, los porcentajes establecidos en esta causa del 18,5%, se ajustan prudencialmente a las pautas antes referidas (arts. 5, 6, 7, 8, 18, 38 y 46 de la Ley XIII N° 4) y ello conduce a mantener tales emolumentos ya que los mismos no resultan altos.----------A su vez, respecto a la labor profesional cumplida por el perito médico Dr. A. D. a fs. 85/87 y vta., atento a que dicha pericia resultó trascendente para la solución del pleito y a que el porcentaje asignado del 3% se ubica dentro de los parámetros establecidos por el art. 60 de la ley del arancel legales, estimo que la regulación practicada no resulta elevada, por lo que corresponde mantener también tales emolumentos.----------Por ello, se rechaza el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 148, sin imponer costas ni regular honorarios ya que la materia no lo amerita.----------5. En consecuencia, propicio al Acuerdo revocar parcialmente el decisorio

venido en apelación para declarar la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 –en su anterior redacción a la ley 27.348– en lo que respecta al cómputo de los rubros no remunerativos de los salarios a considerar para el cálculo del IBM y, consecuentemente, elevar el capital de condena a la suma total de pesos seiscientos dieciocho mil ochocientos treinta y seis con sesenta y nueve centavos ($618.836,69), con más los intereses y la capitalización establecidos en la anterior instancia. Asimismo, condenar a “P. ART S.A.” a que otorgue en forma directa las prestaciones en especie aconsejadas por el perito médico consistentes en el uso de analgésicos-antiinflamatorios, fisio-kinesiología y eventualmente tratamiento quirúrgico artroscópico para remoción de la bolsa subacromial.----------

------La revocatoria que se propicia conduce a elevar el monto de condena y ordenar el otorgamiento de prestaciones en especie, por lo que no será necesario efectuar las adecuaciones previstas por el art. 282 del C.P.C.C. toda vez que no se alteran las calidades de vencedora y vencida que presentan las partes actora y demandada, en tanto que los honorarios fueron regulados en términos porcentuales y se ajustaran al nuevo importe de condena, dejando a salvo el porcentual establecido a favor de los profesionales al elevarse sus honorarios.---

-------El éxito de los agravios traídos a consideración de este Cuerpo por la actora apelante conduce a imponer las costas de Alzada a la demandada vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 del C.P.C.C.).----------

Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudente regular los honorarios del Dr. S. E. P., letrado apoderado del actor, y de los Dres. G. L. C. y A. V. G., letrados apoderado y patrocinante de la accionada, en este último caso en conjunto, en las sumas porcentuales equivalentes al 5,55% y 2,45%, respectivamente, del monto del proceso a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. que pudiere corresponder.----------

-----Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

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

-----Atento la claridad de la reseña, que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante, de la sentencia de origen de fs. 141/146vta., así como de los agravios que contra la misma expusiera la actora a fs. 151/155vta., me remito a la misma en homenaje a la brevedad, adentrándome directamente en el tratamiento de los mismos.----------

-------I.- Seguiré el mismo orden de examen de los agravios que el Dr. Vergara, el que además responde a la lógica en el tratamiento. ----------

------1) En la primera queja, la recurrente cuestiona que no se haya contemplado el salario bruto que percibía a los fines del cálculo del IBM, lo que –a su entender– determinó una indemnización que dista de la real y efectiva a la que le corresponde. Indica que la sentenciante consideró el salario neto en contradicción con el criterio sostenido por esta Alzada y la doctrina mayoritaria, lo que violenta los arts. 14 bis, 17 y 19 de la Constitución Nacional.----------

-----En virtud de que el accidente denunciado en autos es de fecha 26/01/2015, resulta aplicable al caso de marras el art. 12 de la ley 24.557 en su redacción anterior a la ley 27.348 a los fines de la consideración del IBM del trabajador.----

------Al respecto, el actor planteó la inconstitucionalidad de dicha norma por omitir los rubros no remunerativos y en atención al proceso inflacionario que vive el país (ver fs. 8vta./9, pto. VI, 1).----------

-------Tal como puso de resalto el colega prevotante, en el decisorio se hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 pero por los argumentos del actor referidos al congelamiento de los salarios a considerar con relación al proceso inflacionario, mas nada se señaló respecto a los rubros no remunerativos (ver sentencia, fs. 145, cuarto párrafo/145vta., segundo párrafo).---

---Es así que corresponde que trate la inconstitucionalidad de esta norma con relación a la no inclusión de rubros no remunerativos de los salarios a los fines del cálculo del IBM. Sobre esta cuestión ya me he pronunciado en antecedentes de esta Sala “B”. Así, en el precedente de esta Sala, entre otros, SDC N° 11/11, del 18/08/11, señalé 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, 1995B-1626), así como que es remuneración tanto lo que percibe el empleado como lo que le evita un desembolso (conf. CNAT, Sala II, ídem).----------

Asimismo, aduje que en los precedentes de esta Sala “B”, SDL Nº 05/13 del 28/02/13 y, SDL N° 12/14, del 19/06/14, había sostenido que la doctrina de los

períodos que van desde 1994 en adelante, y mucho más en la primera década del siglo, se inclinó por la cita, estudio y utilización del Convenio 95 OIT como fundamento para plantear severas inconstitucionalidades de normas nacionales y también de 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 (conf. Seco, Ricardo Francisco: "El Convenio 95 de la OIT, beneficios sociales y sumas no remunerativas en los convenios colectivos de trabajo", en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010-2, "Normas internacionales y derecho interno", pág. 324). Asimismo agregué que en el antecedente referido el sentenciante se atuvo a la evolución de la doctrina y jurisprudencia desenvuelta en esta materia. Siempre de acuerdo al citado artículo de Seco (conf. aut. cit., op. cit., págs. 291/325), quien divide esta evolución en distintas etapas, se indica que una primera va desde que el Convenio 95 OIT fue aprobado por la Argentina (1956) hasta la reforma constitucional de 1994; otra desde ésta hasta 2004 cuando, en la primavera de ese año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación con su nueva integración comenzó a expedirse sobre temas laborales abandonando los criterios vigentes de la época neoliberal; otra que va desde 2004 hasta 2009 cuando la Corte se expidió en el caso "Pérez c/ Disco"; y finalmente desde esa fecha en adelante (conf. Seco, op. cit., pág. 293). En la primera etapa se sucedieron diversos fallos plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo estableciendo el carácter no remunerativo de distintos rubros y prestaciones otorgados al trabajador (conf. Seco, op. cit., págs. 294/296). Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 31 y 75, inc. 22 de la Const. Nacional, el bloque de constitucionalidad reconoce primero a la Constitución Nacional y a los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, luego a los tratados internacionales, entre ellos a los convenios de la OIT, y luego a las leyes nacionales. La Constitución Nacional en la cláusula social incorporada en 1957 avanza desde el salario mínimo vital y móvil hasta la retribución justa, también atiende a la participación del trabajador en la empresa, aclarándose que se entiende que la remuneración es regida por la justicia social. Varias son las normas internacionales vigentes en nuestro país, con jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional, referidas al salario que la Corte señaló en el fallo "Pérez c/ Disco". Ellas son: la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23, 24 y 25); la

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XIV, segundo párrafo, y XXXVII); el PIDESC (arts. 6 y 7); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, inc. e); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la Mujer (art. 11.1, incs. D y e). El Convenio 95 de la OIT es, a partir de la reforma de 1994, claramente una norma supralegal pero infraconstitucional (conf. Seco, op. cit., págs. 297/298). En el período de 1994 a 2004 la ley 24700 incorporó a la LCT la figura de los beneficios sociales en el artículo 103 bis y contempló otras prestaciones no remuneratorias en los artículos 105 y 223 bis. Con todo, las prestaciones enunciadas en la ley 24700 no presentan rasgos homogéneos, pudiéndose bosquejar la siguiente clasificación: 1) beneficios sociales plenos (art. 103 bis); 2) beneficios sociales parciales (ídem); 3) prestaciones complementarias no remunerativas (art. 105); 4) prestación no remunerativa (art. 223 bis). Lentamente comenzó a haber mayores referencias en la jurisprudencia al Convenio 95 de la OIT, en especial para descalificar los llamados beneficios sociales por inconstitucionales (al menos de varios de los positivizados). Así se entendió que la compensación escolar es remunerativa (conf. voto del Dr. Capón Filas en CNAT, Sala VI, del 11/08/97, en “Salinas, Ernesto c/ ANSES”, en D.T. Online; AR/JUR/5979/1997). La Corte Suprema de Justicia de la Nación el 24/11/98, en autos “Della Blanca c/ Industrias Pescarmona”, dijo que era inconstitucional el decreto 1477/89 porque la naturaleza no remunerativa debe ser establecida por una ley, pero además sostuvo que ella debía ser confrontada con la Const. Nacional en cuanto al art. 14 bis que establece la retribución justa y el art. 28 que consagra el principio de razonabilidad (conf. Seco, op. cit., págs. 298/300). En el período entre los años 2004 y 2009 se expresaron por la inconstitucionalidad de algunos beneficios sociales paradigmáticos varios autores relevantes, fundándose en el art. 1 del Convenio 95. Así por mencionar sólo algunos, Ackerman cuestionó la validez de las normas que desalarizan contraprestaciones otorgadas por el empleador como consecuencia del contrato de trabajo, en especial por contravenir el Convenio 95, art. 1, respecto de los incisos b y c del art. 103 bis de la LCT, porque aquella tiene jerarquía supralegal y no puede la ley contradecir sus reglas. Goldín consideró a los tickets canasta como “vales” destinados a la compra de alimentos -no distinto del que habitualmente tiene buena parte del salario-, su desalarización tiene como evidente finalidad la de abaratar su costo; para esto, se consagra su carácter no remuneratorio, que implica que en relación a su importe no se tributa a los

diversos regímenes de seguridad social ni se le tiene en cuenta para la determinación de los créditos de los trabajadores que tienen su base de determinación en el salario (v. gr. vacaciones, indemnizaciones, preaviso y despido, etc.). Es un artificio consistente en tratar a parte de la remuneración como si no lo fuera, lo que constituye una franca transgresión al Convenio 95 de la OIT. A su vez R. M. utilizó el Convenio 95 para juzgar la inconstitucionalidad de las normas que reducen el contenido de las remuneraciones de los pagos por contraprestación laboral, por la superioridad normativa del Convenio respecto de las leyes. En el mismo período la jurisprudencia se sirvió del Convenio 95 para justificar que es salario la retribución en caso de licencia por enfermedad inculpable y que debe considerarse a los fines de la indemnización por despido, no obstante lo cual la jurisprudencia, de manera general, presentó posturas controversiales respecto a esta materia (conf. Seco, op. cit., págs. 300/314).----------El 01/09/09 la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló la causa “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.” (Fallos: 332:2043). Tanto en los votos de la mayoría como de la minoría se afirmó que el Convenio 95 define el término salario y este fallo dio un alcance amplio a las normas del Convenio en el sentido de prevalencia de la salarialidad de las retribuciones de los trabajadores. La Corte Federal adoptó esa postura, atendiendo a las observaciones dirigidas a la Argentina por “la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT”. Dicha Comisión, con expresa referencia al artículo 103 bis recordó a la Argentina que el artículo 11 del Convenio, si bien no tiene el propósito de elaborar un modelo vinculante de definición del término “salario”, sí tiene por objeto garantizar que las remuneraciones reales de los trabajadores, independientemente de sus denominaciones o cálculo, serán protegidas íntegramente en virtud de la legislación nacional, respecto de las cuestiones que tratan los artículos 3 a 15 del Convenio. Las obligaciones derivadas del Convenio en materia de protección de los salarios de los trabajadores, no pueden eludirse mediante la utilización de subterfugios terminológicos, por el contrario es necesario que la legislación nacional proteja la remuneración del trabajo, cualquiera sea la forma que adopte, de manera amplia y de buena fe (conf. Seco, op. cit., págs. 314/316). Como consecuencia de lo argumentado, la Corte, en el considerando 9 concluyó que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c de la LCT (t.o. según ley 24700), relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a éstos naturaleza salarial. Desde el año 2009 en adelante la jurisprudencia pareció alinearse mayoritariamente tras el fallo de la Corte referido,

otorgando carácter remuneratorio a los tickets canasta, los llamados “bonus”, los tickets almuerzo, vales alimentarios, decidiendo la Corte Federal el 19/05/10 en la causa “G., Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro” que las llamadas asignaciones no remunerativas establecidas por los decretos de necesidad y urgencia 1273/02, 2641/02 y 905/03, en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen, son inconstitucionales (conf. Seco, op. cit., págs. 316/317).----------Como conclusiones de todo lo expuesto, destaqué que el artículo 1 del Convenio 95 de la OIT establece *“A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.* En interpretación de dicha norma se ha sostenido que la intención de los redactores era utilizar el término “salario” no en un sentido técnico, sino en un sentido general que comprendiese la totalidad de las diversas formas y componentes de la remuneración del trabajo. En dicha línea de interpretación las reglamentaciones internacionales propuestas se aplicarán a la remuneración o ganancias, cualquiera que sea su designación o forma de calcularlas, que fueran posible expresar en términos de dinero pagadero por un empleador a un trabajador por trabajos o servicios prestados en virtud de un contrato de empleo, escrito o verbal. La CSJN en “Pérez c/ Disco” afirma de modo tajante, y en contradicción con abundante doctrina nacional e incluso jurisprudencia que así no lo consideraba, que el Convenio 95 define el término salario dándole un alcance amplio a sus normas. Con los pronunciamientos citados de la CSJN y su interpretación acerca del alcance del Convenio 95 de la OIT, atendiendo a sus normas y criterios de interpretación, cabe resignificar a los demás beneficios sociales subsistentes o a crearse previstos en las normas legales o convencionales, o concedidos por los empleadores, o las asignaciones no remunerativas concedidas a los trabajadores por normas heterónomas o autónomas, porque esa caracterización, al margen de la naturaleza jurídica de la remuneración, está vedada a la disponibilidad de las autonomías sectoriales o decisiones heterónomas (conf. Seco, op. cit., págs. 319/325).----------En síntesis de lo expuesto es que postulo hacer lugar a la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT en cuanto a que deben considerarse los rubros no remunerativos a los fines del cálculo del IBM y la ulterior indemnización que de

dicho cálculo derive.----------Corolario de ello, y en atención a que en el fallo en crisis se tomaron los haberes netos del trabajador a los fines de determinar el IBM, lo que surge de la comparación entre el cálculo efectuado por la sentenciante y los recibos de haberes que obran a fs. 19/46 de la documental reserva y que tengo a la vista, corresponde efectuar de manera adecuada el cálculo del IBM y –consecuentemente– del monto indemnizatorio conforme lo establecido en el art. 14, acápite 2, inciso a), de la LRT.----------Ello así, a los fines de determinar el IBM correspondiente al trabajador, tomaré en cuenta los haberes brutos y los rubros no remunerativos devengados por el actor previo al infortunio de fecha 26/01/2015. De tal manera, por la primera quincena del mes de enero de 2015 tomaré el monto de $10.719,12 (ver fs. 26 de la d.r.) y por la segunda quincena del mes de enero de 2015 el monto de $14.079,60 (ver fs. 27 de la d.r.) -al que corresponde detraerle la suma de $4.991,30 en concepto de ILT percibida-. Asimismo, en el período considerado el trabajador prestó servicio por 18 días corridos por lo que, con las pautas establecidas por el art. 12 de la ley 24.557, se arriba a un IBM de $33.452,23.----------Es así que, con las demás pautas de la fórmula a aplicar establecidas por el art. 14, acápite 2, inciso a), de la LRT que fueron consideradas por la jueza *a quo*, esto es, la incapacidad del 14,84% y el coeficiente de edad de 1,96 el resultado de la indemnización es el siguiente: 53 x 33.452,23 x 14,84% x 1,96 = $ 515.697,24 + 20% (art. 3 de la ley 26773) = $ 618.836,69.----------En consecuencia, corresponde hacer lugar al agravio para declarar la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT en lo que respecta a que deben considerarse los haberes brutos a los fines del cálculo del IBM y, corolario de ello, incrementar la indemnización del trabajador a la suma total de $ 618.836,69.----------2) En segundo término, la recurrente se agravia de que la sentenciante haya omitido ordenar a la ART demandada el cumplimiento de las prestaciones en especie reclamadas por su parte y dispuestas en la pericia médica a pesar de haber apoyado su decisorio en dicha experticia, lo que –a su entender– afecta su patrimonio y su funcionalidad física/laboral. Señala que la magistrada no aportó fundamentos técnicos y legales para apartarse de lo determinado en el peritaje médico-legal. Solita se determine cuantitativamente el tratamiento dispuesto por el perito médico o, en su caso, se obligue a la demandada a efectuar tal atención por medio de sus prestadores médicos.----------Al respecto, si bien el trabajador no reclamó expresamente el otorgamiento

de prestaciones en especie en su escrito de demanda tal como surge de la lectura del objeto de la misma que fue citado por el Dr. Vergara y al cual me remito por razones de brevedad (ver escrito de demanda, p. II.- Objeto, fs. 4), lo cierto es que del examen íntegro de dicha pieza surge que el accionante introdujo tal pretensión al relatar los hechos por cuanto menciona que la aseguradora le otorgó “prestaciones médicas de manera plenamente insuficiente sin haber agotado al respecto las instancias terapéuticas necesarias y requeridas para revertir el cuadro clínico de nuestro mandante, incumpliendo a todas luces el tan renombrado art. 20 de la ley de rito” (ver fs. 7, 5to. párrafo); al solicitar que se determine “la suma por los gastos erogados para llevar adelante los tratamientos médicos, medicación y honorarios médicos que debieron haber sido abonados por la ART conforme lo normado en el art. 20 LRT” (ver fs. 19, 3er. párrafo); y al proponer como punto de pericia que el experto médico indique si el actor “debe recibir nuevo tratamiento médico, indicando en su caso tipo, estimando una cotización del mismo” (ver fs. 20vta., primer párrafo).----------

------En tal contexto, coincido con el colega prevotante en que, en virtud de lo previsto por el art. 281 del CPCC, corresponde dilucidar si en la especie resulta procedente el otorgamiento de las prestaciones en especie a las que refiere el recurrente. Pues acierta el quejoso al indicar que la magistrada de grado, al analizar la prueba pericial médica rendida en autos a fs. 85/87vta., no hizo referencia alguna respecto a dichas prestaciones y –en definitiva– condenó a la ART demandada solamente al pago del monto indemnizatorio con más los intereses y capitalización de los mismos por la incapacidad laboral parcial y permanente del 14,84 de la T.O. determinada por el perito médico (ver considerandos de la sentencia, fs. 142vta./143, y resolutorio, fs. 146, anteúltimo párrafo).----------

------Sobre el particular, vale poner de resalto que el Dr. A. D. determinó que el actor “Requiere tratamiento uso de analgésicos-antiinflamatorios, fisio-kinesionlogía y eventualmente tratamiento quirúrgico artroscópico para remoción de la bolsa subacromial. No es posible cotizar el tratamiento, dado que la intensidad y duración del mismo, varía en función de la evolución, una vez iniciado” (ver pericia médica, “Conclusiones del dictamen médico”, fs. 87, respuesta al punto de pericia e) solicitado por la actora).----------

-------En tal sentido, la petición del actor tiene su fundamento en el art. 20 de la LRT. Y la norma en cuestión dispone en su inc. 3), que “Las prestaciones a que se hace referencia en el apartado 1, incisos a), b) y c) del presente artículo, se

otorgarán a los damnificados hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes, de acuerdo a como lo determine la reglamentación".----------En comentario a dicho texto me veo obligado a reiterar la cita de doctrina efectuada por el Dr. Vergara por su manifiesta claridad. Ello así, se ha sostenido que el otorgamiento de estas prestaciones está independizado de las situaciones de incapacidad y de las prestaciones dinerarias a las que ellas dan lugar, puesto que, como claramente se desprende del texto del apartado 1 del artículo 20, las prestaciones en especie deben ser otorgadas cuando el trabajador sufra alguna de las contingencias previstas en la ley. Contingencias éstas que, como se ha visto en el comentario al artículo 6°, son accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales que, como también quedó allí destacado, y al margen de los defectos de redacción de esa norma, no necesariamente provocarán la incapacitación o la muerte del trabajador. Como consecuencia de esta asociación a las contingencias y no a situaciones cubiertas, las prestaciones de asistencia médica y farmacéutica, prótesis y ortopedia y rehabilitación son virtualmente vitalicias, pues deben ser otorgadas hasta la curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes (art. 20, ap. 3) (conf. Ackerman, Mario E.: "Ley de Riesgos del Trabajo Comentada y Concordada", Rubinzal-Culzoni Editores, 2019, pág. 434/435).----------En virtud de lo expuesto, es claro que la finalidad de la norma no es vincular estas prestaciones en especie a la existencia o no del carácter permanente de la incapacidad, por cuanto resultan indiferentes a las incapacidades que puedan derivarse, debiéndose evaluar su necesidad en pos del mejoramiento o no agravamiento de la salud del trabajador.----------Y en lo que respecta a la solicitud del recurrente de que se determinen cuantitativamente tales prestaciones médicas o se obligue a la ART demandada a efectuar tal atención por intermedio de sus prestadores médicos contratados en la zona, el art. 2 de la ley 26.773 dispone –en lo que aquí interesa– que "Las prestaciones médico asistenciales, farmacéuticas y de rehabilitación deberán otorgarse en función de la índole de la lesión o la incapacidad determinada. Dichas prestaciones no podrán ser sustituidas en dinero, con excepción de la obligación del traslado del paciente".----------Surge claro entonces que las prestaciones en especie dispuestas por el art. 20 de la LRT deben ser otorgadas por la ART directamente –o mediante terceros contratados–, pero de ninguna manera se encuentra obligada a abonar al trabajador el costo de dichas prestaciones.----------

-------Por todo lo expuesto, es que también propongo al Acuerdo acoger este segundo agravio y, en consecuencia, condenar a “P. ART S.A.” a que otorgue en forma directa al actor las prestaciones en especie determinadas en la pericia médica, esto es, provisión de analgésicos-antiinflamatorios, fisiokinesiología y, eventualmente, tratamiento quirúrgico artroscópico para remoción de la bolsa subacromial.----------

------3) Finalmente, resta examinar el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 148 respecto de los honorarios de los Dres. P. y M. y del perito médico, por considerarlos altos. En cuanto a los emolumentos de los letrados de la actora fueron determinados en un 18,5% del monto del proceso, y dado que este Cuerpo usualmente regula los honorarios de los letrados apoderados de la parte gananciosa, en conjunto, en un 19,6%, los mismos lejos están de resultar excesivos (conf. arts. 5, 6, 7, 8 y 18 de la ley XIII N° 4). Asimismo, respecto de los honorarios del perito médico, fueron establecidos en el 3% del monto del proceso, porcentaje que tampoco deviene excesivos en virtud de la escala del art. 60 del arancel. Es así que propongo el rechazo de esta apelación, sin costas porque no las genera la materia arancelaria.----------

-------II.- En virtud de todo lo razonado, corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada a fin de declarar la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 en lo que respecta a que deben considerarse los rubros no remunerativos a los fines del cálculo del IBM y, corolario de ello, incrementar la indemnización del trabajador a la suma total de pesos seiscientos dieciocho mil ochocientos treinta y seis con sesenta y nueve centavos ($ 618.836,69.-), con más los intereses y la capitalización dispuesta en el fallo recurrido. De igual modo, se debe condenar a “P. ART S.A.” a que otorgue en forma directa al actor las prestaciones en especie determinadas en la pericia médica, esto es, provisión de analgésicos-antiinflamatorios, fisio-kinesiología y, eventualmente, tratamiento quirúrgico artroscópico para remoción de la bolsa subacromial.----------

-------Dado que la revocatoria parcial decidida no altera la condición de vencedor y vencido de las partes, por cuanto se propone elevar el monto de condena y ordenar el otorgamiento de las prestaciones en especie al actor, deviene innecesario readecuar la imposición de costas en virtud de lo dispuesto por el art. 282 del CPCC. En cuanto a los honorarios, los de los letrados y el perito médico fueron determinados en porcentajes por lo que se ajustarán automáticamente a la nueva base regulatoria, por lo que tampoco procede su readecuación.----------

-------En cuanto a las costas de esta sede, atento a que se hace lugar a ambos agravios de la actora, las mismas se imponen a la demandada vencida conforme el criterio objetivo de la derrota (conf. arts. 57 y 73 de la ley XIV N° 1 y 69 del CPCC.-).----------

-------Finalmente, con relación a la regulación de los emolumentos por los trabajos realizados en esta instancia, teniendo en cuenta el resultado del pleito, así como la extensión y mérito de los trabajos realizados, encuentro ajustado a derecho, determinar los honorarios del letrado apoderado del actor, Dr. S. P., en un 5,55%; y los de los letrados apoderado y patrocinante de la demandada, Dres. G. L. C. y A. V. G., en conjunto, en un 2,45%; en ambos casos sobre el monto total de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, y con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 6, 7, 8, 9, 13 y 46 de la ley XIII N° 4; y leyes 23349 y 23871).----------

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

-----**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

------Visto el acuerdo antes alcanzado al votar la primera cuestión, corresponde: a) revocar parcialmente el decisorio venido en apelación para declarar la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 –en su anterior redacción a la ley 27.348– en lo que respecta al cómputo de los rubros no remunerativos de los salarios a considerar para el cálculo del IBM y, consecuentemente, elevar el capital de condena a la suma total de pesos seiscientos dieciocho mil ochocientos treinta y seis con sesenta y nueve centavos ($618.836,69), con más los intereses y la capitalización establecidos en la anterior instancia; b) condenar a “P. ART S.A.” a que otorgue en forma directa las prestaciones en especie aconsejadas por el perito médico consistentes en el uso de analgésicosantiinflamatorios, fisio-kinesiología y eventualmente tratamiento quirúrgico artroscópico para remoción de la bolsa subacromial; c) imponer las costas de alzada a la demandada vencida; d) regular los honorarios de los Dres. S. E. P., G. L. C. y A. V. G. –en el caso de estos dos últimos profesionales en conjunto–, por los trabajos de segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 5,55% y 2,45%, respectivamente, del ya aludido monto del proceso; y f) declarar que los honorarios antes regulados deberán ser incrementados con el I.V.A. que pudiera corresponder.----------

------Así lo voto.----------

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

------El pronunciamiento que corresponde dictar, es el propuesto por el Dr. Vergara, fiel expresión del acuerdo 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 y encontrarse de licencia el restante vocal de la Cámara (Arts. 7º y 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 el decisorio venido en apelación para declarar la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 –en su anterior redacción a la ley 27.348– en lo que respecta al cómputo de los rubros no remunerativos de los salarios a considerar para el cálculo del IBM y, consecuentemente, elevar el capital de condena a la suma total de pesos seiscientos dieciocho mil ochocientos treinta y seis con sesenta y nueve centavos ($618.836,69), con más los intereses y la capitalización establecidos en la anterior instancia;----------

------ Condenar a “P. ART S.A.” a que otorgue en forma directa las prestaciones en especie aconsejadas por el perito médico consistentes en el uso de analgésicos-antiinflamatorios, fisio-kinesiología y eventualmente tratamiento --quirúrgico artroscópico para remoción de la bolsa subacromial;----------

-------- Imponer las costas de alzada a la demandada vencida;----------

-------- Regular los honorarios de los Dres. S. E. P., G. L. C. y A. V. G. –en el caso de estos dos últimos profesionales en conjunto–, por los trabajos de segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 5,55% y 2,45%, respectivamente, del ya aludido monto del proceso; y----------

-------- Declarar que los honorarios antes regulados deberán ser incrementados con el I.V.A. que pudiera corresponder.----------

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

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

RAUL ADRIÁN VERGARA
JUEZ DE CÁMARA

---REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2020 - SDL - CONSTE.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA