----En la ciudad de Trelew, a los días de noviembre del año dos mil veinte, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. R. A. Vergara y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“T., F. S. c/ A. S.A. ART s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)” (Expte. N° 211 – Año 2020 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. 149.----------

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

---- ----Vienen estos actuados al conocimiento de este tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la actora mediante presentación ID 51842 obrante a fs. 134, en contra de la sentencia definitiva N° 32/2020 de fs. 128/132vta., aclarada mediante sentencia N° 69/2020, por la cual se declara la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22, 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 Provincia del Chubut para demandar y percibir las indemnizaciones por el accidente de autos y de las demás inconstitucionalidades que surgen de los considerandos de esa sentencia y del DNU 669/19. Asimismo, hace lugar a la demanda entablada por F. S. T. en contra de A. S.A. ART, condenando a esta última a que en el término de 10 días abone al demandante la suma de $748.163,56 con más los intereses a tasa activa Banco de la Nación A. para las operaciones de descuento desde el accidente y hasta el efectivo pago, con capitalización desde la fecha de la notificación de la demanda, debiendo además reintegrar a la actora en el mismo plazo la suma de $3.000 en concepto de gastos erogados y abonados por la asegurada por prestaciones en especie en procura de su recuperación, aplicándose sobre ese importe un interés igual que el fijado para la prestación dineraria con reajuste a partir del mes de agosto de 2018. Todo ello, con costas a cargo de la demandada vencida.----------

--------La expresión de agravios fue presentada mediante escrito ID 58972 agregado a fs. 140/142.----------

--------Ordenado su traslado a la parte contraria a fs. 144, el mismo fue evacuado mediante presentación ID 68600, la que no fue agregada a la causa por haberse implementado la gestión digital del proceso conforme lo dispuesto por el juez *a quo* a fs. 145, primer párrafo. ----------

----I.- La parte actora recurrente formula un único agravio en el que cuestiona que el sentenciante no haya considerado las sumas no remunerativas del salario percibido por su parte para determinar el IBM. Señala que sólo se considera el informe de AFIP incorporado a estos autos que no refleja los reales ingresos percibidos, los que -añade- figuran en los recibos de haberes adjuntados por su parte y no desconocidos por la contraria. Indica que ello implica una clara afectación a su derecho de propiedad ya que

para determinar el IBM se deben considerar los ingresos brutos y los conceptos remunerativos y no remunerativos que constan en los recibos de haberes. Para dar sustento a su postura, cita el art. 12 de la LRT, así como doctrina y jurisprudencia aplicable a la cuestión. Sostiene que el juez consideró el salario sujeto a retenciones en clara contradicción con el criterio sostenido por la Alzada y la doctrina mayoritaria, violentando los arts. 14bis, 17 y 19 de la Constitución Nacional y contrariando el Convenio N° 95 de la OIT. Afirma que el informe de AFIP sólo refleja los montos sujetos a aportes y contribuciones y ello incide definitivamente en la indemnización que debe percibir la actora lo que se refleja con el cuadro incorporado por su parte en el escrito de demanda.----------

----A su turno, al contestar los agravios la aseguradora demandada señala que la actora no expone cálculo matemático alguno que demuestre su agravio, ni razona en cuánto se traduce esa supuesta diferencia del ingreso base mensual al resultado de la fórmula indemnizatoria. Añade que la apelante no demostró ni cuantificó su alegado agravio patrimonial, limitando la exposición a un supuesto error *in judicando* que en verdad no existió. Expone que la respuesta informativa de AFIP reporta por cada período mensual “remuneración total bruta”, de manera que -añade- no es cierto que el IBM de este caso haya estado limitado a la sola consideración de las sumas remunerativas, toda vez que por remuneración bruta se entiende el total de los conceptos integrantes del salario, estén o no sujetos a aportes y contribuciones. Alega que la diferencia que denuncia la recurrente no obedece a una exclusión de sumas no remunerativas, sino a pagos no declarados, y que como tales no integran la cobertura del seguro. Indica que comparando la remuneración bruta que resulta de la respuesta informativa de AFIP con la información asentada en los recibos de haberes, solamente se registran diferencias en los meses de abril, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2017, mientras que los haberes de los recibos de mayo/2017 y enero, febrero y marzo de 2018 son los mismos que refleja el informe de AFIP. Agrega que no se puede establecer comparación respecto del mes de junio/2017 porque la actora solamente adjuntó con la demanda el comprobante de pago del SAC y no su recibo de sueldo. Efectúa los cálculos que estima correctos y realiza algunas consideraciones referidas a la diferencia del cálculo del IBM tomando el informe de AFIP y los montos que figuran en los recibos de haberes. Señala que las diferencias entre el reporte de AFIP y los recibos de haberes corresponden en todos los casos a sumas pagadas bajo el rubro “gratificación variable” que fue pagado “sin declaración jurada” por los meses en D.rdia y sin embargo -agrega- fueron incluidos en la declaración jurada de los meses de enero, febrero y marzo de 2018 por lo que la suma de los recibos de haberes coincide con el informe de AFIP. Afirma que todo pago no incluido en la declaración jurada de los haberes que mensualmente rinde el empleador ante AFIP no integra la base de cálculo del IBM, aunque se haya liquidado y pagado en forma conjunta con el salario y realiza algunas consideraciones respecto a la falta de impugnación del informe de AFIP en

tiempo oportuno. ---------- ----Sobre el particular, el magistrado de grado indicó a fs. 131vta./132 que *“A los fines de la determinación del IBM tomaré la remuneración percibida por la Srta. T. en el año anterior a sufrir el accidente, tomando para ello el informe de la AFIP agregado a fs. 62/65 de tal forma es que efectuaré los cálculos teniendo en consideración esas remuneraciones y el índice RIPTE del mes que corresponda a cada período”*. Y determinó a fs. 139, anteúltimo párrafo, -mediante sentencia N° 69/2020, aclaratoria de la sentencia N° 32/2020- que *“…la indemnización según art. 14 inc. 1° ap. A) es de $748.163,56”*.-------

----------De tal modo, asiste la razón a la recurrente en cuanto a que las sumas informadas por la AFIP a fs. 63 como “remuneración total bruta” de la trabajadora resultan inferiores a las que constan en los recibos de haberes -como “remunerativas” y “no remunerativas”- adjuntados al escrito de demanda, reservados con foliatura 12/26 según constancia de fs. 17vta. y que tengo a la vista en esta oportunidad, los que -vale poner de resalto- no fueron desconocidos por la contraria tal como se puede observar del punto II.B del escrito de contestación de demanda intitulado “Desconocimiento de documental” en el que la aseguradora demandada solamente indicó *“En cuanto a la documentación aportada con la demanda, desconozco contenido y autenticidad de la prescripción de mediación de fecha 27/07/18, de la planilla de asistencia, prescripciones médicas, recibo y factura por sesiones de hidroterapia”* (ver fs. 33, antepenúltimo párrafo). --------

---

----Ahora bien, tal como señala la aseguradora al contestar agravios, solamente se registran diferencias en los meses de abril, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2017, mientras que los haberes de los recibos de mayo/2017 y enero, febrero y marzo de 2018 son los mismos que refleja el informe de AFIP y respecto del mes de junio/17 no se puede establecer comparación porque la actora solamente acompañó con la demanda el comprobante de pago del SAC y no su recibo de sueldo. ----Asimismo, surge que las sumas que no fueron incluidas en el informe de AFIP coinciden con aquellas que figuran como “gratificación variable” (y “gratificación gift card” en el caso del recibo de fs. 20 de la documental reservada) en la columna de conceptos “no remunerativos” de los recibos de haberes que se encuentran en discrepancia con el informe de AFIP. ----------

----En tal contexto, es dable resaltar que luego de la reforma introducida por el Dcto. 1278/2000 se denominó “ingreso base” a la suma que surja de dividir la totalidad de las remuneraciones sujetas a cotización con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones correspondientes a los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, o al tiempo transcurrido si fuera inferior a un año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado (Art. 12, apartado 1º y art. 23, apartado 2º de la ley 24.557). Pues esta referencia a las sumas tomadas en consideración para la determinación de los aportes y contribuciones previsionales lo es, así, según lo previsto

por el art. 9º de la ley 24.241 y sus normas complementarias (Conf.: Leyes 26.222 y 26.417 y dctos. 1346/2007 y 279/2008), lo que supone la exclusión de todas las prestaciones sobre las que no corresponde cotizar y la aplicación de los topes mínimos y máximos establecidos en esa normativa.----------

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

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

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

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

----- Esta inteligencia es compatible con lo que, considero que hoy en día resulta ya doctrina cierta, estable y recibida por los Tribunales de todo el país, en cuanto que la Corte Federal ha calificado de inconstitucionales a las llamadas sumas “no remunerativas” en tanto al quitar o desconocer la naturaleza remuneratoria de tales sumas así denominadas contrarían la definición de salario dada por el art. 1º del

Convenio 95 de la O.I.T. ratificado por nuestro país en el año 1956. Ello así, a partir del año 2009, el máximo tribunal dictó tres fallos trascendentales en materia de remuneración en “P., A. R. c/ D. S.A.”, Fallos: 332:2043; luego, el 19/05/2010 la sentencia recaída en “G., M. N. c/ P. S.A. y otro”, Fallos: 333:699; y, finalmente, el 04/06/2013, la sentencia recaída en “D., P. V. c/C. y M. Q. S.A.”, Fallos: 336:593. ----------

--------En los pronunciamientos citados, en los que se establece un concepto expansivo del concepto de remuneración, resulta gravitante la fuerte influencia de la normativa internacional en el ordenamiento jurídico argentino ya percibida desde los precedentes anteriores “A.”, “V.” y “M.” (Fallos: 327:3753; 327:3677 y 330:1989).----------

----Surge del citado precedente “P. c/ D. S.A.” que la conceptualización del art. 103 de la L.C.T., en cuanto define a la *“...remuneración -como- la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo”*, resulta compatible con la definición del Convenio OIT 95, y que la protección del salario -que comienza por la propia definición de sus alcances y sus límites- se encuentra íntimamente ligada con el principio de protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis CN), pues tal como lo señala la procuradora fiscal, “*la base de cálculo de la indemnización salarial debe guardar razonable proporción con los elementos que componen la remuneración, es decir con la contraprestación que el trabajador percibe como consecuencia del contrato de trabajo y la indebida exclusión de conceptos que, como el sub examine, se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República A., como la propia legislación nacional, afecta el principio constitucional de retribución justa, que se encuentra en correlación con la base remuneratoria que compone el derecho, también constitucional, a la protección contra el despido arbitrario”* (Sic).----------

-----Lo que se viene diciendo se corrobora con la lectura del fallo “G., M. N. c/ P. S.A. y otro”, por el cual declaró la inconstitucionalidad de los decretos 1273/2002, 2641/2002 y 905/2003, en cuanto establecieron en favor de los trabajadores del sector privado, comprendidos en el régimen de convenciones colectivas de trabajo, asignaciones de carácter alimentario a las que caracterizaron como “no remunerativas”. En este precedente la misma Corte Federal, declaró aplicable al caso las mismas consideraciones ya vertidas en “P. c/D. S.A.”. Con relación a la falta de cómputo de tales asignaciones en la base de cálculo de las indemnizaciones por despido y de las vacaciones, nuevamente recordó la CSJN que al así proceder se estaba afectando claramente el principio de protección contra el despido arbitrario (Art. 14 bis CN) al desvirtuar la protección específicamente prevista por el legislador en el régimen indemnizatorio previsto en el art. 245 de la L.C.T., mediante un mecanismo que termina desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa se limitaciones a uno de los elementos de cálculo de aquella que, precisa e inequívocamente, constituye uno de los dos indicadores de la realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido. ----------

----El tercer pronunciamiento de la CSJN, en esta misma dirección, esto es, expandiendo el concepto de remuneración, fue el dictado en la causa “D., P. V. c/ C. y M. Q. S.A.”. Este último se produjo a raíz del recurso de hecho interpuesto por la parte actora contra un pronunciamiento de la sala VIII de la CNAT, mediante el cual el tribunal de segunda instancia había confirmado el fallo de primera instancia que había rechazado la demanda de cobro de diferencias indemnizatorias, por excluir de la base de cálculo de las indemnizaciones respectivas tanto los vales alimentarios (se rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c de la L.C.T.) como una asignación dineraria establecida en el acuerdo colectivo celebrado en el marco del C.C.T. 152/91, denominado “Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005”.----------

-----Este precedente es interesante traerlo a colación por cuanto en relación al último de los tópicos referidos la Cámara de Apelaciones del Trabajo había expuesto, con relación al alcance no remunerativo que el acuerdo colectivo le imprimió al “Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005”, lo siguiente: *“la convención colectiva de trabajo es, en esencia, un contrato”* y que *“sus efectos sólo se extienden a quienes fueron parte de él (artículos 1195 y 1199 del Código Civil) y su calidad de contrato normativo explica la no incumbencia de los jueces en las cláusulas que la integran, en cuanto constituyan mayores beneficios para los trabajadores allí representados, independientemente que revistan carácter remunerativo o no”*, que *“ello es así porque, con la reserva de la intangibilidad de los mínimos legales y convencionales, las retribuciones de los trabajadores pueden ser perfectamente incrementadas ya sea en el marco de una convención colectiva o, también, por decisión unilateral del empleador, sin sujeción alguna al carácter salarial en cuestión. Se trata en definitiva, del ejercicio libre de la autonomía de la voluntad en pleno uso de las facultades de uno de los contratantes o de los dos, debidamente representados”.*----------

-----La CSJN, en este particular caso, con voto mayoritario, declaró aplicables las consideraciones y la doctrina del fallo “P., A. c/ D. S.A.”, en cuanto al cuestionamiento de la validez con base constitucional del art. 103 bis, inciso c de la L.C.T. Y, en cuanto al segundo aspecto del recurso, reiteró -con remisión a diversos considerandos del mismo precedente “P., A. c/ D. S.A.” que el trabajador constituye un sujeto de “preferente tutela constitucional”, hallándose el salario protegido por un plexo normativo compuesto por disposiciones de la Ley Fundamental, así como de numerosos instrumentos de origen internacional, leyes de Derecho interno y fallos de la CSJN. Sostuvo, en síntesis, que estaba claro que encontrándose ratificado el Convenio OIT 95, cuyo artículo 1º define al salario como *“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 el 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”*, concluyendo de tal manera que el denominado “Anticipo Acta Acuerdo Nov 95” debía ser considerado remunerativo. -------

-----Asimismo, no solo se estableció en el citado voto mayoritario el notorio desajuste entre la calificación jurídica que pretendieron otorgarle las partes colectivas a una prestación dineraria y el concepto de salario establecido con rango supralegal por el artículo 1º del Convenio OIT 95, sino que hicieron suyo el dictamen de la procuradora que descalificó los argumentos de la sala VIII de la CNAT, al sostener que la supuesta disponibilidad colectiva evocada para justificar el otorgamiento del carácter no remuneratorio de las prestaciones dinerarias reconocidas en el acuerdo resulta incompatible con los arts. 7º de la L.C.T., y 7º de la ley 14.250, por cuanto las partes no pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales y porque las disposiciones de las convenciones colectivas deben ajustarse a los preceptos que rigen las instituciones del Derecho del Trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionada con cada una de aquellas instituciones resulten más favorables a los trabajadores. En definitiva, el dictamen de la procuradora se inclina por la inconstitucionalidad de ambas normas (legal y convencional) y acude al criterio que la CSJN evocó en el prececente que citara el Sr. Juez a quo en el presente caso, “P. c/D. S.A.”, con cita de un precedente del año 1981 (“Inta Industria Textil A. S.A.”, Fallos: 303:1812), según el cual *“la naturaleza jurídica de una institución deber ser definida por los elementos que la constituyen y las facultades otorgadas por la ley, con independencia del nombre que el legislador o los particulares le atribuyan”*. ----------Cabe señalar que la CSJN reiteró en más de una oportunidad, en fallos posteriores, la doctrina emanada de los fallos “P.”, “G.” y “D.”, ya citados, como ocurrió en los casos “Asociación de Trabajadores del Estado s/Acción de Inconstitucionalidad” (Fallos: 336:672), y ulteriores fallos en los que, adhiriendo al dictamen del procurador general, previo admitir formalmente el recurso de queja y declarando procedente el recurso interpuesto, revocó sentencias que habían resultado adversas a la pretensión de la parte actora con respecto a incluir en la remuneración total distintos rubros pactados con “carácter no remunerativo”.----------

----La doctrina del caso “D.” fue reiterada en fallos posteriores de la CSJN, entre los que cabe citar, entre otros, los casos “Z., H. R. y otros c/T. de A. S.A.”,; y, “A., F. A. y otros c/ T. de A. S.A.”, ambos dictados el 11/12/2014. Estos últimos fallos de cita, resultan particularmente pertinente traerlos a colación por cuanto en ellos se trató no solo la imposibilidad de convalidar acuerdos colectivos que pacten prestaciones caracterizadas como “no remunerativas” que, conforme el Convenio OIT 95 y el art. 103 de la L.C.T., deban ser consideradas “remuneración”, sino que también descartó que el carácter firme de la resolución homologatoria dictada por la autoridad administrativa competente (Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social) pudiera ser convalidable, entendiendo -con remisión al dictamen de la procuración general- que la posterior homologación emitida por el Poder Ejecutivo no purga el acto viciado. En esta dirección se expuso textualmente en el citado dictamen de la Procuración, lo siguiente: “*el marco regulatorio específico del Derecho del Trabajo prevé, en particular, que las*

convenciones colectivas deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones de este derecho protectorio y no pueden fijar, en consecuencia, condiciones menos favorables a las establecidas en la ley (cfr. Arts. 7º, ley 20.744, y 7º, ley 14.250)", y por lo tanto se añadió, *"carece de aptitud para modificar la solución propuesta el hecho de que la disposición emergente de la negociación colectiva cuente con la homologación de la autoridad administrativa del trabajo, ya que la directiva de la ley es terminante respecto de la invalidez de la cláusula y la intervención de la autoridad de aplicación, en los términos del art. 4º de la ley 14.250, no obsta a su revisión ulterior por parte del órgano jurisdiccional respectivo".* ----------

-----De tal manera, resulta incuestionable para mi extraer como doctrina establecida de los citados los fallos de la Corte Federal, una interpretación del concepto de remuneración comprensiva de toda percepción que reciba el trabajador y que represente una ganancia para el mismo, que satisfaga total o parcialmente su consumo, ya que de no existir ella el trabajador hubiera debido obtener dicha prestación de su propia expensa. Es, entonces, remuneración todo lo que percibe el empleado como lo que le evita un desembolso. Ello así, integrando y propiciando la operatividad plena de las normas internacionales, tales como los tratados, declaraciones y los Convenios de la OIT ratificados por nuestro país. Es decir, la conclusión que se debe extraer de la tríada de los fallos antes citados, y de los posteriores que ratificaron tal doctrina, es que la Corte Suprema de Justicia Nacional ha adoptado el concepto amplio de "salario" o "remuneración" tal como está definido en el art. 1º del Convenio OIT 95. ----------

---Es decir, que con prescindencia de cuál ha sido la fuente u origen de su otorgamiento (una ley o la voluntad unilateral del empleador o un acuerdo de partes a nivel colectivo o individual), y ya se trate de una ventaja como incremento patrimonial, o bien mediante la evitación de un gasto que de todos modos se encuentra originalmente a cargo del trabajador, lo concreto es que si se trata de una prestación que recibe el trabajador en el marco y con motivo de su carácter de trabajador, dicha prestación integra su "remuneración". ----------

----En resumen, cabe calificar el carácter remuneratorio de un beneficio, ingreso, ventaja o incremento patrimonial del trabajador cuando su "causa" sea la existencia misma del contrato de trabajo, de modo que la "retribución" del trabajo prestado o comprometido ya no implica la inmediata correspondencia entre servicios específicos prestados por el trabajador y el beneficio o pago en cuestión (conmutatividad perfecta), sino que se está en presencia de una relación mucho más "difusa" y el concepto de remuneración se expande a todo beneficio o ventaja (o evitación de un gasto propio del trabajador) que recibe éste con motivo de la existencia del contrato de trabajo (Conf.: Pinto Varela, Silvia "Salario" en "Jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", obra dirigida por Mario E. Ackerman, coordinada por María I. Sforsini, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2019, T. I, págs. 393 y s.s.; ver también: Frassia, Pablo Fernando, en "Alcances del concepto de salario y el tratamiento de los beneficios sociales en la Corte Suprema de

Justicia de la Nación", en Revista de Derecho Laboral, "Remuneraciones-II", Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2017-1, págs. 107/156; id. Fernández Madrid, Juan Carlos, en "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. Feyde, 3ª ed., año 2007, T. II, págs. 1328/1330; idem, Caballero, Julio C. y Pico, J. E., "Salario", en "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por Mario E. Ackerman, coordinado por Diego M. Tosca, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2005, T. III,, pág. 141). ----------

----En tal marco de entendimiento, no me caben dudas de que corresponde hacer lugar al planteo efectuado por la recurrente en virtud de las diferencias existentes entre las sumas "remunerativas" y "no remunerativas" que figuran en los recibos de haberes acompañados por la actora a fs. 12/26 de la documental reservada y la "remuneración total bruta" informada por la AFIP a fs. 63 que fue considerada por el sentenciante a fin de calcular el IBM de la trabajadora (conf. art. 12 de la LRT). Ello sin perjuicio de que, como asevera la demandada al contestar agravios, tal diferencia podría deberse a pagos no declarados por los conceptos "gratificaciones variables" y no a una exclusión de sumas no remunerativas por parte de la AFIP (ver presentación ID 68600, pág. 2, segundo párrafo), pues no corresponde imputar tales supuestas faltas del empleador a la trabajadora accidentada por cuanto ello, inevitablemente, dejaría en evidencia la aludida ausencia de una relación adecuada de los haberes de la trabajadora activa con los ingresos considerados a los fines del cómputo indemnizatorio.----------

----Sentado lo anterior, corresponderá efectuar el cálculo correcto del IBM que le corresponde a la actora, teniendo en cuenta para ello -tal como indiqué *ut supra*- que solamente se registran diferencias en los meses de abril, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2017 y que respecto del mes de junio de 2017 no se puede establecer comparación porque la actora solamente adjuntó el recibo de pago del SAC, por lo que en este último caso sí se considerará la remuneración total bruta informada por la AFIP. ----------

---Asimismo, se observa que el juez *a quo* consideró erróneamente que el accidente aconteció el día 14/04/2017 (ver cuadro de cálculo de fs. 131 vta.) a los fines de efectuar el cálculo del IBM, siendo que no es un hecho controvertido que el accidente de marras sucedió el día 14/04/2018. Corolario de ello, computó de manera equívoca la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE) correspondiente al mes de abril de 2017 -esto es, 2589,02- al igual que la de los demás meses del período que consideró (véase que en la primera columna del cuadro de cálculo de fs. 131vta., tomó el período desde abril de 2016 hasta abril de 2017 y en la cuarta columna figuran las RIPTE correspondientes a cada mes). ----------

---De tal manera, sin perjuicio de que tal circunstancia no fue materia de concreto cuestionamiento por parte de la actora, lo cierto es que la apelante hizo referencia al cuadro de cálculo del IBM incorporado en demanda en su expresión de agravios (ver presentación ID 58972, p. II, segundo párrafo, y p. III, *in* fine) del que surgen los índices RIPTE adecuados al período a considerar (conforme publicación de la Superintendencia

de Seguros de la Nación: https://www.A..gob.ar/sites/default/files/ripte-agosto2020-201013.pdf), por lo que corresponde enmendar el error en el que incurrió el sentenciante respecto de los conceptos a considerar para el cálculo del IBM de la Sra. T., tomando para ello los índices RIPTE indicados por la actora en demanda, los que, además, se corresponden con los publicados por la SSN. Ello así, a fin de actualizar los salarios de la trabajadora con el índice RIPTE pertinente, computaré la RIPTE de abril de 2018, así como las correspondientes al período abril de 2017 a marzo de 2018 (conf. art. 12 de la LRT). A todo evento, el tópico aquí planteado se encuentra inserto en el ejercicio de la potestad delegada a los Jueces de pronunciarse supra petita, que se encuentra contemplada explícitamente por el art. 61 de la Ley XIV N° 1. –----------

---De tal modo, tenemos: ----------

RIPTE mes del acc. 3.298,55

FECHA ACC. 14/04/2018

PERIODO		3.298,55	RIPTE A MES	INDICE	
abr-17	20.127,72	3.298,55	2.589,02	1,2704	$ 25.570,25
may-17	15.533,53	3.298,55	2.632,39	1,2530	$ 19.463,51
junio/sac 17	23.630,02	3.298,55	2.682,68	1,2295	$ 29.053,11
jul-17	19.202,37	3.298,55	2.799,18	1,1783	$ 22.626,15
ago-17	18.450,75	3.298,55	2.823,33	1,1683	$ 21.556,01
sep-17	20.881,72	3.298,55	2.873,15	1,1480	$ 23.972,21
oct-17	18.229,75	3.298,55	2.953,98	1,1166	$ 20.355,34
nov-17	18.020,79	3.298,55	2.992,14	1,1024	$ 19.866,12
dic/sac 17	27.324,19	3.298,55	3.006,32	1,0972	$ 29.980,10
ene-18	18.074,53	3.298,55	3.078,15	1,0716	$ 19.368,67
feb-18	18.198,84	3.298,55	3.136,49	1,0517	$ 19.139,72
mar-18	20.000,84	3.298,55	3.208,74	1,0279	$ 20.558,86
					$ 271.510.05

IBM:$ 22.625,84

Teniendo:

IBM$ 22.625,84

INCAP. 22,60% EDAD: 22

Indemnización s/ ART. 14 inc. 2 ap. $ 799.486,32 a):

----Es así que, conforme lo señalado, el total de las remuneraciones con la aplicación del índice RIPTE correcto asciende a $ 271.510,05, por lo que el IBM de la trabajadora da como resultado la suma de $22.625,84 y de acuerdo a la incapacidad de 22,60% determinada y el coeficiente por edad de 2,95 (65%22), la indemnización en virtud de lo dispuesto por el art. 14, inc. 2, ap. a) de la LRT, asciende a $799.486,32 (53 x 22.625,84 x 22,60% x 2,95). ----------

---- Por todo lo expuesto, propondré al acuerdo el acogimiento del presente agravio para elevar el capital condena a la suma de pesos setecientos noventa y nueve mil cuatrocientos ochenta y seis con treinta y dos centavos ($799.486,32) con más los intereses, capitalización y conceptos determinados en el fallo apelado. Así lo voto. ----------

-------III.- **Conclusión**:----------

------En conclusión, termino propiciando al acuerdo que se revoque parcialmente el fallo apelado para elevar el capital de condena a la suma de PESOS SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS ($799.486,32) con más los intereses, capitalización y conceptos determinados en el fallo apelado. ----------

----Desde que el incremento del monto del capital de condena que implica la revocatoria parcial que se propicia, no altera las calidades de vencedora y de vencida que la actora y la demandada presentan en la anterior instancia, mientras los honorarios regulados lo fueron en alícuotas porcentuales que se ajustarán automáticamente al nuevo importe, no será menester practicar las adecuaciones previstas en el art. 282 del C.P.C.C.--------

---Las costas de esta instancia serán impuestas a la demandada vencida conforme el criterio objetivo de la derrota (Conf.: art. 69 del C.P.C.C., de aplicación en la especie por vía del art. 73 de la ley XIV Nº 1). ----------

--Los honorarios profesionales del Dr. J. A. H., letrado apoderado de la actora, por sus tareas cumplidas en la segunda instancia, apreciados por su extensión, calidad y eficacia, estimo apropiado fijarlos en la suma equivalente al 5,55% del monto del capital de condena que resulte de la liquidación a practicar en la etapa de ejecución de sentencia; y, los honorarios de la Dra. M. C., letrada apoderada de la parte demandada, por sus tareas de alzada apreciadas bajo idénticas pautas cualitativas, estimo adecuado fijarlos en la suma equivalente al 2,75% del aludido monto de condena sujeto a liquidación. En ambos casos tales emolumentos con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 6, 8, 13 y 46 de la Ley XIII Nº 4; y, leyes 23.439 y 23.871). ----Termino de tal manera pronunciándome en la presente cuestión PARCALMENTE
POR LA AFIRMATIVA.----------

----**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 mediante presentación ID 51842 agregada a fs. 134 contra la sentencia de la anterior instancia N° 32/2020 de

fs. 128/132vta., aclarada mediante sentencia N° 69/2020 de fs. 139/vta., que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 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 Provincia del Chubut para demandar y percibir las indemnizaciones por el accidente de autos y de las demás inconstitucionalidades que surgen de los considerandos de esa sentencia y del DNU 669/19. Asimismo, hizo lugar a la demanda entablada por F. S. T. en contra de A. S.A. ART condenando a esta última a que en el término de DIEZ (10) días abone a la demandante la suma de $748.163,56, con más los intereses a la tasa activa del Banco de la Nación A. para las operaciones de descuento desde el accidente y hasta el efectivo pago, con capitalización desde la fecha de la notificación de la demanda. Además, ordenó a la demandada que reintegre a la actora en el mismo plazo la suma de $3.000,00 en concepto de gastos erogados y abonados por la asegurada por prestaciones en especie en procura de su recuperación, mandando a aplicar sobre este importe un interés igual que el fijado para la prestación dineraria con reajuste a partir del mes de agosto de 2018. Todo ello con imposición de costas a la demandada vencida. –----------

---La expresión de agravios fue presentada mediante escrito ID 58972 agregado a fs. 140/142, el traslado conferido a fs. 144 fue contestado por su contraria mediante presentación ID 68600, que no fue agregada a los presentes autos en virtud de la implementación de la gestión digital del caso dispuesto a fs. 145, primer párrafo, y la apelante impugna el fallo en cuanto a la falta de consideración de las sumas no remunerativas para determinar el IBM correspondiente a la trabajadora. ----------

---2. En su único agravio, la actora recurrente entiende que el magistrado, al considerar el informe de AFIP agregado a los presentes autos para calcular el IBM que le corresponde a su parte, no tuvo en cuenta las sumas no remunerativas que surgen de los recibos de haberes adjuntados por su parte y no desconocidos por la contraria. Señala que ello afecta su derecho de propiedad ya que no se consideró su ingreso bruto y las sumas remunerativas y no remunerativas. Afirma que ello contraría lo dispuesto tanto en los arts. 14 bis, 17 y de 19 de la Constitución Nacional como el Convenio N° 95 de la OIT. Expone que el informe de AFIP sólo refleja los montos sujetos a aportes y contribuciones, lo que incide en la indemnización y se refleja con el cuadro incorporado por su parte en el escrito de demanda. ----------

----Al contestar el agravio, la aseguradora demandada manifiesta -en prieta síntesis- que la actora no efectúa cálculo alguno para dar sustento a su postura, que el informe de AFIP refleja por cada período la “remuneración bruta total” por lo que no es cierto que sólo se limite a las sumas remunerativas, que la diferencia denunciada por la apelante no obedece a exclusiones de sumas no remunerativas sino a pagos no declarados por su empleadora y que se registra solamente en los meses de abril, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2017, que respecto a junio de 2017 no se puede efectuar comparación por cuanto la actora no acompañó el recibo de haberes,

que las discrepancias entre el reporte de AFIP y los recibos de haberes corresponden en todos los casos a las “gratificaciones variables” pagadas sin “declaración jurada” de la empleadora y que, como tal, no integran la base de cálculo del IBM. ----------

----Al respecto, destaco que, efectivamente, el sentenciante consideró las remuneraciones informadas en el reporte de AFIP de fs. 62/65 para determinar el IBM de la trabajadora (ver sentencia N° 32/2020, fs. 131vta./132) y, con ello, determinó que la indemnización que le correspondía a la Sra. T., conforme lo dispuesto en el art. 14, inc. 2°, ap. A), de la LRT, es de $748.163,56 (ver sentencia N° 69/2020, fs. 139, anteúltimo párrafo). ----------

---En tal sentido, luego del detenido análisis comparativo de los recibos de haberes acompañados por la actora en demanda y el informe de AFIP de fs. 62/65, observo que asiste razón a la recurrente en cuanto a que existen diferencias entre la “remuneración total bruta” que informa la AFIP (que resulta inferior) y la suma de los conceptos “remunerativos” y “no remunerativos” que figuran en los recibos de haberes -obrantes a fs. 12/26 de la documental reservada y que en esta oportunidad tengo a la vista- que, tal como indicó el Dr. Lucero, no fueron desconocidos por la aseguradora demandada. Sin embargo, pongo de resalto que tales discrepancias se observan únicamente respecto a los meses de abril, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2017 como acertadamente indicó la demandada al contestar agravios- y no fue posible efectuar comparación alguna respecto al mes de junio de 2017 por cuanto la actora sólo adjuntó el recibo correspondiente al medio aguinaldo abonado en dicho mes. Además, se extrae de la aludida comparación que los montos no incluidos en el informe de AFIP resultan coincidentes con los que figuran como “gratificación variable” en la columna de conceptos “no remunerativos” de los recibos de haberes (a excepción del recibo obrante a fs. 20 de la documental reservada que figura como “gratificación gift card”). ----------

---Con todo ello, la aseveración de la recurrente consistente en que no fueron consideradas las sumas no remunerativas para el cálculo del IBM resulta parcialmente acertada toda vez que si bien los conceptos mencionados, esto es, “gratificaciones variables” y “gratificación gift card”, de los períodos que se indicaron anteriormente, no se encontrarían incluidos en la “remuneración total bruta” informada por la AFIP, los demás conceptos no remunerativos que figuran en los recibos de haberes sí lo fueron. -

---Sobre el particular, destaco que corresponde analizar dos cuestiones, la primera si el art. 12 de la L.R.T. se refiere a remuneraciones brutas o netas, y la segunda si corresponde – como señala la recurrente- 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, R. 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, “S., G. c/O. L. F. S.A. s/accidente”; CNAT., sala II, 17.3.88, “G., Carlos Alfredo c/Empresa de T. G. T. G. 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, “O., L. A. 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 si a los fines de lo dispuesto por el art. 12 de la L.R.T. corresponde contemplar las asignaciones no remunerativas para la base del cálculo.----------

---Sobre el particular, destaco que al analizar la validez constitucional del art. 12 de la L.R.T. en cuanto no contempla las asignaciones no remunerativas para la base del cálculo, he señalado 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 “P., A. R. c/ D. 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 A. 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., M. N. c/P. S.A. y otro" (G.125.XLII), el máximo tribunal revocó un fallo de la sala VIII de la Cámara que había desestimado el planteo de inconstitucionalidad deducido por el trabajador respecto de una serie de decretos que habían dispuesto el pago de asignaciones dinerarias "no remuneratorias" para los trabajadores privados comprendidos en el régimen de convenciones colectivas de trabajo. ... Como lo señala el máximo tribunal, de estar a los declarados objetivos de los decretos en cuestión, mal pueden dichas normas otorgar naturaleza no remunerativa de carácter alimentario a las asignaciones establecidas, sobre todo cuando el carácter alimentario es naturalmente propio del salario (García Vior, Andrea E., "Aplicación del Convenio 95 de la OIT por los tribunales argentinos", en Revista de Derecho Laboral, 2010 - 2, ya citada, págs. 333 y 358/359). ----------

----Con tales alcances, se expresa que actualmente la interpretación doctrinaria y jurisprudencial aparece saldada en general a favor de la postura amplia (alcance generoso de la salarialidad) por lo resuelto por la CSJN en "P. c/D." en 2009, y luego, en este año (por 2010), en "G., M. N. c/P. 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 "P., A. R. c/ D. 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 “P. c. D. S.A.” y “G. c. P. 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 A. ha sido reiterado por la C.S.J.N. en los autos caratulados “D., P. V. c. C. y M. Q. 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. ----------

-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 acoger el agravio planteado por la actora en esta oportunidad por cuanto se observa que existen discrepancias, en los meses de abril, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2017, entre la “remuneración total bruta” de la trabajadora informada por la AFIP a fs. 62/65 y la suma de los conceptos “remunerativos” y “no remunerativos” que figuran en los recibos de haberes de fs. 12/26 de la documental reservada, siendo la primera inferior a la segunda. ----------

----En tal contexto, corresponde efectuar el cálculo correcto del IBM de la actora teniendo en cuenta las pautas mencionadas, así como que respecto al mes de junio de 2017 no es posible efectuar comparación alguna por no haberse acompañado el recibo de haberes pertinente, por lo que en dicho mes se considerará la “remuneración total bruta” informada por AFIP. ----------

-----No soslayo, al igual que el Dr. Lucero, que el sentenciante incurrió en un yerro al efectuar el cálculo indemnizatorio por cuanto estableció que el accidente ocurrió el día 14/04/2017 cuando, en puridad, aconteció el día 14/04/2018 -hecho no controvertido-, y con ello computó -también de manera errónea- las Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE) correspondientes al período abril de 2016 a abril de 2017 (ver sentencia, cuadro de cálculo de fs. 131vta.).----------

-Coincido entones con el colega preopinante en que corresponde en esta oportunidad enmendar dicho error de cálculo en que incurrió el juez a quo pese a que no fue materia de concreto agravio por parte de la recurrente. Pues la misma parte actora hace alusión al cuadro de cálculo del IBM efectuado por su parte en demanda (ver presentación ID 8972, p. II, segundo párrafo, y p. III, in fine) del que surgen tanto el período correcto a considerar (conf. art. 12 de la LRT), esto es, desde abril de 2017 a marzo de 2018, como los índices RIPTE adecuados (ver página https://www.A..gob.ar/sites/default/files/ripte-agosto-2020-201013.pdf). Por lo demás, ello forma parte de las potestades con que cuenta este Tribunal de Alzada en virtud de lo dispuesto por el art. 68 de la ley XIV- N° 1. --------

---De tal manera, tomando el detallado cálculo del IBM de la trabajadora

realizado por el colega preopinante que resulta correcto, tenemos que el I.B.M. es de $22.625,84 (271.510,05 dividido 12). A su vez, si se toma una incapacidad del 22,6% y un coeficiente por edad de 2,95 por redondeo (65 dividido 22), la indemnización prevista por el art. 14, acápite 2, inciso a) de la L.R.T. asciende a $799.486,32 (53 por 22.625,84 por 22,6% por 2,95). -----En tales condiciones, corresponde hacer lugar a este agravio y ello conduce a revocar parcialmente el fallo en crisis en lo que respecta al cómputo de los rubros no remunerativos de los salarios para el cálculo del IBM, así como el período y los índices RIPTE a considerar a tal fin, y, en consecuencia, elevar el capital de condena a la suma de $799.486,32.----------5. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar parcialmente el decisorio venido en apelación en lo que respecta al cómputo de los rubros no remunerativos de los salarios para el cálculo del IBM así como el período y los índices RIPTE a considerar a tal fin, y, consecuentemente, elevar el capital de condena a la suma de pesos setecientos noventa y nueve mil cuatrocientos ochenta y seis con treinta y dos centavos ($799.486,32), con más los intereses, capitalización y conceptos establecidos en la anterior instancia. ----------

------La revocatoria que se propicia conduce a elevar el monto de condena, 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, respectivamente, 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 sustancial 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 prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. Lucero a favor del Dr. J. A. H., letrado apoderado de la actora, y de la Dra. M. C., letrada apoderada de la accionada, en las sumas porcentuales equivalentes al 5,55% y 2,75%, 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 SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo:----------

----------El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) REVOCAR PARCIALMENTE el fallo del anterior grado para elevar el capital de condena a la suma de PESOS SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS ($799.486,32) con más los intereses, capitalización y conceptos determinados en dicho pronunciamiento. 2) IMPONER las costas de alzada a la demandada vencida. 3) REGULAR los honorarios de los letrados intervinientes por sus tareas de segunda instancia del siguiente modo: al Dr. J. A. H. en la suma equivalente al 5,55%; y, a la Dra. M. C., en la suma equivalente al 2,75%. En ambos casos tales alícuotas a calcular sobre el monto de condena que resulte liquidado en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente.-

----ASI LO VOTO. ----------

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

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al votar la primera cuestión. ----

----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 por encontrarse en uso de licencia el Dr. Aldo L. De Cunto (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 fallo del anterior grado para elevar el capital de condena a la suma de PESOS SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS ($799.486,32) con más los intereses, capitalización y conceptos determinados en dicho pronunciamiento. ----------

----IMPONER las costas de alzada a la demandada vencida. ----------

----REGULAR los honorarios de los letrados intervinientes por sus tareas de segunda instancia del siguiente modo: al Dr. J. A. H. en la suma equivalente al 5,55%; y, a la Dra. M. C., en la suma equivalente al 2,75%. En ambos casos tales alícuotas a calcular sobre el monto de condena que resulte liquidado en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente. ----------

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

-

SERGIO RUBÉN LUCERO
JUEZ DE CÁMARA

R. A. VERGARA
PRESIDENTE

AGUILERA
CÁMARA

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

UBALDO R. AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA