-----En la ciudad de Trelew, a los 02 días de marzo del año dos mil veintiuno, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo Luis De Cunto para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Z., D. G. c/ E. A. S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)” (Expte. Nº 387- Año 2020 CAT)**, venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 122.----------

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

-----1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por el actor y la demandada mediante escritos ID 136363 e ID 140588, respectivamente, que fueran concedidos a fs. 115, primer y segundo párrafo, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 110/114 que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 12, 21, 22 y 46 de la Ley 24.557 y del Decreto n°659/96, así como de cualquier otra norma que implique la obligatoriedad de actuaciones del actor ante órganos distintos a los pertenecientes al Poder Judicial de la Provincia del Chubut para demandar y percibir las indemnizaciones por el accidente de autos y del DNU n° 669/2019. Asimismo, hizo lugar en todas sus partes a la demanda entablada por D. G. Z. en contra de E. A. S.A., condenando a esta última a que abone al actor en el término de 10 días la suma de $138.645,45 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. y C), y con imposición de costas a la demandada vencida. ----------

-----La expresión de agravios de la demandada fue presentada mediante escrito ID 156108, el traslado conferido a fs. 116, segundo párrafo, fue contestado por su contraria mediante escrito ID 170800. A su vez, la expresión de agravios del actor fue presentada mediante escrito ID 157497, el traslado conferido a fs. 116, primer párrafo, fue contestado por su contraria mediante escrito ID 170168.----------

-----2. En primer lugar, ingresaré al análisis del recurso interpuesto por la ART demandada.----------

-----La recurrente plantea un único agravio referido a la capitalización de intereses a partir de la notificación de la demanda. Señala que en razón de la fecha del accidente de trabajo de autos -3/11/2015-, el presente caso no se rige por la Ley 27.348 que habilitó expresamente la capitalización de intereses moratorios. Expone que el sentenciante ordenó la capitalización de intereses a partir de la notificación de la demanda, con fundamento en el inc. b del Art. 770 CCyCN, soslayando que no se está ante una deuda cierta y líquida cuyo pago fuera demandado judicialmente, sino ante una deuda establecida y liquidada judicialmente. Añade que el caso no cuadra en el inc. b del Art. 770 citado, sino en el inc. c, correspondiendo la capitalización recién desde que adquiere firmeza el decreto judicial que manda a indemnizar al trabajador. Sostiene que su parte

nunca estuvo constituida en mora y cita doctrina a fin de sustentar su postura. Indica que los 15 días dispuestos por el art. 4 de la ley 26.773 para el pago de la prestación comienzan a correr desde la notificación de la sentencia en crisis en el caso de que resulte confirmada y quede firme. Realiza una comparativa entre la liquidación de la prestación dineraria calculada desde la fecha de la sentencia y la liquidación de la prestación dineraria establecida en la condena, para concluir que el incremento por la modificación de la fecha de constitución en mora es del 28,3%. Considera que si la ley establece que el pago debe realizarse a los 15 días de notificada la resolución que determina la incapacidad laboral y esa condición se cumplió recién con la sentencia definitiva, la capitalización de intereses moratorios impuesta a partir de la notificación de la demanda es violatoria del derecho aplicable. Hace reserva del caso federal y realiza el petitorio de estilo.----------

-----Al contestar los agravios, el actor señala que la demandada no efectuó una crítica concreta y razonada de los argumentos vertidos por el sentenciante para hacer lugar a la demanda. Indica que la recurrente omite considerar que en autos se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 21, 22, 46 de la Ley 24.557, por lo que -añade- asimilar la determinación de incapacidad laboral permanente en sede administrativa a una sentencia judicial resulta absurdo. Sostiene que las obligaciones principales de la ART no surgen de la póliza de seguros sino de la ley por lo que -añade- resulta equivocada la postura de la ART. Indica que la capitalización de intereses resulta procedente ya que al momento en que ocurrió el accidente el nuevo Código Civil y Comercial se encontraba vigente y la fecha de corte está dada por la fecha de notificación de la demanda, que -explica- es el supuesto fáctico previsto para permitir el anatocismo, lo que descarta de plano los argumentos expuestos por la demandada. ----------

-----Como se desprende del agravio la recurrente afirma que no corresponde la capitalización de intereses a partir de la notificación de la demanda ya que no se encuentra en mora por entender que la prestación dineraria a su cargo recién debe abonarse a los 15 días de que se encuentre firme la sentencia recurrida.----------

-----Destaco que tal afirmación carece de todo sustento. En efecto, en lo que hace a la fecha inicial del cómputo de tales accesorios señalo que los intereses se deben desde la mora y la misma opera automáticamente por lo que los intereses deben computarse desde la fecha del acaecimiento del hecho dañoso, que es cuando la víctima adquiere derecho al resarcimiento (doct. art. 509 del Código Civil y nota del codificador). Es criterio uniforme de esta Cámara, ya en su composición de Sala única, S.D.C. 69/93, 84/93, 09/94, 24/94, 40/94, entre otros pronunciamientos. Y ese es el criterio del actual art. 1748 del C.C. y C. al determinar que el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio.----------

-----Por eso, la argumentación vertida por la quejosa en cuanto a que la mora se produce al no pagar en tiempo y forma la sentencia resulta evidentemente errónea ya que la constitución en mora no se produce al pronunciarse el fallo, o en su caso al notificarse

el mismo, ya que la sentencia es una declaración de certeza y en el caso de condena no media sólo la declaración del derecho sino que impone al demandado el cumplimiento de una obligación (Highton-Areán, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Editorial Hammurabi, 2005, T. 3, pág. 456). Las sentencias de condena no hacen sino reconocer un derecho preexistente (Fassi, Santiago C., “Código Procesal Civil y Comercial”, Astrea, 1980, T. I, pág. 431). Dicho de otro modo. La sentencia de condena declara un derecho y de ningún modo dicho pronunciamiento crea, modifica o extingue una relación jurídica, lo que es propio de una sentencia constitutiva, tal el caso de las sentencias referidas al estado de las personas, o las que decretan un divorcio entre los cónyuges o una nulidad de matrimonio.----------

-----Ese es el criterio seguido por la sala “A” de esta Cámara, en c. 603/13, S.D.L. 30/13 pues “...el rol de la sentencia judicial, que es declarativo y no constitutivo de derechos en casos como éste, en rigor en casi todos, salvo tal vez la sentencia de adopción plena y algún otro ejemplo más, pero en los demás casos la sentencia judicial es declarativa, por lo que no puede conceptualmente ser el punto de arranque del cómputo de intereses. Es que los intereses se deben desde la mora y hasta el efectivo e íntegro pago del capital, con lo que pretender colocar a la sentencia como fecha de arranque del cómputo de intereses aparece como un despropósito inadmisible. En obligaciones contractuales la mora marca -por regla- el inicio del cómputo de los accesorios...” (del voto del Dr. López Mesa); “...esos frutos civiles deben correr desde la mora y no, cual pretende la quejosa, desde el día de la sentencia de primera instancia, pues no fue tal decisión la que constituyó en mora a la deudora. A cuento viene recordar que, al margen de ser el de autos un fallo de condena, “en realidad toda sentencia contiene una declaración de certeza como premisa necesaria de la decisión principal” (conf.: Palacio, “Manual de Derecho Procesal Civil”, 2da. ed., II-19), pero ello no convierte a este tipo de pronunciamiento en constitutivo de una situación jurídica, sino que simplemente declara la ya existente, adicionándole la reparación del daño causado por el incumplimiento” (del voto del Dr. Velázquez).----------

-----Ese también es el criterio de esta sala “B”, ya en c. 127/14, S.D.L. 17/14, y c. 27/15, S.D.L. 08/15.----------

-----Por lo demás, pongo de relieve lo expuesto por el Dr. De Cunto en la c. 432/14, S.D.L. 09/15, con cita de doctrina, al señalar que: “Si el derecho se computa desde que acaeció el evento dañoso, es la fecha del hecho la que indudablemente genera el crédito resarcitorio, que como bien dice la ley, es independiente del momento en que se determine su procedencia (se admita la naturaleza laboral y la inexistencia de causas de exclusión) y alcance (el porcentaje de incapacidad). A partir de allí se adeudan los intereses, pues sólo así quedará justamente compuesta la situación…”. Para agregar respecto al caso de enfermedad que: “Los intereses se adeudan desde que el ambiente laboral provocó la enfermedad, y no desde que se determina que ello fue así. … Si así no fuera se alentaría la litigación maliciosa, pues se beneficiaría al deudor en perjuicio

del acreedor mientras más se dilate la discusión de la relación causal y el reconocimiento del derecho indemnizatorio derivado de la enfermedad (conf. Formaro, op. cit., págs. 212/213)".----------

-----Reitero entonces que la sentencia de condena declara un derecho y de ningún modo crea, modifica o extingue una relación jurídica, lo que es propio de una sentencia constitutiva, tal el caso de aquellas sentencias referidas al estado de las personas. En esa dirección y respecto de las Resoluciones Nros. 104/98 y 414/99 se expresa: "Al respecto advirtió la doctrina, centrando sus ataques en el punto de partida de la mora … que no podía sostenerse que en el caso de un litigio -ya sea judicial o administrativo- el cómputo de los accesorios comience con la determinación por parte del órgano de la incapacidad padecida, pues las sentencias judiciales o resoluciones administrativas poseen efecto declarativo y no constitutivo de los derechos que se reconocen al damnificado para percibir las prestaciones por incapacidad laboral que lo afecta." (Formaro, Juan J., "Riesgos del trabajo", Editorial Hammurabi, 2013, pág. 212).----------

-----También destaco que el art. 2 de la ley 26.773 establece en su tercer párrafo que: "El derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso o se determinó la relación causal adecuada de la enfermedad profesional".----------

-----Por tal razón, los intereses deben computarse desde la fecha del evento dañoso. ---

-----Es criterio de esta sala "B" a partir de la c. 128/15, S.D.L. 17/15, reiterado posteriormente en diversos pronunciamientos, entre ellos, c. 308/15, S.D.L. 33/15, c. 384/15, S.D.L. 35/15, c. 400/15, S.D.L. 36/15, c. 396/15, S.D.L. 37/15, c. 410/15, S.D.C. 38/15, c. 414/15, S.D.L. 39/15, c. 343/15, S.D.L. 41/15, c. 448/15, S.D.L. 42/15, y c. 440/15, S.D.L. 43/15. ----------

-----Descartado el argumento de que la mora se produce al no pagar en tiempo y forma la sentencia, se observa que la recurrente cita los arts. 4 de la ley 26.773 y 12 de la LRT –con la modificación introducida por el art. 11 de la ley 27.348– y efectúa cálculos comparativos, a fin de postular que la capitalización al momento de la notificación de la demanda no es pertinente.----------

-----Se advierte entonces que la impugnación se centra en considerar que resulta aplicable únicamente la capitalización de los intereses conforme lo dispuesto por el art. 12, inciso 3° de la ley 24.557, sustituido por el art. 11 de la ley 27.348. ----------

-----Sobre el particular, el juzgador a fs. 113vta., anteúltimo párrafo, dispuso que los intereses debían capitalizarse desde la fecha de la notificación de la demanda, conforme lo previsto por el art. 770 inc. b y 7 del C.C. y C. ----------

-----Al respecto, en el presente caso la demanda se interpuso el 27/10/2017 (ver cargo, fs. 4, y presentación ante esta Cámara de Apelaciones, fs. 12), por lo que a la fecha de su notificación (07/05/2018, ver constancia de recepción de carta documento de fs. 17 y proveído de fs. 18) se encontraba vigente el Código Civil y Comercial de la Nación (01/08/2015, ley 27.077). Así, con referencia al inciso b) del art. 770 del C.C. y C. se

precisa que el empleo de la nueva norma a juicios en trámite es claramente procedente cuando la notificación de la demanda es posterior al 1° de agosto de 2015 (Loustaunau, Eduardo, “Cumplimiento de obligaciones laborales a la luz del nuevo código civil y comercial. Mora y carga de la prueba. Intereses”, en Revista de Derecho Laboral, 2016 – 1, “El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – II”, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 359). En igual sentido se señala que: “La teoría general de las obligaciones presenta novedades que son de aplicación inmediata por ser consecuencias no agotadas de relaciones existentes. Por ejemplo: … c) También se aplica a los juicios en trámite el nuevo supuesto de anatocismo autorizado (art. 770, inc. b) (acumulación desde la fecha de notificación de la demanda); la imputación y repetición de los intereses pagados en exceso (art. 771)” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, págs. 147/148). ----------

-----Como puede observarse, la mora en el pago a la que alude la quejosa es el supuesto contemplado por el actual inciso 3° del art. 12 de la ley 24.557 (sustituido por el art. 11 de la ley 27.348), esto es, el incumplimiento en el pago de la indemnización establecida. En cambio, el previsto por el art. 770, inciso b) del C.C. y C. tiene como presupuesto que la obligación se demande judicialmente. ----------

-----Desde esta perspectiva, respecto del inc. 3° del art. 12 de la LRT (texto sustituido por el art. 11 de la ley 27.348) se sostiene que la disposición legal no alude a la mora relativa a la obligación de resarcir que tiene por fuente el acto dañoso -que adviene en forma automática desde que se produce el perjuicio (art. 1748, CCN)-, sino que se trata de una referencia al incumplimiento en el pago de la indemnización ya determinada. La norma se establece a efectos de coaccionar el pago y sancionar el incumplimiento del deudor (Formaro, Juan J., “Reformas al Régimen de Riesgos del Trabajo. Análisis de la ley 27.348 y disposiciones reglamentarias”, Editorial Hammurabi, 2017, págs. 185/186).

-----Por su parte, en lo que hace al supuesto previsto por el art. 770, inciso b), del C.C.y C. la capitalización de intereses es viable, entre otros casos, cuando la obligación se demande judicialmente y en ese caso la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda. Así se expresa que ese inciso dispone que cuando el cumplimiento de la obligación se realiza judicialmente, la adición de intereses sobre intereses comienza al momento de la notificación de la demanda. De esa forma se otorga una mayor fuerza y sanción al incumplimiento y mora del deudor (Rivera, Julio César, y Medina, Graciela, Directores, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, La Ley, 2014, T. III, pág. 100). A partir de la notificación judicial de la demanda, automáticamente se empiezan a devengar y acumular intereses, sobre el monto que en definitiva resulte de la condena definitiva (Alterini, Jorge H., Director general, “Código Civil y Comercial comentado: tratado exegético”, La Ley, 2019, T. IV, pág. 256).----------

-----En síntesis, la capitalización dispuesta por el Sr. Juez de la anterior instancia tiene el debido sustento legal ya que se tratan de dos supuestos diferentes, uno la demanda

judicial y consiguiente capitalización desde la notificación de la demanda (art. 770, inc. b, del C.C.y C.), y el otro en el caso de mora en el pago de la indemnización (art. 12, inc. 3°, de la L.R.T.). Ese es también criterio de la sala “A” de esta Cámara de Apelaciones, c. 578/2018, S.D.L. 32/19, y c. 293/2019, S.D.L. 68/19.----------

-----Por tales razones, corresponde desestimar la queja vertida por la demandada recurrente.----------

-----3. Ingresaré entonces en el análisis de los agravios vertidos por el actor apelante.---

-----El actor recurrente plantea un único agravio referido a que el sentenciante de grado aplicó el articulo 12 Ley 24557 en su redacción original para el cálculo de la indemnización por incapacidad laboral. Señala que el magistrado omitió pronunciarse y considerar que su parte expresamente peticionó que esa norma sea declarada inconstitucional en un capítulo específico de la demanda (Punto IV del escrito en cuatro apartados). Efectúa una reseña de los argumentos expuestos en el libelo de inicio. ------

-----Expone que en demanda solicitó, como pretensión principal, que el ingreso base mensual para el cálculo de la prestación dineraria adeudada sea reajustado conforme la variación que haya tenido el índice RIPTE entre la fecha del accidente y la fecha de efectivo pago a fin de evitar las distorsiones producidas por el transcurso del tiempo, ello -añade- sin perjuicio de conocer el criterio que tiene el Superior Tribunal de Justicia al respecto. Continúa diciendo que lo distinto y novedoso del caso, que -resalta- el Juez de grado omitió considerar, es que además de la pretensión principal, en forma subsidiaria, peticionó que se aplique alguna de las siguientes pautas de actualización, a saber: 1) Tomar en cuenta lo establecido en el artículo 208 LCT; 2) Tomar el promedio de las remuneraciones brutas del último año previo al efectivo pago de la indemnización; 3) Aplicar un reajuste conforme la variación del costo de vida entre la fecha de accidente y la fecha de efectivo pago; 4) Aplicar la actualización del artículo 276 LCT; 5) tomar en cuenta el promedio de las remuneraciones brutas de los doce meses anteriores a la efectiva determinación de la incapacidad. Sostiene que dicho tópico no mereció tratamiento alguno por el Juez de grado. Expone que si bien la pretensión principal no debe descartarse de plano ya que la variable de ajuste peticionada es diferente a la que se discutía en los antecedentes resueltos por el Superior Tribunal de Justicia, su parte peticionó que la actualización se efectúe desde la fecha de accidente hasta el momento del efectivo pago. Agrega que el Juez de grado debió considerar alguna de las pretensiones subsidiarias que dan cuenta clara de la procedencia de declaración de inconstitucionalidad del artículo 12 Ley 24557 en su redacción original. Sostiene que la diferencia en el resultado de la liquidación de la indemnización resulta sustancial y surgen de hechos públicos y notorios y de la información que brinda el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) y el Banco de la Nación Argentina. Seguidamente, efectúa un análisis de los criterios de comparación que -sostiene- dan cuenta del desajuste que se produce en el caso concreto, a saber: A) Ajuste por Coeficiente de estabilización de referencia (CER); B) Ajuste por Coeficiente de Variación Salarial (CVS);

C) Ajuste por variación de índice de precios al consumidor (IPC); D) Evolución de la canasta básica; E) Cotización dólar oficial comprador Banco Nación Argentina y; F) Pisos mínimos fijados por la Superintendencia de Riesgos de Trabajo. Señala que la inequidad e irrazonabilidad del artículo 12 Ley 24557 en su redacción original es manifiesta. Expresa que cinco años después la Aseguradora puede cobrar sus primas conforme los salarios actualizados que declaran los empleadores pero paga los siniestros "congelados" con importes irrisorios. Añade que lo único que permaneció invariable es la indemnización adeudada al trabajador, lo que se traduce en el caso concreto en un notorio desajuste y en una notoria inequidad, irrazonabilidad y desigualdad. Manifiesta que conforme las pretensiones subsidiarias expuestas en la demanda, en este caso la que reestablece el valor del capital adeudado y se ajusta a la desvalorización actual sería aplicar un ajuste sobre el capital conforme la variación del costo de vida desde la fecha de accidente hasta el efectivo pago, tal como fue peticionado en el punto 3) de las pretensiones subsidiarias de la demanda. Hace reserva del caso federal y efectúa el petitorio de estilo.----------

-----A su turno, la demandada al contestar los agravios, sostiene que la crítica carece de contenido ya que el actor no identifica concretamente el impacto que tendría la aplicación de la norma cuestionada sobre su indemnización y el agravio constitucional que la invalide. Señala que se encuentra vedada la posibilidad de descalificar una norma en abstracto, como –asegura- aquí se pretende. Sostiene algunas consideraciones respecto de la crítica que realizó oportunamente el actor sobre la norma en cuestión en lo referente a la exclusión de las sumas no remunerativas para el cómputo del IBM. Efectúa cálculos para ilustrar su postura y señala que habiendo considerado el Juez *a quo* el salario bruto para cuantificar el IBM, la crítica queda reducida a la presunta desvalorización de la base de cálculo indemnizatoria. Indica que en el fondo el actor persigue la aplicación retroactiva de la ley 27.348, lo que no está amparado por la cobertura del seguro ya que –afirma- excede las variables que se computaron a los efectos de la cotización, atentando contra el delicado equilibrio entre prima y beneficio asegurado. Realiza algunas consideraciones al respecto. Añade que la depreciación de la moneda por procesos inflacionarios no es razón habilitante para descalificar por inconstitucionalidad una norma. Indica que el juzgador tiene otras herramientas para sortear los efectos de la inflación, como la variación de la tasa de interés. Solicita el rechazo del agravio y la confirmación del valor del IBM aplicado al monto de condena.----------

-----Tal como se observa el recurrente cuestiona que el sentenciante no haya considerado el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art 12 de la LRT tal como fue solicitada por su parte en el escrito de demanda, esto es puntualmente, en lo que refiere a que la norma "congela" la pauta salarial utilizada para el cálculo del IBM y no contempla los ingresos reales y actuales del trabajador accidentado (ver expresión de agravios, pág. 3, primer párrafo).----------

-----Sobre el particular, el magistrado de grado a fs. 113 vta., cuarto párrafo/sexto párrafo,

indicó que *"Teniendo en cuenta que el evento dañoso ocurrió en el mes de noviembre del año 2015, es que aplicaré a los efectos de practicar la liquidación pertinente la ley 24.557 en su versión original. Es así que tomando la remuneración informada por la AFIP a fs. 72, correspondiente al periodo comprendido entre los meses de mayo de 2015 y octubre del mismo año, pues el Sr. Z. comenzó su relación laboral con Automotores F. y C. S.A el 18/5/2015 es que obtengo un total de $53.620,42 lo que no lleva a la determinación de un IBM de $9.818,50. Así IBM $9.819,64 x 53 x 65/26 – 2,5 - x 8,88% = $115.537,88 + $23.107,57 –art.3 ley 26773- Total $138.645,45 superando tal importe el piso indemnizatorio establecido para el periodo comprendido entre el mes de marzo y agosto de 2015 –resolución 6/2015 SSyS- es que estaré a la prestación dineraria por mi determinada."* ----------

-----De tal modo, observo que asiste razón al quejoso ya que si bien el juez *a quo* declaró la inconstitucionalidad de la norma en el punto I del resolutorio (ver fs. 114, tercer párrafo), lo hizo sin brindar fundamentos que sustenten su decisión y, al parecer en lo referente a las sumas no remunerativas del salario del trabajador que se encuentran excluidas en el texto original del art. 12 de la ley 24.557 para conformar su IBM, tal como se desprende del cálculo de la indemnización que realizó el magistrado. ----------

-----Por lo tanto, corresponde atender el cuestionamiento del quejoso en esta instancia y, en ese sentido, pongo de resalto que la pretensión del actor consistente en se declare la inconstitucionalidad de la referida norma y que se aplique el ajuste por índice RIPTE a la pauta salarial utilizada para el cálculo del IBM a fin de *"lograr una recomposición de las indemnizaciones correspondientes a los accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales, ante el marcado proceso inflacionario que atraviesa actualmente la República Argentina"* (ver expresión de agravios, pág. 2, *in* fine), por lo que en el marco de ese fundamento se tendrá en cuenta el mismo a fin de dar tratamiento a su agravio ya que ese es el mecanismo de ajuste que establece el texto actual del art. 12 de la LRT (con la modificación introducida por la ley 27.348). ----------

-----De tal modo, las demás opciones de ajuste subsidiarias que menciona el recurrente tanto al plantear demanda como en su expresión de agravios –que redujo en esta instancia a la solicitud de aplicación de *"un ajuste sobre el capital conforme la variación del costo de vida desde la fecha de accidente hasta el efectivo pago"* (ver expresión de agravios, pág. 11, tercer párrafo)– resultan ajenas al régimen sistémico que fue optado por el actor al iniciar el presente proceso, por lo que no cabe tenerlas en cuenta.----------

-----Sentado ello, señalo que ya en c. 167/12, S.D.L. 16/12, y más recientemente en c. 167/17, S.D.L. 41/17, y c. 56/18, S.D.L. 30/18, tuve oportunidad de expresar que el control judicial de constitucionalidad se ejerce en casos concretos para lo cual cabe recordar la fórmula acuñada por la Corte Suprema desde su fallo del 5 de diciembre de 1865 (ver Bidart Campos, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", EDIAR, 1994, T. I, pág. 139). Agrego también que una norma general que no es inconstitucional en si misma puede derivar en inconstitucionalidad cuando se la aplica

a un específico caso. Por eso, una norma no puede aplicarse en forma mecánica a un caso concreto, pues en esa tarea de aplicación resulta necesario subsumir el caso individual en la norma. Y en ese direccionamiento se señala que: Este paso es el que pone término a la tarea de aplicación de una norma al caso. Éste es un paso en cierto sentido mixto: por un lado, requiere una nueva derivación de implicaciones lógicas aplicables estrictamente al caso individual, una vez que el sistema normativo relevante ha sido reconstruido, eliminándose sus indeterminaciones; por otro lado requiere, por supuesto, las operaciones empíricas necesarias para determinar las propiedades del caso; pero también en este paso intervienen consideraciones valorativas (Nino, C. Santiago, "Fundamentos de derecho constitucional", Astrea, 1ª reimpresión, 2000, pág. 84). El juez actúa en ejercicio de una función de *individuación* de la norma *general* "en" y "para" un caso singular y concreto (Bidart Campos, German J., ob. cit., T. II, pág. 439). En tales condiciones, no hay duda alguna que el control de constitucionalidad corresponde realizarlo en cada caso a fin de analizar si por sus características la norma a aplicar de rango infraconstitucional resulta conforme o no con las de rango constitucional, por lo que la mera transcripción de citas jurisprudenciales sin explicar su relación con la causa en debate y sin justificar la aplicación de las conclusiones adoptadas en dichas citas en el caso a resolver no es suficiente ante su evidente generalización. A su vez, con referencia al fallo dictado por la C.S.J.N. en el caso "A." destaco que en ese pronunciamiento se precisó la necesidad de demostrar en el caso concreto la insuficiencia de las prestaciones de la ley de riesgos del trabajo. Y con relación al caso "A." (C.S.J.N., "A., U. c/ Cargo S. I. S.A.", Fallos: 327:3753) se expresa que, a partir de la coincidencia en la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del art. 39, se advierte cierta discrepancia entre el carácter *relativo* -posición aparentemente mayoritaria- y *absoluto* de aquélla, tal diferencia en la calificación no supone que, en cada caso, pueda dejarse de lado la comparación entre el daño efectivamente sufrido y el resarcimiento que provean las prestaciones del sistema. En todo caso, la diferencia radicaría en que, si se adscribe a la interpretación de que la inconstitucionalidad es *absoluta*, quedaría abierta la posibilidad de su declaración de *oficio* en los supuestos en los que no hubiera sido planteada o que el planteo hubiere sido hecho en forma deficiente (Ackerman-Tosca, "Tratado de Derecho del Trabajo", Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, T. IV, pág. 246). Ello lleva a distinguir entre los supuestos de inconstitucionalidades directas absolutas y relativas, a cuyo respecto se sostiene en doctrina que hay normas que cada vez que se ponen en contacto con una determinada de orden constitucional, inevitablemente chocarán lesionando garantías de tal carácter. En tal hipótesis, en la clasificación del profesor S., estaríamos ante una inconstitucionalidad absoluta, es decir, en supuestos en los que la norma inferior resulte siempre y en todos los casos inconstitucional. Empero, hay reglas legales que no siempre provocan este resultado: a veces sí y otras no, dependiendo de diferentes circunstancias. Son las denominadas situaciones de inconstitucionalidad relativa. Tal

como lo he aseverado en distintas ocasiones, el apartado 1 del artículo 39 de la LRT milita en esta segunda categoría, ya que no en todos los supuestos de contingencias (accidentes de trabajo o enfermedades profesionales) provoca agravio constitucional (Maza, Miguel Ángel, "Los recaudos del planteo de inconstitucionalidad contra el apartado 1 del artículo 39 de la ley de riesgos del trabajo", en Revista de Derecho Laboral, 2002 – 1, "Ley de Riesgos del trabajo – II, págs. 59/60). Así, en el caso "A." la declaración de inconstitucionalidad se sustentó en ese caso concreto por cuanto las prestaciones de la LRT no guardaban una relación razonable con el daño ocasionado. Asimismo, cabe destacar que posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la materia en los autos "C., H. O. c/ F. R. S.A.", del 14/06/05 (AR/JUR/13665/2005), "L., R. c/ I. S.A.", del 12/06/07 (AR/JUR/1800/2007), y "C., Santos c/ I. R. G. S.A.", del 12/06/07 (AR/JUR/1987/2007). Por ello reitero lo ya expuesto en c. 09/12, S.D.L. 08/12 y c. 167/12, S.D.L. 16/12, en cuanto a que se señala: En apretada síntesis, de cara a la doctrina de la CSJN sobre la validez constitucional del artículo 39.1 de la ley 24.557 a partir de los casos "G." y "A.", y las precisiones posteriores que aportan "C." y "L." y "C.", pero ponderando también el resto de las normas de la LRT, puede considerarse que: 1) La jurisprudencia de la Corte ha hecho migrar al sistema, que según el artículo 39 de la ley 24.557 era de *cúmulo restringido*, a un modelo de *cúmulo amplio*. 2) La posición mayoritaria parece entender que la limitación cuantitativa de responsabilidad del apartado 1 del artículo 39 configura un supuesto de inconstitucionalidad directa *relativa*, cuya consideración dependerá, así, de las circunstancias de cada caso. Pero aun si se entendiera que la inconstitucionalidad es *absoluta*, esto sólo tendría trascendencia para la eventual declaración de *oficio* de tal inconstitucionalidad, pues en cualquier supuesto, para provocar tal declaración, el trabajador o sus derechohabientes -además de acreditar la concurrencia de los presupuestos que atribuyan responsabilidad civil al empleador- deberán demostrar la insuficiencia de las prestaciones de la LRT, en el caso concreto, para reparar el daño que acrediten haber sufrido. 3) La percepción de las prestaciones del sistema, aun sin reservas, no constituye un *acto propio* que obste al planteo de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 39 de la LRT. ... 4) En el caso de los empleadores no asegurados, el trabajador -o, en su caso, sus derechohabientes-, cuando pretenda una reparación plena del daño con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 39 de la ley 24.557, debería reclamar igualmente las prestaciones del sistema. Esto debería ser así por una triple razón: en primer lugar, porque las prestaciones son *irrenunciables*; en segundo lugar porque necesariamente deberá hacer la *comparación* para lograr la declaración de inconstitucionalidad, y, finalmente, porque en el supuesto de que el patrimonio del empleador fuera insuficiente para afrontar el pago de la reparación, el costo de las prestaciones -en dinero y en especie- del sistema de la LRT`podría ser satisfecho con los recursos del Fondo de Garantía (Ackerman-Tosca, obra y tomo citado, págs. 249/250). ----------

-----En consecuencia, la doctrina sentada por la C.S.J.N. en los fallos citados permite precisar que para declarar la inconstitucionalidad de una norma se requiere demostrar en cada caso los recaudos de invalidez constitucional, criterio ya sentado por esta sala “B”, c. 79/08, S.D.L. 29/09. Además, debe considerarse que la Corte Suprema en la causa “V.” precisó que la limitación a la base salarial de la indemnización por despido sin justa causa sólo debe aplicarse hasta el treinta y tres por ciento de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable, pues de lo contrario significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable del art. 14 bis de la Constitución Nacional, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor, contrariando el principio de razonabilidad del art. 28 de la Ley Suprema. No resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial prevista en el art. 245 de la ley de contrato de trabajo -mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o fracción de tiempo menor- pueda verse reducida en más del treinta y tres por ciento, por imperio de lo dispuesto en los párrafos 2° y 3° de la citada disposición, concordando esta pauta de razonabilidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje. El resarcimiento del empleado despedido sin justa causa debe ser equitativo, lo que importa afirmar que la reglamentación del derecho a la llamada “estabilidad impropia”, constitucionalmente reconocido, debe ser razonable (C.S.J.N., 14/09/2004, “V., C. A. c/ A. S.A.” (La Ley 2004-E, 929). Y si bien el citado fallo está referido al tope salarial previsto en el art. 245 de la L.C.T. debe destacarse particularmente el considerando 6° al precisar la C.S.J.N. que: “… 6°. Que, por cierto, no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas. Con todo, si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación”.----------

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

-----Así, de acuerdo a los montos que tomara el juzgador conforme las remuneraciones informadas por la AFIP a fs. 72, el total de las remuneraciones sin ajuste asciende a $53.620,42 (ver fs. 113 vta., quinto párrafo) y el I.B.M. considerado de $9.818,50, si a su vez se toma una incapacidad del 8,88% y un coeficiente por edad de 2,5 (65 dividido 26), la indemnización sin ajuste prevista por el art. 14, acápite 2, inciso a) de la L.R.T. asciende a $115.537,88 (53 por 9.818,50 por 8,88% por 2,5), que con más el 20% (art.

3 de la ley 26.773) arroja un total de $138.645,45 ($115.537,88 más $23.107,57). ----------A su vez, si se consideran los salarios informados por la AFIP a fs. 72 con el ajuste por índice RIPTE nos da un total de remuneraciones que ascienden a $57.081,64 y el IBM es de $10.390,91(57.081,64 dividido los 167 días trabajados por 30,4), por lo que –con las mismas pautas indicadas en el párrafo que antecede– la indemnización prevista por el art. 14, acápite 2, inciso a) de la L.R.T. asciende a $122.259,45 y con el mas el 20% (art. 3 de la ley 26.773) arroja un total de $146.711,34 ($122.259,45 más $24.451,89).----------Ello permite considerar que la diferencia respecto al monto de los salarios ajustados según RIPTE es del 6,06%. Esto es, el monto de los salarios sin ajuste de $53.620,42 representa un 93,94% –por redondeo– del importe antes indicado y ese porcentual así se refleja en el cálculo del I.B.M. Por lo tanto, la diferencia en el monto de condena, conforme a la doctrina sentada por la C.S.J.N., en los autos caratulados “V., C. A. c/ A. S.A.”, del 14/09/2004 (La Ley 2004-E, 929), al no verse reducida la indemnización en más del treinta y tres por ciento no resulta confiscatorio en el presente caso el modo de cálculo establecido sin ajuste por el art. 12 de la L.R.T. Esto es, no se acreditó en la presente causa que hubiera una desproporción irrazonable que justifique la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557.----------En tales condiciones, corresponde rechazar el planteo del actor referido a la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, en su anterior redacción, a los fines del cálculo del IBM, manteniéndose la misma respecto del cómputo de los rubros no remunerativos de los salarios por encontrarse firme al no haber sido materia de agravios.----------4. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo lo que fuera materia de agravios.----------En cuanto a las costas de Alzada, toda vez que tanto el agravio del actor como el de la aseguradora demandada fueron desestimados, resultando de tal modo en un vencimiento parcial y mutuo, corresponde imponerlas en el orden causado (art. 72 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 de los Dres. F. A. P. y D. M. Z., letrados apoderado y patrocinante del actor, en conjunto, y de la Dra. M. C., letrada apoderada de la accionada, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,6% 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 POR LA AFIRMATIVA.----------**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto manifestó: ----------I.- Atento la claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante, tanto de la sentencia de origen de fs. 110/114, como de los agravios que contra la misma

expusiera el actor y la demandada E. A. S.A. mediante las presentaciones ID 136363 y 140588, respectivamente, me remito a la misma en homenaje a la brevedad, adentrándome directamente en el tratamiento de estos.----------

-----A fin de un más prolijo análisis, seguiré el mismo orden de examen de los agravios que el colega preopinante. ----------

-----II.- De tal manera, corresponde ingresar en primer término al examen de la queja vertida por la demandada.----------

-----En su único agravio, la aseguradora apelante sostiene que no corresponde capitalizar intereses desde la notificación de la demanda. Indica que en razón de la fecha del accidente de autos, el presente proceso no se rige por la ley 27.348 que habilitó expresamente la capitalización de intereses moratorios. Sostiene que en el caso resulta aplicable el inc. c del art. 770 del CCyC y no el inc. b como fue aplicado por el sentenciante ya que –asegura– el magistrado soslayó que en el *sub examine* no se está ante una deuda cierta y líquida cuyo pago fuera demandado judicialmente sino ante una deuda establecida y liquidada judicialmente, por lo que la capitalización corresponde desde que adquiere firmeza el decreto judicial que manda a indemnizar al trabajador.----------

-----Afirma que su parte nunca estuvo constituida en mora. Cita el art. 4° de la ley 26.773. y la reglamentación que al respecto dispuso el Dec. 472/14 a fin de postular que en tanto el trabajador omitió llevar adelante el procedimiento legal ante la Comisión Médica Jurisdiccional, el proceso judicial vino a reemplazar el supuesto fáctico previsto por el Legislador y, entonces, la obligación de pago de la prestación dineraria por incapacidad laboral permanente recién es exigible luego de transcurridos 15 días de la notificación de la sentencia judicial que fije la incapacidad laboral permanente. Efectúa cálculos para ilustrar su postura y sostiene que el incremento por la modificación de la fecha de la constitución en mora es del 28,3% que representa la dimensión del agravio. ----------

-----Advierto que la recurrente no ha advertido que la capitalización que se estableció en el decisorio no es la contemplada en el referido inc. c del art. 770 del CCyC a partir de la mora en el pago de la indemnización liquidada judicialmente, sino la prevista en el art. 770, inc. b del C. Civil y Comercial, desde la notificación de la demanda (ver sentencia a fs. 113 vta., séptimo párrafo). Al respecto habré de decir que, efectivamente, el art. 770, inc. b del C. Civil y Comercial establece como excepción a la prohibición del anatocismo -esto es la deuda de intereses sobre intereses-, el supuesto de que *“la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda”.* He de reconocer que autorizada doctrina considera que esta norma se aplica a los juicios en trámite (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída: “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, pág. 148). Con todo no he de compartir la cita doctrinaria apuntada en el sentido de que la nueva norma se aplica a todos los juicios en trámite, sino que considero que la fecha de corte está dada justamente por la fecha de notificación de la demanda, que es el supuesto fáctico previsto para permitir el

anatocismo. Esta postura que vengo sosteniendo reiteradamente (ver el precedente de esta Sala “B”, SDL N° 84/16, del 07/11/16; entre otros), coincide con la opinión doctrinaria que sostiene que la aplicación inmediata del inciso b del artículo 770 sobre capitalización de intereses apareja algunas dudas. Así se sostiene que el empleo de la nueva norma a juicios en trámite es claramente procedente cuando la notificación de la demanda es posterior al 1° de agosto de 2015; pero si esa notificación ocurrió vigente el artículo 623 del viejo Código Civil, se plantea el interrogante sobre si es posible aplicar la nueva norma retrotrayendo la capitalización a la notificación de la demanda (que pudo ocurrir varios años antes) o se trata de una situación ya consumida bajo la vigencia de la ley anterior (conf. Loustaunau, Eduardo: “Cumplimiento de obligaciones laborales a la luz del nuevo código civil y comercial. Mora y carga de la prueba. Intereses”, en “Revista de Derecho Laboral”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016-1, “El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-II”, pág. 359). Dado que en la especie, el accidente tuvo lugar el 03/11/2015, es claro que todo lo actuado, lo fue con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, por lo que corresponde rechazar lo argumentado por la apelante. ----------

-----Asimismo, en lo que refiere a que no corresponde el cómputo de intereses por cuanto su parte no se encuentra en mora ya que antes debe determinarse la naturaleza laboral de accidente, pongo de resalto que me expedí sobre la materia, esto es, en cuanto a la fecha de inicio del cómputo de los intereses, en los antecedentes de esta Sala “B”, SDL N° 17/14, del 08/07/14, y SDL N° 09/15, del 24/04/15, entre otros. Al respecto, sostuve que se ha entendido que las prestaciones de pago mensual que corresponden a los períodos de incapacidad temporaria y permanente (parcial o total) o provisoria deben ser abonadas en el mismo plazo que la LCT fija para las remuneraciones (arts. 13 LRT, 1º res. 104/98 SRT); por lo que ingresan automáticamente en mora (art. 137 de la LCT) por el vencimiento del plazo de cuatro días hábiles posteriores al mes que correspondan, previsto en el art. 128 de la LCT. Sin embargo, el anterior supuesto no es el caso de la presente condena. Sobre el resto de las prestaciones, de naturaleza reparatoria de la incapacidad sufrida y que se diferencian de las anteriores de carácter salarial, también fueron regidas por resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (res. 104/98 y 414/99). Concretamente la resolución 104/98 establece en su artículo 2 que el pago de las prestaciones dinerarias de pago único en concepto de incapacidad laboral permanente definitiva deberá realizarse dentro de un plazo no superior a quince días desde la fecha en que la ART fue notificada de la homologación o dictamen donde se determina el porcentaje de incapacidad. Esta norma, a su vez se complementa con la resolución 414/99 que en su artículo 2 dispuso que la mora en el cumplimiento de la obligación de otorgar las prestaciones dinerarias contempladas en la ley 24557 se producirá de pleno derecho transcurridos treinta días corridos de la fecha en que la prestación debió ser abonada o el capital depositado, y por el mero transcurso del plazo indicado. Es de aclarar que esta última resolución ha sido parcialmente modificada por

las resoluciones 287/01 y 466/01, mas no se altera la cuestión que aquí importa, esto es, el tiempo de cumplimiento de las prestaciones dinerarias. ----------

-----Como se puede apreciar las resoluciones aludidas prevén el tiempo de pago en el supuesto de que se hubiera seguido el procedimiento administrativo ante las comisiones médicas, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 8, inc. 3, 21 y 22 de la ley 24557. Más en la especie, y la demandada ha consentido el fallo en ese aspecto, se ha decretado la inconstitucionalidad de dichas normas (ver sentencia a fs. 114, pto. I de la parte resolutiva). Es así que, advirtió la doctrina, no podía sostenerse que en el caso de un litigio -ya sea judicial o administrativo- el cómputo de los accesorios comience con la determinación por parte del órgano de la incapacidad padecida, pues las sentencias judiciales o resoluciones administrativas poseen efecto declarativo y no constitutivo de los derechos que se reconocen al damnificado para percibir las prestaciones por incapacidad laboral que lo afecta (conf. Formaro, Juan J.: “Riesgos del trabajo”, Ed. Hammurabi, 2013, págs. 211/212). ----------

-----A la luz de lo expuesto, en el antecedente citado de esta Sala “B”, SDL N° 17/14, postulé que los intereses deben calcularse desde la fecha del evento. A lo expuesto habré de añadir, de acuerdo a lo que decidiera en el precedente de esta Sala, SDL N° 09/15, que estamos frente a una prestación de naturaleza reparatoria de la incapacidad sufrida, y que la postura referida de que los intereses se devengan desde el hecho ha sido acogida en el art. 2 de la ley 26773, que en su 3er. párrafo dispone: *“El derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso o se determinó la relación causal adecuada de la enfermedad profesional”.* Si el derecho se computa desde que acaeció el evento dañoso, es la fecha del hecho la que indudablemente genera el crédito resarcitorio, que como bien dice la ley, es independiente del momento en que se determine su procedencia (se admita la naturaleza laboral y la inexistencia de causales de exclusión) y alcance (el porcentaje de incapacidad). A partir de allí se adeudan los intereses, pues sólo así quedará justamente compuesta la situación. Si al trabajador no se le abona el capital con más los intereses desde que sufrió el daño, el imperativo constitucional permanece violado (pues no puede la ley crear, arbitrariamente, momentos de mora distantes del efectivo acaecimiento del perjuicio). Si así no fuera se alentaría la litigación maliciosa, pues se beneficiaría al deudor en perjuicio del acreedor mientras más se dilate la discusión sobre la relación causal y el reconocimiento del derecho indemnizatorio derivado de la enfermedad (conf. Formaro, op. cit., págs. 212/213).----------

-----En suma, por las razones expuestas es que comparto la desestimación de esta queja.----------

-----III.- A continuación, ingresaré en el análisis del agravio expuesto por el actor recurrente en el que cuestiona que el magistrado de grado haya aplicado el art. 12 de la LRT en su redacción original para el cálculo de la indemnización laboral sin considerar

la petición de declaración de inconstitucionalidad de dicha norma efectuada en demanda. Señala que su parte solicitó en demanda, como pretensión principal, que para el cálculo de la prestación dineraria el IBM sea reajustado conforme la variación que haya tenido el índice RIPTE entra la fecha del accidente y la del efectivo pago, a fin de evitar las distorsiones producidas por el transcurso del tiempo. Añade que subsidiariamente, peticionó la aplicación de las pautas de actualización que allí menciona. Afirma que si bien la pretensión principal no debió descartarse, en caso de que el sentenciante entienda lo contrario, debió considerar alguna de las pretensiones subsidiarias que dan cuenta de la clara procedencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557. Efectúa algunas consideraciones al respecto y sostiene que de las pretensiones subsidiarias, la pauta de actualización que restablece el valor del capital adeudado y se ajusta a la desvalorización actual sería aplicar un ajuste sobre el capital conforme la variación del costo de vida desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago.----------

-----Concuerdo con el Dr. Vergara en que corresponde atender la crítica del recurrente ya que el juez *a quo* declaró la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT (ver sentencia, fs. 114, p. I del resolutorio), aunque sin dar fundamento alguno al respecto y –tal como se desprende del cálculo de la indemnización efectuado por el magistrado a fs. 113vta., quinto y sexto párrafo– únicamente lo hizo respecto a la exclusión de las sumas no remunerativas de los salarios a considerar para el cálculo del IBM dispuesta por la norma, dado que el magistrado computó los salarios brutos informados por la AFIP a fs. 72 sin realizar discriminación alguna de conceptos.----------

-----De tal manera, el agravio del recurrente se centra en cuestionar que el sentenciante no haya considerado la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT tal como fue solicitada en demanda y, corolario de ello, no se haya aplicado el ajuste por índice RIPTE a la pauta salarial utilizada para el cálculo del IBM para lograr la recomposición de las indemnizaciones que le corresponden por el accidente de autos ante el proceso inflacionario que atraviesa nuestro país (ver expresión de agravios, pág. 2, último párrafo).----------

-----En este aspecto, coincido también con el colega prevotante en que tal pauta de ajuste será la que se considerará a los fines del análisis del presente agravio toda vez que se corresponde con el mecanismo de ajuste actual determinado por el art. 12 de la ley 24.557 con la modificación introducida por el art. 11 de la ley 27.348 y si bien el quejoso planteó otras alternativas de ajuste subsidiarias, éstas resultan ajenas al régimen sistémico optado por el actor de manera que no cabe tenerlas en consideración. ---------

-----Dicho lo anterior, sobre los planteos de inconstitucionalidad en general, y en particular del art. 12 de la ley 24557, he sostenido en diversos antecedentes de esta Sala “B”, entre ellos SDL N° 08/12, del 18/04/12, que de acuerdo a nuestro sistema de control judicial de constitucionalidad, salvo en los casos que se prevea un efecto derogatorio de la norma constitucional -como ocurre en la previsión del art. 175 de la Constitución

Provincial-, el mismo se ejerce en casos concretos, tal como lo acuñara la Corte Federal desde su fallo del 5 de diciembre de 1865 en que estableció: *"Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los* ***casos concretos*** (la negrita me pertenece) *que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos"* (conf. Bidart Campos, Germán José: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, 1994, T° I, pág. 139). Como consecuencia de que el control de constitucionalidad se ejerce en cada caso concreto, es que puede darse el supuesto de que normas generales que no son en sí mismas inconstitucionales pueden derivar a una inconstitucionalidad cuando se las aplica a un caso particular. Ello puede acontecer cuando las circunstancias concretas de ese caso no resisten la aplicación de esa norma, y de llevarse a cabo se efectúa una aplicación inconstitucional (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, pág. 156). ----------De manera sumamente clara y profunda, y en el marco de la defensa del control judicial de constitucionalidad desde una justificación democrática del mismo, este tema es abordado por Gabriel Bouzat. Este autor en su artículo "El derecho como un sistema de razones para la coacción" (ver en "Homenaje a C. S. Nino", Coordinadores: Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y C. F. Rosenkrantz, Ed. La Ley, 2008, págs. 137/150) explica que: *"La concepción democrática de la legitimación se basa en la idea de que una norma es legítima cuando las consecuencias de dicha norma pueden ser aceptadas por todos los involucrados. Es por eso que la legitimación se da a través de un procedimiento colectivo tendiente al establecimiento de un interés común a partir de una preocupación recíproca por el punto de vista individual de las personas involucradas, esta idea de legitimación determina que, en general, el consenso necesario para dictar las normas jurídicas se da a un nivel de abstracción distanciado de las situaciones concretas en que las normas son aplicadas. Ello plantea una dificultad porque sólo si fuese factible prever detalladamente, durante el proceso de discusión previo a la sanción de la norma, todas las situaciones posibles en las cuales las normas pueden ser aplicadas puede considerarse que el procedimiento democrático ha respetado el principio de imparcialidad. Como decía el gran juez norteamericano Oliver W. Holmes, "generalizar es omitir"... A estas consideraciones debe sumarse la circunstancia de que el debate democrático es imperfecto porque la necesidad práctica de decidir determina que quede generalmente inconcluso y que las decisiones deban adoptarse por mayoría y no por unanimidad. Además, las limitaciones de la representación política impiden muchas veces que todos los puntos de vista relevantes sean tenidos en cuenta al momento de decidir... El procedimiento judicial debe compensar la generalidad y universalidad de las*

normas jurídicas garantizando, frente a las circunstancias concretas del caso planteado, la realización de los valores presupuestos en los procedimientos democráticos... La tesis que defiendo considera que existen diferencias entre el razonamiento justificatorio de normas generales y el que justifica la aplicación de una norma a un caso determinado. Dado que las normas son justificadas de acuerdo a criterios generales, abstraídos en buena medida de las particulares circunstancias en que van a ser aplicadas, no se puede sostener que una norma pueda aplicarse mecánicamente a un caso concreto..." (ver aut. cit., op. cit., págs. 145/148). En otro artículo, Bouzat vuelve a tratar el tema con conceptos preclaros, explicando que *"Se debe tener presente que las legislaturas han sido pensadas para dictar normas generales que han de regir las futuras conductas individuales. En cambio, los jueces investigan los hechos pasados y tienen con exclusividad la facultad para determinar las circunstancias fácticas del caso. Por eso, cuando frente a un caso concreto advierten que un derecho constitucional de una persona ha sido afectado, por una ley que no contempla imparcialmente la situación de la persona en cuestión, si amparan la pretensión, están ampliando y no restringiendo los valores que justifican la democracia"* (conf. aut. cit.: "La argumentación jurídica en el control constitucional" (Trabajo presentado en el Seminario "La Jurisdicción Constitucional", en la Universidad D. Portales de Chile en noviembre de 1995). Entiendo, de acuerdo a las citas que preceden, que queda claro que el control de constitucionalidad debe llevarse a cabo en cada caso para examinar si por las circunstancias del mismo, en dicho particular supuesto, la norma infraconstitucional a aplicar se aviene o no con las de rango constitucional, sin que resulte suficiente referirse en forma genérica a antecedentes jurisprudenciales sin una concreta referencia al caso a decidir. Tal criterio es el que he sostenido en el antecedente de esta Sala "B" en SDL Nº 29/09 del 06/04/09, entre otros.----------

-----Es de agregar que en los precedentes citados, continué razonando que dado que se citaba el precedente de la Corte "A.", es de destacar que en el mismo se refuerza la exigencia de declarar la inconstitucionalidad en concreto. ¿Qué dijo la Corte en "A.", fallo del 21/09/04 (in re: "A., I. c/ Cargo S. I. S.A.")?. Si bien todos los ministros coincidieron en la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 39 de la ley 24557, siguiendo a Ackerman, lo hicieron con distintas argumentaciones y con una aparente discrepancia sobre el tipo de *inconstitucionalidad* que se configuraba en esta norma. Así los Dres. Petracchi y Zaffaroni, con fundamentos en normas constitucionales, en precedentes de la misma Corte, en el Derecho Comparado y en normas internacionales, hicieron reproches directos al modelo de limitación cuantitativa de responsabilidad de la norma en cuestión, y aunque en el considerando 5º hacen alguna referencia a la comparación con las prestaciones de la ley, al no limitar su conclusión al caso concreto, parecen entender en los considerandos 12 y 14, que la norma impugnada configura un supuesto de *inconstitucionalidad directa absoluta.* Sin embargo, en el mismo considerando 14, advierten que el desenlace del litigio no implica la censura de todo

régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo que incluye al propio de la LRT. Lo que se sostiene es que la Constitución no puede consentir que dichas limitaciones obren válidamente para impedir que, siendo de aplicación el artículo 19 de la Constitución Nacional respecto del principio *"alterum non laedere"*, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales. Por su parte los Dres. Belluscio y Maqueda rescataron en su voto la doctrina de "G." sobre el fondo de la cuestión, subrayando la exigencia de prueba *en el caso concreto* de la insuficiencia de las prestaciones de la LRT para poner en cuestión la validez del apartado 1 del art. 39 (considerandos 3º a 5º), desproporción que tienen aquí por acreditada (considerandos 8º a 9º), y se pronunciaron así por la declaración de inconstitucionalidad (considerando 11). También consideró que se trataba de un supuesto de *inconstitucionalidad directa relativa* el ministro Boggiano, quien, amén de remitirse a la doctrina del caso "G.", expresamente adhirió a las razones expuestas en los considerandos 8º a 11° del voto de los Dres. Belluscio y Maqueda. Por último la Dra. Highton de Nolasco, si bien en el considerando 11 de su voto parece adscribir a la tesis de que se trata de un caso de inconstitucionalidad absoluta, en el considerando 17, luego de reiterar parcialmente las advertencias de los Dres. Petracchi y Zaffaroni y de Belluscio y Maqueda, afirmó que *en el "sub lite", ese desajuste se tradujo en la manifiesta insuficiencia de la reparación a que conduce la indemnización tarifada, frente a la magnitud de la que exige la reparación integral acorde con las circunstancias del caso* (conf. Ackerman, Mario E.: "La ley sobre Riesgos del Trabajo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, págs. 126/129).----------

-----Las diferentes posturas esgrimidas por los ministros en el antecedente citado han generado confusión, en tanto si bien, no ahorran críticas a todo el sistema establecido por la ley 24557, en verdad se han cuidado de advertir que la decisión de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1 se limita a *este caso concreto.* Como se concluyera en un artículo de doctrina, en el caso concreto, las prestaciones correspondientes no guardaban relación coherente o razonable con el daño causado, pero para arribar a una solución justa en el mismo no era necesario atacar la piedra angular del sistema, que implica desvirtuarlo en su totalidad (conf. Anzoátegui, Ignacio: "El fallo "A." y la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24557. Un fallo justo en lo particular con consecuencias disvaliosas para la sociedad", en Revista Lecciones y Ensayos, LexisNexis, Facultad de Derecho de la Univ. de Buenos Aires, 2006, Nº 82, pág. 335).----------

-----Como síntesis, la doctrina de la Corte, tal como quedara configurada en los antecedentes mencionados y en los posteriores "C." (14/06/05), "L." (12/06/07) y "C." (12/06/07), puede resumirse de la siguiente manera: 1) La jurisprudencia de la Corte ha hecho migrar el sistema, que según el artículo 39 de la ley 24557 era de *cúmulo*

restringido, a un modelo de *cúmulo amplio;* 2) La posición mayoritaria parece entender que la limitación cuantitativa de responsabilidad del apartado 1 del artículo 39 configura un supuesto de inconstitucionalidad directa *relativa,* cuya consideración dependerá de las circunstancias de cada caso. Pero aún si se entendiera que la inconstitucionalidad es *absoluta,* esto sólo tendría trascendencia para la eventual declaración de oficio de tal inconstitucionalidad, pues en cualquier supuesto, para provocar tal declaración, el trabajador o sus derechohabientes deberán demostrar la insuficiencia de las prestaciones de la LRT, en el caso concreto, para reparar el daño que acrediten haber sufrido; 3) La percepción de las prestaciones del sistema, aun sin reservas, no constituye un *acto propio* que obste al planteo de inconstitucionalidad de la norma referida. Es más, en virtud de los deberes de conducta que le imponen al trabajador los artículos 62 y 63 de la LCT, si el empleador contrató una ART, aquél está obligado a recibir las prestaciones en dinero y especialmente las previstas en especie, para no agravar la responsabilidad que pretenda atribuir a su empleador, pudiéndose considerar la falta de recepción de las mismas a los fines de reducir la extensión de la responsabilidad del empleador en cuanto puedan suponer *culpa de la víctima* en la causación del daño (conf. art. 1113 del C. Civil); 4) En el caso de empleadores no asegurados, el trabajador o sus derechohabientes, cuando pretendan una reparación plena del daño con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1 de la LRT, deberían reclamar igualmente las prestaciones del sistema. Ello porque en primer lugar son irrenunciables, en segundo término porque necesariamente deberán hacer la comparación para lograr la declaración de inconstitucionalidad, y finalmente porque en el supuesto de que el patrimonio del empleador fuera insuficiente para afrontar la reparación, el costo de las prestaciones del sistema de la LRT podría ser satisfecho con los recursos del fondo de garantía (conf. Ackerman, op. cit., págs. 133/135). De la jurisprudencia de la Corte citada se desprende, esto es, que habrá que acreditar los requisitos de invalidez inconstitucional en cada caso concreto (conf. esta Sala “B”, SDL Nº 20/09 del 06/04/09).-----A lo anterior, he de agregar que en el precedente ya citado de esta Sala “B”, SDL 22/12, del 22/10/12, destaqué la existencia de paralelismo y analogía entre la situación planteada y algunos antecedentes de la Suprema Corte Nacional como “V.”, “G.” y “A.”. En el antecedente “V., C. A. c/ A. S.A.”, del 14/09/04 (Fallos:327:3677) referido al tope contenido en el art. 245 de la LCT respecto a la indemnización por despido incausado, la Corte arguyó que *si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación”.* Es a partir de esta directiva que la Corte Suprema descalifica la norma en cuanto al módulo utilizado para establecer el tope y lo fija directamente por una relación porcentual sobre la remuneración que percibía el trabajador. Como se ve deja de lado la relación que pudiera haber entre el salario del trabajador despedido y el del conjunto colectivo. Esto es bien distinto, como surge

claramente, de aceptar que fueran las partes del convenio colectivo las que brindaran las pautas para establecer los topes. Ahora eso no interesa y sólo importa mantener una relación porcentual entre salario y tope que no disminuya aquél a menos del 67%. La adopción de este porcentaje -o en todo caso el de la limitación en el 33% de la remuneración- aparece justificada en el fallo mediante una referencia recordatoria al criterio del Tribunal con relación a los límites que debía respetar el impuesto respecto de la propiedad de los habitantes (conf. Rodríguez Mancini, Jorge, en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº IV, págs. 443/444).----------

-----En consecuencia la inconstitucionalidad pretendida resulta procedente en caso de que exista una diferencia entre los valores del IBM calculado sin el reajuste del RIPTE (conf. ley 24557) y con dicho reajuste (conf. ley 27348) de más del 33%. ----------

-----Es así que, de acuerdo al informe de AFIP de fs. 72 respecto a las remuneraciones consideradas por el juez *a quo*, el total de las remuneraciones sin ajuste asciende a $ 53.620,42 (ver sentencia a fs. 113vta., quinto párrafo), y el IBM –tal como fue determinado por el magistrado- es de $9.818,50. De acuerdo a la incapacidad de 8,88% fijada y el coeficiente por edad de 2,5 (65%26), la indemnización sin reajustar, atento lo dispuesto por el art. 14, acap. 2, inc. a) de la LRT, asciende a $115.537,88 (53 x 9.818,50 x 8,88% x 2,5). Si se adiciona el 20% del art. 3 de la ley 26773, el total resulta de $138.645,45.----------

-----Por su parte, con la actualización por el índice RIPTE la totalidad de las remuneraciones informadas por la AFIP a fs. 72 ascienden a $57.081,64, en consecuencia el IBM es de $10.390,91 (57081,64 dividido 167 días por 30,4) y –con los mismos parámetros *ut supra* indicados– la indemnización ascendería a la suma total de $146.711,34 (conf. art. 14, acap. 2, inc. a) de la LRT y art. 3 de la ley 26773), por lo que la diferencia es de alrededor del 6,06%.----------

-----Todo ello demuestra que no se arriba a la diferencia del 33% arriba citado por lo que, en virtud de todo lo razonado, habré de compartir el rechazo del presente agravio referido a la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24557 a los fines del reajuste del cálculo del IBM, manteniéndose la misma respecto a la consideración de los rubros no remunerativos por no haber sido materia de crítica en esta instancia. ----------

-----IV.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo apelado por las razones expuestas. ----------

-----Dado el resultado totalmente adverso de ambas quejas planteadas por el actor y la demandada, propongo imponer las costas de Alzada en el orden causado (conf. art. 72 del CPCC). ----------

-----Asimismo, atendiendo a la regulación efectuada en la primera instancia, y a la extensión y eficacia de las tareas, así como al resultado obtenido, estimo adecuado regular los honorarios por las tareas desarrolladas ante esta sede, a los letrados apoderado y patrocinante del actor, Dres. F. A. P. y D. M. Z., en conjunto, en un 4,6%; y

los de la letrada apoderada de la accionada, Dra. M. C., en un 2,75% del monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia y con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 6, 8, 13 y 46 de la ley XIII N° 4; y leyes 23349 y 23871).----------

-----Voto entonces a esta cuestión POR LA AFIRMATIVA.----------

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

-----Visto el acuerdo antes alcanzado al votar la primera cuestión, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; b) imponer las costas de Alzada en el orden causado; y c) regular los honorarios de los Dres. F. A. P. y D. M. Z., en conjunto, y de la Dra. M. C., por las tareas profesionales cumplidas en esta segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,6% y 2,75%, respectivamente, del monto del proceso a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. que pudiere 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 al que se ha arribado. ----------

-----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 en uso de licencia el Dr. Sergio Rubén Lucero al momento de efectuarse el sorteo (Art. 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:----------

-----CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios. ----------

-----IMPONER las costas de Alzada en el orden causado. ----------

-----REGULAR los honorarios de los Dres. F. A. P. y D. M. Z., en conjunto, y de la Dra. M. C., por las tareas profesionales cumplidas en esta segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,6% y 2,75%, respectivamente, del monto del proceso a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. que pudiere corresponder. ----------

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

ALDO LUIS DE CUNTO **RAÚL ADRIÁN VERGARA**

JUEZ DE CÁMARA **PRESIDENTE**

----**REGISTRADA BAJO EL N°____07____DEL AÑO 2021 - SDL - CONSTE**.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA