---En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil veintidós, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia I. Spoturno y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dr. Marcelo F. P.l y Dra. Florencia Cordón Ferrando, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“E., C. E. c/ L. S. ART S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)” (Expte. Nº 407 - año 2021 CAT)**, venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? S.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado en autos.

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expresó:

---I.- Vienen a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones con motivo de la apelación interpuesta por L. S. ART S.A, contra la sentencia de primera instancia de fecha 7 de septiembre de 2021 (hojas 51/57vta.), por la cual se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 6, 8 inc. 3, 21, 22 y 46 de la Ley 24.557, así como de cualquier otra norma que implique la obligatoriedad de actuaciones del actor ante órganos distintos a los pertenecientes al Poder Judicial de la Provincia del Chubut para demandar y percibir las indemnizaciones y/o prestaciones por el accidente de autos y la del decreto 669/2019, condenando a la aseguradora a abonar al actor en el término de diez (10) días la suma de $ 24.659.477,02 en concepto de prestación dineraria del art. 14 inc. 2 a) ley 24.557 (ILPP) y art. 3 ley 26773; con más la suma de $ 5.574.020,70 en concepto de diferencia por el pago de la ILT, todos los importes con más los intereses y capitalización desde la notificación de la demanda (art. 770 inc. b y 7 del CCyC). Finalmente, impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

---La expresión de agravios se presentó mediante escrito digital (ID 433887) y fue contestada por la contraria también por escrito digital (ID 442414).

---II.- La aseguradora dedujo seis agravios, individualizados bajo las letras a) a f), los cuales serán tratados a continuación en el orden que fueron expuestos, aclarando que los expuestos en las letras “b” y “c” serán abordados en conjunto, por tratarse de cuestiones relacionadas al cálculo del IBM como así también los individualizados con las letras e) y f) por referirse ambos al cómputo de los intereses.

---II. a) La relación de causalidad.

---En el primer agravio la demandada expresa que la sentencia no esclareció la causa origen, el elemento generador con entidad lesiva, la loc.ación en el cuerpo y su interrelación o mecanismo de acción. Aduce que no surge de la causa cuál fue la lesión irreparable que provocó el siniestro en la columna, ni las estructuras anatómicas que lesionó y tampoco se explicó la relación entre la limitación funcional de la columna y el accidente. Dice que fue demandada por un accidente de trabajo pero se la condena por una enfermedad profesional.

---Manifiesta que no todas las secuelas del actor son adjudicables al siniestro, en tanto el perito indicó que el actor presenta “deshidratación de los discos y relieve de anillos fibrosos”. En razón de ello, sostiene que corresponde deslindar el porcentaje de incapacidad correspondiente a la enfermedad profesional y al accidente laboral, siendo que su parte tiene que indemnizar únicamente este último. Para el supuesto que no se pueda establecer dicha diferenciación, pide se determine de manera aproximada las secuelas incapacitantes que corresponden a cuestiones biológicas y predisponentes del actor y cuales al siniestro en sí mismo.

---Finalmente manifiesta que es paradójico y llamativo que por tres días de trabajo le corre. al actor un IBM que conlleva una indemnización de millones de pesos, siendo que cursó una enfermedad durante 9 años.

---Para resolver, debo señalar que arriba firme a esta alzada la existencia de un accidente de trabajo en los términos del art. 6 apartado 1 de la Ley 24.557, esto es, un evento súbito y violento en circunstancia laboral (accidente del 18/12/2019).

---En efecto, en la demanda se describió el accidente en los siguientes términos: *“El día 18/12/2019, mientras nuestro poderdante se encontraba prestando tareas a las ordenes de su empleador a borde del buque p. “C.” efectuando tareas maniobrando con canastos llenos (de aproximadamente 30 Kilos de peso, como es habitual en el d. de sus tareas como marinero) cayó sentado con el canasto encima, lo que le generó un intenso dolor lumbar que con el pasar de las horas se fue intensificando impidiéndole trabajar con normalidad”* (ver hoja 7).

---En consonancia con ello la ART reconoció la existencia del accidente de trabajo, conforme surge de la constancia del alta médica (h. 6 doc. res.), pero sin determinar secuelas incapacitantes.

---En la contestación de la demanda la aseguradora adujo que rechazó parcialmente el siniestro en razón de que por estudio complementario consistente en una RMN se advirtió que presenta una patología inculpable y preexistente de discopatías múltiples pero que si continuaría con el tratamiento correspondiente de “lumbago no especificado”. Expresó que del estudio de columna dorsal surgía que los espacios intervertebrales 3° y 4° muestran altura reducida, señal de deshidratación de los discos y relieve de los anillos fibrosos e igual conclusión respecto de los espacios intervertebrales dorsales entre T 3 y T 6. En base a ello sostuvo que cuando se trata de la alegación de una enfermedad profesional o de lesiones o secuelas de un accidente de trabajo, es al actor a quien le corresponde demostrar la relación causal (ver h. 20 y vta.).

---En la pericia médica (ID 205592), el forense informó que el actor padece un *“cuadro de dolor generado por afección traumática (lumbalgia post traumática) originado a partir de esfuerzo súbito desarrollado durante el cumplimiento de su labor habitual como marinero*

en buque p.". Asimismo, señaló que "la afección que presenta el actor en su columna lumbosacra (protrusión del tercer y cuarto disco intervertebral) reconoce su etiología al factor traumático, constituyendo el mecanismo invocado en esta demanda un medio idóneo para producirlo. La presencia de signos de deshidratación en los discos intervertebrales involucrados, es el resultado de proceso de curso crónico instalado sobre dichas estructuras que reconoce en su etiología el factor sobrecarga como medio de producción, de habitual hallazgo en sujetos que desarrollan actividades como la ejercida por el actor, de modo prolongado" (resp. puntos periciales 1 y 2, hoja 28). ---Al ser consultado sobre la presencia de la discopatía que resulta del informe de la RMN, expresó: *"...la discopatía presente en el tercer y cuarto espacio del sector (protrusión postero medial) se vincula con antecedente traumático. El inicio sintomático del cuadro asociado a esfuerzo súbito descrito en la demanda, permite establecer su nexo etiológico. Si bien aparece en el estudio de referencia la presencia de deshidratación de los discos involucrados es factible de originarse mediante la carga sostenida ejercida sobre esas estructuras, configurando los antecedentes laborales del actor un factor con entidad para originarlo".* (Resp. punto 3 pericial de la demandada, h. 29).

---En base a dichas consideraciones, el perito determinó que el actor padece una incapacidad laborativa resultante del cuadro secuelar que presenta a nivel de su columna lumbosacra del 9,76% de la total obrera en grado parcial y de carácter permanente.

--- Luego, como consecuencia de la impugnación formulada por la demandada, por los mismos motivos sostenidos en la apelación, el médico ratificó su informe expresando que: *"En estudios por imágenes realizado con fecha 23 de diciembre de 2019 indicó en el sector lumbar, la presencia de deshidratación parcial de tercer y cuarto disco del sector lumbar con protrusión posterocentral del tercer y cuarto disco, lo cual se vincula con cuadro de dolor lumbar y exteriorización sintomática del cuadro".* Luego agregó: *"Por lo tanto la causa del cuadro secuelar presente en su columna lumbar se asocia a antecedente traumático invocado en la demanda, las características del suceso relatado asociado al inicio sintomático y resultado de estudio por imágenes efectuado, le otorgan entidad como factor etiológico".* También aclaró que: *"El daño a nivel del sector lumbosacro de su columna vertebral se encuentra acreditado por la presencia de protrusiones de 3° y 4° del sector, a lo cual se atribuye la repercusión clínica del cuadro evaluado en este examen"* (ID 218063, h. 32).

---La jueza de primera instancia tuvo por hecho no controvertido la existencia del accidente y siguió al perito médico para determinar la relación causal entre el mismo y las secuelas incapacitantes constatadas en el trabajador.

---En ese sentido, expresó que ha sido claro el forense en cuanto a la relación causal existente entre el accidente que motivó la acción y las secuelas incapacitantes -lumbalgia

post traumática + limitación funcional-, las que fueron constatadas al momento del examen personal del actor, como con los estudios acompañados como antecedentes, razón por la cual determinó que la aseguradora deberá responder por la incapacidad determinada judicialmente por el Cuerpo Médico Forense.

---Luego, para fijar el porcentual de incapacidad, consideró que el perito médico no efectuó el cálculo tomando en cuenta el método de capacidad residual, siendo que se acreditó con el informe de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo una preexistencia del 5% de incapacidad correspondiente a otro accidente. Por ello, recalculó el porcentaje de incapacidad, fijando una incapacidad total del 9,27% de carácter permanente.

---De las consideraciones expuestas se advierte que la recurrente se limita a sostener en los agravios que no se acreditó la lesión aguda que padeció el actor y la relación entre la limitación funcional de la columna con el accidente expuesto, cuando el médico forense claramente determinó que padece un cuadro de dolor generado por afección traumática (lumbalgia post traumática). Asimismo especificó que la presencia de deshidratación parcial de tercer y cuarto disco del sector lumbar que surge de estudio por imágenes se vincula con cuadro de dolor lumbar y exteriorización sintomática del cuadro y el resultado de un proceso crónico de etiología laboral, habitual por el tipo de tareas desarrolladas por el actor de modo prolongado.

---De modo que ha sido concluyente el perito en cuanto a la etiología laboral del proceso crónico de deshidratación de los discos intervertebrales que operó como antecedente del evento súbito denunciado en la demanda, que dio lugar al cuadro secuelar constatado lumbalgia post traumática-

---Es así que debe descartarse en el caso la presencia de secuelas adjudicables a cuestiones biológicas y predisponentes del actor alegadas genéricamente en la expresión de agravios o la existencia de patología inculpable y preexistente, como se alegó al contestar demanda, en tanto quedó acreditado que el trabajo ha sido la causa exclusiva del accidente.

---Cabe recordar aquí que el apartamiento de las conclusiones establecidas en el dictamen pericial debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, evidenciando la existencia de errores de entidad (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial..”, Librería Editora PlatenseAbeledo-Perrot, 1992, T. V.B, 427/428 y 455 y sus citas), las que no encuentro aquí presentes.

---Así, en criterio que comparto, se ha dicho que la opinión de los litigantes no debe prevalecer sobre la del experto, máxime cuando aquélla carece de fundamentos técnicos y no tiene entidad suficiente para enervar a esta última, ya que, aunque el dictamen pericial no tenga carácter vinculatorio para el juez, el apartamiento de las conclusiones del perito

debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que su opinión se halla reñida con principios lógicos y máximas de experiencia. (conf. CNCiv., sala F, 5-2-98, "F., Juan C. c/Fundición de Hierro Azara", L. L. 1999-D-761 (41.683-S), D. 1999-2-1228, S. J. 1765, E. D. 178-477, R. C. y S. 1999-499).

---De este modo, de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 481 del CPCC, aplicable conf. art. 44 Ley XIV Nro. 1), el dictamen médico merece plena eficacia probatoria ya que no advierto razones serias y objetivas para apartarme de sus conclusiones, de las cuales surge suficientemente acreditada la dolencia del actor y su vinculación causal adecuada con las tareas laborales cumplidas bajo relación de dependencia de la demandada (CSJN, “Milone”, del 26/10/2004, Fallos 327:4607 y “Silva”, del 18/12/2007 Fallos 330:5435).

---Por lo demás, en el marco del sistema especial de la ley 24.557, cuando la contingencia es un accidente y no una enfermedad profesional, sólo resulta excluida de la cobertura del seguro las incapacidades preexistentes a la iniciación de la relación laboral, acreditadas con el examen preocupacional (art. 6, punto 3 LRT), lo que en autos no ocurrió.

---En un caso de análogas aristas al presente se dijo: *“Hace años citamos una nota de doctrina “La falacia de la preexistencia en los exámenes preocupacionales” (de Hugo F. Rostagno, en Revista de derecho del trabajo y de la seguridad social, de Abeledo-Perrot, 2011-B, ps. 1131/1133), el autor sostuvo que por lo general las ART, ante una hernia de disco originada en un accidente de trabajo, solo se limitan a realizar una RMN y manifiestan: “hay preexistencia”, “es enfermedad inculpable”, ignorando la definición de accidente de trabajo y el texto completo del art. 6, inc. 3. b, de la ley 24.557. El problema comienza cuando un trabajador de cualquier empresa tiene un típico accidente de trabajo: levanta algo pesado y, de pronto, al hacer un esfuerzo, siente un agudo dolor en la columna lumbar y no se puede mover. Ante esta situación, la empresa lo lleva a la respectiva ART, quien, a través de sus prestadores, le realiza los correspondientes análisis clínicos, lo medican con antiinflamatorios y, posteriormente, le hace una RMN de columna lumbar. Allí comienza el calvario de ese empleado primero y del empleador después. En la RMN los especialistas “ven” subjetivamente que hay “predisposición”, entonces le comunican que es una enfermedad inculpable y así se lo hacen saber al empleador; además le comunican que, por ésta razón, no lo pueden atender. Lo relatado, también deja de lado que, muchas veces el trabajador cumplía sus tareas en plenitud (así parece ser el caso de Velázquez), es decir estaba sano, y recién a partir del accidente surge la incapacidad. Manifiesta el autor que olvidan las ART la definición de accidente y, además, soslayan el incumplimiento de un deber básico: cualquier seguro de salud, antes de asegurar a una persona, recurren a un examen médico. Destaca el autor: la única forma de demostrar que hubo predisposición en las hernias de columna es con la presencia del examen de ingreso.*

No hay otra forma (en el caso no se consignó en el preocupacional reitero y subrayo).” (Conf. Cam. Ap. en lo Laboral de Gualeguaychú, Sala II; en “Velazquez, Andrés Pablo Enrique c. Prevencion ART S.A. s/ accidente de trabajo”, fallo del 27/10/2020, pub. en LALEY AR/JUR/68254/2020).

---En definitiva, cabe concluir que el accidente laboral que padeció el actor, su vinculación con el cuadro secuelar que presenta y la incapacidad que acarreó dicho infortunio se encuentra acreditado en la causa.

---Por lo expresado, propongo al acuerdo el rechazo del agravio en tratamiento.

---II. b y c) Cálculo del IBM.

--- En el presente capítulo se tratarán los agravios individualizados con las letras “b” y “c” de la apelación, por referirse ambos al cálculo del IBM efectuado por la Magistrada de la anterior instancia.

---En primer lugar la aseguradora impugna que se haya tomado en cuenta solamente el ingreso del actor en el mes en que se produjo el accidente, es decir, en diciembre de 2019.

---Sostiene que ello vulnera lo dispuesto por el art. 11 inc. 1) de la ley 27.348, modificatorio del art. 12 LRT, que manda a considerar el promedio mensual de todos los salarios devengados durante el año anterior a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor.

---Así, expresa que dado que el accidente fue el 18 de diciembre de 2019, deben tenerse en cuenta los ingresos del actor desde el 01 de diciembre de 2018 al 30 de noviembre de 2019, y excluirse el mes de diciembre de 2019. Seguidamente efectúa el cálculo respectivo en planilla adjunta, tomando para ello los ingresos obtenidos en los meses de junio/agosto y octubre de 2019, arribando a un IBM de $ 176.771,08 y consecuentemente a una prestación dineraria de $ 1.928.056,66, incluyendo el adicional del art. 3 de la ley 26.773.

---Destaca que el trabajador desempeña una tarea temporaria, no mensual y con la estabilidad propia de una actividad remunerada de esa manera.

---Agrega que el propio actor utilizó dicha metodología de cálculo en la demanda, cuando efectuó la liquidación de la indemnización reclamada, pero incluyendo erróneamente el mes de diciembre de 2019.

---En base a ello sostiene que el juez de primera instancia violó la ley; el principio de congruencia y los actos propios del actor.

---Alega que es una desproporción y un verdadero disparate calcular un IBM de $ 2.260.868,40 y pretender liquidar dicho IBM con el argumento de que el actor recién ingresó a trabajar el 16 de diciembre de 2019 cuando la incapacidad se determinó con motivo de un proceso degenerativo al que se arriba por una actividad de 10 años como marinero.

---En segundo término, la aseguradora se agravia de que aun con su “criterio pretoriano” la jueza de primera instancia computara dos días de trabajo cuando fueron tres (16, 17 y 18 de diciembre de 2019), por lo que afirma que el divisor debe ser 3 y no 2. De este modo obtiene un ingreso diario final de $ 50.241,52 con el SAC agregado, un IBM de $ 1.507.245,88 y una prestación dineraria de $ 13.699.712.

---Atendiendo al contenido de los agravios corresponde revisar en esta instancia si el cálculo del IBM para la determinación de la prestación dineraria del art. 14 LRT efectuado en primera instancia se adecúa al marco normativo que rige la materia.

---Para ello, es preciso reseñar que en la sentencia de primera instancia se resolvieron dos pretensiones que en su origen fueron planteadas a través de demandas independientes (indemnización por ILP, hojas 2-11vta y diferencias en el pago de ILT, hojas 36-39vta), pero que luego resultaron acumuladas (providencia del 26/03/2021, hoja 44).

---La primera cuestión tratada fueron las diferencias en el pago de la incapacidad laboral temporaria. A tal fin la sentencia estableció que según lo establecido por el Decreto 1694/09, la metodología de cálculo coincide con la dispuesta por el art. 208 de la ley de contrato de trabajo, con la particularidad que el actor percibe remuneración variable como consecuencia de las tareas realizadas, la cual consiste en un salario por producción o destajo.

---Luego determinó un ingreso base diario con SAC que surge de considerar que el trabajador ingresó a trabajar el 16/12/2019 y se accidentó el 18/12/2019 y de dividir por 2 (días trabajados) los conceptos remunerativos abonados. Así, arribó a una suma de $ 69.567,33 (137.279,67+1.855,00: 139.134,67/2:). A ese importe adicionó el SAC según Resolución 983/2010 MTySS (8,33%), obteniendo un ingreso base diario de $ 75.362,28; y luego lo incrementó en un 8,23% por aplicación de la Resolución SRT Nro. 52/2020 desde el 1/03/2020 hasta la fecha del alta, obteniendo un IBD de $ 81.564,59. En base a ello determinó diferencias en concepto de ILT por la suma de $ 5.574.020,70.

---Seguidamente, para la determinación de la prestación dineraria adeudada por la incapacidad permanente, tomó el ingreso base diario fijado del modo antes expuesto para la ILT ($ 75.362,28, Sac incluido) y a ese valor lo multiplicó por 30, arribando a un IBM de $ 2.260.868,40 y a una indemnización total de $ 24.659.477,02.

---Por su lado, en el escrito de inicio, el actor denunció desempeñarse en la actividad pesquera desde hace aproximadamente 10 años, desarrollando tareas de marinero y dijo que luego de prestar tareas para otros empleadores del sector p., ingresó a trabajar como marinero relevo a las órdenes de M. S.A el 16/12/2019 (h.7).

---Al liquidar la prestación dineraria adeudada, efectuó el cálculo del ingreso base computando los ingresos obtenidos en el período diciembre de 2018 a diciembre de 2019, en los meses en los que efectivamente percibió remuneración (junio/agosto/octubre y

diciembre de 2019), para posteriormente -aunque no lo explica pero surge del cálculo- dividir dicho importe total por la cantidad de días efectivamente trabajados en dicho período (36), y multiplicarlo por 30,4, arribando así a un IBM de $ 631.377.-

---Como puede verse las diferencias entre el IBM liquidado por el actor ($ 631.377), el establecido en la sentencia ($2.260.868,40) y el pretendido por la aseguradora en primer término ($ 176.771,08) y en segundo término ($ 1.507.247,88), son sustanciales, lo que indica la disparidad de criterios aplicados, la complejidad de la situación y la importancia de su definición.

---El meollo del conflicto radica en determinar el período computable a los efectos del cálculo del Ingreso base mensual establecido en el art. 12 LRT (texto s/ ley 27.348), en estos supuestos tan especiales de trabajadores marítimos, en los cuales la actividad es netamente estacional, de manera que los trabajadores se vinculan de manera habitual para el mismo o distintos empleadores, por cortos períodos de tiempo, en general menos de un mes, y a través de contrataciones independientes. Al mismo tiempo son principalmente remunerados por producción ("a la parte"). Es decir, se trata de trabajadores con actividad sujeta a ciclos de producción -discontinua- y con ingresos altamente variables.

---En el caso se trata de un marinero "relevo" que percibe remuneración por producción y que había ingresado a trabajar para el último empleador dos días antes del accidente (el 16/12/19). Asimismo registra haberse desempeñado para distintas empresas pesqueras durante el año anterior al accidente (conf. recibo de haberes, h. 1 doc. res., e informe Afip vinculado al auto de apertura a prueba). Así, además, se denunció en la demanda.

---El art. 12 LRT (ref. por ley 27.348) expresa: *"A los fines del cálculo del valor del ingreso base se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengados -de conformidad con lo establecido por el art. 1° del Convenio N° 95 de la OIT- por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicios si fuera menor…"*

---Se advierte que la ley claramente diferencia la metodología de cálculo según el trabajador tenga más de un año de prestación de servicios o menos, debiendo en el primer caso establecerse un promedio mensual de los salarios devengados y en el segundo supuesto computarse únicamente las remuneraciones percibidas durante el tiempo efectivo de prestación de servicios.

---Ante ello, corresponde determinar el tiempo de prestación de servicios que debe computarse, a los fines de incluir el supuesto en la primera o en la s. parte del primer párrafo de la norma.

---Ponderando que se hallan reconocidos y acreditados los antecedentes laborales previos en el curso del año anterior al accidente, lo que debe resolverse, entonces, es si debe estarse a la antigüedad del último contrato -bajo cuya vigencia se produjo el accidente- o

computarse el periodo de tiempo anterior en el cual el trabajador se desempeñó bajo otros contratos independientes, para la misma u otras empresa.

---Es claro que esta situación no aparece expresamente considerada en la norma aplicable (art 12 LRT), y ha dado lugar a diversas interpretaciones.

---Cabe destacar que esta Sala no ha emitido a la fecha pronunciamiento específico sobre este tópico, ya que en los casos en los que intervino, de circunstancias fácticas análogas, no se hallaba en discusión "el tiempo de prestación de servicios" del trabajador, sino que se debatió la forma de cálculo del IBM teniéndose por dato cierto y firme que el trabajador habían prestado servicios menos de un mes (ver en ese sentido SDL nro. 22/2017 y 32/2021, esta última con mi voto).

---Por su lado, la sala B de esta CAT, fijó posición, considerando adecuado el criterio de primera instancia que había determinado el IBM en base a la cantidad de días laborados que aparecen en el recibo de haberes, declarando la deserción del agravio por insuficiencia técnica de la aseguradora que pretendía considerar el último año laborado por el actor (SDL Nro. 13/2021). Posteriormente se expidió en SDL 57/21, revocando el cálculo del IBM efectuado en primera instancia en el cual se había computado que el actor prestó servicios para la misma empleadora en meses anteriores al siniestro, estableciendo que la fecha de inicio de la relación laboral que debía considerarse era la del último contrato laboral en el marco del cual ocurrió el siniestro.

---No existe a la fecha criterio del STJ sobre la temática, salvo una tangencial referencia en la SI Nro. 235/21 al rechazar la queja por déficits en la crítica de la aseguradora apelante contra la sentencia de la Sala B dictada en el caso "F. c/E." ya citado (SDL nro. 13/2021), ello así en tanto -dijo- no se ponderaba en la queja la referencia al "tiempo de prestación de servicios", ni se explicaba cómo debería efectuarse el cálculo cuando el trabajador se hubiera desempeñado unos pocos días para su empleador, sin antecedentes laborales previos en el curso del año anterior a la primera manifestación invalidante, o por qué sería distinta la solución cuando esos antecedentes existieran pero respondieran a contratos independientes.

---La solución debe hallarse, a mi juicio, por aplicación del criterio sustentado por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo mediante Circular nro. 2/1998, en la cual, precisamente en virtud de las diversas interpretaciones detectadas en esta materia, estableció en el punto 1. b) 2), respecto al periodo que debe considerarse, que: *"Si se tratase un trabajador que presta servicios en forma discontinua (contrato de temporada, a plazo fijo o de ajuste -Ley de Navegación-, etc.) o eventual, a los efectos del cálculo del ingreso base, se deben computar los días corridos desde el comienzo de la vigencia del contrato hasta el día del accidente inclusive, sin tener en cuenta los contratos anteriores que dicho trabajador pudo haber tenido con el mismo empleador, en el último año".* ---El criterio de

la Circular ha sido seguido por la CNAT, Sala V, en autos: “Coronel Pablo Gabriel c/P. ART S.A s/Accidente-Ley especial”, fallo del 30/9/2020 y misma Sala, en: “P. N. A. c/g. ART S.A s/Accidente-Ley especial” del 15/11/2021, este último publicado en Microjuris.com (MJ-JU-135221-AR).

---De modo que, siguiendo el criterio interpretativo por la autoridad de aplicación administrativa en la materia, ratificado por la jurisprudencia antes citada y en consonancia con la postura de la la Sala B de esta CAT, considero que debe considerarse ajustado a derecho la determinación del IBM efectuado en primera instancia computando como fecha de ingreso del trabajador la del último contrato y que aparece consignada en el recibo (16/12/2019).

---Ello sentado, anticipo que, a mi juicio, la jueza no ha traspasado el límite de la congruencia cuando determinó un IBM más alto que el estimado en la demanda.

---Es sabido que el vicio de incongruencia admite tipologías: sentencia extra petita -la que incurre en una deficiencia cualitativa, ultra petita -falta de correspondencia cuantitativa- y citra petita -omisión de pronunciamiento- (STJ, Sent. N° 08/2010 SRE).

---En los procesos civiles y comerciales, de neto carácter dispositivo, el juez debe respetar estrictamente el principio de congruencia, no pudiendo exceder de lo peticionado en demanda, ni dar una suma mayor a la reclamada sin incurrir en los vicios de incongruencia antes mencionados.

---En el proceso laboral la identificación del juez o del tribunal como director del proceso ensancha los poderes y los deberes de la autoridad judicial y la congruencia se flexibiliza, ya que debe ser correlacionada con los principios de “progresividad” (es decir, la necesidad de aplicar siempre la norma más progresiva y favorable al trabajador), “irrenunciabilidad” de los derechos del trabajador y “iura novit curia” (el juez debe suplir adecuadamente el derecho, en un marco de respeto al derecho de defensa en juicio). (conf. Adela Pérez del Viso, “El principio de congruencia y la sentencia laboral extra petita, ultra petita y citra petita”. 6/12/2019. Cita: MJ-DOC-15144-AR | MJD15144).

---De allí es que se admite la posibilidad de que los jueces puedan resolver ultra petita (art. 68, ley XIV n° 1). Esta facultad conferida a los jueces laborales consiste en autorizarlos a condenar al empleador acordando al trabajador mayores sumas que las reclamadas, ajustándose a las disposiciones legales aplicables y a las pruebas rendidas en la causa (conf. Carlos Alberto Livellara. La facultad del juez laboral de calificar la acción y de fallar “ultra petita. Publicado en Revista de Derecho laboral. 2007-1. Edit. Rubinzal Culzoni. Pág. 199 y ss.).

---Ello es lo que acontece en autos, en el cual se cuantifica numéricamente un rubro pedido por el actor, como es la determinación del ingreso base mensual (art. 12 LRT) para calcular

la prestación dineraria adeudada al trabajador (art. 14, inc. 2 ap. “a” LRT). De tal manera, la jueza ha fallado conforme la facultad que le confiere el art. 68 de la ley XIV N° 1.

---En sentido concordante se pronuncia la jurisprudencia nacional expresando que resolver ultra petita como permite el art. 77 del Cod. Laboral importa acordar al juez la potestad de incluir en la sentencia algo más de lo pedido pero siempre y cuando no se altere la traba de la litis, porque incluir en el pronunciamiento cuestiones no articuladas por el actor en su demanda es fallar “extra petita”, supuesto legal muy distinto al anterior y por cierto no autorizado por la norma procesal citada (conf. SCJMza, 31/05/68; Benito, Juan Carlos en J. c. Cimalco SRL p/ord. Cas, LS 106-43bis).

---Al respecto, Miguel Angel Maza sostiene que el demandado debe saber concretamente qué norma se invoca para apoyar la acción, a fin de saber primeramente si él es el legitimado pasivo ante el reclamo y luego para estructurar su defensa y sus producciones probatorias; y es deber judicial resguardar y hacer respetar esa garantía (Conf. Miguel Angel Maza. El principio procesal “iura curia novit” y el debido proceso” publicado en Revista de derecho Laboral. 2007-1. Procedimiento Laboral - I. Pág. 178).

---En el mismo artículo el citado autor señala con precisión que cuando un tribunal determina la cuantía de lo adeudado en concepto de la “cosa demandada” no debe atenerse al cálculo inicial o reclamación patrimonial, sino que debe determinar el verdadero monto adeudado, pudiendo fallar por más de lo pedido en relación, insisto, con la cosa pedida. En cambio, el tribunal tiene vedado dar lo no pedido, es decir fallar en relación con cosa no demandadas, a rubros, conceptos o prestaciones que no fueron objeto de petición en la demanda (conf. Miguel Angel Maza. El principio.. ob. cit. pág. 183). ---Por ello se impone el rechazo de esta porción del agravio, en tanto concluyo que la Magistrada de primera instancia se ajustó a la normativa aplicable y no traspasó el límite de la congruencia.

---Ahora bien, asiste razón a la recurrente en la queja subsidiaria referida al divisor utilizado para el cálculo del IBM. Es que tomando la fecha de ingreso del trabajador (16/12/19) hasta la fecha del siniestro (18/12/19), son tres los días que efectivamente transcurrieron, debiendo considerarse el día del accidente, tal como surge también de la Circ. 2/98 SRT, antes citada.

---En base a dichos parámetros, se obtiene un ingreso diario de $ 50.241,52 (139.134,67+ 11.589,91 (sac): $ 150.724,58/3: $ 50.241,52) y un IBM de $ 1.507.245,87. ($ 50.241,52 * 30).-

---En consecuencia, la prestación dineraria asciende a la suma de $ 16.439.654,29 (53x1.507.245,87 x 9,27% x 1.85: $ 13.699.711,91 + 2.739.942,38).

--- En atención a lo expuesto, y dado que se modifica el valor del ingreso diario y por consiguiente el IBM y prestación dineraria, propongo al acuerdo acoger el agravio subsidiario en tratamiento, **disminuyendo el monto de la prestación dineraria por**

incapacidad laboral permanente (art. 14 inc. 2 ap. a ley 24557) a la suma de $ 16.439.654,29, incluyendo el adicional del 20% previsto por el art. 3 de la ley 26.773.

---II. d) Determinación de la incapacidad laboral temporaria y cálculo de las diferencias adeudadas.

---En el presente agravio la demandada sostiene que la "actora" (queriendo referirse seguramente a la "empleadora") es quien debe abonar la ILT durante los diez primeros días del accidente. Por dicha razón, expresa que la ART debe abonar únicamente 2 días por el período correspondiente al mes de diciembre de 2019.

---En base a ello practica liquidación, tomando el mismo ingreso base diario que computó al calcular la ILP. De tal modo, arriba a la suma de $ 5.074.393,52 y descontando lo abonado por su parte ($ 3.685.599,16), obtiene un importe total adeudado por ILT de $ 1.388.794,36.

---Asiste razón a la recurrente en planteo, ya que la prestación dineraria durante los diez primeros días está a cargo del empleador (art. 13 LRT, punto 1), por lo que atendiendo a la fecha del accidente (18/12/19) la ART demandada debe abonar por el mes de diciembre de 2019 únicamente el equivalente a 2 días de trabajo y no 12 como computó la jueza de grado.

---Respecto de la metodología de cálculo, como antes reseñé, para la determinación de la ILT, en la sentencia se consideró que el actor ingresó a trabajar el mismo mes en que se produjo el accidente (diciembre de 2019), y se obtuvo el ingreso base diario dividiendo por dos los conceptos remunerativos abonados.

---Por ello debe ajustarse el cálculo del ingreso diario a lo resuelto al tratar el agravio precedente, es decir, considerando como efectiva prestación de servicio del trabajador la del último contrato, habiendo quedado establecido que el divisor debe ser tres y no dos, y por consiguiente el valor del ingreso diario a computar es de $ 50.241,52 y a partir de marzo $ 54.376,40.-

---De este modo las diferencias adeudadas por la aseguradora en concepto de ILT que se obtienen son las siguientes:

INCAPACIDAD LABORAL TEMPORARIA
Remuneración: 139.134,67
IBD. 139.134,67/3: 46.378,22 + 3.863,30 (SAC): $50.241,52 IBD: 50241,52 a partir de marzo: 54376,40

	IBD	DIAS	DEVENGADO	PERCIBIDO	DIFERENCIA
Diciembre	$ 50.241,52	2	$ 100.483,04	$ 75.362,29	$ 25.120,75
Enero	$ 50.241,52	31	$ 1.557.487,12	$ 1.168.115,56	$ 389.371,56
Febrero	$ 50.241,52	29	$ 1.457.004,08	$ 1.078.184,23	$ 378.819,85
Marzo	$ 54.376,40	31	$ 1.685.668,40	$ 334.608,89	$ 1.351.059,51
Abril	$ 54.376,40	8	$ 435.011,20	$ 0,00	$ 435.011,20

TOTAL:			$ 5.235.653,84	$ 2.656.270,97	$ 2.579.382,87

---Cabe aclarar que siendo coherente con la liberación de responsabilidad del pago a la aseguradora por los primeros diez días, corresponde computar en el mes de diciembre de 2019 únicamente como pago a cuenta de la aseguradora el proporcional por dos días del total liquidado por 12 días en el recibo de haberes respectivo ($ 452.173,76/12: $37.681,14 * 2: $ 75.362,29), y no la totalidad del mes como considera la apelante. –----------

--- Por las consideraciones expuestas, propongo hacer lugar al presente agravio y **reducir la condena por diferencias en el pago de la ILT a la suma de $ 2.579.382,87.-** ---II. e y f) Intereses. Capitalización.

---La aseguradora se agravia de que se haya liquidado la prestación dineraria a la fecha en que sucedió el siniestro. Expresa que la sentencia recurrida violenta la ley 27.348, por cuanto si bien se liquida el IBM conforme el inciso 1 del art. 11 no se aplica la parte correspondiente al inc. 2 que establece que el IBM se debe integrar al momento de la liquidación con los intereses desde el momento del hecho hasta la fecha de la liquidación.

---Sostiene que al IBM determinado debían adicionarse intereses conforme tasa activa BNA desde la fecha del accidente hasta la fecha de la sentencia, y a ese valor resultante se deben aplicar los otros elementos de la fórmula indemnizatoria. Refiere que el importe resultante devengará intereses a partir de la sentencia, conforme lo establece el inc. 3 del art. 11 de la ley 27.348.

---Añade que para fallar como lo hizo la jueza debió declarar la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 27.348, pero prefirió aplicar una interpretación pretoriana carente de todo sustento jurídico, apartándose de lo establecido en la ley especial.

---Finalmente, manifiesta que la diferencia entre una metodología de cálculo y la otra es del 6,14%, ya que con capitalización a la fecha de notificación de demanda arroja la suma de $ 44.172.478,29 y aplicando correctamente la fórmula obtiene $ 41.462.444,70, lo que ilustra con las planillas de SICAL que acompaña.

---Solicita que el mismo criterio se aplique para las diferencias de ILT, que se liquidan al momento de la sentencia y no antes, por lo que entiende que la capitalización no es procedente.

---Pasando a resolver, cabe destacar que en el fallo recurrido la jueza de grado determinó el IBM y la prestación dineraria por ILP consecuente a la fecha del accidente (18/12/19) y estableció que el importe obtenido devengará intereses conforme tasa activa BNA desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago, con capitalización desde la fecha de la notificación de la demanda, ello con sustento en el art. 770 inc. b y 7 del CCyC.

---A tal fin aclaró que si bien el art. 12 LRT señala que los intereses deben aplicarse sobre el IBM, el mismo no constituye el monto de condena, siendo solo un componente de la fórmula de cálculo, arribándose a idéntico resultado si se aplica sobre el IBM que si lo

hace directamente sobre la fórmula final. Finalmente, destacó que los intereses se deben desde el momento del accidente, conforme art. 2 de la ley 26.773.

---Adelanto que el agravio no merece acogida favorable, por cuanto si bien la aseguradora demuestra en este caso la diferencia en la liquidación por aplicación del mecanismo de cálculo dispuesto en el inc. 3 del art. 12 de la LRT, reformado por art. 11 de la ley 27.348 -diferencia que básicamente surge de capitalizar desde la fecha de notificación de demanda los intereses devengados por la prestación adeudada calculada desde el siniestro (lo que no ocurre de computarse los intereses desde la sentencia- lo cierto es que la Magistrada fundó su decisión adecuadamente en la disposición del art. 2 de la ley 26.773, fundamento normativo que no ha sido siquiera considerado por la apelante, lo que de por si es suficiente para rechazar el agravio.-

---Aun así, destaco que el tercer párrafo de dicha disposición establece con claridad: *"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 dañosos o se determinó la relación causal adecuada de la enfermedad profesional",* de lo que se sigue que la extensión del crédito se retrotrae a las oportunidades previstas en la norma y la determinación de la incapacidad por sentencia no hace existir a la misma sino que simplemente la declara, por lo que el daño es preexistente a esta última. En consecuencia el reconocimiento de las pérdidas e intereses corresponde desde el momento en que se produjo el daño, fecha en que por otra parte se calcula la prestación. Así lo prevé también el art. 1748 del CCC, antes art. 1083 C. Civ.

---En torno a ello se ha expresado con precisión: "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, Juan J. "Riesgos del Trabajo", Ed. Hammurabi, año 2013, págs. 212/213).

---De tal manera considero debe confirmarse el mecanismo de cálculo de los intereses dispuesto en la sentencia, ya que si bien no se condice exactamente con lo dispuesto en el inc. 3 del art. 12 de la LRT, reformado por art. 11 de la ley 27.348, la norma citada por la

Magistrada (art. 2 Ley 26.733) también se encuentra vigente y es especial para el sistema reparatorio de infortunios laborales, de modo que, ante la dificultad planteada, estimo debe efectuarse una interpretación armónica de ambas normas y aplicarlas de la manera que resulte más progresiva y favorable para el trabajador, sin necesidad de declaración de inconstitucionalidad alguna (art. 9 LCT y arts. 26 CADH y art. 2.1 PIDESC; aplicables conf. art. 75 inc. 22 CN) .

---En resumen, propongo al acuerdo confirmar este aspecto del fallo.

---III. **Conclusión:** Por los fundamentos dados, considero que corresponde hacer lugar en forma parcial al recurso articulado por la demandada, disminuyendo el monto de condena por prestación dineraria por la incapacidad laboral permanente (ILPP) a la suma de **$ 16.439.654,29,** y en concepto de diferencias por incapacidad laboral temporaria (ILT) a la suma de **$ 2.579.382,87**, en ambos casos, con más los intereses y capitalización dispuesta en la sentencia de primera instancia.

---No corresponde modificar las costas ni los honorarios de primera instancia, por mantener la aseguradora sustancialmente su condición de vencida y hallarse los honorarios de los letrados intervinientes expresados en porcentajes que se ajustarán automáticamente al nuevo monto resultante de la sentencia.

---Respecto a las costas de esta alzada, propongo establecerlas un 50% a la demandada y un 50% al actor, teniendo en cuenta el resultado del recurso, en tanto se hace lugar a dos planteos que disminuyen el monto de condena y se rechazan los restantes cuestionamientos (conf. art. 72 del CPCC).

---Finalmente, en atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo que los honorarios de los Dres. F. A. P. y D. M. Z. se regulen, en conjunto, en el 4,50% y los del Dr. R. L. en el 4,50%, ambos porcentajes aplicables del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución y con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII nro. 4).

---Termino mi intervención, entonces, pronunciándome en la presente cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno expuso:

---I. La Dra. Cordón Ferrando reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los agravios que dedujo la demandada recurrente, por lo que me pronunciaré directamente sobre los aspectos sometidos a decisión de esta alzada, en el orden en que fueron planteados por la colega prevotante:

--- II. a) La relación de causalidad:

---No acompañaré a la demandada en su agravio contra la sentencia de primera instancia que reconoció una incapacidad derivada del accidente laboral denunciado por el actor.

Coincido con la opinión vertida tanto en el grado como en el primer voto de modo que también yo propiciaré la confirmación de lo decidido.

---Surge de la demanda que C. E. denunció haber padecido un accidente laboral mientras se desempeñaba como marinero de relevo para la empresa M. SA. Expresó que "maniobrando con canastos llenos (de aproximadamente 30 kilos de peso, como es habitual en el d. de sus tareas de marinero) cayó sentado con el canasto encima, lo que le generó un intenso dolor lumbar…".

---En la pericia médica el forense determinó que el actor padece un cuadro de lumbalgia post traumática con protrusión del tercer y cuarto disco intervertebral. Señaló que "*reconoce en su etiología al factor traumático, constituyendo el mecanismo invocado en esta demanda un medio idóneo para producirlo*" y en base a lo expuesto, determinó la incapacidad de la total obrera en grado parcial y de carácter permanente (9,76%).

---La jueza de primera instancia siguió el dictamen del perito médico respecto de la relación causal entre el accidente y las secuelas incapacitantes constatadas. Sin perjuicio de ello, advirtió que el perito no hizo el cálculo de la incapacidad tomando el método de capacidad residual y que estando acreditada una preexistencia, recalculó la incapacidad final fijándola en el 9,27%.

---Frente a los argumentos traídos a consideración de este cuerpo, analizadas nuevamente en esta instancia la pericia y su impugnación, considero que la decisión tomada en el grado es correcta. La pericia es objetiva, se encuentra suficientemente fundada y acorde a las constancias obrantes de la causa. El médico fue claro al establecer el vínculo etiológico entre el accidente denunciado y la afección en su columna lumbosacra (protrusión posterocentral del tercer y cuarto disco interventebral). La recurrente reitera en sus agravios la impugnación del informe pericial efectuado en la instancia anterior pero sus afirmaciones, en mi opinión, no alcanzan para rebatir las conclusiones de la pericia.

--- En una causa de aristas similares a la presente, resuelta recientemente por la Sala B de esta Cámara de Apelaciones, el Dr. Lucero dijo, reiterando conceptos vertidos en numerosos precedentes de ambas Salas, que "*la única forma de establecer científicamente el nexo de causalidad entre las tareas cumplidas por el trabajador y la enfermedad o accidente que invoca es a través de la prueba pericial, porque los conocimientos médicos necesarios para tal determinación no son poseídos por los jueces letrados, y si los poseyeran no servirían para esos efectos"* (Conf.: S.C.B.A., 11/09/1984, in re: "García, Teodoro Luis c/ Algodonera Flandria S.A. s/Indemnización por daños y perjuicios", AyS 1984-I-672)" (Sala B, SDL 6/2021).

---Por lo expuesto, considero que la experticia médica resulta razonablemente fundada y respaldada por los principios de la ciencia médica. De tal manera, la petición expresada por la recurrente en el sentido que deben deslindarse las secuelas que no son adjudicables

al siniestro, resulta ineficaz para contrarrestar las conclusiones a las que arribó el médico forense, pues se basan en opiniones subjetivas, sin hallarse elemento técnico o científico idóneo que sustente dichos argumentos.

---En síntesis, y dado que para dejar de lado una pericia es exigible la existencia en la causa de elementos probatorios de mayor eficacia y no simples dudas u opiniones divergentes de profanos en la ciencia de que se trate (conf. esta Sala, S.D.L. 2/2012, S.D.L. 06/2013, S.D.L. 26/2015, S.D.L. 49/2015; Mittermaier, "Tratado de la prueba en materia criminal", Madrid 1877, pág. 165; Devis Echandía, "Teoría general de la pruebajudicial", 5ta. ed., Bs. As. 1981, II- 348; Palacios, "Derecho procesal civil", Bs. As. 1972, IV-720, "b") corresponde desestimar las críticas efectuadas por la recurrente. --- Por las razones apuntadas, y conforme lo adelanté, propicio también el rechazo del agravio en tratamiento. --- II. b) y c) Cálculo del IBM:

---En los agravios individualizados con las letras "b" y "c" la demandada cuestiona las remuneraciones computadas en la sentencia de primera instancia para calcular el ingreso base mensual correspondiente a la ILP, así como también el divisor utilizado para determinar dicho componente de la fórmula prevista por el art. 14 inc. 2 "a" ley 24.557.

---En relación a la primera cuestión planteada, expresa que el IBM se calcula sobre los ingresos percibidos en el año anterior a la fecha de la primera manifestación invalidante. De tal modo, sostiene que si el siniestro sucedió el 18 de diciembre de 2019 deben computarse los ingresos que tuvo el actor desde el 1 de diciembre de 2018 al 30 de noviembre de 2019.

---En sustento de dicho planteo expresa que el actor desarrolla una tarea temporaria, no mensual y con la estabilidad propia de una actividad remunerada de esa manera. Asimismo, aduce que el propio actor efectuó los cálculos sobre dicha base, sin perjuicio que considera equivocada la inclusión del mes de diciembre de 2019 efectuada en la demanda.

---Por las consideraciones expresadas, considera que la sentencia de primera instancia constituye una violación de la ley, conculcando el principio de congruencia y los actos propios del actor.

---La jueza de primera instancia calculó el IBM siguiendo el mismo criterio utilizado para determinar el ingreso base diario de la ILT (hoja 56, 3er. párrafo). De tal modo, sumó las remuneraciones que surgen del recibo de haberes del actor (hoja 1 d.r.) y las dividió por 2 para arribar a la suma de $69.567,33, importe al cual adicionó el 8,33% correspondiente al SAC, según Resolución 983/2010 MTESSN y luego lo multiplicó por 30, arribando a la suma de $75.362,28.

---Frente a las consideraciones expuestas, corresponde señalar en primer término que conforme surge del informe de la AFIP vinculado al auto de apertura a prueba, la situación

laboral de C. E. durante al año 2019 fue la siguiente: la primera alta laboral fue en mayo para B. P. SA, la siguiente en junio para M. SA, luego en agosto para D. P. D. SA, en septiembre y octubre para C. D. B. SRL y finalmente en diciembre para M. SA.

---De tal manera, y conforme los cuestionamientos efectuados por la demandada, corresponde esclarecer qué período laboral debe considerarse para calcular el IBM, es decir, si deben incluirse todas las remuneraciones percibidas por el actor en el año anterior al siniestro laboral de autos, independientemente de la registración laboral que hubiere tenido durante dicho lapso temporal, o bien, solo se deben tomar las sumas percibidas en el mes de diciembre de 2019, que coincide con la fecha de ingreso del actor para M. SRL.

---Para ello, debe considerarse que el actor es un trabajador de la pesca que percibe remuneraciones variables con una prestación de tareas discontinua, con sucesivas altas y bajas para distintos empleadores en los meses anteriores al accidente laboral.

---El art. 12 LRT solo establece que si el trabajador tiene una antigüedad mayor a un año se deben computar las remuneraciones de los últimos doce meses, y si es menor, el tiempo de trabajo efectivo.

---Por ello, y dada la ausencia de regulación normativa corresponde establecer qué remuneraciones son las que se computarán para establecer el IBM.

---Tal como señala la Dra. Cordón Ferrando en su voto, la cuestión a decidir no se encuentra regulada expresamente y las interpretaciones posibles son variadas. La Sala que integro no se ha expedido aun de manera expresa sobre la temática planteada, mientras que la Sala B de este mismo cuerpo lo hizo en un caso en el cual, si bien declaró desierto el agravio, expresó: *"la quejosa nuevamente pretende introducir la discusión respecto al período a considerar para el cálculo del valor del IBM que entiende debe determinarse en razón del último año laborado por el actor fundando su postura en que los ingresos percibidos por el señor F. en el mes del accidente fueron extraordinarios y no se condicen con lo que dispone la norma que, a su entender, hace referencia al salario normal y habitual del trabajador"* para luego establecer: *"resulta desacertada la postura que propone la recurrente por cuanto el art. 12 de la LRT, en su actual redacción, nada de eso establece ya que define como parámetros de cálculo del IBM el salario devengado conforme lo establecido en el art. 1° del convenio 95 de la OIT que -vale poner de resalto- no hace referencia a la normalidad y habitualidad del salario, como plantea la recurrente, y el tiempo de prestación de servicios"* (voto del Dr. De Cunto, Sala B, SDL 13/2021).

---De tal modo, coincido con la Magistrada que me precedió en el voto en cuanto postula seguir la pauta interpretativa establecida en el punto 1, inciso b apartado 2 de la Circular 2 del año 1998 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo que establece que "*se deben computar los días corridos desde el comienzo de la vigencia del contrato hasta el día del*

accidente inclusive, sin tener en cuenta los contratos anteriores que dicho trabajador pudo haber tenido con el mismo empleador en el último año".

---Dicho criterio encuentra favorable acogida en la jurisprudencia nacional citada por la Dra. Cordón Ferrando, al expresar: *"Le asiste razón al actor en su pretensión de que se compute el ingreso base mensual de conformidad con las pautas de la circular Nº 2/98 de la SRT pues resulta aplicable al caso por tratarse de un contrato de ajuste, cuestión que fue omitida de tratar en instancia anterior*" (Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala: V. Partes: P. N. A. c/ G. ART S.A. s/ accidente - Ley especial. Fecha: 15 de noviembre de 2021. Colección: Fallos. Cita: MJ-JU-M135221-AR|MJJ135221|MJJ135221).

---En consecuencia, la determinación del IBM efectuado por la jueza de primera instancia, quien computó únicamente las remuneraciones percibidas durante el mes de diciembre de 2019, se ajusta al marco normativo aplicable al caso y por ello debe convalidarse.

---Lo expresado no conculca el principio de congruencia y defensa en juicio planteado por la recurrente, pues si bien el cálculo se efectúa sobre una base distinta a la expresada por el actor en el escrito de demanda, dicha potestad encuentra respaldo normativo en el art. 68 de la ley XIV N° 1. En efecto, la jueza sobre una pretensión concreta y específica, como es la indemnización por incapacidad laboral permanente, otorgó una suma mayor a la reclamada, fallando de manera *ultra petita* en consonancia con lo dispuesto por dicha norma.

--- Por lo expuesto, corresponde el rechazo de esa parte del agravio.

---Ingresando ahora al tratamiento de la s. cuestión planteada, asiste razón a la demandada en el cuestionamiento del divisor utilizado, puesto que si el alta del trabajador fue el 16/12/19 y se accidentó el 18/12/19 son tres los días trabajados, y ese divisor es el que debe computarse.

---Por ello, los cálculos efectuados en el voto precedente son correctos, arribándose a un IBM de $1.507.245,87 que resulta de dividir por tres las sumas percibidas por esos días de trabajo con más el SAC correspondiente y multiplicado por 30 al guarismo obtenido ($150.724,58/3: 50.241,52 x 30).

---Aplicado el nuevo IBM a la fórmula del art. 14 inc. 2 a de la Ley 24.557 se obtiene la suma de $16.439.654,29 (53 x 1.507.245,87 x 9,27% x 1,85: 13.699.711,91 + 2.739.942,38) importe que incluye el adicional del art. 3 de la ley 26.773.

---Por todo lo expresado, acompaño la propuesta formulada por la Dra. Cordón Ferrando en cuanto propone acoger de manera parcial el agravio en tratamiento fijando el monto de la ILP en la suma de $16.439.654,29, que incluye el adicional previsto por el art. 3 de la Ley 26.773.

---II. d) <u>Determinación de la incapacidad laboral temporaria y cálculo de las diferencias adeudadas</u>:

---La recurrente expresa que los primeros 10 días son a cargo del actor (entiendo que se trata de un error y que en realidad se refiere al empleador) y que por ello su parte debe abonar la ILT sobre un total de 101 días. Luego, al efectuar los cálculos señala que corresponde tomar el IBD que estableció para calcular la ILP, es decir, $50.241,52 y multiplicarlo por los días señalados, arribando a un monto devengado de $5.074.393,52, al cual debe descontarse la suma abonada de $3.685.599,16 para establecer una diferencia a favor del actor de $1.388.794,36.

---La primera parte del planteo es correcto, dado que conforme lo dispone el art. 13 LRT, la prestación dineraria durante los diez primeros días del accidente es a cargo del empleador. Por ello, si el accidente ocurrió el 18 de diciembre hasta el día 28 la prestación es abonada por el empleador, luego la aseguradora demandada debe abonar los días restantes del mes y sobre este guarismo es que se calcula la prestación dineraria correspondiente a diciembre de 2019.

---Ahora bien, considerando que el IBD fue modificado y que debe recalcularse la prestación dineraria correspondiente al mes de diciembre de 2019, corresponde efectuar nuevamente la liquidación de la ILT. En este aspecto, la liquidación efectuada por la Dra. Cordón Ferrando es correcta, arribando a una ILT devengada de $5.235.653,84 por lo que, descontado la suma abonada ($2.656.270,97) se arriba a la suma de $2.579.382,87 en concepto de diferencias en el pago de la citada prestación dineraria.

---Por lo expuesto acompaño la propuesta de reducir la condena por diferencias en el pago de la ILT a la suma de $2.579.382,87.

---II. e) y f) Intereses. Capitalización:

---En el presente agravio la demandada expresa que si bien la jueza liquida el IBM conforme lo establece el inc. 1° del art. 11 de la ley 27.348 (modificatorio del art. 12 LRT), sostiene que no aplica el inc. 2° que establece que el IBM se debe integrar con el interés legal que prevé dicha norma.

---Considera que la sentencia se aparta de lo establecido en la ley especial cuando debió ceñirse a la misma. Añade que la diferencia entre el cálculo efectuado en la sentencia ($44.172.478,28) y según el procedimiento señalado es del 6,14%, es decir, aplicando según su criterio- correctamente la fórmula de la LRT se arriba a la suma de $41.462.444,70.

---Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, resulta relevante señalar que la jueza de primera instancia sustentó la aplicación de los intereses en el art. 2 de la Ley 26.773, fundamento normativo que, como acertadamente apunta la Magistrada prevotante, no fue considerado por la recurrente. Esta norma establece lo que hemos dicho en innumerables oportunidades, esto es, que la sentencia no crea el derecho sino que simplemente lo declara

dado que el daño es preexistente a ella. Es por este motivo que los intereses se deben desde el momento en que se produjo el daño como se resolvió en el grado.

---Por ello, considero yo también que el mecanismo de cálculo de intereses dispuesto en la sentencia debe confirmarse. Y, si bien este mecanismo no concuerda exactamente con lo dispuesto por el art. 12 inc. 3° de la LRT - reformado por el art. 11 de la Ley 23.348 -, frente a dos normas vigentes y aplicables, el juez de primera instancia se encuentra facultado para decidir cuál aplicar teniendo en consideración los principios generales y en especial lo normado por el art. 9 de la LCT. Entiendo que la interpretación efectuada por la jueza en su sentencia resulta armónica con el sistema reparatorio de infortunios laborales y por ello debe confirmarse.

---III. Conclusión: Por los fundamentos dados, acompaño la propuesta de hacer lugar parcialmente a los agravios de la demandada, disminuyendo el monto de condena por la prestación dineraria correspondiente a la incapacidad laboral permanente a la suma de $16.439.654,29 y por diferencias en la liquidación de la incapacidad laboral temporaria a la suma de $2.579.382,87 en ambos casos con más los intereses y capitalización dispuesta en el fallo de grado.

---En cuanto a las costas y honorarios de primera instancia acuerdo también con la Dra. Cordón Ferrando en cuanto no corresponde su modificación, puesto que no se modifica la condición de vencida de la demandada y al expresarse los honorarios en porcentuales se ajustan automáticamente a la nueva base.

---Finalmente, también coincido con la colega preopinante respecto a la distribución de costas de esta instancia, dado que se hace lugar a dos planteos de la demandada que disminuye el monto de condena y se rechazan otros cuestionamientos efectuados. Los honorarios determinados en el voto precedente reflejan adecuadamente las tareas profesionales desarrolladas, por lo que también comparto dicha regulación (art. 72 CPCC y arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII n° 4).

---Por todo lo expresado, a la primera cuestión me expido PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.

---**A LA S. CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso:

---Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde:

--- A) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, disminuyendo el monto de condena por prestación dineraria por la incapacidad laboral permanente (ILPP) a la suma de **$ 16.439.654,29,** y en concepto de diferencias por incapacidad laboral temporaria (ILT) a la suma de **$ 2.579.382,87**, en ambos casos, con más los intereses y capitalización dispuesta en la sentencia de primera instancia.

--- B) IMPONER las costas de la s. instancia un 50% a la demandada y un 50% al actor (conf. art. 72 CPCC), regulando los honorarios de los Dres. F. A. P. y D. M. Z. en conjunto,

en 4,50% y los del letrado apoderado de la aseguradora demandada, Dr. R. L. en el 4,50%, ambos porcentajes aplicables del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución y con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII nro. 4).

---Así lo voto.

---**A LA S. CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno expresó:

---El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Dra. Cordón Ferrando, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado.

---Así lo voto.

---Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17).- ----------

---Trelew, de febrero de 2022.----------

---En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

---REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, disminuyendo el monto de condena por prestación dineraria por la incapacidad laboral permanente (ILPP) a la suma de **$ 16.439.654,29,** y en concepto de diferencias por incapacidad laboral temporaria (ILT) a la suma de **$ 2.579.382,87** en ambos casos, con más los intereses y capitalización dispuesta en la sentencia de primera instancia.

---IMPONER las costas de la s. instancia un 50% a la demandada y un 50% al actor (conf. art. 72 CPCC), regulando los honorarios de los Dres. F. A. P. y D. M. Z. en conjunto, en 4,50% y los del letrado apoderado de la aseguradora demandada, Dr. R. '|en el 4,50%, ambos porcentajes aplicables del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución y con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII nro. 4).

---Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FLORENCIA CORDON FERRANDO
JUEZA DE CAMARA

NATALIA I. SPOTURNO
PRESIDENTA

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.022 – SDL.- Conste.-

UBALDO RENÉ AGUILERA

SECRETARIO DE CÁMARA