---En la ciudad de Trelew, a los 9 días de mayo del año dos mil veintitrés, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Florencia Cordón Ferrando y la presencia de la Magistrada Dra. Natalia Isabel Spoturno y el Magistrado Dr. Marcelo Fernando Peral, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“R., C. D. c/ E. A. S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)” (Expte. Nro. 117 - Año 2023 CAT.)**, venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado en la hoja 78. Las Magistradas y el Magistrado resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

---**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 E. A. S.A, contra la sentencia de primera instancia de fecha 6 de febrero de 2023, por la cual se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 8 inc. 3, 21, 22 y 46 de la Ley 24.557 y de toda otra norma que impida al juez entender en el proceso, como así también del decreto 669/2019, condenando a la aseguradora a abonar al actor en el término de diez (10) días la suma de $ 2.188.331,49, con más intereses y costas.

---La expresión de agravios se presentó mediante escrito digital (ID 975497) y no fue contestada por la contraria.

---II. La aseguradora dedujo un único agravio cuestionando la determinación del ingreso base mensual efectuada en la sentencia ($ 96.227,09), por incluir sumas correspondientes a viáticos y a una asignación familiar especial por hijo discapacitado, que entiende no son computables conforme lo establece el art. 43 de la Resolución 298/17 SRT.

---Refiere que si bien la reforma introducida por Ley 27.348 amplió la definición del ingreso base mensual al “promedio mensual de todos los salarios devengados -de conformidad con lo establecido por el artículo 1° del Convenio N° 95 de la OIT”, quedan excluidos todos los rubros que pudieran ser liquidados en forma conjunta con el haber que no representen una remuneración o ganancia por el trabajo.

---Seguidamente confecciona un cuadro con las remuneraciones abonadas al trabajador en el último año previo al accidente, consignando el monto total bruto de cada una de ellas, discriminando los rubros viáticos y asignación por hijo discapacitado abonados.

---De esa manera, sostiene que la columna “total bruto” refleja los valores reportados en esta causa por la AFIP y que fueron considerados por el Magistrado a los efectos de establecer el IBM de condena, advirtiendo que esos valores contienen los montos pagados por viáticos y la asignación familiar.

---Finalmente aduce que el verdadero IBM que debió considerarse en este caso, respetando el concepto de salario que resulta del Convenio 95 de la OIT, es de $ 65.875,02, tal como fue denunciado al contestar demanda.

---Ingresando al tratamiento del agravio corresponde señalar, en primer término, que para calcular el ingreso base, el artículo 12 LRT (texto s/ ley 27.348) adopta el concepto de salario estipulado por el art. 1 del Convenio 95 OIT que lo define como *"la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo…".*

---A su turno, el art. 43 de la Res. 298/2017, del 23/2/2017, establece: *"No integrarán el cálculo del Valor del Ingreso Base, conforme lo establecido en el artículo 12 de la Ley Nro. 24.557, sustituido por el art. 11 de la Ley Complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo, aquellas sumas que correspondan a los conceptos establecidos en el artículo 7 de la Ley 24.241 y los artículos 103 bis y 106 de la Ley Nro. 20.744, y todo otro concepto que no integre el salario aun cuando se liquide conjuntamente con él".*

---En relación a los viáticos, el art. 106 LCT establece que: *"Los viáticos serán considerados como remuneración excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo".*

---Del esquema normativo citado, interpretado en forma integral y armónica, surge que los viáticos abonados sin obligación de rendir cuentas o sin posibilidad de comprobar documentalmente el gasto, deben ser considerado salario y computables, en consecuencia, para el cálculo del ingreso base mensual.

---En mi opinión, esa es la interpretación correcta de las normas involucradas. Por lo demás, una interpretación contraria implicaría la directa invalidez constitucional del art. 43 de la Resolución 298/17 por exceso reglamentario, al encontrarse en franca contradicción con las normas jerárquicamente superiores citadas.

---Este es el criterio imperante en la Sala (SDL 35/21 y 39/21) y también de la Sala B (SDL 13/22).

---En sentido concordante se ha dicho: *"Además, el rubro en cuestión, que se abona en forma anticipada y sin demostrar gastos correlativos, no se ajusta a los términos del art. 106 de la LCT, en cuanto viático propiamente dicho. En realidad, se puede disponer libremente de este valor en efectivo, lo que guarda correlato con la caracterización de lo que es la remuneración para el Convenio N° 95 de la OIT —art. 1—. En este sentido, es dable recordar también que la última ley en la materia N° 27.348 —aplicable desde el*

05/03/2017—, abandona el concepto de salario previsional" (STJ Córdoba, Sala Laboral, "A., S. N.c. G. A. S.A. s/ ordinario - otros - recurso de inconstitucionalidad" del 04/12/2020, LALEY AR/JUR/81729/2020).

---En el caso, no surge de las pruebas arrimadas al proceso que R. tuviera la obligación de rendir cuentas documentada de los conceptos "viáticos" y "comidas" liquidados en los recibos de haberes agregados digitalmente al auto de apertura a prueba.

---De esta manera, corresponde rechazar esta porción del agravio y confirmar la inclusión de los mencionados conceptos en las remuneraciones computables.

---Ahora bien, siguiendo la misma línea de razonamiento, a la conclusión contraria debe arribarse respecto a las asignaciones familiares, por no revestir naturaleza salarial ni implicar una ganancia por el trabajo, pese a que se liquida conjuntamente con el salario. Así lo determina el art. 47 de la Res. 298/2017 SRT que remite al art. 7 de la ley 24.241.

---Como lo explica la doctrina, se excluyen del cálculo las prestaciones que por su naturaleza no son salariales, como las asignaciones familiares o las sumas abonadas a título indemnizatorio como la integración del mes de despido (conf. Etala, Carlos A.: "Contrato de trabajo", Ed. Astrea, 2000, pág. 578).

---En igual se sentido se dijo que están excluidos los conceptos que no tienen naturaleza remuneratoria (asignaciones familiares, beneficios sociales, indemnizaciones, viáticos con comprobantes, etcétera) (Grisolia, Julio Armando, Tratado del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" Tomo IV, 1° ed. Abeledo Perrot 2014, pág. 3095) y que: "Se alude a la remuneración, lo que excluye todas las prestaciones no remuneratorias, como las asignaciones familiares, los beneficios sociales (por ejemplo, el servicio de comedor de las empresas o el reintegro documentado de gastos de medicamentos) (De Diego, Julián A., "Tratado del Derecho del Trabajo" Tomo IV, 1° ed.- Buenos Aires: La Ley, 2012).

---En el caso, surge de los recibos de haberes que por el período correspondiente a los meses diciembre 2019 a noviembre 2020 efectivamente se abonó al Sr. R. una asignación familiar por hijo discapacitado bajo la denominación "*sup no rem hijo discap".* Dicho rubro no fue detraído del monto de las remuneraciones brutas informadas por la AFIP computadas por el Magistrado de primera instancia.

---Por ello, corresponde hacer lugar a esta porción del agravio y detraer para el cálculo del ingreso base el importe de la asignación familiar en cuestión. Ello arroja el siguiente resultado:

MES	REMUNERACIÓN Bruta S/ASIGNACIÓN	INDICE RIPTE	REM. ACTUALIZADA
dic-19	$ 84.068,49	1,348	$ 113.324,32
ene-20	$ 65.053,43	1,26	$ 81.967,32
feb-20	$ 76.214,37	1,185	$ 90.314,02
mar-20	$ 77.375,88	1,175	$ 90.916,65
abr-20	$ 80.226,75	1,174	$ 94.185,32
may-20	$ 73.234,47	1,171	$ 85.757,56
jun-20	$ 102.180,30	1,145	$ 116.996,44
jul-20	$ 76.053,93	1,106	$ 84.115,64
ago-20	$ 68.916,46	1,1	$ 75.808,10
sep-20	$ 82.310,61	1,08	$ 88.895,45
oct-20	$ 78.335,66	1,032	$ 80.842,40
nov-20	$ 83.936,25	1,019	$ 85.531,03
total	$ 947.906,60		$ 1.088.654,25

IBM: $90.721,18

---En consecuencia, el monto de la indemnización asciende a la suma de $ 1.719.266,51(53 x 90.721,18 x 23,68% x 1,51) y sumando el 20% de adicional previsto en el art. 3 de la ley 26.763, se arriba a un total de $ 2.063.119,81.

---Por ello, propongo hacer lugar parcialmente al agravio determinando el monto total de la indemnización por ILPPD en la suma de **$ 2.063.119,81.**

---III. **Conclusión:** Por los fundamentos dados, considero que la sentencia apelada debe ser revocada manera parcial, disminuyéndose el monto de condena a la suma de $2.063.119,81, con más los intereses y capitalización dispuestos en la sentencia de primera instancia.

--- En relación a las costas de esta alzada, cabe señalar que el único agravio deducido prospera de manera parcial, razón por la cual se impondrán un 50% a la demandada y el restante 50% al actor (arts. 69, segundo párrafo, y 72 del CPCC).

---Finalmente, en atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo que los honorarios de la letrada apoderada de la demandada, M. C., se regulen en un 4,15%, aplicable sobre el 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**, el Dr. Peral expresó:

--- I. En el voto precedente la Dra. Cordón Ferrando reseñó el pronunciamiento apelado y el único agravio expresado por la demandada. Por razones de economía procesal y para evitar innecesarias reiteraciones, ingresaré directamente al análisis y tratamiento de las cuestiones planteadas.

--- La recurrente cuestiona el IBM establecido en la sentencia de grado y al respecto sostiene que el juez de primera instancia tomó la remuneración bruta informada por la AFIP para determinar el IBM del actor, soslayando que los haberes computados contenían sumas correspondientes a viáticos, las que, según lo dispuesto por el art. 43 de la Resolución 298/17 SRT, no deben ser incluidos para el cálculo del ingreso base. Asimismo, refiere que también se abonó a R. una asignación familiar que tampoco debe ser computada, al no ser parte de la remuneración, conforme art. 7 de la ley 24,241.

---En base a dicho planteo, señala que de los recibos de haberes aportados junto con la demanda surge que el actor recibió pagos de gastos por viáticos y una asignación familiar

que no corresponde computar y expresa que, descontados dichos rubros, el IBM correcto asciende a la suma de $ 65.875,02, conforme surge de planilla de cálculo que practica.

-----En refuerzo de su planteo sostiene que el valor de la prima está calculado en función de las obligaciones asumidas por el asegurador y que en materia de prestaciones dinerarias por incapacidad definitiva no se contempla el salario de bolsillo sino el valor del ingreso base mensual, conforme su definición legal. Finalmente, como corolario de dichas afirmaciones, expresa que si resulta condenada a indemnizar al trabajador en función de un salario distinto al utilizado como base de cálculo para el salario, se estaría violentando su derecho de propiedad.

--- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, en primer lugar es preciso destacar que el siniestro denunciado en autos ocurrió el 29/12/2020 por lo que la norma aplicable al caso para calcular el IBM del trabajador es el art. 12 LRT (texto ley 27.348) sin la modificación introducida por el Decreto 669/19 atendiendo que el juez de primera instancia lo declaró inconstitucional e inaplicable al caso.

--- Siendo ello así, es oportuno recordar que el mencionado art. 12 LRT dispone que se deben computar los salarios devengados y al respecto remite al artículo 1° del Convenio N° 95 OIT, el que establece que: “A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

---Dicha norma define al término “salario” no en un sentido técnico, sino en un sentido genérico y amplio, compresivo de las diversas formas y componentes de la remuneración que en definitiva percibe el trabajador. Así, lo entiende la propia OIT y la jurisprudencia. En tal sentido, se ha dicho que “la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo ha sostenido desde su reunión 65° de 1995 que los beneficios sociales cualquiera sea el nombre que se les pueda dar son elementos de la remuneración en el sentido del art. 1° del Convenio 95 y por lo tanto debe recibir la protección que al salario el mismo otorga” (del voto del Dr. Zas, en mayoría - CNTRAB - Sala V, "S., S. M. c/ S. S. S.R.L. s/ despido", citar: elDial.com - AL345B).

--- El criterio referido, a mi entender es aplicable a los viáticos, los que en principio deben ser considerados como remuneración, salvo la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, ya que así lo dispone el art. 106 de la LCT.

---Por lo hasta aquí expresado, pese a lo dispuesto en el art. 43 de la Resolución 298/17 SRT, realizando una interpretación conjunta, armónica y priorizando la jerarquía de la normativa involucrada en la cuestión, por aplicación del art. 12 LRT (texto ley 27348) y del art. 106 de la LCT, las sumas abonadas bajo la denominación de viáticos –en tanto no correspondan a gastos documentados- deben ser computadas al calcularse el IBM.

---Al respecto, se ha dicho que: “El nuevo art. 12 ya no toma las sumas sujetas a aportes, el salario previsional, ni tampoco el tope del art. 9 de la Ley 24.241; es decir, se contemplan los ingresos reales del trabajador. Sin embargo, el art. 43 de Res. 298/17 reglamentaria altera y modifica la ley por cuanto excluye del cómputo del valor mensual del ingreso base a las llamadas «sumas no remunerativas» que surgen de los arts. 103 bis de la LCT (los llamados «beneficios sociales») y 106 (viáticos de la LCT), cuando la ley claramente refería al Convenio 95 de la OIT que incluye todos los ingresos del trabajador sin ninguna exclusión. Una vez más, la reglamentación modifica la letra y el espíritu de la ley; por lo tanto, solo le cabe la tacha de inconstitucional” (Ley 27.348, complementaria de la ley de riesgo de trabajo: Análisis y perspectivas. Tercera parte. Autor: Schick, Horacio. Fecha: 13-07-2017. Colección: Doctrina. Cita: MJ-DOC-11907AR||MJD11907).

---En síntesis, por lo expresado coincido con la Dra. Cordón Ferrando en cuanto postula confirmar la inclusión de los viáticos en el cómputo del IBM del actor y en consecuencia rechazar esta porción del agravio de la demandada.

---Ahora bien, respecto de las asignaciones familiares asiste razón a la demandada, ya que los pagos por tal concepto constituyen un beneficio de la seguridad social que queda a cargo del Estado Nacional. Básicamente son prestaciones en dinero, de carácter no remunerativo que habitualmente se liquidan con el salario y que en definitiva paga el estado a través de los organismos de la seguridad social en virtud de determinadas circunstancias familiares del trabajador. Sin ello así, es claro que no integran el salario del trabajador y por lo tanto no deben ser computadas para el cálculo del IBM.

---En virtud de lo apuntado y toda vez que de los recibos de haberes acompañados digitalmente a la causa surge que se abonó al actor sumas en concepto de asignación familiar por discapacidad, corresponde exclusión de éstas de la base computable para establecer el IBM.

---De esta manera, siendo correctos los cálculos efectuados por la colega pre votante, el IBM del trabajador debe establecerse en la suma de $ 90.721,18. En consecuencia, calculando nuevamente sobre dicha base el monto de la prestación dineraria prevista por el art. 14 inc. 2 a de la Ley de Riesgo de Trabajo, se arriba a la suma de $ 1.719.266,51 (53x90.721,1 x 23,68% x 1,51) y sumando el 20% previsto por la ley 26.773, se obtiene una indemnización total de $ 2.063.119,19.

--- III) Por lo hasta aquí expresado, coincido con la Dra. Cordón Ferrando, en cuanto propicia revocar de manera parcial la sentencia recurrida, disminuyendo el monto de condena a la suma de $ 2.063.119,19, con más los intereses y la capitalización dispuesta en el decisorio recurrido.

--- También coincido con la nombrada colega respecto a la imposición de costas en un 50% a la demandada y el 50% a la actora, dado que el único agravio deducido prospera parcialmente.

--- Finalmente, los honorarios que propone regular por las tareas de alzada la magistrada pre votante, reflejan adecuadamente las labores desempeñadas, su extensión y calidad, razón por la cual coincido con la estimación efectuada.

---Me expido aquí entonces a la primera cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.

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

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

---A) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, disminuyéndose el monto de condena a la suma de $2.063.119,81 con más los intereses y capitalización dispuestos en el fallo de primera instancia.

---B) IMPONER las costas de la alzada un 50% a la demandada vencida y el 50% restante al actor (conf. art. 69 último párrafo y 72 del CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. M. C., en un 4,15% aplicable sobre el 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 SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expuso:

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

---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. 274 del C.P.C.C.).

---Trelew, 9 de mayo de 2023.

---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, disminuyéndose el monto de condena a la suma de $2.063.119,81 con más los intereses y capitalización dispuestos en el fallo de primera instancia.

---IMPONER las costas de la alzada un 50% a la demandada vencida y el 50% restante al actor (conf. art. 69 último párrafo y 72 del CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. M. C., en un 4,15% aplicable sobre el 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.

MARCELO FERNANDO PERAL
JUEZ DE CÁMARA

FLORENCIA CORDON FERRANDO
PRESIDENTA

----REGISTRADA BAJO EL Nº 24 DE 2023 – SDL.- Conste. ----------

RICARDO FABIÁN GRIFFITHS
SECRETARIO DE CÁMARA