



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUÉN, 2 de marzo del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"DE LA VEGA ELIAS CRISTIAN CIRO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"**, (JNQLA5 EXP N° 509954/2017), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. José Ignacio NOACCO dijo:**

I.- Contra la sentencia definitiva dictada el día 20 de abril de 2020 (fs. 405/413vta.), interpone recurso de apelación la parte demandada a fs. 416/420vta. en memorial que es contestado por la parte actora a fs. 422/424.

La demandada se agravia por cuanto considera que el a-quo tomó un Ingreso Base Mensual cuyo cálculo resulta incorrecto, por apartarse de lo establecido en el art. 12 de la LRT.

En tal sentido, refiere que los recibos obrantes a fs. 321/340 corresponden al período entre Octubre de 2015 a Noviembre de 2016, lo que resulta equivocado a los fines perseguidos.

Asimismo, indica que el siniestro de autos tuvo lugar el 02.03.2016 por lo que la liquidación debía realizarse en base a los doce meses anteriores hasta el día del accidente.

Seguidamente, practica liquidación y obtiene un IBM de \$33.947,59.

Al respecto, menciona que el monto arribado resulta ser considerablemente menor al calculado por la magistrada.

Sostiene que la jueza de grado interpreta en forma incorrecta la letra del art. 12 LRT, razón por la cual el cálculo realizado en el fallo es equivocado.

Insiste en que, a los efectos del artículo citado y a fin de determinar el IBM cabe aplicar la Resolución General de la AFIP N°1750/2004 que establece la base imponible máxima sobre la cual los empleadores deben abonar las alícuotas a las ART, debiendo adoptarse únicamente el salario previsional, quedando excluidos los demás rubros como ser los no remunerativos.

En consecuencia, sostiene, que las remuneraciones que exceden de dicho monto no están sujetas a contribuciones por parte del empleador y por tanto no integran la base sobre la cual se efectúa el cálculo del ingreso base mensual.

Cita jurisprudencia y solicita se deje sin efecto la declaración de inconstitucionalidad ordenada por la a quo y revoque este aspecto de la sentencia con costas a la actora.

Finalmente reserva el caso federal.

Al contestar el agravio, la actora reconoce que le asiste razón a la demandada en tanto señala que la magistrada adoptó para el cálculo recibos de haberes que no correspondían a los 12 meses anteriores a la primera manifestación invalidante.

Indica que utilizó los recibos obrantes a fs. 321/340 cuando en realidad debió calcular el IBM con los que corresponden al período Marzo/2015 a Febrero/2016 (ambos inclusive) toda vez que el accidente de marras acaeció el 02.03.2016.

Luego, practica planilla de cálculo y obtiene un IBM de \$38.5546, que arroja un total de \$804.391,70 de incapacidad por daño físico.

A continuación, indica que al no haber sido cuestionado el cálculo por diferencias de haberes por ILT cabe tenerlo determinado en la suma de \$26.552,21.

La accionante suma ambas y obtiene como resultado \$830.943,91.

En cuanto a la interpretación realizada por la jueza en torno a la letra del art. 12 LRT, sostiene que en este punto no le asiste razón.

En efecto, cita jurisprudencia de la CSJN ("Perez c/ Disco SA") y de esta Cámara de Apelaciones respecto a que los rubros no remunerativos forman parte de la remuneración percibida por el trabajador y que deben tenerse en cuenta a los fines del cómputo de las respectivas indemnizaciones (salario laboral).

Concluye afirmando que la Alzada se ha pronunciado en el sentido de que para el cálculo del IBM ha de tomarse el "salario laboral" y no el "salario previsional" como pretende la demandada.

Por último, con relación al primer agravio de la ART, solicita que las costas no sean cargadas a su parte en tanto la queja por el cálculo del IBM se vincula con un error judicial.

Luego, y respecto del agravio por la interpretación del art. 12 LRT, requiere que se considere la jurisprudencia imperante y se condene a la aseguradora por las costas del presente recurso.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de la demandada, y sin perjuicio del reconocimiento efectuado por la actora, cabe analizar si el IBM adoptado por el a quo y el consecuente cálculo resultan ajustados a derecho.

Tal como coinciden actor y demandada en sus escritos, en el caso, la jueza utilizó equivocadamente los recibos de haberes agregados a fs. 321/340.

Ello así, habiendo acaecido el accidente de autos el día 02.03.2016 debió tomar aquellos que abarcaban el período de Marzo/2015 a Febrero/2016.

Sentado ello, se observa que las liquidaciones practicadas por las partes difieren en el monto en virtud de la distinta interpretación que pregonan respecto del art. 12 LRT y la inclusión de rubros no remunerativos.

Tal como lo viene sosteniendo esta Sala, la jueza de grado acertadamente resolvió la cuestión en tal sentido e incluyó los rubros "Ayuda alimentaria res. 799/14" "adic. Torre", etc. estableciendo que formaban parte de la remuneración del Sr. De la Vega conforme lo dispuesto por el Art. 14 bis CN y Art. 1° Convenio N°95 OIT, y que deben ser tenidos en cuenta a los fines del cómputo de las respectivas indemnizaciones.

Ello así, resulta ajustada la decisión del a quo ya que sigue los lineamientos de esta sala quien se ha expedido en forma reiterada a favor de la inclusión de los rubros remuneratorios no sujetos a aportes y contribuciones al sistema de seguridad social en la base de cálculo para la determinación del ingreso base mensual.

Así en voto de la Dra. Clerici se ha dicho que: "De acuerdo con el texto del art. 12 de la LRT vigente a la fecha del accidente de trabajo de autos (29 de agosto de

2015), el ingreso base mensual debía ser calculado, en lo que aquí interesa, sobre las remuneraciones sujetas a cotización al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.”

“Dicho precepto legal fue severamente cuestionado por doctrina y jurisprudencia, en tanto consideraba, en su momento para el cálculo de los haberes que debía percibir el trabajador enfermo o accidentado durante el período de incapacidad temporaria, y a la época del accidente de autos solamente para la liquidación de la prestación dineraria por incapacidad definitiva, un salario inferior al que habitualmente venía percibiendo la víctima del infortunio laboral. Y esta detracción era consecuencia tanto de promediar las remuneraciones, como de la base de cálculo fijada.”

“Antonio Vázquez Vialard, desde un primer momento sostuvo que “la diferencia que se produce, a nuestro juicio no tiene justificativo válido. Como lo hemos afirmado, el fundamento jurídico de tal prestación lo es la situación de incapacidad en que se halla el trabajador, en virtud de una circunstancia que el ordenamiento jurídico le imputa al empleador (en el caso, subrogado -en sus obligaciones por la ART-). Por lo tanto parecería que no tiene sentido que durante ese lapso el trabajador se vea afectado por un déficit en su ingreso de bolsillo, que tiene carácter alimentario, en virtud de una causa que no le es, en absoluto, imputable, y que la norma asigna a la responsabilidad del empleador. Consideramos que en el caso, el procedimiento que establece la normativa contenida en la ley 24.557 presenta un déficit que se traduce en una situación -que puede ser grave- de irrazonabilidad. Por lo tanto a nuestro juicio, en la medida que la diferencia resulte significativa estaría legitimada por esa causa la declaración de inconstitucionalidad de la norma, en cuanto el trabajador percibe un importe inferior al que le

correspondería como salario laboral" (cfr. aut. cit., Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2002-I, pág. 719).

La injusticia de abonar al trabajador un salario inferior al habitual durante el lapso de incapacidad temporaria fue subsanada por el decreto n° 1.694/2009 que, en su art. 6, determinó que las prestaciones dinerarias por incapacidad laboral temporaria o permanente provisoria se calcularán, liquidarán y ajustarán a lo establecido por el art. 208 de la LCT.

Pero persistía la irrazonabilidad respecto de la base de cálculo de la prestación dineraria por incapacidad definitiva, la que permanecía diferenciada, en menos, respecto del salario habitual.

Al respecto, Juan J. Formaro sostiene que considerar, a los fines indemnizatorios, solamente el salario previsional "deja fuera de consideración una parte sustancial de los haberes mensuales que percibe el trabajador siniestrado.

"La irrazonabilidad del precepto se evidencia al tamizar el texto de la ley de accidentes por el principio del art. 208 de la LCT que enuncia la garantía del nivel salarial. Resulta carente de lógica mantener la plenitud cuando la imposibilidad obedece a factores inculpables pese a los cuales el empleador debe abonar salarios, y retacear la tutela cuando el hecho productor del daño es un infortunio laboral.

"Es por ello que al quedar desvirtuada la referencia de una prestación resarcitoria por ausencia de relación adecuada de los haberes del trabajador activo con los ingresos considerados a los fines del cómputo indemnizatorio, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad del

art. 12 de la ley 24.557. Se ha dicho al efecto que la norma importa una frontal colisión con los principios contenidos en los arts. 19 y 21, inc. 2 de la Constitución Nacional, así como con los principios de integralidad y progresividad, y lo previsto en los arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana, Protocolo de San Salvador.

“En cuanto a la existencia de las llamadas sumas no remunerativas, corresponde además meritar su inconstitucionalidad por contrariar el Convenio 95 de la OIT al quitar o desconocer la naturaleza remuneratoria” (cfr. aut. cit., “Riesgos del Trabajo”, Ed. Hammurabi, 2013, pág. 161/162).

“Cabe señalar que el legislador nacional reconoció la injusticia de la situación generada a partir de la redacción del art. 12 de la LRT, ya que mediante ley 27.348, publicada en el Boletín Oficial el día 24 de febrero de 2017, cambió la base de cálculo a la que nos estamos refiriendo, reemplazándola por la totalidad de los salarios devengados, de conformidad con lo establecido por el art. 1° del Convenio n° 95 de la OIT.

“Si bien esta reforma legal no le es aplicable al caso de autos, de todos modos no puede perderse de vista su contenido para la resolución del recurso planteado por la parte demandada, en tanto ella muestra cuál es la solución querida por el legislador (cfr. TSJ, “Mansur c/ Consolidar ART S.A.”, Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil).

“En el caso concreto los rubros que la demandada pretende que no se computen para la obtención del ingreso base mensual son viandas y “suma fija expte. MTEySS 2015”.

"Al sentenciar la causa "Poo c/ DLS Argentina Limited" (expte. n° 383.879/2009, 6/12/2011) dije que "La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido conceptos importantes a tener en cuenta en oportunidad de otorgar carácter remunerativo o no a una prestación otorgada por el empleador. Así, al fallar la causa "Pérez c/Disco S.A." (sentencia del 1 de septiembre de 2009), la Corte rescató que la LCT establece que habrá de considerarse salario o sueldo "la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo", concepto que coincide con la definición internacionalmente aceptada del Convenio n° 95 de la OIT, cuyo art. 1° caracteriza al salario como "la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por un acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo...por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba prestar". También puso de manifiesto lo dispuesto por los arts. 6° y 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a que el derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo, y que debe considerarse salario o remuneración la prestación debida por el empleador al empleado. Por ello, la Corte Suprema, en el fallo señalado, fulminó como inconstitucional la naturaleza no remuneratoria de los vales alimentarios explicando, con argumentos que también son de peso para el sub lite en atención al planteo de la demandada, que nominar como beneficios sociales a dichos vales importa mutar al trabajador en beneficiario de tales prestaciones y al empleador en beneficiador social; suplantar como causa del crédito o ganancia al contrato de empleo por un acto del empleador ajeno

a este último; introducir en un nexo oneroso para ambos celebrantes una suerte de prestación gratuita por parte del empleador, traduce una calificación que resulta "poco afortunada, carente de contenido y un evidente contrasentido"...Agrego a lo dicho que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteró los conceptos de la causa "Pérez c/ Disco", al fallar el caso "Díaz c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A." (4/6/2013, ED 253, pág. 400), invalidando por inconstitucionales las cifras no remunerativas que surgen como tales sólo a los efectos de no generar cotizaciones a la seguridad social, cuando en realidad significan un pago al trabajador en retribución a la disposición de su fuerza de trabajo.

"Iguales consideraciones merece el adicional por comida, sobre el que también esta Sala II se ha pronunciado, aunque con referencia al CCT 536/2008. En autos "Martínez c/ Perfil S.R.L." (expte. n° 413.499/2010, P.S. 2012-IV, n° 147) se dijo que "En el ya citado precedente "Pérez c/ Disco" (TySS 2009, pág. 775), cuya doctrina fuera posteriormente ratificada en "González c/ Polimat" (sentencia del 19/5/2010, LL diario del 8/6/2010, pág. 7), el máximo tribunal nacional fue terminante respecto a que "la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan (doc. "Inta Industria Textil Argentina S.A. s/ apelación", Fallos 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje de nomen iuris sería inconstitucional (Fallos 329:3680)" y que "la indebida exclusión de conceptos que se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República

Argentina, como la propia legislación nacional, afecta el principio de retribución justa" (voto de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt y Argibay, considerando 11). Asimismo, surge de los fallos señalados que el concepto de remuneración debe ser interpretado a la luz de lo previsto en el art. 103 de la LCT, coincidente con la definición que de ese instituto trae el Convenio n° 95 de la OIT".

"Conforme lo dicho, y teniendo en cuenta que la legislación de la materia ha avanzado hacia la plena adecuación de la base de liquidación del ingreso base mensual con el Convenio n° 95 de la OIT, no cabe sin considerar contrario a la manda del art. 14 bis de la Constitución Nacional y al referido Convenio n° 95 la exclusión de la base de cálculo del ingreso base mensual correspondiente al actor, de los rubros cuestionados por el apelante.

"Esta conclusión se ve reforzada por lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Ascua c/ SOMISA" (sentencia del 10/8/2010, Fallos 333:1.361) en orden a que el legislador es libre de elegir el modo de reparar los daños ocasionados por un accidente de trabajo, pero sin que ello importe dejar de satisfacer la pérdida de ingresos o capacidad de ganancia de la víctima; límite que se vulneraría de no contemplar para el cálculo de la indemnización los rubros cuestionados por la demandada, percibidos habitualmente por el trabajador de autos." ("Soto, Diego Nicolás c/Experta ART S.A. s/Accidente de trabajo con ART", (EXP N° 508199/2016), 7/3/19); en igual sentido se expidió la Sala III en autos "Mangín, Gustavo Andrés c/Galeno ART S.A. s/Accidente de Trabajo con ART" (EXP N° 508733/2016) entre otros.

En consecuencia, tal como lo ha determinado la sentencia en análisis, para el cálculo del IBM se deben

incluir la totalidad de los salarios devengados por el trabajador, estén o no sujetos a retenciones de la seguridad social; por lo que cabe integrar a la base de cálculo los rubros cuestionados en la especie.

Lo expuesto lleva a rechazar el agravio incoado por la demandada, y corregir el IBM consignado en el fallo por haber sido calculado erróneamente en base a recibos de haberes que no abarcaban el período correcto.

Teniendo en cuenta los recibos acompañados a autos y la fecha del accidente, observo que la planilla realizada por la parte actora a fs. 422 y vta. resulta correcta, habiendo arrojado un IBM de \$38.546.

Luego, por aplicación del art. 14 ap 2 de la LRT, se obtiene una indemnización de \$804.391,74 por incapacidad física, conforme el siguiente cálculo.

$$53 \times 38.546 \times 21,7 \times 2,6 = \$1.152.625,62$$

A dicha suma corresponde adicionarle el 20% previsto en el art. 3 de la Ley 26773, lo que totaliza \$1.383.150,74.

Luego, cabe descontar lo percibido por el actor en sede administrativa (\$578.759) y se obtiene la suma de \$804.391,74.

En cuanto a la suma determinada en primera instancia por diferencia en las prestaciones durante el período de incapacidad temporaria no fue controvertida por el actor, por lo que se encuentra firme y deberá sumarse al total arriba calculado.

Lo expuesto lleva a concluir que la demanda prospera por la suma total de \$830.943,95.

Por lo expuesto corresponde hacer lugar parcialmente al recurso incoado por la demandada, readecuando el monto de condena a la suma precedentemente señalada, con costas a la vencida.

III.- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada con costas, disminuyendo el monto de condena a la suma total de \$830.943,95.

En cuanto a los honorarios de alzada, toda vez que conforme lo ha señalado la CSJN, los jueces deben expedirse sobre la base regulatoria, es decir, determinar la sustancia económica del litigio y no limitarse a formular manifestaciones genéricas prescindiendo del valor intrínseco de la tarea cumplida y de las modalidades relevantes del pleito ("Fox c/ Siderca S.A.C.I.", 28/7/2005, Fallos 328:2725) y también que la regulación que ella efectúa no está determinada por los honorarios fijados en las etapas anteriores, sino por el monto disputado ante sus estrados; y que los porcentajes previstos en el art. 14 de la ley 21.839 - norma similar al art. 15 de la ley 1.594- para la regulación por las actuaciones en la Alzada aparecen referidos a la cantidad que "deba fijarse" para los honorarios de primera instancia, y no a los que, en concreto, se hayan fijado (cfr. "Vigo Ochoa c/ Encotel", 23/10/1986; Fallos 326:4351, citados por Amadeo, José Luis, "Honorarios de abogados (jurisprudencia de la Corte Suprema)", JA 2005-II, pág. 1.433).

Consecuentemente, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, he de tomar como base regulatoria para fijar los honorarios por la actuación ante la Alzada el monto resultante entre la diferencia del capital de condena y el que fuera reconocido por el recurrente como procedente.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada en fecha 20 de abril de 2020 (fs. 405/413vta.) disminuyendo el monto de condena a la suma total de \$830.943,95, confirmándola en lo demás que ha sido motivo de agravio.

II.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la recurrente vencida (art. 68 del CPCyC).

III.- Regular los honorarios por la actuación en esta etapa en el 30% de los porcentajes regulados en primera instancia, calculados sobre la diferencia entre el capital de condena y el reconocido por el recurrente como precedente.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria