



**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 4 de abril del año 2019.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados:  
**"FARIAS NELSON ADRIAN C/ EXPERTA ART S.A. S/ ACCIDENTE  
DE TRABAJO CON ART"**, (JNQLA6 EXP N° 510144/2017),  
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 I. **NOACCO**  
**dijo:**

I.- Contra la sentencia definitiva  
dictada el día 25 de julio de 2018 (fs. 318/324),  
interpone recurso de apelación la parte demandada a fs.  
329/338 vta. en memorial que es contestado por la parte  
actora a fs. 342/346.

La demandada se agravia por cuanto que el  
a-quo realizó de modo incorrecto la composición del  
Ingreso Base Mensual en cuanto -so pretexto de  
inconstitucionalidad de los rubros no remunerativos,  
consideró para su determinación remuneraciones no  
sujetas a aportes, tomando montos que exceden la base  
de cotización del seguro.

Luego de transcribir en extenso la parte  
del fallo que lo agravia, señala que se ha violado el  
principio de congruencia en cuanto no resulta cierto  
que esa parte haya guardado silencio frente al pedido  
del actor de inclusión de sumas remunerativas.

Dijo que el actor fundó su pretensión  
sobre un IBM de \$ 36.749,15 y su parte, al contestar la

demanda, no impugnó la liquidación basada en ese monto, constituyendo entonces un punto de acuerdo en la demanda más allá del planteo de inconstitucionalidad.

Agrega que la calificación de ciertos rubros como no remunerativos nunca pudo ser objeto de la contienda, por cuanto no era su parte quién liquidaba los haberes del actor, por lo que no les son oponibles.

Añade que determinar un IBM que deriva en una prestación tarifada superior a la suma asegurada, mediante la inclusión de esas sumas no remunerativas es un argumento exclusivo de la órbita laboral y ajeno al seguro que es objeto de autos; y los asimila a pagos no registrados que eventualmente realice un empleador y que la ART desconoce.

Establece que la diferencia resultante entre la remuneración denunciada y la efectivamente percibida resulta materia ajena a la responsabilidad de la aseguradora de riesgos y que correspondía, entonces, que el a-quo tomara para fijar el IBM el monto sujeto a aportes y contribuciones por los cuales se pagó a la ART el seguro, tal como lo determina el artículo 12 de la LRT vigente a la fecha del infortunio y no a la luz de la reforma de la ley 27.348.

Agrega que, además, corresponde ajustar todos los períodos al máximo imponible según resoluciones de ANSeS y AFIP, por cuanto todo lo que lo excede está exento de aportes.

Por ello pide se liquide la prestación dineraria de condena, tomando como valor IBM la suma de \$ 37.685,50.

También se agravia de la tasa de interés aplicada, activa del Banco de la Provincia del Neuquén desde la fecha del siniestro, toda vez que en virtud de la normativa aplicable a la fecha del siniestro corresponde se aplique la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina y debe calcularse a partir de los 30 días de vencido el plazo de pago de la prestación, apartándose del precedente "Alocilla" del Tribunal Superior de Justicia provincial.

Mantiene la reserva del caso federal.

En su escrito de responde, la parte actora pide se confirme la sentencia.

Dice que la a-quo no violó el principio de congruencia al determinar el valor del IBM, ya que su parte dejó sujeta tal determinación a lo que en más o en menos resulte de la prueba.

Añade que ese valor ha sido fijado correctamente por el a-quo al declarar la inconstitucionalidad del artículo 12 de la L.R.T.

Indica que la aplicación de ese artículo privaría a su parte del derecho a acceder a la reparación plena de su incapacidad.

En cuanto a los intereses, pide se ratifique la doctrina del Tribunal Superior de Justicia seguida por las tres salas de la Cámara Local, que ha afirmado que el límite a la responsabilidad en el pago de las costas es materia privativa de las provincias y como tal de los jueces locales.

II.- Esta sala ya 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. Clérici 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 “Ascuá 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, 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 "viandas" cuestionados en la especie.

En segundo término, corresponde evaluar si el a-quo ha violado el principio de congruencia al reconocer un valor superior al que fuera objeto de demanda.

Se advierte al respecto que, conforme se detalla en su objeto, la demanda se interpuso por la suma de \$ 197.691, "o lo que en más o en menos resulte de la prueba..."; y del mismo modo, la parte denunció el ingreso mensual base de \$ 36.749,15 "o lo que en más o en menos resulte de la prueba".

Al respecto, señalan Arazi y Rojas que: "Cuando el monto estimado se subordina a lo que "en más o en menos resulte de la prueba a producir o de las constancias del expediente", etcétera, el juez puede condenar a una suma mayor que la estimada. Señala Colombo que la indicada facultad del juez podrá ejercerse siempre que no se haya afectado la

inviolabilidad de la defensa en juicio, o que de los autos no resulte que la reticencia o ambigüedad del actor constituya una manifestación de inconducta procesal, violatoria del deber de lealtad o de igualdad" (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo II, pág. 437/438, Rubinzal Culzoni Editores).

No surge de las constancias de autos que la contraria haya estado privada de ejercer defensa alguna al respecto ni tampoco que hubiera mediado inconducta procesal, ni violación del deber de lealtad o de igualdad; por el contrario, la pretensión fue formulada en tales términos en tiempo oportuno -al demandar- contando la accionada con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa argumentando y probando lo que considere menester.

Agrego a lo señalado que el artículo 40 de la ley 921 expresamente señala que: "El pronunciamiento deberá ajustarse a lo alegado y probado, pero el monto de condena podrá ser mayor que el reclamado, cuando así corresponda a la correcta aplicación del derecho y de los cálculos aritméticos".

En virtud de lo expuesto, la sentencia recurrida no ha violado el principio de congruencia al resolver por el monto en que lo hizo.

Por lo expuesto, corresponde se confirme la sentencia en cuanto al monto de condena en ella determinado.

III.- En lo referente a la tasa de interés aplicable, debe advertirse en primer lugar que la recurrente no ha señalado en qué medida la tasa

aplicada por el a-quo representa un perjuicio económico constitutivo de agravio. No realiza ningún cálculo en tal sentido, limitándose a enunciar que debe aplicarse la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina.

Es usual y pacífica la tasa de interés aplicada por la a-quo, y responde asimismo a la doctrina judicial sentada por el Máximo Tribunal Provincial en la causa "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. n° 1701/06-Ac. 1590/2009), aplicable a los créditos de naturaleza alimentaria y que tiene a garantizar su intangibilidad.

En cuanto a la fecha a partir de la cual se computan los intereses así determinados, corresponde estarse a lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia, en la causa "Mansur c/ Consolidar ART S.A." (Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil), en la cual se sostuvo que: "...la flamante respuesta dada por el legislador no puede desatenderse, pues hacia allí es que intenta conducirse el desenlace del conflicto. Nótese que el título dado a la ley alude al ordenamiento del sistema resarcitorio. Considerando ello, parece adecuado un cambio en la doctrina de la Sala que se encolumne con la reciente solución legislativa.- Y así, pues, que en casos como el presente se fije como inicio del cómputo de los intereses el día en que sucedió el accidente de trabajo". En consecuencia también se confirma la sentencia en éste acápite.

IV.- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar al recurso de apelación de la parte demandada con costas.

Conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 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. El honorario de los letrados intervinientes se fija en el 30% del monto que resulte de aplicar los

porcentajes regulados en la instancia de grado sobre esa diferencia.

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.- Confirmar la sentencia de fs. 318/324.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de conformidad a lo establecido en los considerandos.

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

**DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO**  
**Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria**