



NEUQUEN, 20 de Octubre de 2011.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**MANSUR LIAN C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART**", (**Expte. N° 373702/8**), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 1 a esta **Sala III** integrada por el Dr. Fernando M. **GHSINI** y el Dr. Marcelo J. **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini** dijo:

I.- La demandada interpone recurso de apelación a fs. 255/258, contra la sentencia del 7 de febrero de 2011 (fs. 241/248 y vta.) que declara de oficio la inconstitucionalidad del art. 15, 2 de la Ley de Riesgo de Trabajo y el Decreto 1278/0, art. 7 en relación al tope legal indemnizatorio y al pago en renta de la prestación dineraria y hace lugar a la demanda interpuesta por el actor contra la Consolidar ART por la suma de \$300.053,54.

Se agravia el recurrente porque la sentencia hace lugar a la demanda en base a un porcentaje de incapacidad que no es el determinado en la pericial médica; agrega que se efectúan cálculos erróneos, que se omite aplicar el tope de ley, que aplica retroactivamente la ley, que efectúa el cálculo de intereses desde una fecha en la cual no se encontraba en mora y que declara de oficio la inconstitucionalidad de normas plenamente aplicables, sin que las mismas hayan sido cuestionadas por la parte actora.

Corrido el pertinente traslado, a fs. 265/266 responde la contraria, solicitando el rechazo de los agravios con expresa imposición de costas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, diré que el apelante se limita a disentir con el porcentaje de incapacidad fijado en la sentencia (77,08 %). El argumento que ensaya es que dicho porcentaje no



coincide con el determinado por la pericial médica practicada en autos (73,26 %), pero lo hace sin atacar los motivos invocados por el a-quo al determinar un porcentaje de incapacidad mayor que el fijado por el experto.

Así pues, observo que la jueza ha fundado los motivos de su apartamiento al expresar:

"Sin embargo, cotejados los porcentajes detallados por el galeno en su informe, con el baremo, advierto un error al valorar la limitación funcional del hombro izquierdo, en abducción de 10°, pues el porcentaje correcto es del 5% y no el 1% como indicó el perito. Con lo cual, la incapacidad por esa limitación es del 10,56% (y no del 7,92%), lo que da un total de incapacidad funcional de todas las patologías detectadas del **57,76%** que sumado a los factores de ponderación (11,55%, 5,77% y 2% tareas habituales, recalificación y edad), se determina que el actor ostenta una incapacidad permanente y total del **77,08% vto**".

Por lo tanto, dicho cuestionamiento no constituye una crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo en este aspecto para lograr su modificación, sino que se traduce en una simple disconformidad sin bases fácticas o jurídicas que sustenten tal queja, por lo que tal agravio habrá de ser rechazado, confirmándose en consecuencia el porcentaje de incapacidad establecido en la sentencia de primera instancia.

En relación a los restantes agravios, en primer lugar corresponde que me expida en relación a si el Juez tiene facultades para declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma legal, para luego, determinar la procedencia o no de las inconstitucionalidades decretadas en la causa en función del tope fijado por el art. 7 del Decreto N° 1.278/00 y la modalidad de renta en la percepción de la suma fijada, conforme el art. 15 ap. 2 de la Ley 24.557.



En relación al primer punto, diré que ya en un planteo similar he tenido oportunidad de pronunciarme sobre la **declaración de inconstitucionalidad de oficio** (PS-2006- N°33-T°I9-F°133/137) al expresar: "constituye un deber del Juez, aun sin petición de parte, antes de aplicar un precepto jurídico examinar su validez constitucional en el caso concreto, ya que el control aludido esta inmerso dentro de la función encomendada cual es la de administrar Justicia. Dicho control constitucional no opera solamente ante el pedido expreso efectuado por cualquiera de las partes, sino que emana de las funciones encomendadas al Juez y responde a la necesidad de conservar propiamente la estructura piramidal consagrada en nuestra Constitución, por lo que nadie puede verse sorprendido siendo un deber del litigante anticiparse a ella, justificando la constitucionalidad de la Ley utilizada como fundamento de los derechos invocados...".

En función de dicho antecedente, por razones de brevedad me remito a los restante fundamentos desarrollados en él, y por lo tanto considero que el hecho de haber declarado de oficio en la instancia anterior, la inconstitucionalidad del art. 7 del Decreto N° 1.278/00 y del art. 15, ap. 2 de la Ley N° 24.557, no es motivo suficiente para revocar el fallo de primera instancia en este punto.

Sentado lo anterior, corresponde que me expida ahora respecto de la validez constitucional de las normas aludidas y su aplicación que nos preocupa.

En ese orden, adelanto que ya ésta Sala (PS-2007-T°II-F°249/53), ha tenido oportunidad de pronunciarse propiciando la inconstitucionalidad del art. 15, apartado 2°; expresando que:

"La norma cuestionada (art. 15 inc. b, de la Ley 24557) dispone: "2. Declarado el carácter definitivo de la Incapacidad Laboral Permanente Total (IPT), el damnificado recibirá las prestaciones que por retiro definitivo por



invalidez establezca el régimen previsional al que estuviere afiliado. El damnificado percibirá, asimismo, en las condiciones que establezca la reglamentación, una prestación de pago mensual complementaria a la correspondiente al régimen previsional. Su monto se determinará actuarialmente en función del capital integrado por la ART."

"La citada norma no admite excepciones, por lo que ha sido impuesta por el legislador sin tener en cuenta las circunstancias de persona, tiempo y lugar que puedan hacer factible una solución diversa. Es decir: el legislador obliga al pago parcial".

"Debemos recordar que es criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico" (v. Fallos: 324:3345, 4404; 325:645, etc.).

"Ese Alto Cuerpo en autos Milone, Juan A. c/ Asociart S.A. ART (T y SS 2004-943) sostuvo la inconstitucionalidad de la norma que dispone el pago de las indemnizaciones provenientes de los accidentes de trabajo a través de una renta".

"En dicho fallo se sostuvo que desde antiguo el tribunal ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional "cuando resultan irrazonables, o sea cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuren o cuando consagren una manifiesta inequidad (Fallos: 299:428, 430, considerando 5° y sus numerosas citas). A renglón seguido la C.S.J.N. sostiene que dos circunstancias deben ser puestas de manifiesto, el objetivo de la LRT de reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y que en el Mensaje del Poder Ejecutivo se buscaba recuperar el criterio adoptado inicialmente por la ley 9688 dando preferencia a las rentas de pago periódico teniendo en cuenta las necesidades que experimentan los



damnificados. En ellos, el caso era referido a una incapacidad parcial y permanente (art. 14 inc. b, de la L.R.T.)”.

“Para analizar si las actoras pueden negarse a optar por la forma de percepción de la indemnización, aunque el legislador así lo dispuso, cabe tener en cuenta que la indemnización es una reparación del daño sufrido a consecuencia del accidente laboral y el propietario de la indemnización (art. 17 de la Constitución Nacional) es el trabajador accidentado o sus derechohabientes, quienes deben preservar la posibilidad de optar por su pago total o en forma de renta”.

“La demandada esgrime como defensa contra este argumento que el convenio de la OIT n° 17 de 1925, es una norma de jerarquía superior a las leyes. El mismo convenio prevé en su artículo 5° el pago de la indemnización en forma de capital. **Esta norma en realidad dispone la posibilidad del pago en renta o en forma de capital.** Por ello, mal puede la L.R.T. disponer exclusivamente una de las dos opciones”.

“Por su parte, el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, al establecer como atribuciones del Congreso de la Nación las de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, pone énfasis en determinados grupos tradicionalmente postergados, dentro de los cuales se menciona en forma expresa a las personas con discapacidad. Por tal razón, una interpretación conforme con el texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta en el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada, en las circunstancias sub examine, por el mandato del art. 75, inc. 23, norma que, paralelamente, asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales. Así lo preceptúa también el principio de



progresividad asentado en el art. 2.1 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con su art. 11, inc. 1, por el que los estados han reconocido el derecho de toda persona "a una mejora continua de las condiciones de existencia" (C.S.J.N. fallo "Milone" cit. en los autos "Genovesi").

Ya he mencionado que el criterio de ésta Sala es que: **"Dentro de dicho principio la norma debió prever la opción, al menos del pago directo o el pago en renta, sin que esa opción quede en manos de quien adeuda"**.

"Como ha sostenido en el fallo citado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el pago en renta a un trabajador (o sus derechohabientes como el de estos autos) puede en su caso llevar a agravar su frustración de proyecto de vida atento el accidente o muerte padecida, y la imposibilidad de optar por el pago total del capital "no se compadece con la atención de las necesidades impostergables de las víctimas más afectadas, desnaturalizándose por esa vía la finalidad protectoria de la ley (Constitución Nacional, arts. 16 y 75, inc. 23)"(C.S.J.N. fallo citado).

"Debemos dejar sentado que el pago en renta periódica no merece objeción constitucional, en cuanto tal, pero la ley sí merece dicha crítica en razón de no prever la opción a los derechohabientes de la víctima ya que, como bien dice la demandada, la aseguradora abona el capital al contado, **con lo que en nada le afecta abonársela a una AFJP o a la víctima**, y ésta fue la solución que debió prever la ley".

"A mayor abundamiento comparto la doctrina sentada por el T. Trab. N° 1 de Necochea, 1999/08/23, en autos: "Amar, Celia A. c. La Buenos Aires New York Life Seguros SA" donde se estableciera que: "Siendo la "prestación de pago mensual complementaria", establecida por el art. 15, apart. 2, ley 24557, ajena al marco del derecho de la seguridad social, ella resulta ser una propiedad absoluta de



los beneficiarios, al igual que cualquier otra indemnización emergente de una acción de daños y perjuicios del derecho común, ergo sus beneficiarios tienen derecho a usarla sin más restricciones de monto y tiempo que el que determinan las normas constitucionales; en consecuencia no puede la ley 24557 establecer una "tutela del estado", que culmina siendo, antes que una protección a las víctimas, una interdicción - violatoria del derecho de propiedad consagrado en el art. 17, C.N.- consumada con la participación compulsiva de un contrato de seguro de retiro destinado al fomento de un mercado financiero incompatible con los objetivos de la indemnización, y contrario a los designios del art. 75 inc. 19, de la C.N.". También: "Los arts. 18, 15 ap. 2 y 5 ap. 5 -c del Dec. 334/96, en cuanto disponen como forma de pago la renta, resultan lesivos a los principios de igualdad y no discriminación, derecho a la seguridad social, a la integridad física, a la vida y a la propiedad privada reconocidos y contenidos en Tratados Internacionales, de carácter supralegal, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en consecuencia debe declararse la inconstitucionalidad de las normas citadas". (también ha sido el criterio de la Sala II de esta Cámara, 19/8/04 en los autos caratulados: **"JARA NÉSTOR ADRIÁN C/ MAXIMA A.F.J.P. S/ ACCIDENTE LEY,** con voto de la Dra. Isolina OSTI de ESQUIVEL).

En función de lo supra reseñado, propiciaré al Acuerdo, la confirmación del fallo en este punto.

En relación al tope ésta Cámara en autos: **"Bernal Gustavo Andrés C/ Berkley Internacional ART S.A. s/ Accidente de Trabajo con ART"** (Expte. 349.087/7) (Sala I-PS.- 2010-Tº I- Fº 61/66), y más recientemente ésta Sala III en autos: **"Lipihual Martín Roberto c/ Mapfre Argentina ART S.A.**



s/ **Accidente Ley**" (expte. N° 361997/7) ha tenido oportunidad de pronunciarse, sosteniendo que:

"..he de destacar que tales límites fueron eliminados por decreto 1694/09 del 5/11/09, bien que en su art. 16 dispone que la aplicación del nuevo régimen tendrá vigencia para las contingencias cuyas primeras manifestaciones invalidantes se produzcan a partir de la publicación en el Boletín Oficial. Ante similar disposición contenida en el decreto 1278/00, esta Sala coincidió con la postura doctrinaria y jurisprudencial que interpretó que las nuevas indemnizaciones importaban el reconocimiento legal de la insuficiencia de las previstas con anterioridad, por lo que debían aplicarse a las situaciones pendientes de resolución..."

Y que: *"Las modificaciones introducidas por el decreto 1278/00 a la ley 24.557 -entre ellas, el cobro de una prestación dineraria adicional de pago única incorporada al art. 11 ap. 4-, entrarán en vigencia según el art. 19 del mencionado decreto a partir del primer día hábil del mes subsiguiente a su publicación en el Boletín Oficial. **Sin embargo, por razones de equidad y justicia y a la luz del art. 3 del Cód. Civil, el régimen de prestaciones adicionales establecido en el decreto 1278/00, resulta aplicable a aquellas situaciones jurídicas ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia y aún pendientes de resolución, sin que ello implique violar el principio de irretroactividad de las leyes, pues ello importa la aplicación inmediata de la ley a los efectos pendientes.** En materia de infortunios laborales y en el ámbito del régimen de la ley 24.557, resulta factible la aplicación de la ley vigente al momento de cada etapa prevista por la normativa en relación al daño, resultando irrelevante la fecha de verificación de la contingencia, es decir la fecha del infortunio para los casos de accidentes laborales, o la fecha de la primera manifestación invalidante si se trata de*



enfermedades profesionales. Es que el daño que genera el derecho a las prestaciones legales se proyecta hacia el futuro y transita diferentes etapas que la Ley de riesgos del trabajo ha previsto expresamente, por lo que el régimen de prestaciones a cumplir será obviamente el que prevea la ley al momento de nacer la obligación..." (Ídem antecedente citado).

Conforme los antecedentes expuestos, y siendo que el decreto en cuestión, si bien entró en vigencia con posterioridad a la ocurrencia del hecho, al encontrarse vigente con anterioridad a la Resolución de primera instancia, resulta plenamente aplicable al caso bajo estudio, por lo que dicho agravio habrá de ser rechazado, confirmándose la sentencia apelada en este aspecto.

En cuanto a la mora, diré que en punto a los intereses, los mismos se devengan a partir de la consolidación del daño, sea con la determinación de la incapacidad permanente o el alta médica, según lo ha sostenido esta alzada reiteradamente ("HUENUMAN SUSANA GRACIELA C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ ACCIDENTES DE TRABAJO CON ART", EXPTE. N° 347.584/7, sen. 5 de marzo de 2009).

En el caso, habiéndose determinado la incapacidad definitiva recién en oportunidad de dictarse sentencia, los intereses habrán de computarse a partir de dicha fecha, por lo que en tal sentido el agravio expuesto por la demandada tendrá acogida favorable.

Ahora bien, en cuanto a la observación efectuada en torno al cálculo de la indemnización que en función de la fórmula de incapacidad efectúa el a-quo, adelanto que le asiste razón al apelante, toda vez que dicho importe arroja la suma de **\$231.757,20** y no la de **\$299.653,54** como se expone en la sentencia.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, a la suma de \$231.757,20 se le deberá restar la efectivamente percibida por el accionante de \$39.600 y sumar al resultado,



la compensación dineraria adicional de pago único (art. 11, punto 4 b) de la Ley de Riesgo de Trabajo: \$40.000, **todo lo cual totaliza una indemnización de: \$232.157.**

Por las razones expuestas propongo al Acuerdo que se confirme en su mayor extensión la resolución de grado, modificándose el cómputo de los intereses y reduciéndose el capital a la suma detallada precedentemente de acuerdo a lo expresado en los considerandos que anteceden, manteniéndose los porcentajes de los honorarios fijados en primera instancia.

Las costas de la presente instancia se imponen a la demandada perdidosa (art. 17 Ley 921), correspondiendo regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada conforme las pautas dispuestas por el art. 15 LA.

El **Dr. Medori**, dijo:

Que en la medida de los agravios introducidos, habré de adherir al voto antecedente, señalando que en tanto el pronunciamiento de grado establece el monto de condena según los parámetros del Decreto N° 1694/09 (B.O. 06-11-2009) dictado en cumplimiento de la delegación establecida en el art. 11 inc. 3 de la Ley 24557 con la clara y necesaria finalidad de reajustar periódicamente los valores indemnizatorios fijados a los efectos de resarcir los perjuicios ocasionados por las enfermedades y accidentes del trabajo, habiendo sido consentido tal extremo por el actor y cuestionado por la accionada exclusivamente respecto al comienzo de la mora para el cálculo de los intereses, entiendo que le asiste razón a esta última respecto a que la exigencia de los accesorios será a partir de la fecha de la sentencia de grado en la que se reconoció la aplicación de los nuevos valores (conf. arts. 11-4-b) y 15-2 LRT).

Que precisamente, atendiendo la insuficiencia de los montos reparadores de la incapacidad y la aptitud de las condiciones financieras del sistema, el decreto nacional fijó



un nuevo régimen e importes para la tarifa modificando el vigente al momento del accidente en beneficio del trabajador, cuando el señalado con anterioridad por la Comisión Médica y según valores establecidos a dicha fecha, había sido asumido por la aseguradora y percibido por el trabajador.

Que si bien esta Alzada se había pronunciado acerca del momento en que la A.R.T. entra en mora y se le hace exigible la obligación, señalando el plazo de 15 días posteriores al dictamen consentido de la Comisión Médica -que es el momento más similar al que se venía sustentando en legislaciones anteriores, o sea la determinación de la incapacidad por parte del órgano médico pertinente- lo cierto es que el nuevo monto que asigna la norma al crédito no había nacido ni resultaba exigible a la aseguradora sino desde que fue reconocido en la sentencia de condena del 07 de febrero de 2011, cuando entiende que la disposición legal se aplica a las consecuencias jurídicas del evento dañoso, y no la vigente al tiempo del accidente.

Que ahora bien, desde que el interés representa la contraprestación del uso del dinero sobre el cual el acreedor tenía derecho a percibir, dado los nuevos montos de las prestaciones que actualizados reconoce la condena del 07 de febrero de 2011 -y a la que adhiere el actor- resulta insostenible la tesis por la que se hace cargar a la aseguradora deudora con las consecuencias del incumplimiento a partir del infortunio laboral (12 de julio de 2006).

Tal mi voto.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar en su mayor extensión la sentencia dictada a fs. 241/248 y vta., modificándose el cómputo de los intereses y reduciéndose el capital, conforme lo dispuesto en los considerandos que forman parte integrante de éste pronunciamiento.



2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 17 ley 921).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo fijado a los que actuaron en igual carácter en la instancia de grado (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA
REGISTRADO AL N° 192 - T° IV - F° 753 / 759
Protocolo de **SENTENCIAS -S A L A III-** Año 2011