



NEUQUEN, 28 de Febrero del año 2019

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "NARBO JORGE GUSTAVO C/ EXPERTA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA3 EXP 507901/2016) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. En hojas 234/238 apela la parte demandada.

Como primer agravio cuestiona la determinación del ingreso base mensual. Entiende erróneo que se haya tomado el salario bruto informado por la AFIP.

Cita el art. 12 LRT y destaca que la solución adoptada es arbitraria, por contradecir la norma, contemplando sumas no remunerativas y superiores al límite máximo de la base imponible para los aportes destinados al sistema previsional argentino.

Efectuados los cálculos pertinentes conforme este tope, concluye que el valor del IBM asciende a \$ 42.163,06.

Señala que este valor representa el 41,57% de la suma aplicada al cálculo de esta condena (\$101.424)

Señala que el esquema de seguros tiene tres elementos básicos que deben armonizarse entre sí, esto es una tasa, una base de imposición y un riesgo potencial. De su relación resulta el precio de la prima.

Dice que lejos de esa relación de equilibrio, se han establecido obligaciones que superan en más del doble al riesgo asegurado.

Como segundo agravio, cuestiona la tasa de interés fijada.

Afirma que, contrariamente a lo sostenido, existe un interés legal que resulta de la resolución SRT. 414/99.



1.2. Corrido el pertinente traslado, es contestado por la parte actora en hojas 240/242 solicitando su rechazo con costas.

Entiende que el cuestionamiento relativo a la determinación del IBM no fue oportunamente introducido y el recurso no cumple con el art. 265 CPCyC.

2. Ingresando en el tratamiento del primer agravio, relativo al Ingreso Base Mensual (IBM), debo destacar que si bien la sentenciante no se manifestó expresamente en relación a la declaración de inconstitucionalidad de la modalidad de su cálculo, solicitada por el actor (hoja 20), lo decidido no deja lugar a dudas a este respecto.

Hecha esta salvedad, y en relación al desconocimiento de la base máxima imponible fijada para aportes y contribuciones con destino al Sistema Integrado de jubilaciones y pensiones, debo traer a colación lo decidido en autos "CIFUENTES RUBEN EDUARDO C/ EXPERIENCIA ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA4 EXP 474382/2013).

En fundamentos que aún sostengo y resultan plenamente aplicables al caso, allí expresé que *"Según interpreto, una cosa es el haber sujeto a aporte y otra, la base imponible a los efectos de contribuir a los mismos; de allí que la base imponible delimitada en el art. 9 de la ley 24241 (y luego reglamentada por sucesivas resoluciones de la AFIP) y en cuanto establece mínimos y máximos, lo es, también exclusivamente, a los efectos del cálculo de los aportes previstos en los incs. a y c del art. 10 de la normativa previsional.*

*En otros términos: del total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones (definición tomada por el art. 12 de la ley 24.557) sólo una parte es adoptada como base imponible, pero ello, al sólo fin del financiamiento del régimen previsional.*



Así se ha señalado: "en cuanto a un límite máximo del Ingreso Base Mensual que debe considerarse por aplicación de la Resolución de AFIP N°2673/2009, desde ya adelanto su rechazo por su manifiesta improcedencia, por tratarse de una normativa/Resolución dictada por el Administrador Federal de la AFIP, de neto carácter previsional, que en absoluto puede enervar o modificar una ley de Orden Público dictada por el Congreso de la Nación como lo es la Ley de Riesgos del Trabajo N°24.557, en particular su Art. 12, el que a mayor abundamiento tampoco es modificado por aquella normativa de AFIP (lo que de ser así -inclusive- merecería reproche constitucional por lo antes expuesto), ni encuentro siquiera conexidad alguna entre ambas normas y sus respectivos objetivos, no pudiendo interpretarse del contenido del propio artículo 12 un "límite", ni mínimo ni máximo, cuando dicha norma nada establece al respecto, no correspondiendo al juzgador decir lo que el legislador no quiso decir ni ha dicho en oportunidad de legislar sobre la materia en cuestión..." (cfr. Cámara del Trabajo de la Cuarta Circunscripción Judicial, "LIBERTY A.R.T. S.A. S/ CONSIGNACIÓN" (Expte. N°12.704-CTC-2010)).

Entiendo que estas consideraciones que comparto, son trasladables al cuestionamiento aquí efectuado, desde donde el mismo no podrá ser acogido.

Y aún de no interpretarse en el modo propuesto, lo cierto es que tal limitación devendría inconstitucional en el caso concreto: La desproporción es notoria de la simple comparación entre el IBM establecido en la sentencia \$22.467,12, contra el propuesto por el recurrente.

Tal significativa merma es pasible de la solución que propiciara con relación a la aplicación del decreto 1278/0, en cuanto condujera a una solución irrazonable en términos de constitucionalidad (por confiscatoriedad, me remito nuevamente a las causas citadas en el punto 2.1.).".



2.2. Con respecto al cómputo de las sumas no remunerativas, resulta trasladable el razonamiento que formulara en autos "PUCHI MARIELA ELIZABETH CONTRA LIBERTY ART S.A. SOBRE ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA4 EXP 467224/2012).

Puesto que como allí expusiera, *"...lo que corresponde analizar, es si la indemnización que resulta por aplicación de los parámetros establecidos en el art. 12 (tal lo reclama la demandada, al contestar) conduce, en el caso, a un resultado injusto en términos constitucionales"*.

De accederse al planteo del recurrente, tomándose la suma de \$ 42.163,06 como IBM, la indemnización total ascendería a \$ 477.855.85, mientras que conforme los cálculos del sentenciante es de \$1.149.490,93.

Como puede observarse, la diferencia es considerable.

Y, como sostiene Vázquez Vialard *"en la medida en 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"* (Revista de Derecho Laboral, 2002-1 p. 719).

Debe partirse en este punto, de una premisa, cual es que todo cálculo que se efectúe debe respetar la integridad del haber del trabajador y esto demuestra el problema de base, si se advierte que *"...en muchas ocasiones, el monto resultante del cálculo de dicho importe es inferior al salario mínimo, vital y móvil, contraviniendo lo establecido en el art. 103 LCT, en el art. 14 bis y en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. En definitiva, al daño a la indemnidad del trabajador, en el marco del contrato de trabajo, se le suma un castigo adicional: la merma salarial."* (Lozano, María Paula en "El derecho a la remuneración ante el infortunio laboral", L. L. 29/06/2009, 7. L. L. 2009-D, 287. AR/DOC/1691/2009).



Es que determinar la prestación por incapacidad en función de un monto dinerario inferior al salario real "lleva aparejado un detrimento en las remuneraciones efectivamente percibidas por el lesionado, respecto de las que el trabajador hubiera recibido, si no hubiera sufrido el evento dañoso.

La incapacidad de un operario no puede ser fuente de perjuicios crematísticos para él, pues lo contrario implicaría una arbitraria desigualdad, no fundada en razones atendibles, sino en artificios y pseudo-argumentos, de dudosísima sustentabilidad, como que razones de salubridad y de protección de la salud hacen que deba favorecerse el mejoramiento de la salud de un lesionado en el trabajo, lo que no se logra imponiéndole o convalidando menoscabos de su salario, que pueden llevar a que algunas personas no denuncien directamente el accidente de trabajo, en consideración a que verían reducidos sus salarios o a razones de imperiosa necesidad económica..."

"...Si se piensa que el ordenamiento jurídico ha establecido un sistema protectorio de los trabajadores, que objetivamente y sin necesidad de prueba imputa presuntivamente la situación de incapacidad del operario que ha sufrido un infortunio del trabajo al empleador y en subrogancia de éste a la ART, no es admisible conceptualmente que el obrero perjudicado -haya o no causa imputable a él en el daño, salvo que éste sea doloso- se vea menoscabado en sus derechos al percibir un salario más bajo que el que, de no estar incapacitado, habría percibido.

A poco que se recuerde el texto del art. 14 bis de la Constitución Nacional, surge que si el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; ... descanso y vacaciones pagados; retribución justa; ... igual remuneración por igual tarea; ...", se comprueba que, de admitirse la disminución del salario de un



*accidentado, la dignidad de la condición del trabajo se vería afectada, ello no sería tampoco equitativo, quedaría afectado el derecho al descanso para la recomposición de la salud del operario, no sería una retribución justa, al establecer una especie de sanción sin reprochabilidad de la conducta del obrero, y se afectaría el principio de igual remuneración por igual tarea, porque la norma constitucional no establece que ese estándar deba aplicarse solamente en situaciones de trabajo efectivo y no cuando el obrero estuviera lesionado.*

*La contraposición entre la norma analizada y el art. 14bis C.N. arroja como conclusión que el legislador ha adoptado en el art. 12 señalado supra una pauta irrazonable, atentatoria de garantías constitucionales, al establecer que la formación del I.B.M. tendrá por base el "salario previsional" y no el que el trabajador percibiría en caso de no estar lastimado, del que se detraerían los ítems que la ley o el convenio colectivo designen como "no remunerativos", lo que se contrapone con el salario fijado por los arts. 103 y cctes. Ley 20.744..." (cfr. Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, R., O. A. c. Provincia A.R.T. S.A. s/ accidente de trabajo (sistémico) • 06/05/2014, Publicado en: LLPatagonia 2014 (octubre), 569. Voto del Dr. López Mesa. Más allá del distinto contexto, estos conceptos son trasladables al tópico en cuestión).*

*Es que, como también indicara -en el mismo pronunciamiento- el Dr. Velázquez:*

*"Todo ello deriva de haber adoptado el legislador un criterio de irrazonabilidad constitucionalmente inaceptable, cual lo es el de atender para la formación del I.B.M. a la pauta del "salario previsional", según la cual son marginados del ingreso mensual del trabajador aquellos rubros que la ley o el convenio colectivo respectivo declare "no remunerativos" (confr.: SCHICK, "Riesgos del Trabajo - Temas fundamentales", 2da. ed., p. 334), en contradicción al concepto de salario de*



los arts. 103 y sgts. L.C.T. y mutando arbitrariamente la naturaleza jurídica de la contraprestación por la labor.

A cuento viene bien recordar aquí que el principio de razonabilidad de las leyes, emanación del de legalidad, tiene por finalidad preservar el valor justicia en el contenido de cualquier acto de poder, de forma que el medio escogido para alcanzar un fin válido guarde proporción y posea aptitud suficiente para el logro de tal fin (doc. del art. 28 Const. Nac.; BIDART CAMPOS, "Manual de la Constitución Reformada", 1era. reimp., I-515/517, nros. 73/78). En el caso, si la finalidad de la prestación dineraria es reparar el daño sufrido por un trabajador, consistente en la pérdida de parte de su capacidad laboral a consecuencia de un infortunio, el instrumento elegido para ello no cuenta con dicha potencialidad, pues resarce al damnificado en medida insuficiente al asignarle una prestación inferior a la reducción de aptitud laboral experimentada por él.

A esta altura aparece otra nueva infracción constitucional. El art. 1º del Convenio 95 de la O.I.T. define al salario como la remuneración o ganancia, "sea cual fuere su denominación o método de cálculo" (sic), debida por el empleador al trabajador en virtud de un contrato laboral por el trabajo que éste haya efectuado o deba efectuar o los servicios prestados o que deba prestar. Ratificado tal Convenio por la República Argentina, la Nación "se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla" (C.S.N., Fallos 315:1492, con cita del art. 19.5 inc. "d" de la Constitución de la O.I.T.) y esa disposición, por ser de jerarquía superior a las leyes (75 inc. 22 párr. 1º "in fine" Const. Nac.), conformaba una valla que a los legisladores argentinos no les era dado franquear, primero, alterando artificialmente la naturaleza jurídica de algunos aumentos salariales -así lo declaró nuestra Corte Suprema



Nacional el 1º/8/09 in re "Pérez, A. R. c. Disco S. A." (Fallos 332:2043), reafirmando el 4/6/13 en el caso "Díaz, P. V. c. Cervecería y Maltería Quilmes S. A." (en <http://www.laleyonline.com.ar>, AR/JUR/20023/2013, consulta del 7/4/14)– y, a posteriori, echando mano al espurio concepto de "salario previsional", elaborado sibilinamente para que los empleadores evitaran aportar al sistema jubilatorio o lo hicieran por sumas reducidas (confr.: Schick, op. y loc. cit.). Saltar esa estacada ha importado violar el orden constitucional, conforme al cual aquel convenio internacional posee valor supra legal, primacía que ha de serle reconocida como principio vertebral (arts. 31 y 75 inc. 22 párr. 1º "in fine" Const. Nac.; confr.: Bidart Campos, op. cit., I-342, nº 19).

Desde luego, puesto que ese criterio legislativo desatiende la noción de que el trabajador es un sujeto de preferente tutela, el mismo resulta incompatible con el texto y espíritu del art. 14 bis de la Const. Nac., a la par que violenta la garantía de propiedad de la cual goza también el trabajador, como cualquier habitante de nuestro suelo (art. 17 ídem)...Por todo ello, considero que, supliendo la omisión en que incurriera inadvertidamente el "a quo", hemos de declarar la inconstitucionalidad del art. 12 inc. 2º de la Ley 24.557, en cuanto desagrega del salario mensual del trabajador los rubros declarados por la ley o por convenio no remuneratorios..." (ibídem).

**2.3.** Nótese que, en rigor, resultan aplicables los lineamientos establecidos por la Corte Nacional en el caso "Ascuá Luis R. c. Somisa" (10/08/2010) en tanto considera que el legislador no puede válidamente dejar de satisfacer la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima (Cons. 8º de la mayoría y 6º del voto de la Dra. Highton de Nolasco) lo que supone tomar en consideración el salario real





de la víctima al momento de determinarse definitivamente su incapacidad.

Extremo que ha sido recogido por el Decreto 1694/2009 al aplicar al periodo de incapacidad laboral temporaria y permanente provisoria (art. 6) lo establecido por el art. 208 de la LCT para el supuesto de accidente o enfermedad inculpable.

Tenemos entonces, que para determinar la constitucionalidad de la solución legal, debe analizarse si existieron rubros de naturaleza jurídica que no están alcanzados por la normativa en cuestión (art. 103 LCT), o bien, que ese promedio reduzca de modo tal el salario que resulte confiscatorio o que no se ajuste a los principios de equidad y justicia social que lideran el orden público laboral (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, Villazanti Blether, Julio César c. Swiss Medical A.R.T. S.A. s/ accidente - ley especial • 31/10/2016 Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/87688/2016).

La solución que propongo, en tanto deja en este lado "el salario previsional" al que alude el artículo 12 de la LRT, se condice además con las directivas que acuerda la ley 27348, en tanto dispone sustituir el artículo 12 de la ley 24557, en los siguientes términos:

*"Artículo 12: Ingreso base. Establécese, respecto del cálculo del monto de las indemnizaciones por incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador, la aplicación del siguiente criterio:*

*1º. 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 artículo 1º 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 servicio si fuera menor..."*



Y aclaro, a todo evento, que lo expuesto no importa efectuar una aplicación retroactiva de este ordenamiento, sino traerlo a colación como pauta interpretativa coadyuvante, siguiendo la línea trazada por nuestro Máximo Tribunal Provincial en autos "Mansur"..." (cfr. "PUCHI MARIELA ELIZABETH CONTRA LIBERTY ART S.A. SOBRE ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA4 EXP 467224/2012)).

Es que, siendo los rubros controvertidos una ganancia para el trabajador, en contraprestación por los servicios prestados o que debiera prestar, constituyen salario en los términos del art. 1 del convenio 95 de la OIT.

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, corresponde el rechazo del cuestionamiento formulado en relación a la determinación del IBM.

3. En cuanto a los intereses (segundo agravio), contrariamente a lo alegado, no resulta de aplicación la resolución SRT 414/99.

Aun dejando de lado la posición de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, en cuanto a que *"dicho dispositivo ha sido concebido y reservado para regir en el contexto del procedimiento que la Ley de Riesgos del Trabajo contempla, circunstancia que lo exhibe manifiestamente ajeno a este proceso judicial..."* (M., O. E. c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires y Otros s/Accidente de Trabajo - Fecha 23-04-2014- Cita:IJ-LXXI-715), lo cierto es que en nuestro ámbito, el Tribunal Superior de Justicia, en autos "Alocilla" (ACUERDO N° 1590 -28/04/2009) expresó que *"en el contexto económico actual, corresponde aplicar una tasa de interés que contemple la expectativa inflacionaria y no sólo que compense la falta de uso del dinero: Si la tasa de interés aplicada se encuentra por debajo de la línea trazada por la evolución de la inflación incumplirá el mandato legal de mantener incólume la condena y lesionará la garantía constitucional al derecho de*



*propiedad, amén de colocar al deudor moroso en mejor situación que la del cumplidor...".*

Es por ello que, satisfaciendo la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén la premisa descripta, el agravio en cuestión será desestimado.

4. En función de las consideraciones efectuadas, entiendo que el recurso de apelación no puede prosperar, debiendo ser desestimado en todas sus partes, con costas al recurrente vencido.

**MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

1.- Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas por la actuación ante la Alzada al apelante vencido (arts. 17 ley 921 y 68 del C.P.C. y C.).

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**