



NEUQUÉN, 23 de julio de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**VALDES ERIK MARTIN C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART**", (JNQLA6 EXP N° 509428/2017), venidos a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando M. **GHISINI** y 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 sentencia definitiva de primera instancia que luce a fs. 144/151, condenó a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo a abonar al actor la suma de \$238.857, con más sus intereses que se calcularán desde la mora (10/12/2015) hasta el efectivo pago, aplicando la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén, y le impuso las costas en atención a su condición de vencida.

Para así hacerlo, sostiene que la normativa aplicable al caso, en virtud de la fecha de ocurrencia del accidente (10/12/2015), es el art. 14, 2, inc. a) de la Ley 24.557, modificado por el decreto 1694/09, y la Ley 26.773.

Considera que el actor posee una incapacidad permanente parcial y definitiva del 7,4% VTO, indemnizable en los términos de la Ley 24.557 y normas complementarias.

Por otra parte, desestima el reproche constitucional efectuado por el actor a la norma del art. 12 de la LRT, porque no se ha detallado cual es el perjuicio concreto para el accionante, ni porque motivos se debe tomar el IBM denunciado (\$47.907,79 del mes de octubre de 2015), al no poder advertir cuál es la real afectación del derecho constitucional.

Sin perjuicio de lo cual y al solicitar el demandante que se considere para el cálculo del IBM, aquellos importes consignados como no remunerativos -la demandada guarda silencio-, con cita del fallo de la Corte Nacional "Pérez c/ Disco SA" y "Díaz c/ Cervecería y Maltería Quilmes",



declara la inconstitucionalidad de los rubros no remuneratorios que detalla, por formar parte de las remuneraciones del actor.

Esa sentencia de fs. 144/151, es apelada y fundada por la parte accionada.

A su vez, a fs. 161 y vta., los letrados de la parte actora -Jorge A. García Gaab y Rodrigo M. Buteler- apelan los honorarios que le fueran regulados por bajos.

II.- La recurrente se agravia a fs. 158/160, por la incorrecta composición del ingreso base mensual, al importar un claro apartamiento de lo establecido por el art. 12 de la LRT.

Agrega, que se toma un IBM que no se desprende de las constancias de autos, aun cuando el IBM denunciado en la demanda había sido negado por su parte, por lo que resultaba un hecho controvertido.

Destaca, que el cálculo del ingreso base mensual resulta de la suma que surja de dividir la totalidad de las remuneraciones sujetas a cotización, con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones correspondientes a los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, por el número de días corridos dentro de ese período considerado.

Menciona que el actor se accidentó el 10/12/2015, por tanto la liquidación del IBM conforme los días trabajados los doce meses anteriores hasta el día del siniestro es la que detalla, cuyo importe total asciende a la suma de \$332.647,20. De acuerdo al total de días trabajados (365), el valor del IBM es de \$30.204,04.

Dice que en virtud del art. 9 de la Ley 24.241 y sus normas complementarias, se supone la exclusión de todas las prestaciones sobre las que no corresponda cotizar y la aplicación de los topes mínimos y máximos establecidos en esa normativa.



Mantiene la reserva del caso federal.

Corrido el pertinente traslado del recurso, la parte actora contesta a fs. 163/164, solicitando en primer lugar la deserción del recurso por no cumplir con los requisitos del art. 265 del Código Procesal; posteriormente responde los agravios y pide su rechazo con costas.

Considera, que se debe recordar que la sanción de la Ley 27.348 produjo una modificación en el régimen de accidentes de trabajo, y como tal, el art. 12 de dicho cuerpo normativo, recepcionó lo ya establecido en el Convenio N° 95 de la OIT, en su art. 1, respecto de la inclusión de sumas no remunerativas a los efectos de calcular el IBM.

III.- De modo preliminar al tratamiento del recurso ensayado, cabe recordar que los Jueces de Cámara, como tribunal de revisión, se encuentran limitados por los términos de la sentencia en crisis y por los agravios de las partes. Son los litigantes quienes delimitan con sus quejas, como regla general, el alcance del conocimiento de la Alzada.

Consecuentemente, la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C.C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), y es en ese marco que corresponde analizar el recurso.

Además, los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. art. 386 del Código Procesal).

Ahora bien, ingresando en el estudio de la cuestión planteada por la demandada, respecto del cálculo del IBM realizado en la sentencia de grado, al declarar la inconstitucionalidad de los rubros no remuneratorios -vianda



644/12, suma Expte. MT 2015, Asig. Vianda compl. no rem.- por formar parte de las remuneraciones del actor, debo decir que coincido con la a quo en cuanto al silencio de la aseguradora al contestar la demanda, ante el planteo concreto del actor respecto de la inconstitucionalidad del art. 12 de la Ley de Riesgos del Trabajo.

De la compulsa de los recibos de sueldo (fs. 102/123), se advierte que en los mismos aparecen rubros excluidos de la base de cálculo de los aportes y contribuciones al sistema de seguridad social.

De modo que, por un lado, la apelante sostiene que los no remunerativos no deben computarse a los fines de determinar el ingreso base mensual; mientras que por el otro, la a quo sí los considera, al efectuar dicho cálculo sobre los haberes con aportes y los haberes sin aportes.

En los agravios la aseguradora incorpora una planilla que contiene las remuneraciones sujetas a aportes del trabajador, de acuerdo a los doce meses trabajados anteriores al día del siniestro, incluyendo el SAC (\$30.000), lo cual arroja la suma de \$332.647,20.

De modo que, al comparar mes a mes esos salarios con los que figuran en la documental incorporada a la causa, observo que no coinciden los importes de algunos meses, por lo que desconozco de donde los obtuvo dichas sumas la recurrente.

Es cierto que, de acuerdo con el art. 12 de la Ley de Riesgos del Trabajo vigente a la fecha del accidente de trabajo objeto de autos (10 de diciembre 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.

Pero, en la instancia anterior se declaró la inconstitucionalidad de los rubros "no remunerativos" por formar parte de la remuneración del actor, en base a los fundamentos que allí se exponen, lo cual no resulta



frontalmente atacado por la recurrente, de modo que al no explicar en forma concreta y razonada el cuestionamiento a dicha decisión, el fallo ha quedado en pie en este aspecto.

La inteligencia que debemos hacer de la resolución en crisis, es que cuando se habla de la inconstitucionalidad de los rubros no remunerativos (fs. 148 vta., tercer párrafo), se está refiriendo la a quo, de acuerdo a su propio desarrollo precedente, a calificar como remuneración a los diferentes conceptos analizados de modo consistente con los precedentes de la Corte Nacional que cita (Pérez y Díaz).

A mayor abundamiento, la norma del art. 12 de la LRT ha sido severamente cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia, en tanto consideraba, 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.

Al respecto, Antonio Vázquez Vialard, sostuvo: *"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).

Sostiene Juan J. Formaro, 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).

Consecuentemente, se rechaza el recurso de la aseguradora, referido al ingreso base mensual considerado en la sentencia de grado.

En relación con el agravio del actor referido a la equivocación de la a quo en lo que respecta a los fundamentos de la regulación de honorarios a sus letrados, al considerarlos bajos, advierto que en el presente corresponde señalar que la apelación fue deducida por los letrados del actor y no por derecho propio por lo que la presentación debe ser desestimada por carecer de legitimación.

En ese sentido el TSJ ha sostenido que: *“La demandada carece de interés en la revocatoria intentada, dado que no se encuentra obligada al pago y, por lo demás, el agravio consiste en que los honorarios son bajos”,* (TSJ RI 6723/09); así como también se expresó que: *“[...] no podemos dejar de señalar que la parte carece de legitimación para apelar honorarios por bajos, como en el caso aconteció, debiendo hacerlo la abogada por derecho propio”* (Sala III, en autos "FLORES MARIA PATRICIA CONTRA QUIROGA LUIS ANDRES S/ALIMENTOS", Exp. 28014/6).

En definitiva el recurso arancelario deberá ser rechazado.

Las costas por la actuación en la presente instancia, se impondrán a la parte recurrente en atención a su condición de vencida. Los honorarios de Alzada serán regulados de conformidad a lo dispuesto por el art. 15 L.A.

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:

I.- Que si bien habré de coincidir con el voto que antecede en que la sentencia de primera instancia debe



confirmarse en punto al agravio de la demandada vinculado con el Ingreso Base Mensual calculado y adoptado (\$41.081,48), disiento respecto a sus fundamentos, propiciando los siguientes:

A.- Partiendo de que al promover la demanda se solicitó que a los fines de calcular el IBM se incluyan "todos los rubros remunerativos del trabajador" (fs. 25), planteando la inconstitucionalidad del art. 12 LRT denunciando que la fórmula allí regulada constituye una "disminución sustancial" respecto al real percibido, y por ello que no procede establecer el promedio del año anterior; indica que debe utilizarse el de \$47.907,79 (fs. 25); ofrece como prueba 7 recibos de haberes correspondientes a los meses de agosto de 2015 a febrero de 2016 (fs. 28), e informativa a la empleadora para que informe sobre los recibos de haberes y adicionales desde 12 meses anteriores al accidente hasta la actualidad (fs.28).

La aseguradora demandada en su responde negó el denunciado (fs. 47), y ofreció prueba pericial contable para que sea calculado "tomando como base el IBM denunciado por la empleadora a mi mandante y a la AFIP" a tal fin (punto f - fs. 50vta/51).

A continuación, se provee la prueba por la que la empleadora del actor remite la copia de los recibos de haberes emitidos entre diciembre de 2014 y diciembre de 2015 (fs. 102/124), y llega firme a esta instancia que por el mismo auto de fecha 09.11.2017 se rechazó la producción de la pericial contable por considerarse innecesaria (fs. 84 y vta.).

Vale decir, el valor IBM fue un hecho controvertido, y por un lado estaba a cargo del demandante acreditar el denunciado (\$47.907,79), tanto como que, si la aseguradora pretendía validar otro, incluso el que por esta vía recursiva pretende (\$30.204,04) estaba a su cargo demostrar el dato objetivo del que éste podría resultar, y en



su caso, que era conforme a la base sobre la que la empleadora concretaba su aporte mensual producto de la liquidación del haber del actor, en cuanto a montos y conceptos.

B.-Luego, al haber omitido el actor individualizar o postular un análisis respecto a cuáles serían los conceptos o rubros incluidos en los recibos para delimitar su carácter remunerativo o no, ello no se satisface con el mero aporte de dichos instrumentos, como tampoco acreditó sobre ingresos posteriores a los fines de su cotejo, quedando así obstado cualquier análisis constitucional y convencional que habilite apartarse de la fórmula para el cálculo previsto en el art. 12 de la LRT; concretamente, no se comprobó en el caso desarrollo alguno en el sentido de permitir la comparación de rubros y montos que evidenciaran un perjuicio patrimonial de magnitud que justificar semejante acto jurisdiccional.

Y fundamentalmente, atento a que, como lo ha sostenido la Corte Suprema "sólo decide la inconstitucionalidad cuando no le queda vía de optar por la interpretación constitucional de la ley. Lo contrario desequilibraría el sistema institucional de los tres poderes, fundado en que cada uno de ellos actúe con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y un poder encargado de asegurar ese cumplimiento. De allí que la Corte, al ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosa en el uso de las facultades propias como en el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a los otros poderes y a las autonomías provinciales" (Fallos 249:51; 260:153;264:364) y que "la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe



ser considerada como ultima ratio de orden jurídico" (Fallos 249:51).

Finalmente, no acreditó bajo qué procedimiento, utilizando los recibos acompañados, podría resultar el IBM denunciado.

C.- A fs. 102/124 obran los recibos de haberes proporcionados por la empleadora, a los que recurre la jueza de grado para obtener como IBM la suma de \$41.081,48.

Luego, si la aseguradora no acreditó con datos objetivos lo planteado como defensa, esto es, que lo aportado mensualmente por la empleadora fuera únicamente en base a la totalidad de los montos consignados como rubros "Haberes con aportes" en aquellos recibos, no existe medio para poder discriminar como ajeno al ingreso del actor los restantes rubros, a pesar de que se hayan individualizado como "Haberes sin Aportes".

En los términos expuestos en el párrafo anterior es que propiciaré al acuerdo que se confirme el pronunciamiento de grado en punto al IBM, atento a que, como anticipara, el planteo del actor y la prueba que produjo resultó insuficiente a los fines del cotejo que pretende que permitiera habilitar la declaración de inconstitucionalidad de los rubros "no remunerativos" "Vianda 644/12, Suma Exp. MT 2015 y Asig. Vianda Compl. No Rem", para incluirlos dentro del cómputo de los rubros conceptualizados en el art. 12 de la LRT.

Que la evaluación que postulo parte de datos objetivo incuestionados como son los ingresos percibidos por el trabajador, que preserva el contenido y objeto la regla contenida en el art. 12 Ley de Riesgos de Trabajo, sin necesidad de declarar su inconstitucionalidad, concordante con los principios y garantías constitucionales protectorios del trabajador afectado por una patología que tiene origen en sus labores (art. 1º), así como la proporcionalidad y



previsibilidad para la aseguradora obligada legalmente a brindar prestaciones en los supuestos en que se concreten los riesgos cubiertos, cuando ésta omite evidenciar la entidad de las remuneraciones que constituyeron la base sujeta al aporte mensual que a su favor realiza el empleador para el aseguramiento del trabajador.

II.- Conforme al análisis y a los argumentos expuestos es que propiciaré la confirmación de la sentencia de grado en lo que es materia de recurso.

Existiendo disidencia en los votos que anteceden, se integra Sala con el **Dr. Jorge PASCUARELLI**, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Medori, adhiero al mismo.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fs. 144/151, en todo lo que fue materia de recursos y agravios, conforme los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

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

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

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

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA**