



NEUQUEN, 11 de Febrero del año 2016.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"BARRIGA JUAN MATIAS C/ QBE ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"**, (Expte. N° **449470/2011**), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Marcelo J. **MEDORI**, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico **GIGENA BASOMBRIO**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la **Dra. Patricia CLERICI** dijo:

I.- La parte actora interpone recurso o de apelación contra la sentencia de fs. 227/232, que hace lugar a la demanda, condenando a la demandada al pago de la suma de \$ 99.930 con más sus intereses y las costas del proceso.

A) La recurrente se agravia porque no se ha aplicado integralmente la Ley 26.773, ni la Resolución n° 6/2015 de la SSN.

Cita el precedente "Sepúlveda c/ Galeno ART S.A." de la Sala II de esta Cámara de Apelaciones, sosteniendo que en él se resolvió que corresponde computar el piso mínimo establecido en el Decreto n° 1.694/2009 incrementado conforme la variación del índice RIPTE.

Sostiene que el a quo incurre en violación de los principios iura novit curia e in dubio pro operario, dado que al alegar se hizo referencia a la aplicación de los arts. 3, 8 y siguientes, y también se solicitó la declaración de inconstitucionalidad del inc. 5 del art. 17 de la Ley 26.773, no surgiendo con claridad cuales son los motivos que justifican la no declaración de inconstitucionalidad de la norma mencionada, tal como fuera peticionado por su parte.



Dice que el juez de grado aplicó la Ley 26.773 en forma parcial.

Sigue diciendo que también se omitió la aplicación de la Resolución n° 6/2015, derecho vigente que no tenía que ser invocado para su aplicación, y esta omisión perjudica al trabajador y garantías de raigambre constitucional.

Por ende se agravia porque la sentencia recurrida considera como piso mínimo la suma de \$ 402.480, cuando se debió utilizar el piso mínimo fijado en la Resolución n° 6/2015, que es de \$ 713.476, por lo que el 17,5% - correspondiente a la incapacidad del trabajador- determina una indemnización de \$ 124.858,30, importe superior al de condena.

Cita jurisprudencia.

Formula queja por la no aplicación del art. 3° de la Ley 26.773. Afirma que la ley no realiza la diferenciación que hace el juez de grado, entre siniestros ocurridos antes y después de su entrada en vigencia. Cita jurisprudencia.

B) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 253/254 vta.

Dice que en realidad la Ley 26.773 es inaplicable al caso de autos y que, incluso, es errónea la aplicación en el sub lite del Decreto n° 1.694/2009.

Defiende la constitucionalidad del art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773.

II.- La controversia traída a conocimiento de la Cámara de Apelaciones refiere a la aplicación del art. 3 de la Ley 26.773 y al piso mínimo tomado por el a quo para comparar con el resultado de la fórmula del art. 14 de la Ley 24.557.

La sentencia de primera instancia se encuentra firme en cuanto a la existencia del accidente de trabajo y de



incapacidad laborativa derivada de este hecho dañoso, como así también en cuanto a que dicha incapacidad se tabula en 17,5%.

Luego, tampoco se han formulado agravios respecto de los elementos de la fórmula del art. 14 de la LRT indicados en la sentencia de grado, cuyo resultado asciende a la suma de \$ 99.930,00.

El agravio de la recurrente radica en la omisión de considerar el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 17° inc. 5 de la Ley 26.773, y en consecuencia no aplicar el incremento indemnizatorio del art. 3° de la ley citada, y tomar un piso mínimo distinto al de la Resolución n° 6/2015 de la Secretaría de Seguridad Social de la Nación.

El a quo no se ha expedido respecto del acuse de inconstitucionalidad del art. 17° inc. 5 de la Ley 26.773, aunque ha aplicado esta última norma a través de la disposición del inc. 6 del ya citado art. 17°.

Tratándose de una petición concreta de la parte actora, formulada en una etapa procesal idónea -al formular alegatos-, el juez de grado debió manifestar por qué determina la constitucionalidad de la norma en cuestión, ya que se trata de un tema que se vincula directamente con el objeto de la litis, y, además, la aplicación de la nueva legislación a través de la vía utilizada en la sentencia de grado, tal como lo destaca la apelante, no es integral.

Conforme lo he dicho en autos "Huaiquillan Curriqueo c/ Produc. Frutas Arg. Coop. Seg." (expte. 414.984/2010, P.S. 2013-III, n° 98): *"el régimen de la Ley 24.557 se enmarca dentro del ámbito de la seguridad social, conforme lo señalé en autos "Basualdo". Sobre ello existe consenso mayoritario en la doctrina, con alguna voz disidente.*

*"Señala Jorge García Rapp ("Responsabilidad individual o seguridad social" en "Riesgos del Trabajo" dirig.*



por Jorge Rodríguez Mancini y Ricardo Foglia, Ed. La Ley, 2008, pág. 289/291) que "la Argentina, en materia de reparación de los infortunios laborales -desde la sanción de la ley 9688 (1915) adoptando el modelo basado en la responsabilidad individual del empleador-, se mantuvo dentro del ámbito del derecho del trabajo, debiendo acreditarse la relación entre la dolencia y el trabajo, y cuya reparación estaba constituida por la indemnización tarifada de pago único, exclusivamente a cargo del empleador, quién podía sustituir su responsabilidad contratando un seguro.

"Sin embargo, en las legislaciones más modernas, y en gran parte de la doctrina, se ha impuesto el criterio de que la prevención y reparación de los accidentes y enfermedades profesionales trasciende el marco del derecho del trabajo, y es la seguridad social la que debe regular la cobertura de las necesidades derivadas de la muerte o la disminución de la capacidad laborativa del trabajador.

"La Organización Internacional del Trabajo, define la seguridad social como "La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, **accidente de trabajo o enfermedad profesional**, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos".

"Podemos sostener que la cobertura de los riesgos del trabajo es una de las ramas de la seguridad social, la más antigua y extendida de ellas, y en respaldo de esa afirmación citar el propio Convenio 102 de la OIT sobre Seguridad Social (norma mínima) de 1952, que en su Parte IV, se ocupa de las



*prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional".*

*"En el mismo sentido se ha pronunciado Juan José Etala, quién se inclina por incluir la legislación sobre accidentes de trabajo dentro de los sistemas de seguridad social (cfr. aut. cit., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. EDIAR, 1966, pág. 164).*

*"Con específica referencia a la Ley 24.557, Antonio Vázquez Vialard sostuvo que se trata de un régimen de seguridad social, con fundamento en el tipo de contingencias cubiertas y en el hecho de ser un sistema obligatorio (cit. por García Raff, Jorge, op. cit., pág. 298/299).*

*"Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar la causa "Gorosito c/ Riva S.A." (LL 2002-A, pág. 936) señaló que el legislador incluyó el régimen de riesgos del trabajo más en el terreno de la seguridad social que en el del derecho del trabajo. Igual criterio mantuvo la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (autos "Quiroga c/ Ciccone Calcográfica S.A.", sentencia del 23/4/2003), para quién la LRT se inserta como un subsistema de la seguridad social.*

*"...Pues bien, perteneciendo la LRT y sus modificatorias al sistema de seguridad social, "resulta manifiestamente contradictorio que una mejora en las prestaciones dinerarias discrimine entre quienes sufrieron un siniestro antes o después de la entrada en vigencia de la norma legal. Porque, repito, la Seguridad Social mira la contingencia, y en nuestro caso la contingencia no es el hecho dañoso, sino el daño. Y el daño es idéntico en un trabajador amputado con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 26.773" (cfr. Ramírez, Luis E., "Aspectos salientes de la reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo", LL,*



*Sup. Especial Nueva Ley de Riesgos del Trabajo, noviembre/2012, pág. 62).*

*"En consecuencia, el art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773, en cuanto condiciona la prestación de la cobertura que la norma determina, superadora de las prestaciones contenidas en la legislación anterior, resulta violatorio de la manda del art. 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto determina que los beneficios de la seguridad social tienen carácter de integrales e irrenunciables.*

*"La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha calificado a la justicia social -manifestada entre otros derechos, por el de la seguridad social-, como la justicia en su más amplia expresión, dirigida a ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vista a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización (cfr. autos "Bercaitz s/ jubilación", Fallos 289:430).*

*"Desde esta concepción, resulta claro que nunca pudo el legislador condicionar el otorgamiento de un beneficio de la seguridad social, aún cuando su ejecución esté delegada en una persona de derecho privado, a que el evento dañoso haya ocurrido antes o después de determinada fecha. Ello así por cuanto, tal como lo pone de manifiesto Luis Ramírez, se discrimina arbitrariamente -ya que el daño es el mismo- entre los beneficiarios de la prestación, colocando en mejor situación a un grupo de trabajadores por el solo hecho de que la primera manifestación invalidante de su enfermedad o el accidente se produzca después de la publicación de la norma en el Boletín Oficial.*

*"Asimismo, la barrera temporal que la Ley 26.773 pone al otorgamiento de mejores prestaciones conculca la*



*integralidad e irrenunciabilidad que la norma constitucional otorga a los beneficios de la seguridad social, conforme lo afirmé, desde el momento que tales caracteres exigen que la mejora de las prestaciones de un sistema dado -tal la consecuencia de la Ley 26.773- tengan vigencia inmediata para todos aquellos que se encuentren en igualdad de condiciones, la que comprende a todo trabajador víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, más allá del momento en que se verificó el hecho dañoso, en tanto su situación jurídica no se haya consolidado antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa".*

De lo dicho se sigue que, en mi opinión, la norma del art. 17° inc. 5 de la Ley 26.773 es contraria a la Constitución Nacional, correspondiendo declarar su invalidez.

III.- Sentado lo anterior, y yendo al piso mínimo cuya aplicación propicia la apelante, entiendo que no le asiste razón.

Tal como ya lo señalé en autos "Ozorio Escubilla c/ Previsión ART S.A." (expte. n° 456.038/2011, P.S. 2015-VII, n° 144) no puedo aplicar en el sub lite el piso mínimo pretendido por la actora, fijado en resolución de la Secretaría de Seguridad Social de la Nación, ya que no resulta lógico ni justo comparar una suma dineraria determinada en base a valores sin actualizar, con otra actualizada por índice RIPTE.

Entiendo que el proceder correcto es comparar el resultado de la fórmula del art. 14 de la Ley 24.557 con el piso mínimo vigente a ese momento, lo que en autos importa que la comparación debió realizarse con un piso mínimo de \$ 31.500,00 (180.000 x 17,5%) que, de todos modos, sigue siendo inferior al resultado de la fórmula antedicha.



Dejo sentado que en el precedente de esta Sala II que cita la recurrente ("Sepúlveda c/ Galeno ART S.A.", expte. 450.095/2011, P.S. 2015-V, n° 103), la suscripta no sostuvo el criterio que refiere la expresión de agravios.

Consecuentemente ha de confirmarse la sentencia de grado en cuanto determina el capital de condena en el resultado de la fórmula del art. 14 de la LRT.

IV.- En cuanto a la aplicación del art. 3 de la Ley 26.773, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma del art. 17 inc. 5 de la misma ley, no existe impedimento alguno para su aplicación.

Consecuentemente el capital de condena ha de incrementarse en un 20%, fijándolo en la suma de \$119.916,00.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 119.916,00, confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

En atención al resultado de la apelación se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia (art. 279, CPCyC), procediendo a una nueva regulación: 16% de la base regulatoria (que incluye capital e intereses, art. 20 Ley 1.594) para la letrada patrocinante de la parte actora Dra. ...; 6,4% de la base regulatoria para el apoderado de la misma parte, Dr. ...; 11,2% de la base regulatoria para el letrado patrocinante de la parte demandada, Dr. ...; y 4,48% de la base regulatoria para el apoderado de esta última parte, Dr. ..., todo de acuerdo con lo establecido en los arts. 6, 7, y 10 del arancel correspondiente.

Los honorarios del perito médico Dr. ... se regulan en el 3% de la base regulatoria, teniendo en cuenta la labor





desarrollada y la adecuada proporcionalidad que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el resultado de la apelación, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC), regulando los honorarios de los abogados intervinientes Dres. ..., ..., ... y ... en el 30% de la suma que por igual concepto se determine para cada uno de ellos para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

**El Dr. Marcelo J. MEDORI dijo:**

En orden a los términos del memorial introducido por el actor, que fueron taxativamente transcriptos y analizados en el voto que antecede, estimo oportuno reseñar que ya me he expedido sobre las cuestiones jurídicas en debate que hacen a la liquidación del haber indemnizatorio que contempla la Ley de Riesgos de Trabajo, aplicando en forma inmediata las mejoras efectuadas por decretos o leyes modificatorias, dando cuenta de la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en ejercicio del control jurisdiccional difuso de legalidad ("DIAZ GLADYS ELIANA C/ COOPERATIVA COPELCO S/ DESPIDO" (Expte. N° 309108/4), sent. del 19 de mayo del 2006); de la aplicación del dec. 1694/09, declarando la inconstitucionalidad del art. 16 del mismo ("BASUALDO HORACIO ALFREDO C/ PREVENCION ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. N° 391051/9 sent. del 24 de mayo del 2011); y de igual manera, en relación a la ley 26.773, declarando la inconstitucionalidad del art. 17 inc. 5 a los efectos ("FUENTEALBA SERGIO ARIEL C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. N° 413.572/10 sent. del 19 de septiembre del 2013), tal el adicional del 20% del art. 3° de la última norma citada, remitiéndome al análisis y fundamentos dados -a lo que me remito por razones de brevedad- sin que tal interpretación implique la aplicación retroactiva de las normas, ni que se afecte el derecho de propiedad de la



ART obligada por prestaciones (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. n de la Const. Prov.; 2 y 3 del Cód. Civ.; 11 y 49 ap. 5 de la ley 24.557; ley 26.773; dec. 1694/09; y 163 inc. 5 del C.P.C.C.).

Vale destacar que este criterio es mayoritario en esta cámara, en lo que hace tanto a la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio y a la aplicación inmediata de la normativa de ajuste de la LRT, habiéndome expedido al decidir en "FUENTEALBA SERGIO ARIEL C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. N° 413.572/10 sent. del 19 de septiembre del 2013 al que adhiere el Dr. Gisini), en los autos "MENDEZ JUAN AGUSTIN C/ CONSOLIDAR ART.S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (EXP N° 377393/8) (Sala I, Dr. Pascuarelli), y en "FUENTES CRISTIAN GILBERTO C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO" (Expte. N° 412674/10) (sala II, Dra. Clerici).

Ello, en razón de la evidente y confiscatoria desactualización de las tarifas fijadas tras el transcurso de casi diez años y el rigor inmediato de la ley a créditos aún no cancelados, en el marco del art. 3 del Cód. Civ., contradiciendo la normativa de transición referida los propios motivos de urgencia económica y excediendo la expresa delegación legislativa formulada en el art. 11 inc. 3 de la LRT, ya que el PEN, autoridad reglamentaria, debía solamente determinar la mejora correspondiente de las prestaciones de acuerdo a las circunstancias económicas generales, de ninguna manera podía condicionar su entrada en vigencia, postergando aún más la recomposición de las indemnizaciones por incapacidad de los trabajadores damnificados.

En definitiva, atento el resultado de la fórmula aplicable para determinar la prestación dineraria que parte del ingreso base del actor por ser mayor al valor mínimo ajustados siguiendo la Ley 26773 (conf. "CORREA SERGIO C/



GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. EXP N° 442094/2011 Sent. 11 de septiembre de 2014), así como, precedente el adicional del 20% del art. 3° de la Ley 26773, habré de adherir al análisis y solución propiciada en el voto que antecede.

Por ello, esta **SALA II.**

**RESUELVE:**

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 227/232 en relación al capital de condena, el que se fija en la suma de PESOS CIENTO DIECINUEVE MIL NOVECIENTOS DIECISEIS (\$119.916,00), confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

II.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia (art. 279, CPCyC), y proceder a una nueva regulación: 16% de la base regulatoria (que incluye capital e intereses, art. 20 Ley 1.594) para la letrada patrocinante de la parte actora Dra. ...; 6,4% de la base regulatoria para el apoderado de la misma parte, Dr. ...; 11,2% de la base regulatoria para el letrado patrocinante de la parte demandada, Dr. ...; y 4,48% de la base regulatoria para el apoderado de esta última parte, Dr. ..., todo de acuerdo con lo establecido en los arts. 6, 7, y 10 del arancel correspondiente.

III.- Regular los honorarios del perito médico Dr. ... en el 3% de la base regulatoria, por los motivos indicados en los considerandos pertinentes.

IV.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el resultado de la apelación, en el orden causado (art. 71, CPCyC).

V.- Regular los honorarios de los abogados intervinientes en esta instancia, Dres. ..., ..., ... y ... en



**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**

el 30% de la suma que por igual concepto se determine para cada uno de ellos para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

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

**Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. MARCELO MEDORI**

**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**