



NEUQUEN, 12 de febrero del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**OLGUIN VILCHES MICHAEL CAIN C/ EXPERTA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART**", (JNQLA2 EXP N° 505444/2015), 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 la **Dra. Patricia CLERICI** dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 182/184 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia porque el a quo ha tomado un ingreso base mensual, aplicando una remuneración denunciada en la demanda en el marco de un planteo de inconstitucionalidad, que no fue tratado en el resolutorio recurrido.

Dice que al contestar la demanda se impugnó el valor denunciado en el escrito inicial, denunciando la cuantía del ingreso base mensual que entendía correcto.

Sigue diciendo que lo actuado por el juez de grado se aparta de la manda del art. 12 de la LRT.

Realiza los cálculos pertinentes.

Alega la conculcación del derecho de propiedad de su parte.

En segundo lugar se agravia por la tasa de interés aplicada en la instancia de grado.

Señala que rige para el caso de autos la resolución n° 414/99 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, conforme lo indica el art. 768 del Código Civil y Comercial.



Mantiene la reserva del caso federal.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 193/195.

Dice que la demandada ninguna oposición planteó al contestar la litis respecto de la incorporación de rubros no remunerativos a la base de cálculo del IBM, limitándose a rebatir el planteo de inconstitucionalidad.

Entiende que por ello la crítica en este aspecto no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Invoca el principio de congruencia y la reciente modificación de la ley 27.348, que modifica esta base de cálculo en sentido igual al adoptado por el juez de grado.

Con relación a la tasa de interés señala que el recurrente no rebate los fundamentos del fallo "Mansur".

II.- La sentencia de primera instancia ha fijado el ingreso base mensual del actor en la suma de \$ 38.314,57, con fundamento en el haber denunciado en la demanda y la documentación obrante a fs. 90.

Al contestar la demanda, la demandada impugnó el ingreso base mensual denunciado por el actor, señalando que tal valor era de \$ 27.803,23.

Ahora bien, el juez de grado ha estado al ingreso base mensual denunciado por la actora, considerando que ello coincide con la información brindada por la AFIP y que obra a fs. 90.

Sin embargo, los datos brindados por la AFIP informan sobre la remuneración bruta del trabajador, en tanto que a fs. 103/118 obran recibos de haberes del actor correspondientes al año anterior al accidente de trabajo, de los que surge que, como parte de la remuneración mensual, se liquidaban al actor rubros que no tributaban al sistema de



seguridad social (viandas y otros identificados con el número de resolución).

Por ende, debió el juez de grado expedirse sobre la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT, como paso previo a incluir los importes no remunerativos en la base de cálculo del IBM.

Ahora bien, pudiendo ser subsanada la omisión en esta instancia, no corresponde nulificar la resolución recurrida.

El art. 12 de la LRT, en la redacción vigente al momento del hecho dañoso, tomaba como base de cálculo del ingreso base mensual, el denominado salario previsional. O sea, aquella parte de la remuneración mensual del trabajador que generaba aportes y contribuciones al sistema de seguridad social.

La realidad nos muestra que contemplar solamente el salario previsional a efectos de liquidar la indemnización por daños provocados por accidentes de trabajo deja fuera una parte sustancial de la remuneración, dada la proliferación de aumentos salariales otorgados a través de rubros no remunerativos, destinados a evitar que el empleador vea incrementada su carga contributiva al sistema de seguridad social. Claro que tal proceder ignora los derechos del trabajador, y la especial tutela que la Constitución Nacional manda brindarle (art. 14 bis) ya que desfinancia las instituciones de la seguridad social, a la vez que influye negativamente sobre las indemnizaciones de toda naturaleza debidas a las personas que trabajan en relación de dependencia.

Y esta detracción del salario del trabajador se advierte más injusta en tanto en el sub lite se trata de reparar los daños ocasionados por un accidente de trabajo.



Juan J. Formaro señala, con relación al art. 12 de la LRT en la redacción anterior a la reforma de la ley 27.348, que: *"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...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. 2º de la Const. 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 9º 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 n° 95 de la OIT al quitar o desconocer la naturaleza remuneratoria. Tendrán incidencia, por tanto, los conceptos otorgados que aparenten militar entre los llamados beneficios no remunerativos, de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Pérez c. Disco S.A." y "González c. Polimat S.A. y otro" -cfr. aut. cit., "Riesgos del Trabajo", Ed. Hammurabi, 2013, pág. 161/162-.

La injusticia antedicha fue reconocida por el mismo legislador, en tanto la ley 27.348 reforma la redacción del art. 12 de la LRT, y consagra como base de la liquidación del IBM al salario laboral, en los términos del art. 1 de la Convenio n° 95 de la OIT.



A los fundamentos expuestos para la invalidación de la norma del art. 12 de la LRT, en cuanto excluye los denominados rubros no remunerativos de la base de cálculo del IBM, agrego que en autos "Ascuá s/ SOMISA" (sentencia del 10/8/2010, Fallos 333:1.361), la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que la modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a los daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado, no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima. Y esta capacidad de ganancia o pérdida de ingresos de la víctima se relaciona con la totalidad del salario que percibía como trabajador en actividad, y no con una parte menguada de él.

Por lo dicho es que entiendo que el art. 12 de la LRT deviene inconstitucional en cuanto limita la base de cálculo del IBM al salario previsional.

Por ello se confirma el fallo de grado en orden al modo de calcular el ingreso base mensual.

III.- En lo que refiere a la tasa de interés aplicada en el resolutorio de primera instancia, el art. 768 inc. c) del Código Civil y Comercial determina que si las partes no han fijado la tasa de interés aplicable, ni ella surge de leyes especiales, los jueces debemos aplicar la tasa de interés que determinen las reglamentaciones del Banco Central.

En tanto no existen estas últimas reglamentaciones, debe estarse a la tasa de interés activa del Banco Provincia del Neuquén que es la que se utiliza usualmente en el fuero, y responde a las modalidades locales.

En cuanto a la equiparación que hace el recurrente de la tasa fijada por una resolución de la Superintendencia de



Riesgos del Trabajo a la categoría de tasa legal, en los términos de la norma antedicha, no es procedente.

El texto de la norma del Código Civil y Comercial refiere a leyes especiales, y una resolución administrativa de ninguna manera puede ser entendida como ley especial.

Consecuentemente se confirma la tasa de interés aplicada en el fallo apelado.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo, 1) rechazar el recurso de apelación de la parte demandada; 2) declarar la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT en cuanto excluye a los rubros denominados no remunerativos de la base de cálculo del ingreso base mensual; y 3) confirmar el fallo de grado en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, en el 5,88% de la base regulatoria para el Dr. ...; y en el 4,12% de la base regulatoria para el Dr. ..., de conformidad con los prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. José I. NOACCO 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. 182/184 vta. en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).



III.- Regular los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, en el 5,88% de la base regulatoria para el Dr. ...; y en el 4,12% de la base regulatoria para el Dr. ..., de conformidad con los prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

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