NEUQUEN, 12 de marzo de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MAYA ADRIAN SERGIO C/ ASOCIART ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"**, (**JNQLA4 EXP** N° **502389/2014**), 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, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I.- La parte demandada apeló la sentencia de fs. 213/218 vta., por cuanto no se dedujo del monto total la suma de $213.591,71 que fue dada en pago, con más la de $4.036,94 por la deducción del impuesto a las transferencias bancarias, cuando en la providencia de fecha 24 de junio de 2014 se tuvo presente tal dación; aún cuando el actor se haya negado a su cobro argumentando sufrir una mayor incapacidad y por considerar que la prestación debía ser ajustada con RIPTE. Citó un fallo de la Sala I de esta Cámara, al respecto.

En segundo lugar, se agravió por el ingreso base mensual -en adelante IBM- determinado por el sentenciante, en una suma mayor a la consentida por su parte en función de la denunciada por el actor -$3.989,55-, por ser una cuestión que no se encontraba controvertida y, por tanto, aparecer incongruente. Citó doctrina especializada.

Luego, se quejó de que se haya consignado que en el año aniversario anterior al siniestro el actor percibió la suma de $52.894,94, importe que fue fijado arbitrariamente sin precisarse cuáles fueron los elementos probatorios que permitieron arribar a tal decisión, puntualmente, al contemplarse los haberes no remunerativos.

Señaló que el siniestro se produjo el día 30 de marzo de 2012 y que de acuerdo al art. 12 de la Ley de Riesgos de Trabajo -en adelante LRT- vigente al momento de aquel, se deben computar las remuneraciones sujetas a cotización correspondientes al periodo 1 de marzo de 2011 al 28 de diciembre de 2012.

Finalmente, apeló los honorarios regulados a los letrados de la parte actora y de los peritos por altos; efectuó reserva del caso federal y peticionó.

La parte actora no contestó el traslado corrido a fs. 228.

II.- Sintetizada la cuestión e ingresando a su estudio, comenzaré por el primer agravio, por una cuestión de orden metodológico.

En esa tarea, observo que la accionada alegó, al contestar la demanda, haber abonado al demandante, en sede administrativa, la suma de $ 213.591,71, con fundamento en la incapacidad otorgada al actor por la comisión médica n° 9 (42,09%).

Posteriormente, a fs. 61/62 acompañó el depósito efectuado por tal cantidad, la que imputó a la cancelación de la indemnización por la incapacidad referida.

Corrido el traslado pertinente, el actor manifestó expresamente su negativa respecto a esa dación (v. fs. 67).

Abierta la causa a prueba, el a quo rechazó la prueba informativa ofrecida por el demandado respecto al expediente generado en la instancia administrativa, por innecesaria, ante la falta de desconocimiento; y la parte interesada consintió esta resolución.

Ello, no obstante haberse puesto en conocimiento del actor su existencia y de haber negado expresamente el reconocimiento de ese pago (v. fs. 63).

Es así que cayó sobre la recurrente la carga de acreditar este hecho, debiendo probar el pago invocado y no lo hizo; lo que determinó su rechazo por parte del juez de grado (v. fs. 217/vta., punto 4.6.-).

En ese aspecto, *"…Es sabido que el depósito judicial constituye un acto unilateral que, por sí solo, no tiene carácter extintivo. Sus efectos cancelatorios se perfeccionarían al momento en que el acreedor tiene la posibilidad de hacerse de su dinero.*

Tal circunstancia, eventualmente, puede implicar la previa aceptación del pago, o la resolución judicial que decida la negativa a aceptarlo, o la reserva de los derechos pertinentes en casos de pagos parciales o, que quede firme la resolución que lo anoticia o, al menos, los mínimos pasos procesales para lograr la disposición de los mismos (escrito solicitando entrega de fondos, resolución que así lo disponga y el libramiento del oficio pertinente).

Debe tenerse presente que "los fondos depositados judicialmente, sólo pueden ser removidos por extracciones, embargos o Poder Judicial de la Nación USO OFICIAL transferencias, mediante orden del juez a cuyo nombre estén consignados, o a la de su reemplazante legal" (ley 9667, art. 1°).

1.1. En tal entendimiento, es lógico que la obligación debida siga generando los intereses correspondientes mientras los fondos se encuentren indisponibles.

1.2. Esto es así, en tanto la indisponibilidad obedezca a causas no imputables al acreedor, pues bastaría su

inacción o el infundado rechazo del pago, para hacer más gravosa la deuda. El acreedor no queda dispensado de obrar con buena fe, representada en el deber positivo de colaborar y actuar con celeridad y diligencia...

1.3. Asimismo, corresponde tener presente y contemplar: i) que la dilación en la concreta percepción de los fondos reconoce como causa directa el modo de pago elegido por la demandada, ii) como así también suponer -en principio- la intención del acreedor de recibir el dinero que inspira su accionar, aun cuando la suma constituya un pago parcial…"

"*(…) El mero conocimiento del depósito -ocurrido en tales fechas- no convierte en firme la dación en pago ni, por sí misma, hace que la actora pueda disponer de los fondos, como se sostuvo en origen...* (cfr. "Caja complementaria de Previsión para la Actividad Docente c/ Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires s/ Ejecución Fiscal", Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala tercera, expte. n° 18.032, del 28/02/2012).

Ello, sumado a que aún tales montos no se encuentran disponibles, dada la falta de firmeza del resolutorio objeto de este caso, no resultando razonable hablar en este estado de cosas de demora o devengamiento de intereses, dado que los montos ni siquiera se encuentran liquidados conforme a la normativa procesal (art. 51, ley 921).

Por lo tanto, este agravio no habrá de prosperar.

III.- Yendo ahora al planteo que involucra el cálculo del IBM, entiendo que el agravio central de aquel es la inclusión de las sumas no remunerativas en su cálculo, por parte del magistrado de grado.

De acuerdo con el Decreto 1278/00, el cálculo de las prestaciones económicas de LRT se efectuaban sobre las

sumas sujetas a cotización a la seguridad social, esto es, el salario previsional.

Posteriormente, el decreto 1694/09 modificó este criterio, estableciendo que las prestaciones tanto para la incapacidad laboral temporaria –ILT- como permanente provisoria –IPP-, se calcularán de acuerdo al art. 208 de la Ley de Contrato de Trabajo, para los hechos ocurridos con posterioridad al 6 de noviembre de 2009, esto es, el salario laboral.

Por lo tanto, el salario previsional del art. 12 de la LRT seguiría rigiendo para el cálculo de todos los hechos anteriores a la fecha de vigencia del decreto 1694/09 y para la liquidación de la incapacidad permanente definitiva –IPD-, ésta última para los hechos anteriores e incluso posteriores a la entrada en vigor de la ley 26.773, dado que no se ha modificado ese criterio en la norma original con relación a las prestaciones por tal incapacidad.

En esa línea, de acuerdo con el texto del art. 12 de la LRT vigente a la fecha del accidente de trabajo de autos -30 de marzo de 2012-, el ingreso base mensual debía ser calculado, en lo que aquí interesa, sobre el salario laboral devengado en los doce meses anteriores a aquel.

Ahora bien, la pregunta a responder es si este salario laboral se integra o no con aquellas prestaciones que forman parte del ingreso mensual del trabajador, pero que carecían en la ley de carácter remuneratorio.

Y es este punto, no asiste razón al recurrente, toda vez que el cálculo debe efectuarse sobre el total de las remuneraciones, lo que determina que la base del cálculo sea el importe "bruto", independientemente de que sobre él se practiquen retenciones al abonarse el salario (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, Gómez

Mastrogiovanni, Jesús H. c. MAPFRE Argentina ART SA s/ accidente - ley especial • 31/03/2017, Cita Online: AR/JUR/20263/2017;en igual sentido, SD N° 93809, del 14 de noviembre de 2013, dictada en autos "Santucho, Héctor Luciano c. Consolidar ART SA s/ accidente - acción especial", del registro de igual sala).

Recientemente y sobre el punto, en la causa "Olguín Vilches c/ Experta ART", (expte. n° 505.444/2015, del 12 de febrero de 2019), esta Sala sostuvo que:

"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. 2° 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 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 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 "Ascua 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..." (Del voto de la Dra. Clerici).

Sobre estos parámetros advierto que del cotejo de los recibos de haberes obrantes a fs. 6/12 y 150/168 con el ingreso mensual base tomado por el a quo en su sentencia, en éste último aparecen incluidos los rubros remunerativos, en consonancia con las consideraciones hasta aquí efectuadas.

Y revisados los cálculos para alcanzar tal ítem, concluyo en que los valores asignados resultan correctos, en función de la normativa aplicable y la interpretación que de ella se hizo en la sentencia en crisis y en la presente.

En ese orden, no puede hablarse de incongruencia o pluspetición, como sugiere el recurrente, dado que el valor de la condena, en relación con los rubros y montos demandados, depende del arbitrio judicial y del ejercicio pleno de las

facultades contenidas en el art. 34 y concordantes del Código Procesal.

Conforme con estas manifestaciones, este agravio tampoco habrá de prosperar.

IV.- Finalmente, abordaré el recurso arancelario planteado el que, adelanto, habrá de prosperar.

Ello, por cuanto el juez de grado ha regulado los honorarios de los letrados de la parte actora en el máximo de la escala del art. 7 de la ley 1.594.

En efecto, considero que tal regulación no se adecua a las pautas del art. 6 de la ley arancelaria, ya que teniendo en cuenta la complejidad del proceso, el resultado obtenido, la calidad, eficacia y extensión del trabajo profesional y la disposición del inc. f) de la norma citada, aparece como una retribución excesiva, sin perjuicio de la valía y corrección de la actuación de los letrados.

Por lo cual, se reducirán los honorarios determinados para el letrado de la parte actora, fijándolos en el 22,4% de la base regulatoria (16%, art. 7 más 40% art. 10, todo del arancel para abogados).

Y en lo referido a los honorarios de la perito médica, teniendo en cuenta la adecuada proporción que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes, y la labor cumplida por los expertos, también serán reducidos al 4% de la base regulatoria.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, y modificar, también parcialmente, la sentencia recurrida, fijando los honorarios del Dr. ..., en el doble carácter por la parte actora, en el 22,4% de la base regulatoria, y los de la perito médica, ..., en el 4% de la

base regulatoria; confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen por su orden, no obstante la forma en que se resuelve y por no haber mediado contradicción (arts. 68, 69; CPCyC).

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 170/175, del Dr. ..., en el doble carácter por la parte actora, en el 22,4% de la base regulatoria, y los de la perito médica, ..., en el 4% de la base regulatoria; confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia por su orden (arts. 68, 69; CPCyC).

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

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria