

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 12 días del mes de febrero de 2016, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de esta Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, Dres. Jorge A. Serra y Carlos D. Rinaldis y Dra. Marina Venerandi, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "VILLANUEVA SILVA, Erwin Jaime C/ HORIZONTE CIA. ARG. DE SEGUROS S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (M 4107/13- Conc.Capararo)", Exp. N° 25389/14, iniciado el 19/03/2014. Habiéndose cumplido el procedimiento de deliberación previa, de lo que da fe el Actuario, el Tribunal se planteó la siguiente única cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

---Practicado el sorteo, el orden de votación resultó ser el siguiente: primer votante, Dr. Jorge A. Serra; segundo votante, Dr. Carlos D. Rinaldis, y tercer votante, Dr. Marina Venerandi.-

--- A la cuestión planteada el Dr. Jorge A. Serra, dijo:

--- I) Antecedentes:

--- 1) A fs. 72/89 se presenta el Dr. Adolfo Díaz Mendizabal, en representación de Erwin Jaime Villanueva Silva, con el patrocinio de la Dra. Florencia Rodríguez Bartkow.- En tal carácter inicia demanda contra Horizonte Cía. Argentina de Seguros Generales S.A., tendiente al cobro de la suma de \$ 164.156,62.- (o lo que en definitiva surgiere de la prueba a producir), con más sus intereses y costas.-

--- Solicita que se declare la inconstitucionalidad de diferentes artículos de la ley 24.557, conforme los fundamentos que expone a fs. 70/77.- A los fines de no extender la presente en demasía, me remito a una lectura de los mismos.-

--- En cuanto a los hechos que sustentan su pretensión, sostiene que su mandante comenzó a prestar servicios para la firma Oriente Construcciones el día 12/12/2011, realizando tareas que encuadran en la categoría de Oficial Albañil, conforme convenio CCT Nro. 76/75.-

--- El día 28/5/12, mientras realizaba tareas en un Plan de Viviendas, al encontrarse levantando un molde de una vereda, sintió un tirón muy fuerte en su hombro derecho.-

--- Efectuada la denuncia y luego de idas y vueltas (ver fs. 77), la ART admitió el siniestro y el actor fue sometido a una intervención quirúrgica el día 29/10/12 y prosiguió con rehabilitación y otros tratamientos, hasta que el 17/5/13 se determinó su alta médica con una incapacidad laboral permanente parcial y definitiva del 12%.-

--- Conforme informe del Dr. Cecchin -especialista en medicina laboral-, Villanueva Silva padece de una incapacidad del 26,37%.-

--- Efectúa de manera detallada y fundada el cálculo de la suma indemnizatoria (ver fs. 80/86).- Ofrece prueba (fs. 86/89).-

--- 2) Corrido traslado de la demanda (fs. 90), a fs. 103/5 comparece el Dr. Rodolfo García Susini en representación de la demandada, con el patrocinio de los Dres. Luis Courtaux y Martín Paterlini.-

--- Sostiene que corresponde el rechazo de los planteos de inconstitucionalidad formulados por el actor (ver fs. 103/4) y niega que la suma a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización ascienda a \$ 8.330,16.-, habiendo cumplido la aseguradora con la normativa vigente, poniendo a disposición del trabajador la suma que se debía pagar por la incapacidad (ver fs. 99/99vta. y 103).-

--- 3) A fs. 120 se dispuso la apertura a prueba de la causa y se proveyó aquella que resultaba conducente.- Una vez producida la misma, a fs. 189/194 y 195 obran alegatos formulados por las partes.-

--- Finalmente, a fs. 196 se ordenó el pase de los autos al Acuerdo.- Por lo tanto, corresponde emitir un pronunciamiento definitivo

--- II) Hechos:

--- Conforme lo dispuesto por el art. 53 de la Ley 1504 me referiré a los cuestiones de hecho que apreciadas en conciencia, considero efectivamente acreditadas y relevantes para la resolución de la presente causa.-

--- 1.- El Sr. Erwin Jaime Villanueva Silva sufrió un accidente de trabajo el día 28 de mayo de 2012, en circunstancias en que desempeñando sus labores del albañil levantaba un "molde de vereda", lesionándose su hombro derecho.-

--- 2.- Fue atendido y controlado por Horizonte Seguros S.A., que le brindó tratamiento médico (siendo inclusive sometido a una intervención quirúrgica), farmacéutico y kinesiológico.-

--- 3.- El día 18/5/13 la ART dispuso el alta médica, con una incapacidad permanente, parcial y definitiva del 12%.-

--- Conforme invoca la demandada, la Comisión Médica Nro. 18 estableció un porcentual del incapacidad del 11,87%, lo que habría implicado el agotamiento del trámite administrativo.-

--- 4.- Que existiendo controversia respecto del grado de incapacidad que padece el actor, se dispuso la producción de prueba pericial médica que obra a fs. 165/66.-

--- El Dr. Tomás Trapani, ha dictaminado que el actor padeció una lesión de manguito rotador de resolución quirúrgica y una lesión de Slap (desincursión parcial de rodete

labral superior -ver apartado "a" - fs. 165).-

--- De acuerdo a las limitaciones que presenta en el miembro superior derecho (fs. 165 in fine/166), el perito médico estimó que padece una incapacidad parcial del 27.72%.-

--- El Dr. Trapani estimó que dicha incapacidad podría variar en caso de ser reintervenido quirúrgicamente el actor.-

--- Ahora bien, ello carece de relevancia a los fines de la determinación de la incapacidad en estos autos, en los términos del art. 9, inc. 2do. de la ley 24.557.-

--- Respecto al valor probatorio de la pericia médica ha resuelto en reiteradas ocasiones la jurisprudencia que "La pericia médica es el elemento probatorio hábil por excelencia para determinar la etiología de la dolencia y, consecuentemente, la existencia de relación causal o concausal entre las condiciones del desempeño laboral a las que se encuentra expuesto el trabajador y el quebranto de su salud. (SCBA, L 84092 S Fecha: 24/08/2005; Carátula: Rodríguez, Higinio Santiago c/Mirasur S.A. s/Indemnización enfermedad-accidente de trabajo; Mag. Votantes: Pettigiani- Kogan- Genoud- Hitters-Soria, fallo publicado en Lex Doctor).-

--- En este caso, las partes no han requerido explicaciones al perito médico, ni han efectuado cuestionamiento idóneo alguno (más allá de la impugnación de fs. 175 - a cuya lectura me remito).-

--- III) DECISORIO:

--- A) Competencia del Tribunal; Desde lo resuelto en los autos "Cárdenas Villagra, Carlos M. c/Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. s/ sumario" (expte. 25339/14)", esta Cámara Segunda del Trabajo ha declarado su competencia para intervenir en este tipo de causas, respetando el principio del Juez natural y ratificando por ende, la inconstitucionalidad en tal sentido del art 46 de la ley especial.-

--- En este sentido cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se ha expedido en relación al tema en debate, respetando el principio del Juez Natural a partir de los autos "Castillo Angel Santos C/ Cerámica Alberdi SA", "Venialgo Inocencio C/ Mapfre Aconcagua ART S.A. Y otro", declarando la inconstitucionalidad de esa norma, por interpretar que atribuir a la justicia federal la competencia para conocer en materia de derecho común (como lo es la relacionada con los accidentes de trabajo), implica sustraerla de la competencia de los Tribunales ordinarios, que es lo que corresponde de acuerdo con las normas constitucionales.-

--- Por otra parte, ha sido adoptada dicha postura por la mayoría de los Tribunales del país, incluyendo la jurisprudencia unánime de la Cámara Primera del Trabajo de esta

ciudad, compartiendo los fundamentos vertidos en el sentido de respetar la atribución de competencia a la justicia ordinaria para entender en los conflictos entre trabajadores y las aseguradoras de riesgos del trabajo a fin de respetar el principio de Juez Natural y del debido proceso de neto raigambre constitucional, ratificando por ende la inconstitucionalidad en tal sentido del Art 46 de la ley de Riesgos del Trabajo 24557.-

--- B) Inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557;

--- A los fines indemnizatorios propongo al acuerdo declarar la Inconstitucionalidad del Art. 12 Ap 1 de la Ley 24557 conforme las facultades que otorga el Art. 196 de nuestra Constitución Provincial, en tanto resulta indispensable determinar la remuneración pertinente al los fines de realizar el cálculo indemnizatorio previsto por ley.-

---Dispone la norma en cuestión que :”A los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones ..devengadas en los doce (12) meses anteriores a la primera manifestación invalidante o el tiempo de prestación de servicio si fuera menor a un año por el número de días corrido comprendidos en el período considerado.”

--- Dicha normativa no hace más que lesionar los derechos del trabajador, en tanto percibiría una suma totalmente depreciada y sin relación con sus ingresos al momento del dictamen de la Comisión Médica.-

---Por ello, deberá declararse la inconstitucionalidad del mismo y realizarse el cálculo previsto por ley, tomando el salario del actor al momento de producirse el siniestro (28 de mayo de 2012).-

--- Sostener lo contrario, es decir tomar como base de cálculo el salario del año anterior a la primera manifestación invalidante (o el período inferior si su antigüedad fuere menor -caso de autos-), significaría estar frente a un salario notoriamente depreciado al tiempo de liquidarse/abonarse la prestación en especie.-

--- Ello atentaría contra esenciales principios de raigambre constitucional como lo son el derecho a una remuneración justa, a la integridad salarial, a una reparación integral y justa, como así también el derecho de propiedad, motivo por el cual considero corresponde declarar la Inconstitucionalidad de la norma en cuestión, esto es del Art. 12 Apartado 1 de la Ley 24557 en cuanto refiere al modo de efectuar el cálculo del ingreso base.-

--- C) Decreto 1694/09;

--- Tal como lo he señalado en autos "Gallardo Ojeda, Ruth M. C/ Mapfre Argentina

ART S.A. s/ sumario (I) " (exp. N° 24597/13, fallo del 19/3/2015) , el cálculo de las prestaciones, deben ser efectuado en los términos del art. 6to. del Dec. 1694/09, que establece que las prestaciones dinerarias "...se calcularán, liquidarán y ajustarán de conformidad con lo establecido por el art. 208 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) y sus modificatorias...."-

--- Dicha modificación, determina que las prestaciones dinerarias por ILT e ILPP, no podrían haber resultado inferiores a las sumas que hubiese percibido la trabajadora de no haberse producido el impedimento.-

---Respecto a la ILT, la diferencia cualitativa respecto del régimen vigente con anterioridad al Dec. 1694/09, es que el ingreso base, debió calcularse y ajustarse de acuerdo con el art. 208 de la LCT y no con el criterio de salario previsional originalmente previsto en el art. 12 de la ley 24.557.-

--- Es decir, que no se modificó sólo el reajuste por el transcurso del tiempo, sino que la nueva redacción significó una modificación de la ley en la estimación originaria de las prestaciones provisorias (en uso de las facultades conferidas por el art. 11, inc. 3ro. de la ley 24.557), que implicaba el pago total del monto liquidado en los términos del art. 208, sin ninguna reducción porcentual en función del grado de incapacidad parcial.-

---Y aun cuando pudiera haber existido algún margen de duda en cuanto a la interpretación de la norma, lo cierto es que ante una hipótesis de concurrencia de normas que podrían estar destinadas a reglar la misma situación jurídica, resultaría de aplicación el art. 9 de la LCT, debiendo prevalecer aquella más favorable al trabajador (Schik, Horacio, "Régimen de Infortunios Laborales", pags. 476 y ss.) .-

--- D) Aplicación del RIPTE e Indemnización Adicional, previstos en arts. 17, inc.6 y 3 de la ley 26773 (ver ampliación de demanda de fs. 92);

--- Sin perjuicio de sostener mi opinión ya vertida al respecto, en votos anteriores al presente (en cuanto a que la pretensión del RIPTE previsto en el art. 17 de la ley 26773 sólo configura un ajuste del valor dinerario de una obligación ya prevista en la ley 24557); en función de lo resuelto por Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, in re "Reuque" N° 26842/13 STJ); "Martinez" (Expte. N° 27282/14 STJ) y "Gonzalez" (Expte. N° 27105/14 STJ) entre otros, en los cuales declaró la improcedencia de dicho índice para hechos acontecidos con anterioridad a la publicación en el Boletín Oficial de la ley 26773; en los términos del art. 43 de las L.O., resulta procedente adecuar las conclusiones de la presente a dicha jurisprudencia del Superior por evidentes razones de economía procesal.-

--- E) Conforme lo expuesto y la escala salarial que correspondiera al mes de mayo de 2012 (CCT 76/75), he de tomar como referencia el valor hora correspondiente a la categoría de "Oficial" (conforme las propias tareas que desplegaba al momento del hecho), con más la zona desfavorable (total \$ 19,00.-), que multiplicadas por 176 horas mensuales (44 semanales), arrojan la suma de \$ 3344.-

--- A ello he de adicionar el 20% por presentismo (ver escala salarial vigente entre noviembre 2011 y mayo 2012), lo que arroja una suma mensual de \$ 4.012,80.-

--- Adicionada a la misma el porcentual proporcional del SAC devengado mensualmente (8,33%), se arriba a un ingreso base de \$ 4.347,06.-

--- Dejo constancia que no se computa ninguna suma en concepto de horas extras, al no existir elementos probatorios que acrediten su realización (ni siquiera los recibos de sueldo correspondiente a los meses anteriores al siniestro).-

--- F) Sobre la suma resultante, deberán adicionarse intereses a partir de la fecha del siniestro, , calculados al 24% anual hasta el 31.12.2014.-

--- Negar los intereses compensatorios que se devengaron desde el hecho y hasta el momento de la declaración de la incapacidad definitiva permanente, cuando, entre ambas fechas, generalmente transcurre un lapso prolongado (arts. 622, 1078 primer párrafo y 1109 del Cód. Civil), generaría un enriquecimiento sin causa por parte de las obligadas al pago.

--- Dicho criterio ha sido aplicado, entre otros, en autos (cf. criterio sustentado en autos "ANCAO, Juan Francisco C/ HORIZONTE CIA. DE SEGUROS GENERALES S.A. S/ APELACION LEY 24557 (M 4067/13)" Exp. N° 25047/13 (fallo del 19/8/15 - consentido por la aquí demandada).-)

--- A partir del 1/1/15 y hasta el efectivo pago, se devengará un interés del 36%, conforme la jurisprudencia uniforme de este Tribunal.-

--- Dejo constancia que a los fines de la liquidación y del cómputo de intereses, no he de tomar en consideración la suma que hubiere puesto a disposición la aseguradora (ver fs. 99/99vta.), en tanto por no ajustarse al porcentual de incapacidad fijado, reviste de manera evidente el carácter de insuficiente y parcial, resultando legítimo su rechazo por parte del trabajador (arts. 742 del Cod. Civil -entonces vigente).-)

--- Conforme lo expuesto, propongo al Acuerdo;

--- 1) DECLARAR la inconstitucionalidad del artículo 46 de la ley 24.557 y art. 12 apartado 1 de la misma norma, en cuanto se refiere al modo de efectuar el cálculo del ingreso base.-

--- 2) HACER LUGAR a la demanda, condenando a Horizonte Seguros S.A. a pagar en el plazo de diez días de notificada al Sr. Erwin Jaime Villanueva Silva, la suma resultante a su favor de la liquidación que deberá practicarse por Secretaria, como Anexo a la presente sentencia.-

--- A tal efecto, deberán considerarse las siguientes pautas y los intereses fijados en el apartado F;

Incapacidad parcial permanente y definitiva: 27,72%

Edad del trabajador a la fecha del siniestro: 45 años

Fecha del accidente: 28 de mayo de 2012

Ingreso base: \$ 4.347,06.-

--- El cálculo indemnizatorio resulta ser el que corresponde según la fórmula establecida en el art. 14 inc.2 ap. a) de la ley 24557 para los supuestos de incapacidad permanente igual o inferior al 50%, siempre y cuando supere el monto base dispuesto en el Decreto 1694/09 por incapacidad parcial inferior al 50%.-

--- 3) Imponer las costas a la demandada, por resultar vencida y no existir motivo alguno que sustenten un apartamiento del principio general que establece el art. 68 del Código Procesal.-

--- 4) REGULAR los honorarios correspondientes a los letrados del actor Dres. Adolfo Díaz Mendizabal y Florencia Rodríguez Bartkow, en forma conjunta e idénticas proporciones, en el equivalente al 16% del monto que resulte de la liquidación definitiva y a favor de los Dres. Rodolfo García Susini, Luis Courtaux y Martín Paterlini, letrado del demandado, en el equivalente al 11% de la misma base. En ambos casos deberán incluirse el 40% devengado por la labor procuratoria (cf. arts. 8,9,10, 20,40 y ccs. de la L.A.).-

--- Todo ello, con más el IVA correspondiente a los letrados responsables inscriptos en dicho tributo, debiendo acreditar en tal caso su condición con la constancia pertinente.-

--- 5) Regular a favor del Dr. Tomás Trapani, la suma equivalente al 5% de la base fijada en el apartado anterior, en los términos del art. 18 de la ley 5069.-

--- 6) Las sumas regulatorias deberán abonarse en el plazo de diez días (art. 50 L.A.).-

---Mi voto.-

---A la misma cuestión planteada, el Dr. Carlos D. Rinaldis, dijo:

--- Compartiendo los fundamentos expuestos por mi distinguido colega preopinante, adhiero al voto del Dr. Jorge A. Serra.-

---Mi voto.-

--- A idéntica cuestión planteada, el Dr. Marina Venerandi, dijo:

--- Adhiero al voto que antecede, con excepción de la adición del proporcional del aguinaldo en la base de cálculo.-

--- Considero que no debe incluirse la incidencia del SAC en la base de cálculo, puesto que no existe ninguna norma que así lo establezca.-

--- Así me expresé en los autos "PASCAL, Matias O. E. C/ ASOCIART ART S.A. S/ SUMARIO (I)", Exp. N° 25618/14 (sentencia de la Cámara 1ra - 22/05/15), agregando que el art. 10 de la ley 26.773 claramente establece que "(...) La determinación de la base imponible se efectuará sobre el monto total de las remuneraciones y conceptos no remunerativos que declare mensualmente el empleador". Así como ello ratifica la inclusión de los conceptos llamados "no remunerativos" -aplicado por éste Tribunal desde los autos MONTES C/ SAIEP-, la norma nos dá un claro parámetro: tomar como base imponible los conceptos que declare mensualmente el empleador.-

--- No encuentro fundamento entonces para incluir la incidencia del SAC, cuya obligatoriedad de pago es semestral y no se ha probado la existencia de un fraude a la ley, conforme lo viene sosteniendo la CNAT desde el caso TULOSAI.-

--- Finalmente, debemos tener en cuenta que el art. 12 LRT no menciona el SAC y además en autos se toma para determinar el ingreso base el salario bruto normal y habitual al momento del accidente, que es el más beneficioso para el trabajador.- ---Mi voto.-

---Por todo lo expuesto, la Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, POR MAYORÍA RESUELVE:

--- I) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 46 de la ley 24.557 y art. 12 apartado 1 de la misma norma, en cuanto se refiere al modo de efectuar el cálculo del ingreso base.-

--- II) HACER LUGAR a la demanda, condenando a Horizonte Seguros S.A.. a pagar en el plazo de diez días de notificada al Sr. Erwin Jaime Villanueva Silva, la suma resultante a su favor de la liquidación que deberá practicarse por Secretaria, como Anexo a la presente sentencia.-

--- III) COSTAS a la parte accionada vencida.

--- IV) REGULAR los honorarios correspondientes a los letrados del actor Dres. Adolfo Díaz Mendizabal y Florencia Rodríguez Bartkow, en forma conjunta e idénticas proporciones, en el equivalente al 16% del monto que resulte de la liquidación definitiva y a favor de los Dres. Rodolfo García Susini, Luis Courtaux y Martín

Paterlini, letrado del demandado, en el equivalente al 11% de la misma base. En ambos casos deberán incluirse el 40% devengado por la labor procuratoria (cf. arts. 8,9,10, 20,40 y ccs. de la L.A.). Todo ello, con más el IVA correspondiente a los letrados responsables inscriptos en dicho tributo, debiendo acreditar en tal caso su condición con la constancia pertinente.-

--- V) REGULAR a favor del Dr. Tomás Trapani, la suma equivalente al 5% de la base fijada en el apartado anterior, en los términos del art. 18 de la ley 5069.-

--- VI) Las sumas regulatorias deberán abonarse en el plazo de diez días (art. 50 L.A.).-

--- VII) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese. Oportunamente archívese.-

JADM

MARINA VENERANDI CARLOS D. RINALDIS

Jueza de Cámara Juez de Cámara

JORGE A. SERRA

Juez de Cámara

Ante mi:

J. A. De Marinis

Secretario de Cámara