

“L., C. M. (por sí y en representación de sus hijos incapaces N. S. y S. H. B.) y otra (todos en carácter de herederos de H. A. B.) c/ Palladino, Jorge Ernesto y otros s/ Indem. por Daños y Perjuicios derivada de Infortunio Laboral”
L. 120.150

Suprema Corte de Justicia:

I.- El Tribunal del Trabajo del Departamento Judicial Bahía Blanca, con asiento en la ciudad de Tres Arroyos, con integración *ad hoc*, dictó un nuevo pronunciamiento en virtud de lo resuelto por V.E. a fs. 1932/1973, a través del cual acogió la demanda de indemnización por daños y perjuicios derivada de enfermedad accidente, incoada por H. A. B. contra Eduardo Paladino, Jorge Paladino, Agrooriente S.A. y Prevención A.R.T. S.A., luego continuada -en razón del deceso del accionante- por su cónyuge, C. M. L., quien intervino por su propio derecho y en nombre y representación de los hijos incapaces de ambos (ver fs. 2006/2012).

En lo que interesa subrayar a los fines del recurso en examen, el Tribunal *a quo*, conforme los lineamientos vertidos por esa Suprema Corte en el pronunciamiento revocatorio aludido, procedió a reformular la determinación del importe de las indemnizaciones por daños material y moral dispuestos en el fallo primigenio, obrante a fs. 1732/1749.

Sostuvo que el cómputo del resarcimiento por lucro cesante debía incluir aquellos rubros que el trabajador percibía con habitualidad y que no fueron tasados en la pericia contable, señalando en tal carácter, a modo de ejemplo, la asignación prevista en el decreto 1273/02 (ver fs. 2006 vta.).

Consideró, asimismo, que las cifras volcadas por la parte actora en los fundamentos del recurso de inaplicabilidad de ley contra el pronunciamiento anterior, encontraban pleno correlato probatorio en los recibos de sueldo obrantes a fs. 25/36, cuya autenticidad fue reconocida en el auto de apertura a prueba (ver fs. cit.).

A partir de dicha premisa, el sentenciante de grado tomó como base de cálculo el monto de \$ 6.204,89, conformado por la sumatoria de los ítems sueldo básico, presentismo y asignación dec. 1273/02, percibidos por el trabajador durante el año anterior al siniestro

laboral, que con más la incidencia del SAC arrojó como resultado la suma de \$ 6.721,76. Paralelamente, con sustento en lo regulado por el art. 23 de la ley 24.714, entendió que no debían computarse las sumas abonadas en concepto asignación familiar por hijo (ver fs. 2006 vta./2007).

El promedio mensual de la cifra así obtenida -continúa el *a quo*- asciende a la suma de \$ 560,15, de cuyo total cabía computar sólo el 75% en razón de que ese era el porcentaje concausal de la incapacidad que, conforme se había acreditado en la quinta cuestión del veredicto, portaba el trabajador como consecuencia de las tareas desempeñadas para el principal, arribando así al importe de \$ 420,11 sobre el cual aplicaría la nueva fórmula de cuantificación de los rubros indemnizatorios en cuestión (ver fs. 2007).

En la selección del método de cálculo utilizado a tales fines por el *a quo*, el fallo en crisis hace hincapié en consideraciones tales como que la entidad psicofísica del trabajador tenía un valor *per se* que trascendía su existencia económicamente útil, atendiendo a otros aspectos relevantes de su vida de relación.

En esa inteligencia, liquidó los rubros indemnizatorios cuyos montos establecidos en el pronunciamiento previo habían sido derogados por V.E., mediante la utilización de la denominada fórmula “Méndez”, propiciada por la Sala III de la CNAT a la luz del fallo dictado por la Corte Suprema en los autos “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega A.R.T. S.A. y Pametal Peluso y Cía. S.R.L.”, de fecha 8-IV-2008, arribando así a la suma de \$ 80.443,67 en concepto de reparación del daño material (fs. 2007 y vta.).

Luego, estimó que la pérdida de peso corporal del trabajador siniestrado había repercutido en menoscabo de su autopercepción y autoestima, intensificando el daño moral ínsito en su alejamiento de la actividad productiva a raíz del daño operado en su salud, por lo que justipreció el rubro en cuestión en el 35% del daño material, determinando que el perjuicio espiritual debía resarcirse en la suma de \$ 28.155 (fs. 2007 vta.).

Finalmente, sobre el capital de condena así aprehendido, el *a quo* aplicó intereses a la tasa pasiva que elabora el Banco de la Provincia de Buenos Aires, distinguiendo entre ordinaria y digital conforme las diversas fases temporales, así como la cancelación parcial de las acreencias discernidas en autos a favor de los actores (fs. 2011).

II.- Contra dicho modo de resolver se alzaron los co-accionantes -con patrocinio letrado- mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 2040/2081 vta.), cuya vista a esta Jefatura de Ministerio Público es conferida a fs. 2112.

Denuncian violación de los arts. 165 y 375 del C.P.C.C.B.A.; 1018, 1069, 1083 Y 1086 del Código Civil; absurdo en la valoración de la prueba, así como en la cuantificación del daño padecido por el trabajador.

1. Sostienen que con pocas variantes de lo que resultó la indemnización otorgada por sentencia de fecha 14-X-2010, el *a quo* volvió a cometer errores que habían sido salvados por esa Suprema Corte en el fallo pronunciado con fecha 15-VII-2015, del que resultaron directivas dirigidas a lograr una reparación integral.

Señalan que en su anterior recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley se puso de manifiesto que las sumas netas percibidas por el trabajador eran superiores a las tomadas en forma bruta, toda vez que estaban compuestas por conceptos no remuneratorios, asignaciones familiares y escolaridad, lo que marcó la pauta de lo erróneo de la liquidación practicada.

Añaden que como consecuencia de su patología laboral, el trabajador dejó de percibir el beneficio completo, lo que involucraba no sólo las sumas remuneratorias sino también las asignaciones familiares y las derivadas del dec. 1273/02.

Consideran que la sentencia en crisis no ha seguido los parámetros fijados por V.E. para determinar nuevamente los importes indemnizatorios por el daño material, tales como: 1) modificar la base salarial para calcular el lucro cesante; 2) incluir dentro de las ganancias del trabajador aquellos beneficios que no fueron atendidos, como la asignación prevista en el referido decreto; 3) ponderar otras facetas del perjuicio, ajenas a la capacidad de ganancias.

Impugnan la determinación del ingreso base realizada por el *a quo*, porque detrajó las sumas que percibía el trabajador en calidad de asignaciones familiares mediante la aplicación del art. 23 de la ley 24.714. Señalan que ello no debió ocurrir toda vez que esa Suprema Corte había sido clara al indicar que debían incorporarse otros beneficios no remuneratorios, como los provenientes del dec. 1273/02, citado sólo a modo de ejemplo, de lo que deduce que las asignaciones familiares debieron ser incluidas pese a la prohibición legal invocada por el sentenciante de origen, pues dicha norma -según exponen- no es aplicable al caso de autos en razón de su inconstitucionalidad manifiesta, en tanto resulta

violatoria de los arts. 14 bis y 16 de la Constitución nacional y contradictoria con el principio de reparación integral contemplado por el art. 1086 y cctes. del Código Civil.

Alegan que el *a quo* no tuvo en cuenta las circunstancias personales del trabajador accidentado, que se hallaban acreditadas en autos. En tal sentido destacan -entre otras- la posibilidad de reinserción laboral de la víctima, fallecida el 24-VIII-2008, luego de una agonía producto de su enfermedad profesional, de lo que daba cuenta el informe pericial producido en autos. Asimismo, la composición familiar del trabajador, integrada por tres hijos menores de edad, uno de ellos discapacitado, y su esposa, que quedó en estado de abandono, sólo mitigado por una magra pensión.

Denuncian que ninguna de estas cuestiones fue valorada por el sentenciante de origen al intentar recomponer una indemnización calificada como absurda por el superior Tribunal provincial ante la inobservancia de los parámetros mínimos de cuantificación de una reparación integral.

Afirman que el colegiado de grado desoyó las directivas vertidas por V.E. en el pronunciamiento de marras, resolviendo la cuestión de una manera absurda.

Exponen que no obstante la referencia del *a quo* acerca de que siguió el criterio plasmado por la Corte Suprema en el fallo “Arostegui”, la aplicación de una fórmula económico-financiera debía desarrollarse en su real dimensión, sin desvirtuar las diversas variables, como se ha hecho, puesto que para el cálculo del lucro cesante se han tomado sólo conceptos remuneratorios, como si se tratara de una liquidación por despido, o en función de los presupuestos para el cálculo del ingreso base regulados en la ley 24.557, cuando en rigor, los conceptos que debían tomarse en la demanda de autos eran aquellos beneficios completos dejados de percibir por el trabajador al momento del distracto.

2. Se agravian, asimismo, por el rechazo sin fundamento alguno, según exponen, del rubro pérdida de chance. Califican como desacertado el decisorio en este aspecto, pues entienden que aunque más no sea la chance estaba dada por los progresivos aumentos salariales producidos desde el año anterior a la toma de conocimiento de la enfermedad hasta el dictado de la sentencia en el mes de octubre de 2010, e incluso hasta la actualidad.

Solicitan la aplicación de la doctrina que dimana del fallo dictado por la C.S.J.N. en la causa “Bolaño” (Fallos: 318:1012), a los efectos de que al dictar sentencia se tome el

valor del salario que le hubiera correspondido al trabajador si hubiera continuado prestando servicios hasta el momento del pronunciamiento final.

3. Por otra parte, se quejan del monto concedido en concepto de daño moral, por considerar -en síntesis- que sólo se ha brindado andamiaje conceptual al rubro en cuestión, pero sin ofrecer una fundamentación satisfactoria a su posición, proponiendo una reparación monetaria que resulta impropia y contradictoria con el supuesto reconocimiento.

Sostienen que el fallo en crisis incurre en absurdo al derivar un porcentaje del daño material para mensurar el daño moral por la pérdida de peso corporal, el menoscabo de autopercepción y autoestima, junto al alejamiento de la actividad productiva a raíz del daño operado en la salud del trabajador como consecuencia de la enfermedad profesional que lo aquejaba.

4. En otro tramo del recurso, cuestionan el pronunciamiento por la fijación de intereses moratorios a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (tasa pasiva no digital), aplicada sobre el capital de condena en los distintos períodos informados en el decisorio.

Exponen que en el mismo se discriminan distintas tasas de interés para las diversas etapas liquidadas, disponiendo así el *a quo* que para el período comprendido entre el 21-V-2003 (fecha de exigibilidad de la deuda) y el 18-VIII-2008 se utilice la tasa pasiva plazo fijo a treinta días en pesos que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires, y para el lapso que corre desde el 19-VIII-2008 hasta el momento del efectivo pago, se apliquen intereses con arreglo a la tasa pasiva digital que paga el mentado ente financiero en sus depósitos a treinta días, con distintas interrupciones producto de las percepciones verificadas por el accionante en las fechas que indica.

Sostienen que la crítica dirigida a la tasa de interés aplicada en autos trasciende la cuestión meramente cuantitativa para situarse en una temática que hace al principio protectorio ínsito en el derecho laboral, como asimismo, al principio constitucional de equidad.

Proponen, en lo sustancial, la aplicación de una tasa de interés uniforme a todos los períodos discriminados en la sentencia en embate, afirmando en tal sentido que la tasa pasiva digital es la que mejor se ajusta a la composición de derechos de los litigantes. Advierten no desconocer que en el lapso temporal transcurrido entre el 21-V-2003 y el 18-VIII-2008, la

tasa pretendida no se encontraba vigente, razón por la cual plantean la posibilidad de que se calcule un índice anual que surgiría de la elaboración de un promedio de la misma, establecido a partir de la fecha de su entrada en vigencia, hasta el momento del dictado de la sentencia, cuyo resultado se aplicaría a los períodos no comprendidos.

5. Por último, aseveran que el Tribunal de origen, integrado especialmente para el dictado de esta sentencia, si bien técnicamente atendió las directivas brindadas por esa Suprema Corte en el pronunciamiento de fecha 15-VII-2015, el resultado final ha sido meramente declamatorio de los principios del derecho del trabajo, imputando a partir de tales premisas, falta de prudencia en la determinación de las sumas indemnizatorias, conforme la facultad conferida por el art. 165 del C.P.C.C.B.A., así como violación de los principios sobre reparación integral contenidos en los arts. 1069 y 1083 del Código Civil.

Asimismo, consideran indispensable que V.E. ejerza competencia positiva en la especie, en el entendimiento de que en el supuesto de reenviarse los autos al órgano de grado se volverán a cometer los mismos errores.

III. Delineados los agravios que estructuran el recurso en vista, corresponde destacar que el mismo fue concedido en la instancia de grado en el marco de la excepción que contempla el art. 55 primer párrafo -in fine- de la ley 11.653 (v. fs. 2083 y vta.), de modo que la función revisora de esa Suprema Corte queda circunscripta a constatar si lo resuelto contradice la doctrina legal vigente a la fecha del pronunciamiento impugnado, destacándose que la violación de ésta última se configura cuando el cimero Tribunal provincial ha determinado la interpretación de las normas que rigen la relación sustancial debatida en una determinada controversia y el fallo recurrido la transgrede, precisamente, en un caso similar (conf. S.C.B.A. causas L. 116.525, sent. del 20-VIII-2014; L. 117.156, sent. del 1-IV-2015; L. 118.790, sent. del 14-XII-2016 y L. 119.809, sent. del 22-II-2017, entre otras).

1. En tal contexto, considero que los argumentos expuestos por los recurrentes con la finalidad de torcer el decisorio impugnado, en lo que respecta al monto indemnizatorio estipulado por el *a quo* en concepto de lucro cesante, no logran demostrar la violación de la doctrina legal que invocan.

En efecto, el Tribunal actuante, integrado con otros jueces, sostuvo que para determinar el monto del resarcimiento por lucro cesante, el nuevo pronunciamiento debía ceñirse a los lineamientos trazados por V.E. a fs. 1944 vta. y siguientes (*rectius* fs. 1946 y

sigs.), atendiendo aquellos rubros que el trabajador percibía con habitualidad y que no fueron considerados en la pericia contable, citando a modo de ejemplo la asignación dineraria prevista en el dec. 1273/02 (ver fs. 2006 vta.).

Señaló el *a quo*, asimismo, que las cifras volcadas por la parte actora en los fundamentos del recurso de inaplicabilidad de ley contra el pronunciamiento anterior, que constituyen la base numérica del agravio recursivo, encontraban pleno correlato probatorio en los recibos de sueldo obrantes a fs. 25/36, cuya autenticidad fue reconocida en el auto de apertura a prueba (ver fs. cit.).

En relación a las asignaciones familiares, los magistrados dijeron que no debían computarse en virtud de lo regulado por el art. 23 de la ley 24.714 (Régimen de Asignaciones Familiares), en tanto expresamente establece -en síntesis- que las prestaciones que la norma confiere no constituyen remuneración y no serán tenidas en cuenta para el pago de las indemnizaciones por despido, enfermedad, accidente o para cualquier otro efecto (ver fs. 2007).

Con estos elementos de juicio, el *a quo* concluyó que la suma de los ingresos mensuales que percibía el trabajador ascendía a \$ 560,15.-, y que sólo el 75% de dicho monto debía tomarse a los efectos del cómputo del rubro resarcitorio en cuestión, en razón de que era ese el porcentaje de concausalidad de las dolencias que afectaban al trabajador en relación con las tareas desempeñadas para el principal (fs. cit.).

En orden a la cuantificación del lucro cesante, tuvo en consideración que la entidad psicofísica del trabajador tenía valor en sí misma y trascendía su vida económicamente útil, abarcando así otros aspectos sustanciales que ocupaban su vida de relación.

Y con apoyo en dicho razonamiento, aplicó la fórmula utilizada por la Sala III de la CNAT en los autos caratulados “Méndez, Alejandro Daniel c/ Mylba S.A. y otro s/ accidente – acción civil”, afirmando que dicho modo de cálculo era consecuencia de la descalificación de la fórmula “Vuotto” pronunciada por la C.S.J.N. en la causa “Arostegui” (Fallos: 331:570) (fs. cit.).

Se aprecia de este modo, cómo el Tribunal del Trabajo arribó a la suma de \$ 80.443,67 en concepto de reparación del lucro cesante (fs. 2007 vta.).

2. La profusa crítica que el tópico en cuestión mereció por parte de los recurrentes queda ceñida, según mi apreciación, a la disconformidad con la decisión adoptada por el

colegiado de origen que, con sustento en lo normado por el art. 23 de la ley 24.714, detrajo de dicha base de cómputo para la estimación del daño, los beneficios percibidos por el trabajador en concepto de asignaciones familiares. Sobre este andamiaje, sostienen que el fallo en crisis viola las pautas fijadas por V.E. en la sentencia de fs. 1932/1973 vta.

Considero que no se verifica la pretendida violación de la doctrina aludida, desde que la prédica de esa Suprema Corte acerca de que el decisorio revocado había soslayado computar ciertos rubros que el actor percibía con habitualidad, citando como ejemplo la asignación dineraria prevista en el decreto 1273/02 (v. fs. 1946 y vta.), no debe ser interpretada como un resquicio a través del cual puedan válidamente incluirse en el aludido cómputo conceptos expresamente vedados por la ley, tal como lo dispuesto por el *a quo* en relación al art. 23 de la ley 24.714, en tanto impedimento legal a la pretensión de los legitimados activos.

3. No enerva a estas conclusiones lo manifestado por los recurrentes acerca de que lo regulado por el art. 23 de la ley 24.714 no resulta aplicable en la especie, en virtud de una inconstitucionalidad cuya declaración es solicitada en el desarrollo de la apelación en estudio.

En relación a esta temática corresponde señalar, en primer lugar, que no obstante el marco excepcional de revisión otorgado en la instancia de grado al remedio procesal en estudio (art. 55 ley 11.653), V.E. tiene dicho que cuando se pone en discusión una cuestión federal, con prescindencia del valor del litigio, procede la apertura de la instancia extraordinaria. De esta manera, estando en debate cuestiones de naturaleza federal y de conformidad con lo que ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Di Mascio", sent. del 1-XII-1988, entre otros, las formalidades procesales que regulan los recursos extraordinarios locales no podrían vedar el acceso a esa Suprema Corte a fin de que resuelva la cuestión constitucional planteada (conf. S.C.B.A., causas Ac. 91.670, resol. del 7-II-2006; Ac. 92.459, resol. del 30-XI-2005; Ac. 85.321, resol. del 25-IX-2002 y L. 106.853, sent. del 9-IX-2015, entre otras).

Ahora bien, teniendo presente el momento procesal en que dicha temática fue introducida, esa Suprema Corte entendió que el máximo Tribunal federal ha sostenido la regla según la cual las cuestiones federales (aun las de repercusión constitucional) deben ser planteadas en la primera oportunidad disponible para el litigante, excluyendo de su competencia apelada aquellas alegaciones de este tipo que por primera vez se llevan a su

conocimiento en el escrito del recurso extraordinario (C.S.J.N., Fallos 328:4755; 331:419 y 2561; íd., causa F.274.XLIII, "Fontenova", sent. del 3-VII-2007) y, así deliberadamente sustraídas del conocimiento de los tribunales de grado por decisión discrecional de las partes (doctr. T.400.XLIV, "Trova", sent. del 10-XI-2009). O dicho en exactas y recientes palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y con sentido más general: "... el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control..." (causa R.401.XLIII, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios", sentencia del 27-XI-2012) (conf. S.C.B.A., causas L. 103.760, sent. del 4-IX-2013; L. 108.698, sent. del 10-XII-2014 y L. 106.853, sent. del 9-IX-2015; entre otras).

Cabe hacer excepción a esta regla cuando, si bien la parte interesada no introdujo el planteo constitucional en la primera oportunidad, la cuestión fue examinada y resuelta por la sentencia definitiva, lo que subsana su posible extemporaneidad (doctr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 298:175; 311:1176; 312:826; 328:242).

Una variante de esta última situación se produce precisamente cuando el tribunal de mérito se pronuncia de oficio sobre la invalidez suprallegal de la norma pertinente, de modo que corresponde exigir la tempestividad del planteo constitucional como condición indispensable para su andamiaje, sin perjuicio de la atribución de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las normas respectivas cuando así corresponda (conf. S.C.B.A. causas cit.).

Bajo tales premisas y compartiendo el razonamiento desplegado por V.E. en los pronunciamientos citados, observo que el planteo de inconstitucionalidad del art. 23 de la ley 24.714 ha sido introducido de manera extemporánea, sin que se advierta en el caso la existencia de motivos para declarar la inconstitucionalidad de oficio.

4. Tampoco le asiste razón a los recurrentes en tanto se agravian por el rechazo operado por el *a quo* respecto del rubro pérdida de chance.

En efecto, el tópico en cuestión no sólo no fue objeto de tratamiento en el fallo impugnado, sino que el mismo ya fue analizado y encuentra cabal respuesta, aunque en sentido adverso a los intereses de los apelantes, en el punto III.3 del pronunciamiento dictado en autos por V.E. (v. fs. 1944 vta./1945 vta.).

5. Asimismo, considero que el agravio referido al monto conferido por el *a quo* en concepto de daño moral, tampoco puede prosperar.

Lo entiendo así, pues en el marco excepcional de revisión en que fuera concedido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley bajo análisis (art. 55 ley 11.653), no resulta atendible el agravio fundado en el argumento de que el fallo incurre en absurdo al derivar un porcentaje del daño material para mensurar el daño moral.

6. Por último, idéntica suerte adversa debería correr el agravio vinculado con el modo de aplicación de intereses moratorios por parte del sentenciante de grado.

El tópico en cuestión ha sido resuelto por V.E. al señalar que los intereses deben ser calculados exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos; y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Código Civil; 7 y 768 inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.) (conf. S.C.B.A., causas L. 118.858, sent. del 26-X-2016; L. 118.886, sent. del 14-XII-2016 y L. 119.133, sent. del 29-III-2017, entre otras).

Ello así, al igual que en los precedentes citados, corresponde confirmar la decisión de grado que, previa discriminación del período en que la tasa pasiva en su variante denominada "digital" no se hallaba vigente, dispuso liquidar intereses mediante una combinación de variables de índole temporal que, en mi modo de ver, se halla en consonancia con la doctrina legal que gobierna la materia.

Por los motivos brindados, opino que V.E. debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, 9 de mayo de 2017.-

Fdo. Julio M. Conte-Grand
Procurador General