

NEUQUEN, 19 de abril de 2024.

**Y VISTOS:**

En Acuerdo estos autos caratulados: "**MONSALVE NEIRA JOSE ESTEBAN C/ CIMALCO NEUQUEN S.A. S/INDEMNIZACION INCAPACIDAD ABSOLUTA ART. 212 L.C.T.**", (JNQLA4 EXP N° 507723/2016), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el juez José NOACCO dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 357/367, dictada el día 8 de Mayo de 2023, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) En su memorial de fs. 372/375 -presentación web N° 429045, del 15.05.23-, la recurrente se agravia porque considera que el a quo ha efectuado una errónea interpretación del derecho, específicamente en la aplicación del art. 212, párrafo 4to de la LCT.

En efecto, sostiene el apelante que la norma citada requiere que se encuentre vigente el plazo de conservación del empleo y que la incapacidad provenga de un accidente o enfermedad inculpable.

Refiere, asimismo, que el artículo exige que haya transcurrido una licencia por accidente o enfermedad inculpable paga, conforme el art. 208 de la LCT y que, vencida la misma se encuentre en curso el plazo de un año de conserva del puesto laboral, conforme lo prevé el art. 211 LCT.

Indica que el Sr. Monsalve Neira trabajó hasta obtener la jubilación ordinaria, quedando disuelta la relación laboral por dicho motivo.

Destaca que en autos no ocurrió una licencia por accidente o enfermedad inculpable, ni el agotamiento de la licencia paga, conforme el art. 208 LCT, ni la vigencia del plazo de conservación del puesto laboral, por aplicación del art. 211 LCT ni declaración de incapacidad absoluta en ese tiempo ni que se trate de un accidente o enfermedad inculpable, según la prueba recolectada de los expedientes contra las ARTs.

Alega que ninguno de los presupuestos consignados en las normas citadas se encuentran configurados en este caso, evidenciando una errónea aplicación del derecho.

Al respecto, menciona que los artículos en cuestión no pueden ser aplicados por analogía o en forma supletoria, ya que no existe ninguna similitud, en el espíritu de la ley ni en el presupuesto fáctico.

Refiere que el propio Juez de primera instancia explica que se trata de una indemnización correspondiente al campo de la seguridad social puesta a cargo de los empleadores y que tiene como fin compensar al trabajador por su pérdida de trabajo y por su marginación del mercado laboral.

Con relación a ello, la firma demandada insiste en que incluso en la faz extrajudicial, el actor ya se encontraba fuera del mercado laboral por haberse acogido al beneficio jubilatorio.

Asimismo, indica que el supuesto apunta a un trabajador retirado prematuramente del mercado laboral por un accidente o enfermedad inculpable.

Ello así, señala que el actor dice encontrarse incapacitado por accidente laboral o enfermedad profesional, conforme los expediente contra las ARTs ofrecidos como prueba.

Insiste en que el art. 212 LCT se refiere a los accidentes y enfermedades inculpables y que para el caso de

accidentes laborales o enfermedades profesionales se encuentra el régimen creado por la Ley 24557.

Además, agrega la recurrente, el Sr. Monsalve Neira percibe además de la jubilación ordinaria, un beneficio por invalidez por lo que de no atender la postura de la demandada, debería deducirse los cobros realizados de las ARTs y de la ANSES a la indemnización fijada en autos, atento que implicaría percibir en forma triplicada una misma incapacidad constituyendo un verdadero enriquecimiento sin causa.

La demandada se queja también porque el a quo sostiene que el actor se encontraba bajo el régimen legal de la Construcción -Ley 22240- pero hace lugar al pago de la indemnización prevista por la LCT.

Dice que para acceder a la indemnización prevista por el art. 245 LCT es necesario encontrarse dentro del régimen laboral que prevé la Ley de Contrato de Trabajo, no siendo este el caso.

Concluye que el accionante percibió por la misma y única incapacidad, la indemnización de la ART, la jubilación por invalidez y la indemnización del fondo de desempleo, además de la jubilación ordinaria y ahora la del art. 212 LCT que considera improcedente.

Reserva el caso federal.

A fs. 376/389 interpone recurso de apelación la parte actora, que no fue contestado por la empleadora.

En su memorial -presentación web N°429277 del 16.05.23- el accionante se agravia por el modo en que el a quo ha dispuesto se devenguen los intereses.

En efecto, la queja apunta a que la sentencia nada indica respecto a la manda del art. 770 inc b) del CCYC, a pesar de que el Juez tiene la obligación de resolver la controversia conforme la legislación vigente.

En este sentido, peticona la capitalización al momento de notificar la demanda, en tanto considera que la tasa activa de interés ya no cumplimenta las pautas de la doctrina legal del fallo ALOCILLA emitido por el TSJ.

Cita jurisprudencia y doctrina relacionada y refiere que la tasa activa de interés en un contexto inflacionario debe tender a restablecer el valor original de la deuda y conservar en condiciones reales la sentencia.

En tal sentido, solicita la actualización de intereses acorde al índice inflacionario, esto es el IPC por resultar lo justo y acorde a derecho.

Asimismo, indica que las tasas judiciales son altamente negativas en relación a la inflación, siendo que al día de la fecha todo se encuentra indexado menos los créditos por remuneraciones e indemnizaciones reclamados judicialmente.

Agrega que la prohibición de indexar afecta el derecho de propiedad del trabajador, por lo que resultan inconstitucionales y deben declararse así, tanto respecto de la Ley 23928 y 25561 en tanto imposibilitan mantener el poder adquisitivo del crédito laboral.

Por tal motivo, dada la situación económica imperante, peticona que se disponga una tasa de interés superior a la establecida en la instancia de grado, la cual le causa agravio porque no contempla la expectativa inflacionaria ni compensa la falta de uso del dinero.

Presenta una planilla con el monto actualizado conforme la pagina calculadora de inflación y solicita se tenga presente.

Cita jurisprudencia y solicita se disponga una tasa de interés superior a la indicada en la sentencia de primera instancia, desde la mora (22.09.2014) hasta su efectivo pago, previa capitalización de intereses al momento de notificar la

demanda y hasta la liquidación de la planilla del art. 51 Ley 921.

Reserva el caso federal.

A fs. 387/389 -presentación WEB N° 429281- los letrados Dr. Fontana y Dr. Oliva por derecho propio apelan por bajos los honorarios que se le regularon en primera instancia, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del art. 49, último párrafo de la Ley 1594 en cuanto establece que la tasa de interés mensual a aplicar sobre honorarios regulados es la de descuento para documentos comerciales a 30 días que utiliza el BPN.

Mediante presentación web N° 436953 del 30.05.23 contesta agravios la parte actora, solicitando su rechazo con expresa imposición de costas.

En primer lugar, el accionante plantea que el recurso impetrado por la demandada se reduce a meras manifestaciones de disconformidad con la resolución de primera instancia, invocando fallos que no tienen relevancia en lo que hace a la fundamentación de la sentencia que ataca en su recurso, que de manera alguna reúnen los recaudos necesarios para considerarse algo más que simples discrepancias subjetivas, genéricas.

Seguidamente, responde al agravio vertido por la empleadora y señala que nos encontramos ante una verificabilidad empírica, esto es la incapacidad absoluta que padece el actor corroborado por intermedio de las pericias producidas cuyo resultado no luce controvertido.

Asimismo, refiere que la accionada confunde los distintos accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que sufriera el actor con la consolidación jurídica de la incapacidad absoluta por el cual el trabajador articulara su reclamo amparado en lo normado por el art. 212, 4to párrafo.

Indica, en tal sentido, que el trámite previsional que culminara con el otorgamiento de la jubilación por invalidez a favor del Sr. Monsalve Neira se inició el 23 de Junio de 2011 y que la sentencia definitiva emitida por la Cámara Federal de la Seguridad Social revocó todo lo actuado por la Comisión Médica n°9, lo que demuestra que la consolidación de la incapacidad laboral se produjo durante la vigencia del vínculo laboral y por lo tanto le corresponde la indemnización que reclama.

Agrega que si el contrato se extingue por la imposibilidad material de brindar tareas para su empleador, la incapacidad absoluta se produce al momento de la ruptura del vínculo contractual. Una cosa determina la otra.

Concluye que al momento del cese laboral el actor era portador de la disminución física prevista por el legislador como supuesto condicionante de la indemnización perseguida.

Por tal motivo solicita el rechazo del recurso con costas a la demandada.

II.- El memorial de la demandada reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que he de ingresar a su tratamiento.

III.- En autos, no se encuentra discutido que el Sr. Monsalve Neira cesó en sus tareas en virtud de la renuncia acaecida en Agosto de 2014 por la obtención del beneficio de la jubilación ordinaria y que -de acuerdo al dictamen médico agregado a fs. 9 la consolidación del daño data del 10.09.2014.

En virtud del agravio vertido por la demandada, en torno a la exigencia del art. 212, párrafo 4to de que se encuentre vigente el plazo de conservación del empleo, como así también que la incapacidad deba provenir de un accidente o enfermedad inculpable, y que al iniciar el reclamo, el actor ya se encontraba fuera del mercado laboral por haberse acogido al

beneficio jubilatorio, encuentro que el juez de grado ha condenado a Cimalco Neuquén SA en el entendimiento de que la circunstancia de que el trabajador haya reclamado la indemnización cuestionada una vez disuelto el vínculo laboral por renuncia, no lo priva de su derecho a su percepción.

El fallo cuestionado ha puesto de resalto con razón, que el resarcimiento pretendido nace cuando la incapacidad laborativa absoluta y permanente torna imposible la continuidad del vínculo sin que este acto dependa de la formalidad de la rescisión, siendo suficiente que la incapacidad del trabajador se haya producido con anterioridad a la extinción del contrato.

Concluyó en la sentencia que dicha circunstancia fue comprobada en autos en atención a las afecciones que padece.

Si bien al momento de constatar el daño (Septiembre/2014) el actor ya había obtenido la jubilación ordinaria, lo cierto es que la contemporaneidad que existe entre esta última y el dictamen médico que lo constata, resulta evidente.

Independientemente que Cimalco Neuquen SA no haya sido parte de las causas mediante las cuales se constataron las distintas afecciones sufridas por el actor a lo largo de la relación laboral, lo cierto es que no puede desconocerse las constataciones allí efectuadas.

En efecto, tal como lo describe el juez de grado, de los autos "MONSALVE NEIRA, JOSE ESTEBAN C/ CONSOLIDAR ART SA S/ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" (Expte. N° 372.741/2008) del Juzgado Laboral N°3 se constató un 72% de incapacidad permanente y total para sus tareas habituales referentes a las lesiones en las dos manos.

Luego en autos "MONSALVE NEIRA JOSE ESTEBAN C/ PREVENCIÓN ART SA S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expte.

N°504502/2014) del Juzgado Laboral N°4, la pericia dio cuenta que el actor sufrió un accidente de trabajo con lesión permanente e irreversible en su muñeca derecha. En este caso, se consideró la capacidad restante de 63,50% por accidente anterior y se determinó una minusvalía del 12% sumado los factores de ponderación.

En el mismo expediente, se determinó una incapacidad psicológica del 10% encuadrada en RVAN Grado II, todo lo cual culminó con una sentencia homologatoria del acuerdo arribado en autos por las partes.

Luego, en autos "MONSALVE NEIRA, JOSE ESTEBAN C/ PREVENCIÓN ART SA S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" -Expte. N°507624/2016- la pericia médica se determinó un 8% de incapacidad parcial, permanente y definitiva.

En dicho expediente se expuso que las secuelas físicas que padece por el traumatismo sufrido de acuerdo al nuevo baremo y nuevas enfermedades del trabajo (Dto.49/2014) teniendo en cuenta su edad y dificultad permanente para realizar sus tareas, son Lumbalgia post traumática con moderadas alteraciones clínicas y radiográficas con limitación funcional de columna dorso-lumbar del 7% y con factores de ponderación sólo del 1%.

Agrega que a fs. 171/172 luce sentencia homologatoria del acuerdo arribado por las partes.

En definitiva, el fallo de grado determinó que el actor padece una incapacidad del 69,52%.

Asimismo, del mismo modo en que el a quo incluyó en el análisis de la real minusvalía del Sr. Monsalve Neira al expediente tramitado por la Cámara Federal de la seguridad social, corresponde hacer mención de lo allí consignado.

En efecto, en el Expte. "MONSALVE NEIRA, JOSE ESTEBAN c/ ANSES s/ Retiro por Invalidez (art. 49 P. 4 Ley

24241) se resolvió revocar la resolución de la Comisión Médica y declarar que el actor reúne los requisitos establecidos por el art. 48 inc a) de la Ley 24241 para acceder al beneficio de retiro por invalidez.

Ahora bien, corresponde citar la conclusión arribada por el magistrado de primera instancia, quien ha dejado en claro que la circunstancia de que el trabajador haya reclamado la indemnización del párrafo 4to art. 212 de la LCT, ya disuelto el vínculo laboral por renuncia, no lo priva de su derecho a su percepción.

A ello agrega que dicho resarcimiento nace cuando la incapacidad laborativa absoluta y permanente torna imposible la continuidad del vínculo sin que este acto dependa de la formalidad de la rescisión, es suficiente que la incapacidad del trabajador se haya producido con anterioridad a la extinción del contrato.

El a quo dispuso que tal extremo fue comprobado en autos en atención a las afecciones que padece e hizo lugar a la demanda.

Ahora bien, analizando el planteo efectuado por la demandada, corresponde señalar que no puede desconocerse la contemporaneidad existente entre el dictamen médico que da cuenta de la consolidación del daño - fs. 9 del 10.09.2014- y la fecha de renuncia enviada por TCL N°83353294 del 22.09.2014 que fuera aceptada por la empleadora en forma retroactiva al 01.09.2014 (CD379006218 del 24.09.2014).

Dicha circunstancia, sumada a las distintas incapacidades determinadas al actor en los expedientes mencionados precedentemente, hacen presumir que la incapacidad absoluta reclamada se encontraba configurada con anterioridad a la extinción del contrato de trabajo.

Tal como expone Lorenzo P. Gnecco en *“La suspensión en el contrato de trabajo”* (Tomo II. Ed. Rubinzal - Culzoni., pag. 304): “En base a ello también, se sostuvo que aun cuando el contrato hubiera sido ya extinguido, verbigracia, por renuncia del trabajador, dicha circunstancia no resultaría obstativa a su derecho a la compensación, en tanto se demuestre que la incapacidad se había configurado y ya existía con anterioridad a la ruptura del vínculo”.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no parece posible que en diez días (entre el informe médico y la fecha que toma la demandada para aceptar la renuncia) pueda generarse tamaña minusvalía, lo que me lleva a rechazar el agravio de la demandada y confirmar lo resuelto por el juez de primera instancia en este punto.

Abordando ahora el recurso interpuesto por la parte actora, respecto al modo en que se ha dispuesto se devenguen los intereses, teniendo en cuenta la naturaleza alimentaria del crédito aquí reclamado se comprueba el desfase de la tasa de interés activa del Banco de la Provincia del Neuquén S.A. que publica el Poder Judicial Provincial para atender los efectos generados por el transcurso del tiempo desde la mora (cfr. “Castillo Rubilar Julio Sebastián C/ Kletzenbauer Miguel Angel Y Otro S/Dy P Derivados Del Uso De Automotores (Con Lesion O Muerte)” (JNQCI2 EXP N°520719/2018-Sent. 28.04.2023) y “Calegari Johana Elizabet C/Giorggi Marcelo Emilio S/ D Y P Derivados Del Uso De Automotores (Sin Lesión)” (EXP N° 540432/2020 - Sent. 28.04.2023).

Así, la utilización de una tasa mayor -conforme argumentos a los que me remito y en honor a la brevedad doy por transcriptos- estableciendo que a partir del 1.1.2021 se debía recurrir a la efectiva anual del Banco de la Provincia del Neuquén cuando otorga “Préstamos Personales” en el “Canal de Venta Sucursales” -Sin IVA-.-

En el mismo sentido, se ha pronunciado esta Sala II en la causa "Geldres Matías Facundo C/ Morales Gabriel Ángel Y Otro S/D Y P Derivados Del Uso de Automotores (Con Lesión O Muerte)", (EXP N° 512984/2016-Sent.31.05.2023) y el vocal Jorge Pascuarelli integrante de la Sala I en "Toro Morales Raúl Javier C/ Indalo S.A. S/D.Y P.X Uso Autom C/Lesión o Muerte" (EXP 474182/2013-Sent.24.05.2023).

Más recientemente, el 12.9.2023, mediante Acuerdo n° 42, el Tribunal Superior de Justicia, en la causa "Moreno Coppá Juan Cruz C/Provincia De Neuquén S/Acción Procesal Administrativa" (Expte. N° 4253 AÑO 2013), fijó los accesorios devengados por la indemnización adeudada por daños físico y moral recurriendo a la tasa de interés activa del BPN que se utiliza en préstamos personales en sucursal de clientes sin paquete del BPN, TEA -sin capitalizar-, apartándose de la activa publicada por el Gabinete Técnico Contable.

Análisis en el que se tuvo en cuenta, por una parte, la mutación del contexto económico que se traduce en la insuficiencia de la tasa fijada en "Alocilla" y, por otra, que como resultado del cotejo con las restantes tasas activas disponibles del BPN la publicada resultaba inferior a la mayoría (<http://cintereses.agjusneuquén.gob.ar/TasasTotalesAnualesPcia.php>).

Allí se expresó: "En efecto, la "tasa activa BPN" representa porcentajes por debajo de la mayoría de las tasas activas disponibles del BPN actualmente (ver <http://cintereses.agjusneuquen.gob.ar/TasasTotalesAnualesPcia.php>), y, por ello, se estima que no puede ser considerada como la tasa adecuada para cumplir con la función resarcitoria de los intereses moratorios en el especial caso bajo análisis. Nótese que, en la página del BPN (<https://www.bpn.com.ar/>) se informan las tasas activas a agosto del 2023, tanto para empresas como para personas, y mientras la tasa activa de Descuento de Valores

comprados se ubica en un 91% TNA -140,51% TEA-, la tasa de préstamos personales de venta en sucursales para clientes sin paquete, se ubica en un 138% TNA -269,58% 51 TEA-. ”

“De esta manera, considerando que se trata de un caso de un actuar irregular policial que culmina con las más graves consecuencias físicas y espirituales sobre un menor de edad, y teniendo en cuenta la situación económica actual -cuya magnitud, se insiste, no podía ser prevista a la fecha de la interposición de la acción ni a la fecha de la sentencia, ni aun al expresarse agravios debe reconocerse que utilizar una de las tasas activas más bajas disponibles para calcular los intereses sobre los montos indemnizatorios (en el 2021 se ubicó en el 36,97 anual y en el 2022 en un 49,66% anual -por debajo de la tasa pasiva-), nos desvía del cumplimiento de la manda de reparación integral cimentado en la Constitución Nacional, del reconocimiento de la dignidad de la persona humana como eje central de nuestro régimen de derecho, y de adecuar las conductas estatales a las obligaciones y garantías convencionales que rodean la protección de los derechos del niño (en especial del artículo 39 de la Convención de los Derechos del Niño).”

“Teniendo en cuenta todo lo anterior, se propone al Acuerdo que el capital de condena devengue intereses de tasa activa del BPN S.A. desde la mora (desde que cada suma es debida, atento que son vencimientos mensuales) hasta el 31.12.2020 y desde allí en adelante la tasa de activa efectiva anual del BPN S.A. de préstamos personales en sucursal de clientes sin paquete del BPN, TEA hasta el efectivo pago.”

De manera que corresponde hacer lugar al planteo de la parte actora y en consecuencia modificar la tasa de interés aplicada en la sentencia, debiéndose utilizar desde la mora (escalonada mensual) la activa del BPN S.A. hasta el 31.12.2020 y desde el 1.1.2021 elevar dichos intereses a la tasa efectiva

anual del BPN -con detracción del IVA- de aplicación para el otorgamiento de "Préstamos personales - Canal de Venta Sucursales".

Por último cabe abordar la apelación interpuesta por los Dres. Norberto Oscar Fontana y Juan Pablo Oliva respecto de sus honorarios.

El artículo 49 establece que: *"Los honorarios regulados judicialmente deben abonarse dentro de los diez (10) días de quedar firme el auto regulatorio. Los honorarios por trabajos extrajudiciales se abonan dentro de los diez (10) días de intimado su pago, cuando sean exigibles. Los honorarios devengan, de pleno derecho, intereses desde la fecha de su regulación hasta su efectivo pago. La tasa de interés mensual a aplicar es la de descuento para documentos comerciales a treinta (30) días que utiliza el Banco Provincia del Neuquén S.A. Los honorarios a cargo del mandante o patrocinado quedan firmes si la notificación se ha practicado en su domicilio real. En la cédula de notificación, en todos los casos y bajo apercibimiento de nulidad, debe transcribirse la parte pertinente de este artículo".*

A tales efectos, los usos y costumbres impusieron la utilización de la denominada "tasa activa BPN", que regularmente es publicada por esa institución financiera y que difunden los diversos portales de interés jurídico provincial, tales como las páginas web del Poder Judicial Provincial o del Colegio de Abogados de ésta ciudad, entre otros.

Pero lo cierto es que el banco actualmente no aplica esa tasa a ninguna operación de descuento de documentos comerciales, ni cobra esa tasa por ninguna otra operación crediticia, por lo que su aplicación ha perdido todo fundamento y a la vez ha dejado de responder al fin de la norma que es mantener incólume el crédito del profesional.

Importante es recordar que una tasa activa es aquella que las entidades financieras cobran por los préstamos o anticipos de dinero que cobran al público, siendo las operaciones de descuento una de aquellas operaciones crediticias.

Tal es así, que el Banco de la Provincia del Neuquén publica otras tasas que sí aplica y cobra, tanto para créditos y préstamos, como para descuentos de cheques de pago diferido, cuyo costo total financiero varía conforme a diversas variables, pero todas ellas contemplan la expectativa inflacionaria y, al mismo tiempo resultan de aplicación conforme lo determina expresamente el texto de la norma. Todas ellas difieren en mucho, con intereses considerablemente más elevados que la "tasa activa" que usualmente aplican nuestros tribunales. Todo ello resulta fácilmente constatable mediante la simple compulsas de la página web del banco provincial.

En consecuencia resulta ajustado a derecho recurrir a una de aquellas tasas y, ante la variedad de opciones que la entidad financiera posee, corresponde determinar cuál debe ser la tasa aplicable.

La Sala III de ésta Alzada ha realizado un pormenorizado análisis de la cuestión -que comparto en sus fundamentos y en su conclusión- en los autos caratulados "MELANIRIA LEONOR C/GALENO ART S.A. S/ EJECUCION DE HONORARIOS" (JNQLA1 INC 535799/2022), sentencia del día 11 de octubre del año 2023, en la cual determinaron la aplicación de la tasa activa de préstamos personales en sucursal para clientes sin paquete BPN, TEA -sin capitalizar-.

En su análisis, el referido fallo parte de considerar que "... la facultad de la judicatura de fijar la tasa de interés moratorio es subsidiaria y sólo opera en caso de ausencia de una legal (conf. Inc. c) del art. 768 CCyCN)" y, ante la realidad constatada de que la "tasa activa" establecida

por el juez de grado afecta -como consecuencia del contexto económico imperante- el poder adquisitivo de un crédito de eminente carácter alimentario, lo que impone previamente agotar todos "... los intentos por interpretar los alcances de la citada norma provincial, adoptando un criterio que razonablemente permita integrarla armónicamente con el ordenamiento jurídico, tal como lo tiene dicho el Máximo Tribunal de la Nación: "La primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley y, en tanto la inconsecuencia del legislador no se supone, la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos." (Fallos: 339:323)".-

Asimismo destaca el resolutorio citado que, ante tal desfasaje entre la tasa activa y el deterioro de la moneda como consecuencia del proceso inflacionarios, para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por un ilícito civil se ha recurrido a la aplicación de la tasa activa de préstamos personales en sucursal para clientes sin paquete BPN, TEA -sin capitalizar-. Este criterio ha sido adoptado de manera similar tanto por la Sala III en autos "CASTILLO RUBILAR JULIO SEBASTIAN C/ KLETZENBAUER MIGUEL ANGEL Y OTRO S/DY P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"(JNQCI2 EXP N°520719/2018-Sent. 28.04.2023) y "CALEGARI JOHANA ELIZABET C/GIORGGI MARCELO EMILIO S/ D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (SIN LESION)" (Exp. n° 540432/2020 - Sent. 28.04.2023), cómo también por ésta Sala II en autos "GELDRES MATIAS FACUNDO C/ MORALES GABRIEL ANGEL Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" (EXP n° 512984/2016-Sent.31.05.2023) y la Sala I en autos "TORO MORALES RAUL JAVIER C/ INDALO S.A. S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE" (EXP 474182/2013-Sent.24.05.2023) .-

Idéntico criterio ha impuesto recientemente el Tribunal Superior de Justicia "..., el 12.09.2023, mediante Acuerdo n° 42, el Tribunal Superior de Justicia dictado en la causa "MORENO COPPA JUAN CRUZ C/PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. 4253 Año 2013)".

Continúa señalando el fallo citado en su análisis que "En el caso, además, cabe integrar a la labor interpretativa el carácter alimentario que contiene todo crédito por honorarios, por tratarse de los frutos civiles devengados con motivo del ejercicio de una actividad regulada lícita y constituyen el medio con el cual los profesionales satisfacen sus propias necesidades y las de su familia, situación que recibe protección constitucional emergente del art. 14 en cuanto establece que: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer industria lícita; ... de usar y disponer de su propiedad..." y del art 14 bis al decir que: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) retribución justa"; por su parte, el art. 37 de la Constitución Provincial prescribe que: "El trabajo es un deber social y un derecho reconocido a todos los habitantes. Cada habitante de la Provincia tiene la obligación de realizar una actividad o función que contribuya al desarrollo material, cultural y espiritual de la colectividad, según su capacidad y propia elección. Al ejercer esa actividad, gozará de la especial protección de las leyes, las que deberán asegurar al trabajador las condiciones de una existencia digna".-

"En su trabajo titulado "El Carácter Alimentario de los Créditos en la Jurisprudencia" (Revista de Derecho Privado y Comunitario, Emergencia y Pesificación 2002-1, en págs. 227/261) la Dra. Elena I. Highton de Nolasco, en consideración a los antecedentes jurisprudenciales que cita, elabora principios

relativos a los créditos de naturaleza alimentaria expresando que "...lo caracterizado como de naturaleza alimentaria tiene una tutela especial; debe cuidarse que no se vuelvan ilusorios los preceptos constitucionales que amparan la materia en debate; cuando están en juego un beneficio de naturaleza alimentaria, la exégesis de la ley que lo regula debe ser hecha con la máxima prudencia y suma cautela en el desconocimiento o rechazo de las solicitudes; la inteligencia de se asigne a la norma a aplicar debe dar pleno efecto a la intención del legislador a fin de no llegar a desnaturalizar los propósitos de la sanción; cuando deben evaluarse situaciones vinculadas con beneficios de naturaleza alimentaria, se deben extremar las precauciones a fin de lograr que lleguen a tiempo y en forma adecuada; ...".-

"D.-Sentados los alcances del marco normativo involucrado y su evolución a tenor de los pronunciamientos judiciales citados que han receptado el impacto en la integridad de este particular crédito como consecuencia de las anomalías comprobadas, al aplicarse una tasa de interés publicada por el GTC del Poder Judicial que se individualiza genéricamente como "activa" cuando evidentemente no lo resguarda, comprobándose un desvío de la tutela que recepta la misma ley que atenta contra el derecho de propiedad constitucionalmente garantizado, situación que analizo coincide con la forma en cómo lo ha interpretado el TSJ en el reciente pronunciamiento dictado en autos "Moreno Coppa" que he citado, por el que modificó su criterio al establecer que a la indemnización por daño físico y moral de una persona humana se le debía adicionar intereses a la tasa de interés activa del BPN para préstamos personales en sucursal de clientes sin paquete del BPN, TEA -sin capitalizar-, y donde expresamente tuvo en cuenta la mutación del contexto económico que se traduce en la insuficiencia de la tasa fijada en "Alocilla", ello, luego de cotejarla con las restantes tasas "activas" disponibles del BPN advirtiéndole que es inferior a la mayoría (http:

[cintereses.agjusneuquen.gov.ar/TasasTotalesAnualesPcia.php](http://cintereses.agjusneuquen.gov.ar/TasasTotalesAnualesPcia.php)), como ya fue transcripto antes.”

“Fue así que expresó, y -vale reeditar- que: “...En efecto, la “tasa activa BPN” representa porcentajes por debajo de la mayoría de las tasas activas disponibles del BPN actualmente (ver <http://cintereses.agjusneuquen.gov.ar/TasasTotalesAnualesPcia.php>), y, por ello, se estima que no puede ser considerada como la tasa adecuada para cumplir con la función resarcitoria de los intereses moratorios en el especial caso bajo análisis. Nótese que, en la página del BPN (<https://www.bpn.com.ar/>) se informan las tasas activas a agosto del 2023, tanto para empresas como para personas, y mientras la tasa activa de Descuento de Valores comprados se ubica en un 91% TNA -140,51% TEA-, la tasa de préstamos personales de venta en sucursales para clientes sin paquete, se ubica en un 138% TNA -269,58% 51 TEA-.”

“De esta manera, considerando que se trata de un caso de un actuar irregular policial que culmina con las más graves consecuencias físicas y espirituales sobre un menor de edad, y teniendo en cuenta la situación económica actual -cuya magnitud, se insiste, no podía ser prevista a la fecha de la interposición de la acción ni a la fecha de la sentencia, ni aun al expresarse agravios debe reconocerse que utilizar una de las tasas activas más bajas disponibles para calcular los intereses sobre los montos indemnizatorios (en el 2021 se ubicó en el 36,97 anual y en el 2022 en un 49,66% anual -por debajo de la tasa pasiva-), nos desvía del cumplimiento de la manda de reparación integral cimentado en la Constitución Nacional, del reconocimiento de la dignidad de la persona humana como eje central de nuestro régimen de derecho, y de adecuar las conductas estatales a las obligaciones y garantías convencionales que rodean la protección de los derechos del niño

(en especial del artículo 39 de la Convención de los Derechos del Niño)".

"Teniendo en cuenta todo lo anterior, se propone al Acuerdo aplicar como valor de referencia la tasa de interés activa del BPN de préstamos personales en sucursal de clientes sin paquete del BPN, TEA -utilizada sin capitalizar- para el cálculo de los intereses sobre los montos reconocidos en concepto de daño físico y moral, desde la fecha de la sentencia (11/8/21) hasta el efectivo pago."

Cabe señalar que el precedente citado en el apartado anterior viene a consagrar la tasa que, recientemente, habían adoptado las tres Salas de la Cámara de Apelaciones Local (Expte. 474182/2013, Sentencia del 24.05.2023, Sala I; Expte. 512984/2016, Sentencia del 31.05.2023, Sala II; y Expte. 520719/2018, Sentencia del 28.04.2023, Sala III).-

"Y finalmente, como sostuviéramos en la causa "Castillo" y "Calegari" -ya citadas- se debe desalentar que sea más interesante invertir en un pasivo que pagar un crédito como lo habilitarían las tasas publicadas por el GTC, evitando dilaciones y dispendio jurisdiccional, así como: "...concretar la función moralizadora que representa en cuanto al deudor, que se beneficia disponiendo de recursos económicos, evitando que se vea premiado o compensado con su omisión, tal como lo explica el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro cuando adopta la tasa establecida por el Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino hasta 72 meses -o la que en el futuro se establezca como de plazo menor- sosteniendo que: "... 3.2.- Dicho ello, y vinculado a la doctrina legal vigente en materia de intereses, resulta insoslayable señalar que -quizás debido a la pública situación de inestabilidad económica del país- el Banco de la Nación Argentina ha modificado una vez más las opciones disponibles para el otorgamiento de operaciones de préstamos personales libre destino, suprimiendo la adoptada en

el precedente "GUICHAQUEO" (STJRNS3 Se. 76/16) y dejando como única opción aquéllas pactadas hasta 72 meses ([www.bna.com.ar/Personas/naciondestinolibre](http://www.bna.com.ar/Personas/naciondestinolibre))".

"Como se recordará, el criterio sostenido por este Superior Tribunal de Justicia a partir del precedente "LOZA LONGO" (STJRNS1 Se. 43/10) y, con la actual integración, luego "JEREZ" (STJRNS3 Se. 105/15), es el de establecer como doctrina legal un interés que cumpla, además, una función moralizadora evitando que el deudor se vea premiado o compensado con una tasa mínima, porque implica un premio indebido a una conducta socialmente reprochable".

"En esa misma línea de razonamiento, en autos "GUICHAQUEO" (STJRNS3 Se. 76/16) se indicó que, salvo situaciones de excepción, como regla general la indemnización que se debe abonar por la inejecución de las obligaciones de dar sumas de dinero se circunscribe al cobro de tal interés. Se dijo además -con cita de calificada doctrina- que era prácticamente universal tal sistema a forfait de reparación del perjuicio moratorio en las obligaciones pecuniarias, en razón del carácter esencialmente fructífero del dinero y, de otra parte, que el acreedor impago puede siempre recurrir al crédito, para hacerse de la suma que esperaba recibir de su deudor, pagando el mismo interés que habrá luego de percibir como indemnización".

"... Como se anticipara más arriba, una situación parecida se presenta en esta oportunidad, en tanto el Banco de la Nación Argentina ha suprimido aquella última tasa de referencia adoptada para el ajuste de los créditos judiciales en mora. En consecuencia, se impone adoptar con carácter de doctrina legal a partir del primer día del mes siguiente al dictado de la presente, la tasa establecida por dicha institución oficial para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor, por ser ella la que refleja de manera más adecuada el

perjuicio que para el acreedor implicaría recurrir al crédito con el objeto de procurarse la suma que le es adeudada. ...”.-

“Precisamente el fenómeno evaluado y comprobado en el presente admite tal componente de la condena de acuerdo al principio de realismo económico que el ordenamiento recepta, por el que no se puede dejar de lado la realidad y la centralidad de la persona humana y su dignidad, en el caso tratándose de la retribución de una actividad desarrollada en forma personal y habitual.”

En la práctica de nuestros tribunales se han impuesto dos metodologías diferentes a la hora de regular los honorarios profesionales. Hay jueces que optan por fijar los mismos en un porcentaje del monto del juicio con más sus intereses, quedando su efectiva cuantificación establecida al momento de contarse con liquidación firme, en cuyo caso a partir del acuerdo del Tribunal Superior de Justicia en autos “MORENO COPPA JUAN CRUZ C/PROVINCIA DE NEUQUEN S/ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA” (Expte. 4253 Año 2013)”, la solución que aquí propiciamos se aplicará de manera natural, por cuanto los honorarios profesionales serán ajustados por aplicación de la tasa de interés allí establecida; y hay otros jueces que al momento de dictar la sentencia calculan y cuantifican el honorario calculado sobre el monto de condena allí determinado.

De no aplicarse la solución aquí propiciada, se arribaría a una notoria inequidad entre el honorario resultante según se adopte un método u otro, lo cual no solo afectaría el derecho constitucional a la igualdad, sino que también generaría situaciones de inseguridad jurídica y llevaría a dispendios jurisdiccionales inútiles y evitables, por lo que cabe concluir que la aplicación de la tasa de interés activa para préstamos personales en sucursal para clientes sin paquete BPN, TEA -sin capitalizar- resulta ajustada a derecho y satisface de manera

adecuada la debida protección del crédito alimentario del profesional auxiliar de la justicia.

En mérito a todo lo expuesto, propongo al acuerdo, hacer lugar al recurso de apelación de los letrados de la parte actora, modificando la tasa de interés aplicable al crédito por honorarios, ordenando se aplique al mismo la tasa de interés activa para préstamos personales en sucursal para clientes sin paquete BPN, TEA -sin capitalizar-, todo ello con costas a la demandada vencida. (arts. 68, 2da parte y 71 del CPCyC).

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación incoado por la parte demandada, y hacer lugar al recurso de la actora disponiendo la modificación de la tasa de interés aplicada en la sentencia, debiéndose utilizar desde la mora (escalonada mensual) la activa del BPN S.A. hasta el 31.12.2020 y desde el 1.1.2021 elevar dichos intereses a la tasa efectiva anual del BPN -con detracción del IVA- de aplicación para el otorgamiento de "Préstamos personales - Canal de Venta Sucursales" e igualmente modificar la tasa de interés aplicable al crédito por honorarios, ordenando se aplique al mismo la tasa de interés activa para préstamos personales en sucursal para clientes sin paquete BPN, TEA -sin capitalizar.

Asimismo, propongo regular los honorarios de los letrados intervinientes en el 30% de los porcentajes regulados en la instancia de grado (art. 15 de la Ley 1594).

**La jueza Patricia CLERICI:**

I.- He de disentir con la opinión del señor Vocal preopinante, en tanto entiendo que la indemnización prevista en el cuarto párrafo del art. 212 de la LCT, en realidad todo el art. 212 de la LCT, no resulta de aplicación para los trabajadores comprendidos dentro del régimen de la industria de la construcción.

Surge claro de la sentencia de grado, y no se encuentra controvertido en esta instancia, que el encuadramiento legal de la relación laboral que unió a las partes fue dentro de la ley 22.250.

La ley 22.250 importa un subsistema dentro del régimen general de la LCT, que legisla de un modo diferente aspectos de la relación laboral de los trabajadores de la construcción, para adaptarlos a las especiales características de esta actividad, sin perjuicio que, para aquellas cuestiones no previstas en el estatuto, se apliquen las disposiciones de la LCT.

El art. 35 de la ley 22.250 prescribe: *"Las disposiciones de esta ley son de orden público y excluyen las contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto se refieran a aspectos de la relación laboral contemplados en la presente ley.*

*"En lo demás, aquella será de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades de este régimen jurídico específico".*

Indudablemente la cuestión de la finalización de la relación laboral en el régimen de la construcción es uno de los aspectos de la relación laboral que quedan atrapados por la legislación especial, en tanto ésta no contempla ninguna indemnización, cualquiera sea la forma de resolución del vínculo laboral, reemplazando el sistema de la LCT por el fondo de cese laboral (arts. 15 y 17 de la ley 22.250).

No escapa a mi conocimiento que existen posturas antagónicas en torno a si la indemnización por incapacidad absoluta del art. 212 de la LCT es compatible o no con el régimen de la ley 22.250.

Siguiendo la terminología que utiliza Mario E. Ackerman, tenemos posiciones admitentes y posiciones negantes.

Resumidamente, para la posición admitente, el cuarto párrafo del art. 212 de la LCT contempla una indemnización que corresponde al campo de la seguridad social, puesta por ley a cargo de los empleadores, y que tiene como fin compensar al trabajador totalmente incapacitado por la pérdida de su empleo y su marginación del mundo del trabajo, y por ende, dada esta naturaleza, resulta compatible con el régimen de la construcción, el que solamente excluye la indemnización por despido.

Esta postura es sostenida, entre otros, por Ricardo Guibourg, y Adrián Goldin, y ha sido receptada por algunas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (ver en especial el fallo dictado en autos "Frias c/ Riva S.A.", Sala VII, 13/8/1993, DT 1994-A, pág. 344).

Por su parte, para la postura negante, el legislador, al sancionar el fondo de cese laboral, ha considerado que la industria de la construcción, que por su naturaleza da lugar generalmente a contratos breves, es incompatible con normas protectoras que, como las de los arts. 211 y 212 de la LCT, corresponden a vínculos laborales de prolongadas expectativas; quedando, entonces, excluida la aplicación de estas normas con invocación de la manda del art. 35 de la ley 22.250.

Esta última es la postura mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, y entiendo que es la correcta (para un desarrollo más acabado de ambas posiciones ver Ackerman, Mario E., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. II, págs. 914/918; y el mismo autor, "Sobre la aplicación del art. 212 de la Ley de Contrato de Trabajo (T.O.) en el régimen de la industria de la construcción", DT 1994-A, pág. 344).

Jorge J. Sappia y Rosalía Adriana Pécora señalan, con relación al tema que nos ocupa, "Los dos casos, el de la



*incapacidad absoluta y el de la incapacidad parcial sin probabilidad de reinserción, provocan el mismo efecto, esto es, la extinción del vínculo laboral. Se ha dicho, y con certeza desde nuestro punto de vista, que las daciones dinerarias que procura el artículo 212 de la LCT representan una prestación de la seguridad social, puesta en cabeza del empleador por la ley. Esto es así porque si se trata de una invalidez causada por causas inculpables, en realidad el empleador no debe indemnizar nada, porque no ha provocado el daño. Y si se está en presencia de daños atribuibles al trabajo, donde también por aplicación del art. 254 LCT, proceden las indemnizaciones del art. 212, para sus consecuencias existe un sistema reparatorio específico fijado en la ley 24.557. El artículo 212 de la LCT apunta a otorgar al trabajador que por una contingencia que afecta su salud pierde el trabajo, un apoyo económico, por ello es que la naturaleza jurídica de la llamada indemnización no es resarcitoria, sino solidaria. Entonces la mera extinción del vínculo, por efecto de una incapacidad, en el ámbito de la ley 22.250, no puede sino acarrear la obligación del sistema de producir el pago del Fondo de Cese Laboral, pero nunca el de las mal llamadas indemnizaciones del artículo 212 de la LCT" (cfr. aut. cit., "Régimen Laboral de la Industria de la Construcción" en "Estatutos Particulares en el Derecho del Trabajo Argentino", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017, pág. 62/63).*

Por su parte, Juan Carlos Fernández Madrid sostiene: "La jurisprudencia de modo uniforme admite que la indemnización por incapacidad absoluta es una indemnización por cese, que tiene como base de cálculo el art. 245 de la LCT, y no puede ser acumulada a otras indemnizaciones por cese que tienen distinto fundamento, o dicho de otro modo, esta indemnización queda marginada cuando se abona la indemnización por despido sin causa. La acumulación incompatible es la de las dos indemnizaciones por cesantía provenientes de diversas causas, pues en el sistema de la ley lo que se repararía tanto en un

*caso (indemnización por incapacidad absoluta) como en el otro (despido sin causa) es la pérdida del empleo, aunque por diversos motivos” (cfr. aut. cit., “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 2.111/2.112).*

Entonces, si tanto el fondo de cese laboral como la indemnización por incapacidad absoluta, más allá de su diferente naturaleza, tienen como finalidad reparar, en parte, las consecuencias de la finalización del vínculo laboral (la primera sin importar la causa que la motive, y la segunda cuando el trabajador ya no se encuentra en condiciones psicofísicas de continuar inserto en el mundo del trabajo), esta última no resulta compatible con el régimen de la ley 22.250, toda vez que en el marco del estatuto especial la ruptura del contrato de trabajo por causa de la incapacidad absoluta del trabajador deriva en el cobro del fondo de cese laboral. De lo contrario, el trabajador de autos estaría percibiendo dos indemnizaciones por un mismo hecho: la ruptura de la relación laboral.

Conforme lo dicho es que considero que la demanda de autos debe ser rechazada, por no tener derecho, el actor, a la percepción de la indemnización del art. 212, 4to. párrafo, de la LCT.

Lo dicho me exime de analizar los restantes agravios formulados por las partes.

II.- En cuanto a la queja formulada por los letrados de la parte actora, la misma no puede ser abordada por la Alzada conforme lo normado por el art. 277 del CPCyC.

En efecto, la tasa de interés a aplicar sobre los honorarios de los profesionales recurrentes no fue una cuestión planteada al juez de primera instancia, ni tampoco ha sido abordada por el juez a quo en su sentencia. Ello determina que esta Alzada se encuentre impedida de analizar la cuestión.

Ello claro está, sin perjuicio que oportunamente se plantee en la instancia de grado, y vuelva la cuestión a conocimiento de la Cámara de Apelaciones, previa decisión del juez de primera instancia.

III.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y la queja arancelaria, y hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada, y, en consecuencia, revocar íntegramente el resolutorio recurrido.

Recomponiendo el litigio, se rechaza la demanda, con costas, en ambas instancias, a la actora perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

Se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la instancia de grado, y se fijan los honorarios de los profesionales que actuaron en autos, por su labor en la primera instancia, en el 16% de la base regulatoria (conformada por el monto reclamado en la demanda con más sus intereses calculados a partir de la fecha de interposición de la demanda y la de la sentencia de primera instancia, de acuerdo con la tasa activa del BPN por el período 15 de abril de 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2020, y conforma la tasa efectiva anual para préstamos personales, canal venta sucursales para clientes sin paquete, del mismo banco -sin IVA y sin capitalizar-, por el período 1 de enero de 2021 y 8 de mayo de 2023) para el letrado patrocinante de la parte demandada Juan José Marcos Quarta; 6,4% de la base regulatoria para el apoderado de la misma parte, Sandro Fabián Ochoa; y 15,68% de la base regulatoria en conjunto para los letrados Norberto Oscar Fontana y Juan Pablo Oliva, ambos en doble carácter por la parte actora, todo de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594.

Los honorarios de los peritos, teniendo en cuenta la labor cumplida y la adecuada relación de proporcionalidad que

deben guardar sus emolumentos con los de los abogados de las partes, se fijan en el 5% de la base regulatoria para cada uno de ellos: contador Eduardo Rubén Ortega, y médica Ana María Elena.

Los honorarios por la Actuación ante la Alzada se regulan en el 5,6% de la base regulatoria para el letrado Juan José Marcos Quarta; 2,24% de la base regulatoria para el letrado Sandro Fabián Ochoa; y 4,7% de la base regulatoria en conjunto para los letrados Norberto Oscar Fontana y Juan Pablo Oliva (art. 15, ley 1594).

**Existiendo disidencia entre los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el juez Jorge PASCUARELLI, quien manifestó:**

Traída a decisión del suscripto la disidencia en los votos que anteceden, habré de adherir a los argumentos de la vocal Patricia CLERICI.

Por ello, esta **Sala II, por MAYORIA**

**RESUELVE:**

I.- **Revocar íntegramente** la sentencia dictada el día 8 de Mayo de 2023 (fs. 357/367), rechazando la demanda en todas sus partes.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la actora perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

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

**Dra. PATRICIA CLERICI Jueza**

**Dr. JOSÉ NOACCO Juez**

**Dr. JORGE PASCUARELLI**

**Dra. VALERIA JEZIOR Secretaria**