



NEUQUEN, 21 de abril del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**AMSLER GASTON IVAN C/ ASOCIART S.A. ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART**" (JNQLA4 N° 512808/2018), venidos nuevamente a esta **Sala II**, integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- Ambas partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 430/450, dictada el día 23 de diciembre de 2020, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) En su memorial de fs. 459/484 vta. - presentación web de fecha 2 de febrero de 2021-, la demandada se agravia por la conclusión a la que arriba el juez de grado respecto de la existencia de incapacidad psicológica en el actor.

Dice que la sentencia recurrida omite ponderar que la pericia médica de fs. 376/379 determinó que el actor no presenta incapacidad que guarde relación o nexo causal con la actividad laboral que desarrollaba.

Señala que la perito médica ha sido concluyente al indicar que el trabajador no presenta incapacidad laboral relacionada con las tareas y/o actividad desempeñada; de lo que se infiere que las afecciones del demandante son inculpables, preexistentes y no relacionadas con las tareas cumplidas.

Entiende que no existiendo incapacidad física relacionada con el trabajo, surge evidente la improcedencia de considerar que el demandante posee incapacidad de tipo



psiquiátrica relacionada con el trabajo, y muchos menos con los hechos narrados por el propio actor, los cuales fueron negados expresamente por su parte.

Destaca que no existen pruebas en autos que puedan corroborar los dichos del actor, o que, por consecuencia de las tareas laborales o del ambiente laboral en el que se desempeñaba, se le hubiera generado una incapacidad psiquiátrica.

Señala que de la prueba pericial en higiene y seguridad surge que el accionante no ha estado expuesto a un nivel sonoro continuo, ni en yacimiento ni en base, que le pudiera ocasionar la hipoacusia bilateral.

Agrega que la sentencia en crisis omite realizar un análisis de la impugnación formulada por su parte respecto de la prueba pericial psicológica. Transcribe la impugnación.

Sostiene que en la pericia psiquiátrica no se describen ninguna de las características que contempla el decreto n° 659/1996; en tanto que el fallo atacado no efectúa consideraciones respecto de la ausencia de argumentaciones de suficiencia que avalen la conformación crónica del cuadro reactivo, y que no exista incidencia de la personalidad de base. Agrega que tampoco el juez de grado tuvo en cuenta que la pericia psiquiátrica no puede descartar causas ajenas al siniestro; que los síntomas y signos no pudieron ser fechados, es decir que no se pueden relacionar cronológicamente con el hecho de autos.

Afirma que todo el informe psiquiátrico encuentra apoyatura en los dichos y aseveraciones del propio accionante, los que fueron negados expresamente, y sobre los cuales no se ha diligenciado prueba.



Manifiesta que la pericia también omite tener en consideración el protocolo establecido en la resolución n° 762/2013 de la SRT, el que detalla.

Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Apela, por altos, los honorarios regulados a las letradas de la actora y a los peritos que han intervenido en autos, con cita de jurisprudencia.

En subsidio se queja de la determinación del IBM.

Dice que su parte impugnó expresamente el IBM denunciado en la demanda, ofreciendo prueba pericial contable e informativa para desvirtuarlo.

Precisa que a fs. 237/242 obra el informe pericial contable, el cual establece un IBM de \$ 74.585,88, pero dicha pericia fue impugnada por su parte y en la contestación a la impugnación el perito contador modifica el IBM, fijándolo en la suma de \$ 58.694,53, siendo éste el importe correcto y no el utilizado en la sentencia de primera instancia.

Insiste en que la sentencia recurrida realiza una apreciación sesgada de la pericia contable, sosteniendo que no cabe incluir para la determinación del IBM importes percibidos por el trabajador pero liquidados como no remunerativos por disposición de una ley o de un convenio colectivo de trabajo, refiriéndose a la adecuación que debe de haber entre las primas y la cobertura asegurativa.

También cuestiona la existencia de una doble imposición de intereses.

Cuestiona la inaplicación del art. 277 de la LCT y del art. 730 del Código Civil y Comercial.

Hace reserva del caso federal.



b) La parte actora expresa agravios a fs. 485/489 vta. -presentación web de fecha 2 de febrero de 2021-.

Se queja de la valoración que del material probatorio ha hecho el juez de grado.

Dice que la pericia en higiene y seguridad da cuenta que el agente "ruido" estaba presente en el desarrollo normal y habitual de las tareas del actor, a la vez que la sentencia de primera instancia reconoce la minusvalía auditiva del trabajador y la falta de actividad de la demandada en cuanto a la protección de su salud, quién estaba en conocimiento de la disminución auditiva del trabajador.

Recuerda que quién no actúa, pese a tener una obligación de hacerlo en virtud de una norma legal, a sabiendas de las consecuencias de la inacción, es considerado responsable de los daños que causa, máxime teniendo en consideración la particular protección que la Constitución manda prestar al trabajador.

Sigue diciendo que su parte solicitó la nulidad de la pericia médica, haciendo hincapié en que la perito obró de manera irregular, en tanto se apartó de las guías técnicas especiales para casos de pérdida de la audición laboral, arrogándose facultades judiciales para dictaminar respecto del carácter laboral del padecimiento.

Insiste en que lo dictaminado por la perito médica contradice la propia definición de la enfermedad, ya que el Comité de Ruido y Conservación de Audición del American College of Occupational Medicine estableció que la hipoacusia perceptiva auditiva inducida por el ruido es una pérdida auditiva generalmente bilateral, permanente, de instalación lenta y progresiva a lo largo de muchos años, como resultado de exposición a ruido intenso, continuo. Destaca que se aclara



"generalmente", porque hay situaciones en las cuales la enfermedad no es bilateral pero si profesional.

Manifiesta que la perito optó por tomar el camino más corto, y excluir la enfermedad del trabajador del ámbito laboral, sin analizar las particularidades de su caso.

Se queja también de que la pericia médica manifiesta que la exposición al ruido debiera ser continua, cuando está establecido que ello es así para personas que realizan una jornada laboral de ocho horas diarias, en tanto que el actor cumplía una jornada mucho más extensa. Agrega que la perito nada dice respecto de la preexistencia, ya que el trabajador tenía una minusvalía registrada por el empleador, con lo cual la vulnerabilidad a la exposición del ruido es distinta que si se tratase de una persona totalmente sana.

Destaca que la experta ha reconocido una agudización de la patología, pero ha optado por considerar que la misma no es profesional.

Afirma que el juez de primera instancia en ningún momento se refiere a la prueba testimonial, cuando los testigos afirman que al lado de los generadores no se puede ni hablar, y el testigo Giaquinta declara que en el sector donde se desempeñaba el actor el ruido es molesto, alto y que al lado del demandante se armaban las cañerías a golpes. Cita al testigo Soto, el que da cuenta que debía operar la hidrogrúa por fuera de la unidad de la misma y en comunicación con sus compañeros, lo que quiere decir que debía hablar con ellos, para lo cual resulta necesario quitarse los protectores.

Insiste en que todos los testigos fueron coincidentes en los altos niveles de ruido a los que estaba expuesto el actor.

Entiende que otro factor relevante que denota el padecimiento del actor es la pericia psiquiátrica, en la que



el experto concluye en la existencia de un trastorno depresivo mayor moderado, compatible con RVAN grado II.

Sostiene que el actor, ante la falta de respuesta de la demandada y la ausencia de recalificación, a efectos de no agravar más su cuadro, decidió renunciar a su empleo.

Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

c) La parte actora contesta el traslado del memorial de su contraria a fs. 491/497 vta. -presentación web de fecha 18 de febrero de 2021-, y lo mismo hace la demandada a fs. 498/501 -presentación web de fecha 22 de febrero de 2021-.

II.- Ingresando en el tratamiento de los recursos de autos, comienzo el análisis, por razones lógicas, por el agravio de la parte actora referido a la relación de causalidad entre el daño que presenta el trabajador y el ambiente de trabajo.

En relación a esta cuestión llega firme a la Alzada que al actor, al ingresar a laborar para la empresa Servicios Petroleros Uribe S.A., le fue detectado en el examen preocupacional una disminución de su capacidad auditiva: "caída a 50 dB en ambos oídos en la frecuencia 4000 Hz" (fs. 17), siendo calificado como "apto con preexistencia".

En el año 2017 se le realiza al actor un estudio audiométrico, el que da cuenta de un acrecentamiento en la disminución auditiva de su oído derecho en 20 decibeles, el que es coincidente con el estudio realizado como parte de la pericia médica, el que también da cuenta de un hipoacusia neurosensorial bilateral agudizada en 20 db en oído derecho en relación con el examen preocupacional (ver informe pericial médico, a fs. 378).



Es importante destacar la diferencia existente entre agravamiento de la enfermedad o dolencia y reagravamiento de la misma, ya que se trata de situaciones diferentes, con tratamiento diferente. Además, tal diferenciación deviene necesaria en tanto la parte actora cita jurisprudencia referida a supuestos de reagravamiento de la dolencia, que no es el caso de autos, y, por ende, no es de aplicación en el sub lite.

El Tribunal Superior de Justicia ha dicho que "A través de la acción de reagravación, el trabajador accidentado podrá demandar nuevamente un reajuste indemnizatorio, siempre que demuestre la existencia de consecuencias mediatas relacionadas con el accidente, que no hubieran sido tenidas en cuenta en el juicio o reclamo administrativo anterior -ya sea por no existentes o por desconocidas al tiempo de evaluarse su incapacidad-, que provocan una mayor ineptitud para el trabajo.

"La agravación o agravamiento se corresponde con el incremento del grado de incapacidad producido por el trabajo sobre una enfermedad preexistente. El agravamiento opera como un nuevo accidente que genera una nueva incapacidad, mientras la reagravación es una secuela de un hecho que ocurrió con anterioridad, que provoca una mayor minusvalía.

"Por último, respecto de los accidentes sucesivos, son aquellos hechos autónomos que originan obligaciones independientes, y es factible que ello se reitere en el decurso del contrato de trabajo" (cfr. autos "Marchesini c/ Serv. Especiales San Antonio S.A.", expte. n° 407/2003 del registro de la Secretaría Civil, Acuerdo n° 25 del 2/6/2006).

En autos estamos ante un supuesto de agravamiento o agravación de la enfermedad preexistente, como consecuencia, conforme la pretensión de la parte actora, de la exposición del trabajador, en su ambiente de trabajo, a un nivel sonoro superior al normal o permitido.

Es por ello que la procedencia de la acción de autos requiere de la acreditación de un mayor daño - circunstancia que surge de la pericia médica- y de la relación



causal entre ese mayor daño y la actividad del trabajador (cfr. CSJN, "Báez c/ Darlene SAIC", 9/4/2019, Fallos 342:609).

El informe pericial médico dictaminó que el agravamiento de la dolencia del trabajador no es consecuencia del ambiente de trabajo en el cual desarrollaba tareas, ya que la mayor disminución de la capacidad auditiva afecta solamente un oído, y no ambos, entendiéndose la experta que para que exista relación causal con el trabajo aquella agravación debió producirse en los dos oídos.

Ahora bien, de acuerdo con el decreto n° 658/1996 la hipoacusia perceptiva es una enfermedad profesional causada por el agente "ruido"; en tanto que el laudo n° 405/1996 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación que aprueba el Manual de Procedimientos para el Diagnóstico de las Enfermedades Profesionales, en el apartado "Hipoacusia perceptiva inducida por el ruido" (H83.3) dice: "...La Hipoacusia perceptiva auditiva inducida por el ruido es una pérdida auditiva generalmente bilateral, permanente, de instalación lenta y progresiva a lo largo de muchos años, como resultado de la exposición a ruido intenso, continuo o intermitente...Para que ocurra la enfermedad, o la pérdida auditiva, serán necesarias determinadas características de intensidad y frecuencia del agente, que actúen sobre el oído susceptible, durante un tiempo prolongado.

"Criterios diagnósticos

"...es siempre una hipoacusia neurosensorial que afecta las células del órgano de Corti;

"es casi siempre bilateral con patrones audiométricos similares para ambos oídos..."

Teniendo en cuenta que las normas legales se refieren a que casi siempre la enfermedad profesional hipoacusia es bilateral, o que generalmente es bilateral, nos está indicando que podría haber una excepción a la regla general y encontrar hipoacusias vinculadas con el trabajo que afecten solamente o con mayor intensidad a un solo oído.



Por otra parte, la pericia en higiene y seguridad da cuenta que el actor laboró en un ambiente con un ruido superior al normal. Del informe de fs. 214/216 surge que el ruido en las locaciones petroleras -no así en la base de la empresa- supera el valor de referencia de 85 dBa, como así también que la empresa proveía protectores auditivos de tipo endoaural y que efectuó capacitaciones en "El ruido, riesgos y acciones de control de epp, modo de uso y mantenimiento", entre otros temas.

Lo dicho determina que el ambiente ruidoso en que desempeñó su actividad el trabajador se encuentra acreditado, no solamente por las mediciones técnicas, sino también porque la misma empleadora lo está reconociendo al entregar a sus empleados protectores auditivos y realizar capacitaciones sobre este agente dañoso.

Encontrándose probada la existencia del mayor daño en el actor y su desempeño en un ambiente ruidoso, entiendo que negar la existencia de la relación causal entre el agravamiento de la enfermedad preexistente y el trabajo por el solo hecho que el mayor daño afecta solamente a un oído no puede justificarse jurídicamente.

En efecto, es cierto que la afectación de un solo oído es excepcional (la generalidad es que el ambiente ruidoso enferme ambos oídos), pero en autos se dan circunstancias especiales que tornan procedente la condena a la demandada a la reparación de la incapacidad física del accionante.

Y esas circunstancias especiales se vinculan con el examen de salud preocupacional.

Carlos Alberto Livellara señala que el examen preocupacional o de ingreso de acuerdo con la resolución 37/2010 (art. 2° ap. 1) tiene la finalidad de determinar la aptitud del postulante conforme sus condiciones psicofísicas



para el desempeño de las actividades que se le requerirán. Agrega el autor citado, “Además sirve para detectar las patologías preexistentes y, en su caso, para evaluar la adecuación del postulante –en función de sus características y antecedentes individuales- para aquellos trabajos en los que estuvieren eventualmente presentes los agentes de riesgo determinados por el decreto 658 de fecha 24 de junio de 1996.

“El contenido del artículo se ajusta a los dos aspectos que generalmente se señalan como propios del examen de ingreso: la profilaxis, que permite explorar las afecciones capaces de perjudicar a la comunidad (enfermedades contagiosas) o al propio individuo (por su incompatibilidad física o psíquica con el trabajo), y la orientación, que aconseja sobre la clase de trabajo que el examinado está en condiciones de realizar de acuerdo con su estado psicofísico” (cfr. aut. cit., “Los exámenes médicos de salud del trabajador y sus repercusiones tanto respecto a sus derechos fundamentales, como con relación a la responsabilidad civil de la ART por los daños sufridos por aquél. Resolución 37/2010 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo” en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2010-1, pág. 272/273).

En el concreto caso de autos, el examen preocupacional realizado al actor informó sobre la existencia de una disminución auditiva de 50 dB en ambos oídos, lo que indicaba la existencia de una hipoacusia moderada (entre 40 dB y 60 dB). No obstante ello, se destinó al trabajador a ambientes laborales ruidosos, y persistió en ese ambiente laboral a pesar de que el examen periódico indicaba un agravamiento de la enfermedad en uno de sus oídos.

En esos términos, teniendo en cuenta que no se ha indagado sobre la existencia de una causa extra laboral como determinante del agravamiento de la enfermedad preexistente, que la demandada tuvo conocimiento de esta enfermedad preexistente y no se adoptaron los recaudos necesarios para evitar el perjuicio, y que el ambiente laboral en el cual se desempeñó el trabajador era ruidoso, entiendo que existe



relación causal adecuada entre el trabajo y el mayor daño físico que presenta el actor.

Claro está que la responsabilidad de la demandada no se extiende a la totalidad de la enfermedad del actor, sino solamente al porcentaje correspondiente al agravamiento sufrido por éste (art. 6, apartado 3, inc. b ley 24.557).

Dado que la pericia médica informa que el actor presenta un agravamiento de 20 decibeles en su oído derecho, respecto de la enfermedad detectada en el examen preocupacional (caída de 50 decibeles en ambos oídos), y toda vez que no se ha establecido incapacidad derivada de la enfermedad preexistente, de la incapacidad total que presente el trabajador en la actualidad -la que debe ser fijada por la perito médica designada en autos en la etapa de ejecución de sentencia-, la demandada responde por el 25%.

III.- Sentada la existencia de relación causal entre la incapacidad física del trabajador y el trabajo, caen los argumentos de la demandada referidos a la inexistencia de relación causal entre la afectación psicológica y el trabajo.

El dictamen del perito psiquiatra, obrante a fs. 359/360 vta., da cuenta que el trastorno depresivo mayor moderado que presenta el demandante es consecuencia de la enfermedad que padece y de su trabajo, en tanto el trabajador adjudica el origen de su mal a la actividad laboral.

Los cuestionamientos que la parte demandada ha hecho al informe pericial psiquiátrico no resultan procedentes, en tanto el perito ha aplicado tests diagnósticos para arribar a sus conclusiones, habiendo dejado sentado que la personalidad de base del demandante es neurótica, de características normales y sin antecedentes de salud mental (fs. 366), siendo razonable, además, que la pérdida de la



capacidad auditiva en una persona joven tenga un impacto sobre su psiquis.

Por ende la demandada debe responder por la incapacidad psicológica que presenta el trabajador pero en la medida determinada para la incapacidad física: 25%.

Si bien el perito psiquiatra ha fijado una incapacidad en su especialidad del 10%, la determinación del porcentaje definitivo por el cual progresa la demanda queda supeditada al establecimiento del porcentaje de incapacidad física, a la sumatoria de la minusvalía física y la psíquica por aplicación del método de la capacidad restante y a la adición de los factores de ponderación.

IV.- El agravio de la demandada referido a la determinación del IBM no ha de tener favorable acogida, ya que es criterio reiterado de esta Cámara de Apelaciones la inclusión de los denominados "rubros no remunerativos" en la base de cálculo del ingreso base mensual.

De acuerdo con el art. 12 de la LRT, en la redacción dada por la ley 27.348, a los fines del cálculo del valor del ingreso base se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengados, de conformidad con lo establecido por el art. 1° del Convenio n° 95 de la OIT, por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicios si fuera menor.

El art. 1° del Convenio n° 95 de la OIT determina que el término salario, a los efectos del convenio, significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya



efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

No paso por alto que los arts. 11 y 24 de la resolución n° 298/2017 de la SRT establecen que la liquidación de la indemnización debe hacerse tomando en cuenta los salarios declarados por el empleador al Sistema Unico de Seguridad Social, sin embargo dichos preceptos refieren a la liquidación que deba realizarse en el ámbito administrativo, ante el Servicio de Homologaciones, no siendo, entonces, de aplicación en la provincia del Neuquén en atención a los términos de la adhesión formulada por la Legislatura provincial al Título I la ley 27.348 (art. 8°, ley 3.141), dado que, por el momento, dicha adhesión no es operativa.

De todos modos, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia es clara sobre el tema.

Conforme lo explica Silvia Pinto Varela, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del año 2009, dictó una serie de pronunciamientos en los que delineó con claridad y precisión el concepto de salario, destacando la relevancia que tiene el instituto en la persona del trabajador. La primera sentencia dictada al respecto fue en la causa “Pérez, Aníbal c/ Disco S.A.”, en la que con minuciosidad hizo referencia al rol del trabajador en la Constitución Nacional, a las normas de Derecho Internacional ratificadas por nuestro país referidas a la remuneración y da pautas precisas acerca de cómo debe ser examinada cualquier disposición referida al instituto en examen.

“Tres han sido los aspectos que dieron origen a la intervención del alto tribunal: vales alimentarios consagrados en el artículo 103 bis de la LCT; sumas no remunerativas previstas en decretos del PEN; sumas no remunerativas acordadas entre las partes en un convenio colectivo de trabajo”.

En lo que refiere a este último rubro (sumas no remunerativas introducidas por el convenio colectivo de trabajo, que es el caso de autos), la autora citada dice: “La Corte Suprema, con fecha 4 de junio de 2013, en autos “Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”, además de declarar la invalidez constitucional del artículo 103 bis, inciso c, LCT, con



sustento en la doctrina de “Pérez, Aníbal c/ Disco S.A.”, también considera inconstitucional la cláusula convencional en cuanto desconoce la naturaleza salarial del concepto “anticipo acta acuerdo nov. 2005”...uno de los aspectos más relevantes de los precedentes citados es el referido al concepto de salario. En efecto, de los fallos resulta que el concepto de salario no puede quedar supeditado a la voluntad del empleador ni del Estado sino que, a fin de determinar si una suma percibida por el trabajador reviste o no naturaleza remunerativa, cabe examinar los elementos que la componen con independencia del nombre que se le atribuya” (cfr. aut. cit., “Salario” en “Jurisprudencia Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2019, T. I, pág. 398/412).

A ello agregó que, conforme lo sostuvo en la causa “Olguín Vilches c/ Experta ART S.A.” (expte. n° 505.444/2015, 12/2/2019), entre otras, “La realidad nos muestra que contemplar solamente el salario previsional a efectos de liquidar la indemnización por daños provocados por accidentes de trabajo deja fuera una parte sustancial de la remuneración, dada la proliferación de aumentos salariales otorgados a través de rubros no remunerativos, destinados a evitar que el empleador vea incrementada su carga contributiva al sistema de seguridad social. Claro que tal proceder ignora los derechos del trabajador, y la especial tutela que la Constitución Nacional manda brindarle (art. 14 bis) ya que desfinancia las instituciones de la seguridad social, a la vez que influye negativamente sobre las indemnizaciones de toda naturaleza debidas a las personas que trabajan en relación de dependencia.

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

“Juan J. Formaro señala, con relación al art. 12 de la LRT en la redacción anterior a la reforma de la ley 27.348, que: *“La irrazonabilidad del precepto se evidencia al tamizar el texto de la ley de accidentes por el principio del art. 208 de la LCT que enuncia la garantía del nivel salarial...Es por ello que al quedar desvirtuada la referencia de una prestación resarcitoria por ausencia de relación adecuada de los haberes del trabajador activo con los ingresos considerados a los fines del cómputo indemnizatorio, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557. Se ha dicho al efecto que la norma importa una frontal colisión con los principios contenidos en los arts. 19 y 21, inc. 2° de la Const. Nacional, así como con los principios de integralidad y progresividad, y lo previsto en los arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana, Protocolo de San Salvador.*



“En cuanto a la existencia de las llamadas sumas no remunerativas, corresponde además meritar su inconstitucionalidad por contrariar el Convenio n° 95 de la OIT al quitar o desconocer la naturaleza remuneratoria. Tendrán incidencia, por tanto, los conceptos otorgados que aparenten militar entre los llamados beneficios no remunerativos, de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas “Pérez c. Disco S.A.” y “González c. Polimat S.A. y otro” –cfr. aut. cit., “Riesgos del Trabajo”, Ed. Hammurabi, 2013, pág. 161/162-.

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

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

Teniendo en cuenta que la actual redacción del art. 12 de la LRT ha optado por abandonar el salario previsional, para tomar como base de la liquidación de la indemnización por incapacidad derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional el salario contemplado en el Convenio n° 95 de la OIT, y dada la claridad de la jurisprudencia de la Corte sobre la materia –conforme se explicó–, mal puede pretenderse la exclusión de los adicionales no remunerativos indicados por la recurrente de la base para el cálculo del IBM del actor.

Consecuentemente se confirma el resolutorio de grado en cuanto al IBM utilizado.



V.- La parte demandada también se agravia por los intereses determinados por el juez a quo, en el entendimiento que existe una doble imposición de ellos.

El juez de grado ha realizado la liquidación de la indemnización a la fecha de la sentencia de primera instancia (en realidad, a noviembre de 2020), aplicando los intereses sobre el IBM hasta dicha fecha, conforme tasa activa del Banco Nación, y luego manda liquidar intereses moratorios, también conforme la tasa activa del Banco Nación, desde el 18 de enero de 2018 y hasta el efectivo pago.

Al fallar la causa "Díaz c/ Experta ART. S.A." (expte. n° 512.611/2018, 3/9/2019) esta Sala sostuvo: "...dado lo dispuesto en el art. 12 apartado 3 de la ley 24.557 (conforme reforma introducida por la ley 27.348) y teniendo en cuenta también la manda del art. 768 del Código Civil y Comercial, y su prelación a efectos de determinar los intereses moratorios: 1) pacto de partes; 2) tasa fijada por leyes especiales y 3) reglamentación del Banco Central, entiendo que debe hacerse una nueva lectura del fallo "Mansur c/ Consolidar ART S.A." del Tribunal Superior de Justicia (Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil), y de la norma en que se funda dicha doctrina, cuál es el art. 2 de la ley 26.773, en cuanto dispone que el derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso o se determinó la relación causal adecuada a la enfermedad profesional.

"Ello así porque el apartado 3 del art. 12 de la LRT, en su nueva redacción, introduce una tasa legal en el régimen de riesgos del trabajo, de aplicación obligatoria para la magistratura de conformidad con el art. 768 del Código Civil y Comercial, por el período comprendido entre la mora y la efectiva cancelación de la prestación dineraria (cfr. Arese, César, "Nueva determinación de capital, ajuste e intereses de las prestaciones dinerarias de la Ley sobre Riesgos del Trabajo" en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2017 – Número extraordinario, pág. 371).

"Con anterioridad al precedente "Mansur" del Tribunal Superior de Justicia, resolví que la mora de la aseguradora de riesgos del trabajo no se producía en oportunidad del acaecimiento del hecho dañoso o de la primera manifestación invalidante de la enfermedad, sino con posterioridad. Así, en la causa "Avila c/ Prevención ART S.A." (expte. n° 353.113/2007, sentencia del 16/6/2011) dije: "*Respecto de la fecha a partir de la cual corresponde el cómputo de los intereses es*



jurisprudencia reiterada de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que la fecha de toma de conocimiento de la incapacidad marca la exigibilidad del crédito, el curso de los intereses y el inicio del cómputo de la prescripción (diario LL del 10/3/1989; DT 1994-B, pág. 2245). En igual sentido se ha pronunciado la Sala I de esta Cámara de Apelaciones (autos “Billinger c/ B.J. Services”, Expte. 146-CA-99).

“Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza coloca el momento de inicio del cómputo de los intereses, en principio, en la fecha del dictamen de la Comisión Médica y, ante la ausencia de ella, habrá que determinar en cada caso en que fecha la aseguradora entró en mora y se le hizo exigible la obligación (Sala 2°, autos “Ponce c/ Asociart ART”, 29/8/2005, Lexis n° 16/16450).

“Esta Sala II, en anterior integración, fijó el inicio del cómputo de los intereses en la fecha del hecho, por tratarse de un supuesto de mora ex – re (autos “Ulloa c/ Costra Brava S.A.”, Expte. 421-CA-1998). Igual postura explicita el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chubut, ya que tratándose de obligaciones de fuente delictual o cuasi-delictual, los intereses corren desde que se produjo el daño (autos “Flores c/ Provincia de Chubut”, 19/2/2002, Lexis n° 15/12200).

“Tratándose la presente de una acción enmarcada en la Ley 24.557, entiendo que los intereses moratorios deben computarse a partir de la mora de la aseguradora, y no desde el hecho lesivo. Ello así porque a partir del hecho dañoso la ART tiene distintas obligaciones en especie y dinerarias, pero no la de abonar la prestación por incapacidad permanente definitiva toda vez que ésta, en principio, no se encuentra consolidada.

“De acuerdo con la legislación de la materia tal mora surge a partir del conocimiento de aquella incapacidad (arts. 9° y 14°, apartado 2, LRT), lo que en general se produce con la intervención de la Comisión Médica, toda vez que en tal oportunidad, y más allá que se determine o no porcentaje de incapacidad, queda claramente establecido el carácter de la causa de la lesión, así como su etiología y diagnóstico (cfr. CSJ Mendoza, Sala 1, “Romero c/ La Caja ART”, 10/5/2006, AR/JUR/2331/2006)”.

“Posteriormente, y habiéndose expedido el Tribunal Superior de Justicia en el precedente ya señalado, me atuve a dicha doctrina, colocando la fecha a partir de la cual se devengan los intereses en la de acaecimiento del hecho dañoso o de la primera manifestación invalidante de la enfermedad.

“Pero la reforma de la ley 27.348 nos coloca nuevamente ante la necesidad de volver sobre el tema, con el objeto de precisar la aplicación de la tasa legal, y conocer cuáles son los



intereses que se han de capitalizar, en función de la obligada interpretación armónica con la manda del art. 2 de la ley 26.773 (doctrina de la causa “Mansur”).

“En un fallo de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se sostuvo que: *“...tal como lo tiene dicho esta Sala en casos que guardan sustancial analogía con el presente, no hay motivos que justifiquen, en estos casos, un apartamiento del principio general de las obligaciones civiles, en el sentido que el cómputo de los intereses debe hacerse desde el momento del evento dañoso, hecho que da nacimiento a la obligación de indemnizar (arts. 1.748 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, antes arts. 1.083 y concs. del Cód. Civil; art. 2 de la ley 26.773 y SD nro. 63.474 del 21/11/2011, del registro de esta Sala, “Araujo Narciso Miguel c. La Palma S.A. y otro s/ Accidente – Acción Civil”).*

“Por otro lado, al fundar como lo hace, confunde la naturaleza de los intereses al otorgarle el carácter de “moratorios”. En efecto, la indemnización generó intereses “compensatorios” durante el lapso que transcurriera entre la fecha del accidente, y el momento en que debió ponerse a disposición del trabajador el importe correspondiente (doct. Expediente Nro.: CNT 58347/2013 art. 767 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). De lo contrario, se beneficiaría a la deudora que ha conservado el capital y ha hecho uso de él durante este tiempo a costa del acreedor, quién debió acudir a instancia judicial para que se reconociera su derecho” (autos “Alvarez c/ ART Liderar S.A. s/ accidente – ley especial”, 21/2/2017, LL AR/JUR/5747/2017).

“Entiendo que esta diferenciación entre intereses compensatorios y moratorios permite una adecuada interpretación de las normas de los arts. 2 de la ley 26.773 y del apartado 3 del art. 12 de la LRT.

“Que en el régimen de riesgos del trabajo el dies a quo de los intereses está dado por la manda del art. 2 de la ley 26.773 prácticamente no se discute en jurisprudencia (cfr. Doña, Adriana – Elmelaj, María Laura, “Actualidad Laboral”, LL AR/DOC/1758/2017), y en la Provincia del Neuquén es de aplicación indiscutida por todos los tribunales inferiores en virtud de la doctrina “Mansur” del Tribunal Superior de Justicia.

“Ahora bien, de acuerdo con el apartado 3 del art. 12 de la LRT, *“A partir de la mora en el pago de la indemnización será de aplicación lo establecido por el artículo 770 del Código Civil y Comercial acumulándose los intereses al capital, y el producido devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina, hasta la efectiva cancelación”.*



“Si se entendiera que los intereses que corren a partir de la fecha del accidente de trabajo o de la primera manifestación invalidante de la enfermedad tienen carácter de moratorios, y la mora de la aseguradora es coincidente, entonces, con aquellos eventos, tendríamos que retrotraer la capitalización de los intereses a esa época y a partir de allí aplicar sobre este capital el interés legal de la manda del art. 12 de la LRT, lo que claramente importa, conforme lo destaca Ackerman (cfr. op. cit., pág. 366/367) una doble potenciación de la deuda, contraria a jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

“A ello agrego, que si esta hubiera sido la intención del legislador, bastaría con haberse remitido a la disposición del art. 2 de la ley 26.773, y no hablar expresamente de mora; como así también que la misma ley 26.773 otorga plazos a la aseguradora de riesgos del trabajo para la liquidación de las prestaciones dinerarias por muerte o incapacidad definitiva –parcial o total- (art. 4), que son incompatibles con fijar su mora en la fecha de producción del hecho dañoso o de la primera manifestación invalidante.

“Lo adecuado, entonces, es considerar, conforme lo postula la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que los intereses que se devengan en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 26.773 son compensatorios, y se capitalizan a partir de la mora del deudor, y a partir de allí generan intereses moratorios, los que se han de liquidar de acuerdo con la tasa legal.

“Asimismo, y por ser intereses compensatorios, en virtud de la manda del art. 767 del Código Civil y Comercial, su tasa puede ser fijada por los jueces...Consecuentemente, y a efectos de resolver la apelación en los términos planteados por la recurrente, debe entenderse que los intereses que el a quo manda liquidar entre la fecha del accidente (28/2/2018) y el vencimiento del plazo para el pago otorgado por el art. 51 de la ley 921 (determinación de la mora en los términos del apartado 3 del art. 12 de la LRT que no ha sido motivo de agravio), son compensatorios y pueden ser fijados, como se hizo, por el juzgador (art. 767, Código Civil y Comercial), y que los intereses que se devenguen a partir de la eventual mora de la demandada (vencido el plazo para el pago, dice la sentencia cuestionada), se han de liquidar, previa capitalización de los intereses compensatorios, de acuerdo con la tasa legal que establece el apartado 3 del art. 12 de la ley 24.557”.

Aplicando estos conceptos al caso de autos, tenemos que no se encuentra controvertido el momento en el cual el juez de grado realiza la liquidación de la indemnización (fecha de la sentencia de primera instancia, con valores de noviembre de 2020). Es por ello que se ha de



respetar esta fecha de liquidación, sin perjuicio de la opinión de la Sala.

Luego, si el juez de primera instancia fijó el VIB computando intereses hasta el momento de la liquidación, corresponde liquidar intereses desde el 18 de enero de 2018 - fecha no cuestionada en la Alzada- y hasta el 30 de noviembre de 2020 en carácter de compensatorios y a una tasa del 12% anual, y a partir del 1 de diciembre de 2020 -previa capitalización de estos intereses- y hasta el efectivo pago del capital de condena, se han de devengar intereses moratorios, los que se liquidarán de acuerdo con la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.

VI.- La parte demandada ha formulado apelación arancelaria respecto de los honorarios fijados a las letradas de la parte actora y a los peritos de autos.

La sentencia de primera instancia ha regulado dichos honorarios en el 18% para a Dra....., 10% para la Dra., y 6% para cada uno de los cuatro peritos actuantes en autos, todo sobre la base regulatoria conformada por capital de condena e intereses.

Si bien los porcentajes fijados por el juez de grado, comparados con los parámetros que habitualmente utiliza esta Cámara de Apelaciones para casos de similar complejidad que el presente, son elevados; aún llevando las regulaciones a dichos parámetros, el total de los honorarios a cargo de la condenada en costas supera el límite del 33% del capital de condena con más sus intereses, establecido por el Tribunal Superior de Justicia como valla a la confiscatoriedad (autos "Ippi c/ Sánchez", expte. n° 133/2011, Acuerdo n° 5 de fecha 20/2/2014).



Es por ello que deben readecuarse las regulaciones de honorarios antedichas, limitándolas, en su totalidad, al 33% del monto de condena con más sus intereses.

Consecuentemente, se fijan los honorarios de la Dra..... en el 13,5% de la base regulatoria; los de la Dra....., en el 7,5% de la base regulatoria; y los de los peritos,....., y, en el 3% de la base regulatoria para cada uno de ellos.

VII.- El último agravio de la parte demandada refiere al límite del 25% que en materia de responsabilidad por costas regla el art. 277 de la LCT y el art. 730 del Código Civil y Comercial.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Superior de Justicia se ha expedido recientemente, confirmando el criterio, sostenido por esta Cámara de Apelaciones, respecto de la inaplicabilidad de sendas normas en el ámbito provincial, por cuanto ellas invaden materias no delegadas por las provincias al gobierno nacional (Acuerdo n° 1, de fecha 5/2/2021, dictado en autos "Yañez, Sergio Alberto c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente de trabajo con art", expte. n° 508.843/2016).

Lo dicho determina el rechazo de la queja bajo análisis.

VIII.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, y parcialmente al de la parte demandada.

Por ende, se modifica parcialmente el resolutorio recurrido: 1) dejando sin efecto el capital de condena, disponiendo que el nuevo monto por el que progresa la demanda sea determinado en la etapa de ejecución de sentencia, una vez que la perito médica designada en autos fije el porcentaje de incapacidad del actor y de acuerdo con las pautas dadas en los



Considerandos; 2) disponiendo que el nuevo capital de condena devengue intereses compensatorios desde el día 18 de enero de 2018 y hasta el 30 de noviembre de 2020 a una tasa del 12% anual, y a partir del 1 de diciembre de 2020 -previa capitalización de estos intereses- y hasta el efectivo pago del capital de condena, se han de devengar intereses moratorios, los que se liquidarán de acuerdo con la tasa activa del Banco de la Nación Argentina; 3) reducir los honorarios regulados a las letradas de la parte actora y a los peritos de autos, los que se fijan, para la Dra..... en el 13,5% de la base regulatoria; para la Dra....., en el 7,5% de la base regulatoria; y para los peritos,, y, en el 3% de la base regulatoria para cada uno de ellos; confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se distribuyen en el orden causado (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en el 6,3% de la base regulatoria para la Dra. y 5,88% de la base regulatoria para el Dr....., todo de conformidad con lo normado por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. José I. NOACCO dijo:

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

Por ello esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada en fecha 23 de diciembre de 2020 (fs. 430/450) de la siguiente manera: 1) dejar sin efecto el capital de condena, disponiendo que el nuevo monto por el que progresa la demanda sea determinado en la etapa de ejecución de sentencia, una vez que la perito



médica designada en autos fije el porcentaje de incapacidad del actor y de acuerdo con las pautas dadas en los Considerandos; 2) disponer que el nuevo capital de condena devengue intereses compensatorios desde el día 18 de enero de 2018 y hasta el 30 de noviembre de 2020 a una tasa del 12% anual, y a partir del 1 de diciembre de 2020 -previa capitalización de estos intereses- y hasta el efectivo pago del capital de condena, se han de devengar intereses moratorios, los que se liquidarán de acuerdo con la tasa activa del Banco de la Nación Argentina; 3) fijar los honorarios regulados a las letradas de la parte actora y a los peritos de autos, para la Dra..... en el 13,5% de la base regulatoria; para la Dra....., en el 7,5% de la base regulatoria; y para los peritos,, y, en el 3% de la base regulatoria para cada uno de ellos; confirmándola en lo demás que ha sido motivo de agravio.

II.- Imponer las costas generadas en esta instancia, en el orden causado (artículo 71, del C.P.C. y C.).

III.- Regular los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en el 6,3% de la base regulatoria para la Dra..... y 5,88% de la base regulatoria para el Dr..... (art. 15 de la ley 1.594).

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

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria