



NEUQUEN, 18 de diciembre del año 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**FIERRO DAMIAN ISRAEL C/ PROVINCIA DE NEUQUEN Y OTRO S/ ACCIDENTE LEY**", (JNQLA3 EXP N° 397501/2009), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I.- Contra la sentencia definitiva dictada el día 7 de agosto de 2017 (fs. 279/283), se alzaron en apelación el letrado apoderado de la co-demandada Provincia del Neuquén, por derecho propio a fs. 289/290, y la parte actora a fs. 292/296.

El primero de ellos apela por bajos sus honorarios profesionales, argumentando que se ve discriminado en la determinación de sus emolumentos respecto de los regulados a los letrados de las restantes partes y peritos, señalando que la suma que le fue regulada es irrisoria, equivalente aproximadamente al 3% del monto del proceso. Pide su revisión teniéndose en cuenta tanto su actuación en el doble carácter, como las pautas establecidas en la ley arancelaria.

Por su parte, la actora plantea dos agravios a saber:

a) La imposición del tope indemnizatorio, respecto del cual dice que el sentenciante de grado no se expidió sobre su pedido de declaración de inconstitucionalidad de los establecidos en el artículo 14 de la ley 24.557 y los decretos que lo han reglamentado. Ello resulta confiscatorio sobre bienes de su mandante y transgrede el fin protectorio



del derecho laboral y el principio alterum non laedere al negársele el derecho a una reparación integral del daño sufrido:

b) El arbitrario rechazo de la demanda contra su empleadora. Señala haber planteado la inconstitucionalidad del artículo 39 inc. 1 de la ley 24557 en cuanto impedía demandar a la empleadora, respecto de lo cual el sentenciante tampoco se ha pronunciado.

En síntesis, cuestiona que el a-quo no haya valorado que el hecho ocurrió como consecuencia del riesgo de su trabajo policial, o por no haber cumplido la empleadora con los recaudos de seguridad tendientes a evitar el daño.

A fs. 298/302 contestó el traslado la co-demandada Provincia del Neuquén, solicitando el rechazo de los agravios de la contraria por incumplimiento de los recaudos formales de admisibilidad del recurso. Argumenta su postura en orden a sostener el resolutorio de grado, manifestando que el magistrado realizó un análisis correcto de la normativa aplicable, tanto en lo atinente a la aplicación del régimen legal de riesgos del trabajo, como al momento de tener por no acreditados los factores de atribución de responsabilidad civil impetrada, solicitando en consecuencia la confirmación del fallo.

II.- Por una cuestión metodológica, comenzaré tratando los agravios de la parte actora en primer término.

En el primero de ellos refiere el recurrente que no procede la imposición del tope indemnizatorio establecido en el artículo 14, inc. B) de la LRT.

Entiendo que en este punto le asiste razón por cuanto, sin perjuicio de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Espósito", no corresponde aplicar a este caso el derecho vigente al momento del



siniestro (19/08/2008), ello es, el decreto N° 1278/2008, sino que por el contrario se impone comparar previamente el monto resultante de la aplicación de la fórmula del artículo 14, inc. b) de la LRT (conforme decreto N° 1694/9) con el tope establecido en aquella norma a efectos de establecer si la diferencia resulta excesiva.

Si de ese análisis comparativo resultare una diferencia de consideración, superior al 33%, necesariamente cabría concluir en la inconstitucionalidad del tope establecido en el decreto citado por afectar por irrisorio, el derecho a la legítima indemnización que le corresponde al trabajador que ha sufrido un daño laboral, todo ello conforme el criterio valorativo expuesto por la CSJN en el caso VIZZOTI (14-09-04).

El actor sufrió el accidente el día 19 de agosto de 2008 y ha quedado firme lo determinado por el a-quo en la sentencia, siguiendo las pautas que establece el artículo 14, apartado 2, inc. A de la LRT, en cuanto que el monto indemnizatorio resultante asciende a \$ 166.376,33. Empero, por aplicación del tope establecido en el decreto 1278/00 le otorga un resarcimiento por el total de \$ 84.600,-, suma que representa aproximadamente el 50% de aquella.

Esta Cámara ha sostenido en forma reiterada y pacífica que una diferencia superior al 33% conduce a una solución violatoria de derechos constitucionales en perjuicio del trabajador, imponiendo en consecuencia la aplicación de los parámetros establecidos en la ley conforme el decreto 1694/09.

Así, se ha dicho en "PEREA ARIEL UBALDO C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (JNQLA3 EXP 446872/2011), que esto es así, porque "...las normas legales que fijan una reparación del daño injusta, son



inconstitucionales. La Corte Suprema de Justicia lo ha dicho claramente en el caso "Lucca de Hoz", al sostener que una indemnización que no repara "integralmente" el daño sufrido por la víctima, "afecta la dignidad de la persona y el derecho de propiedad" (del Dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo). Entre otras cosas, allí se habla del imperativo "de justicia de la reparación" que se encuentra en nuestra Constitución Nacional, "que no debe cubrirse sólo en apariencia". También se dice que en cada caso debe evaluarse si la indemnización fijada consagra "una reparación equitativa, o sea que resguarda el sentido reparador en concreto"". "Como se ha indicado: "A esta altura de las circunstancias es dable señalar que, a través del dictado del decreto 1694/09, se dispuso dejar sin efecto toda aplicación de topes indemnizatorios previstos en la ley 24.557 y si bien dicha normativa no resulta temporalmente de aplicación en esta contienda, atento que al momento de ocurrir el accidente no se encontraba en vigencia y del mismo no se desprende su aplicación retroactiva, no lo es menos que evidencia la intención del legislador de suprimir la fijación de límites o topes indemnizatorios, ello como evidente consecuencia de la observación de la realidad fáctica y social que es lo que, en definitiva, determina la necesidad de plasmar realidades sociales en normas legales (conf. esta Sala, in re: "Martínez Mariel Alejandra p/sí y en representación de su hija menor Salaberry Martina c/Mapfre Argentina A.R.T. S.A. y otro s/acción de amparo", Expte. N° 38.346/09, Sentencia Definitiva N° 16.498 del 19 de agosto de 2010).- "Con esta misma finalidad referencial advierto que, aun cuando con posterioridad en el tiempo, lo que no puede obviarse al momento de evaluar situaciones como las que aquí nos convoca es que el móvil del dictado de la norma aludida que no se aplica al supuesto de marras por razones temporales, ha sido precisamente el resultado de la observancia de la



insuficiencia de ese régimen legal que se reglamenta por su intermedio, para tener por cumplida la finalidad de la justicia social, la protección de las víctimas y la creación de un marco de paz social" (conf. precedente "Martínez" citado en el párrafo anterior)." ("Zidek, Emilio Héctor c/Mapfre ART S.A. s/Accidente de trabajo con ART" (Expte. N° 451611/2011, Sala III).

Distinta será la suerte del segundo agravio de la parte actora. El a-quo señaló con acierto que no se probaron en autos la existencia de los factores de atribución de responsabilidad necesarios para fijar la relación de causalidad entre el obrar de la empleadora y el siniestro, y el consecuente deber de responder que le exige la parte accionante.

Destaco que la carga probatoria del actor no se agota en esos extremos, también debe demostrar la insuficiencia de las prestaciones de la LRT, tal como él mismo lo señala en el objeto de su demanda al circunscribir la reparación integral del daño "... debiendo la empleadora satisfacer la diferencia no cubierta por el seguro, a fin de que se alcance en el caso, una justa reparación."

Así se sostiene en doctrina que sigue el fallo "Aquino" y que comparto "... pues en cualquier supuesto, para provocar tal declaración, el trabajador o sus derechohabientes -además de acreditar la concurrencia de los presupuestos que atribuyen responsabilidad civil al empleador- deberán demostrar la insuficiencia de las prestaciones de la LRT, en el caso concreto, para reparar el daño que acrediten haber sufrido." (Mario E. Ackerman, Ley de Riesgos del Trabajo Comentada y concordada. Rubinzal Culzoni Editores, 1ª edición revisada, pág. 638).



En el mismo sentido, esta Cámara ha señalado que: *"Acercas de los requisitos para que se configure la responsabilidad civil y su acreditación, existe coincidencia en que: "El tema de la prueba en el juicio de daños, se caracteriza por una íntima conexión entre el derecho procesal y el derecho de fondo....Dentro de dicha perspectiva, cabe destacar que el eje de la responsabilidad está constituido por la producción de un daño injusto. Ese daño debe lesionar un interés del actor y haber sido causado adecuadamente por un hecho, y éste tiene que ser jurídicamente atribuible al demandado, por mediar un motivo que torne justa su responsabilidad. (cfr. Sala III "Figueroa Néstor contra Provincia del Neuquén y otros/ Daños y Perjuicios Inconstitucionalidad Ley 24.557", -Expte. N° 357221/7- del 05/06/2013)..."* (SCHOENFELD WALTER GERMAN C/ GUTIERREZ DEBORA SILVANA Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", JNQLA1 EXP N° 386149/2009, 26 de junio de 2018).

En consecuencia, no habiendo cumplido la recurrente con la carga de acreditar los supuestos de la responsabilidad civil en los que ha sustentado su pretensión corresponde el rechazo del agravio.

De manera que el recurso prosperará parcialmente, condenándose a la ART demandada al pago de la suma de \$ 166.376,33 que resulta de la aplicación de la fórmula del art. 14 de la Ley de Riesgos del Trabajo, que llega firme a esta Alzada.

III.- Ingresando ahora al tratamiento de los agravios del Dr. G. A. D., quien apela los honorarios que le fueran regulados por su actuación profesional en el doble carácter por la demandada, entiendo le asiste razón, correspondiendo determinar los mismos conforme a las pautas establecidas por la ley 1594.



El monto por el que fue demandada su representada, la Provincia del Neuquén, asciende a \$ 62.573,79 conforme detalle realizado por la parte actora a fs. 53.

Habiendo resultado parte ganadora, corresponde se regulen sus emolumentos por su actuación en la instancia de grado en el 18% del valor con más sus intereses al momento de practicarse la planilla del artículo 51 de la ley 921, de idéntica forma que corresponde proceder con los honorarios de los demás profesionales intervinientes en autos conforme sentencia firme en el punto.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo:

- 1) Hacer parcialmente lugar al recurso de apelación de la parte actora, elevando el monto indemnizatorio a la suma de pesos 166.376,33 y confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.
- 2) Hacer lugar al recurso de apelación del letrado de la parte demandada, regulando los mismos en el 18% del monto por el que resultó accionada su representada.
- 3) Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, en el orden causado (art. 71, CPCyC). Teniendo en cuenta el monto por el que prospera el recurso (\$ 81.776,33), los honorarios profesionales del Dr. ..., letrado de la parte actora en el doble carácter, serán por el monto equivalente al 6% del capital resultante con más sus intereses, al momento de practicarse la liquidación que prevé el artículo 51 de la ley 921 y los del letrado de la co-demandada Provincia del Neuquén, Dr. ..., en el 5% de dicho capital.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

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

Por ello, **esta Sala II**



RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 279/283, elevando el monto indemnizatorio a la suma de \$ 166.376,33 y el porcentaje establecido a favor del Dr. ... por honorarios al 18%; confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales del Dr. ..., letrado de la parte actora en el doble carácter, por el monto equivalente al 6% del capital resultante con más sus intereses, al momento de practicarse la liquidación que prevé el artículo 51 de la ley 921; y los del letrado de la co-demandada Provincia del Neuquén, Dr. ..., en el 5% de dicho capital.

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

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