



NEUQUEN, 28 de Julio del año 2016.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"NAVARRETE MARGARITA C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"**, (Expte. N° **424467/2010**), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Fernando **GHISINI**, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico **GIGENA BASOMBRIO**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- Ambas partes interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 338/354 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

A) La parte demandada se agravia por lo que entiende aplicación retroactiva del índice RIPTE, sosteniendo que la Ley 26.773 sólo se aplica a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se haya producido con posterioridad a su publicación en el Boletín Oficial, por lo que no rige para el caso de autos.

También formula queja por la omisión de aplicar el tope previsto por el Decreto n° 1.278/2000, señalando que no resulta de aplicación en el sub lie el Decreto n° 1.694/2009.

En definitiva peticiona que se revoque el fallo apelado y se dicte sentencia de acuerdo con la ley vigente al momento del hecho dañoso.

Se queja por lo que considera una doble actualización, en tanto se aplican intereses sobre un monto ya actualizado por índice RIPTE.

Cuestiona la aplicación de intereses, por entender que no ha existido mora por parte de la ART.



Señala que el a quo ha omitido aplicar el criterio de la capacidad restante.

Sostiene que en el caso de diferentes secuelas que generen distintas incapacidades, derivadas de un mismo accidente de trabajo, se deberá utilizar el criterio de la capacidad restante.

Dice que en autos el perito médico determinó que la actora presenta una incapacidad del 48%, en tanto que por daño psíquico se fijó una incapacidad del 27%. Sigue diciendo que en la sentencia recurrida se suman estos porcentajes arribándose a una incapacidad del 75%, porcentual que no es correcto en tanto debió utilizarse el criterio de la capacidad restante.

Hace reserva del caso federal.

B) La parte actora se agravia por el cálculo del ingreso base mensual.

Dice que el momento en que finaliza la temporalidad de la dolencia, resultando una incapacidad definitiva, fue en julio de 2009, y que de acuerdo con lo informado por la Provincia en el anexo que corre por cuerda separada, el IBM es de \$ 5.309,20, en tanto que el juzgador de primera instancia ha fijado un IBM de \$ 1.838,39, el que resulta inconstitucional por su manifiesta confiscatoriedad.

Determina la variación del capital de condena en función del IBM que entiende debe utilizarse.

Afirma que el a quo ha omitido considerar la pretensión planteada en el punto V.7 de la demanda, en cuanto a la inconstitucionalidad en el modo de aplicar el art. 12 de la LRT.

Formula queja por el modo en que el juez de grado ha aplicado el índice RIPTE, entendiendo que los mínimos



vigentes son los de la Resolución n° 28/2015 de la SRT, aplicable al tiempo de la sentencia de primera instancia.

Manifiesta que al realizar la comparación entre ambos regímenes (sistémico y común del derecho civil), el cálculo realizado en la demanda no fue desvirtuado por la sentencia.

Considera que el fallo de primera instancia no informa sobre el resarcimiento por daño físico cuando estima la procedencia del lucro cesante, ya que, en rigor, decide argumentos propios de la pérdida de chance, pero no aplica esta forma de calcular el daño físico según el sistema de reparación integral.

Concluye en que la reparación civil asciende a la suma de \$ 948.168,64, en tanto que la reparación por el sistema de riesgos del trabajo, a valores históricos, es de \$ 558.965,38.

Explica que no se puede comparar un valor histórico con otro actualizado, toda vez que, de ese modo, siempre se encontrará superior el importe de la reparación sistémica. Agrega que la comparación debe ser hecha a valores constantes.

Formula queja porque la sentencia recurrida nada dice respecto de las prestaciones médicas que debe otorgar la ART.

Agrega que la sentencia de grado también ha omitido la condena al pago de la prestación dineraria por incapacidad laboral temporaria.

Mantiene la reserva del caso federal.

C) La parte demandada contesta el traslado del memorial de agravios de su contraria a fs. 404/412 vta., y los mismo hace la actora a fs. 413/415 vta.



II.- La expresión de agravios de la parte demandada reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, constituyendo una crítica razonada y concreta de los aspectos del fallo recurrido con los cuales no se acuerda.

Consecuentemente, no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- En autos se ha demandado con fundamento en la LRT y también en las normas del derecho civil.

El a quo ha practicado la liquidación de ambas indemnizaciones, concluyendo en que la resultante del régimen sistémico es mayor, y por ende más beneficiosa para la trabajadora, por lo que la demanda progresa por esta última.

Sobre este razonamiento del sentenciante de primera instancia no media agravio alguno, por lo que me he de atener a él.

Por un orden lógico he de comenzar el análisis de los agravios de los apelantes por la queja referida al cómputo de la incapacidad que porta la demandante.

No se encuentra cuestionado en esta instancia que la incapacidad física de la actora es del 48% del V.T.O., en tanto que la incapacidad psíquica es del 27% del V.T.O.

El fallo de grado ha sumado ambos porcentajes de incapacidad obteniendo una disminución total de la capacidad laborativa de la actora del 75%. Sobre este proceder se agravia la demandada, y le asiste razón en ello.

De acuerdo con el baremo del Decreto n° 659/1996 -apartado "Criterios de utilización de las tablas de incapacidad laboral"-, en los supuestos como el de autos, en el que existen distintas incapacidades producidas por un único accidente de trabajo, se debe emplear el criterio de la capacidad restante, comenzando con la de mayor magnitud, y



continuando de mayor a menor con el resto de las incapacidades.

Tal como lo he señalado en autos "Barra Castillo c/ La Caja ART S.A." (expte. n° 451.656/2011, P.S. 2015-VI, n° 136), debemos tomar el porcentaje de incapacidad atribuido a la secuela física sin los factores de ponderación, o sea 40% y aplicarlo sobre el 100% de capacidad. Deducida esta incapacidad del 100% de capacidad, obtenemos una capacidad restante del 60% y sobre ella se ha de aplicar el porcentaje asignado a la incapacidad psíquica, que en autos es del 20% (fs. 280 vta.), con lo que resulta en definitiva una incapacidad psíquica a indemnizar del 12% y un total del 52%.

Sobre este 52% se han de aplicar los factores de ponderación. Ambos peritos han coincidido en que para el factor tipo de actividad se debe atribuir un 15%, aunque la perito psicóloga lo computa erróneamente. Por este factor, entonces, se determina un valor del 7,8%.

La perito psicóloga ha entendido que la actora amerita recalificación, por lo que la tabulación de este factor es del 5,2%.

También coinciden los peritos en la calificación del factor atribución edad en el 2%.

Consecuentemente la incapacidad total de la actora es del 67%.

Ahora bien, de acuerdo con el baremo de aplicación, cuando una incapacidad no es total (igual o superior al 66%), y por aplicación de los factores de ponderación alcanza o supera ese porcentaje, la incapacidad, a los fines de la reparación sistémica, debe fijarse en el 65%.

Consecuentemente, en autos corresponde atribuir a la actora una incapacidad del 65%.



IV.- Continúo el análisis de los agravios de las partes por el referido al ingreso base mensual.

La parte actora cuestiona la determinación del ingreso base mensual, señalando que el juez de grado ha omitido considerar el planteo introducido en la demanda respecto de la aplicación del art. 12 de la LRT, y en esto asiste razón al recurrente toda vez que el fallo apelado no trata el tema, no obstante encontrarse expresamente planteado en la demanda (fs. 86 vta./87 vta.).

El art. 12 de la Ley 24.557 establece un salario promedio de las remuneraciones percibidas durante el año anterior al accidente o el tiempo de trabajo, si éste fuere menor; el que debe ser considerado a los fines de liquidar la prestación dineraria por incapacidad definitiva.

Los precedentes jurisprudenciales que han hecho lugar a la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT lo han fundado en dos razones diferentes. Una, la no consideración a los fines de la obtención del salario promedio de los rubros salariales catalogados como no remuneratorios (cfr. CNAT, Sala VI, "Falcón c/ Mapfre Argentina ART S.A.", 23/4/2012, LL AR/JUR/18772/2012). La otra, una notable diferencia entre el salario que venía percibiendo el trabajador y el resultante del art. 12 de la LRT, que torne a este último en irrazonable y confiscatorio (cfr. CNAT, Sala V, "Lucero c/ Provincia ART S.A.", 5/7/2006, LL AR/JUR/4009/2006; Cám. Trab. Córdoba, Sala 7, "Flores c/ Consolidar ART S.A.", 16/10/2008, LL AR/JUR/11601/2008).

El juez de grado ha determinado el ingreso base mensual de la actora en la suma de \$ 1.838,89, señalando que durante el año anterior al accidente de trabajo, la trabajadora percibió un total de remuneraciones de \$ 22.079,96, importe que dividido por 365 determina un salario



diario de \$ 64,39, que multiplicado por 30,4 llega al resultado ya señalado. Si bien, la operación no ha sido cuestionada por las partes, cabe llamar la atención sobre la incorrección del resultado obtenido por el a quo, toda vez que dividiendo el total anual por 365 tenemos un salario diario de \$ 60,50 y un salario base mensual de \$ 1.839,20; en tanto que si multiplicamos el salario diario del que da cuenta la sentencia de primera instancia (\$ 64,39) por 30,4, el resultado es \$ 1.957,46.

El planteo que se realiza en autos refiere a la diferencia entre el ingreso base mensual que surge de computar los salarios percibidos por la demandante durante el año anterior al accidente -producido el día 15 de agosto de 2007-, y el que resulta de computar los salarios percibidos durante el año anterior a julio de 2009, oportunidad en que, a criterio de la accionante, la incapacidad se habría tornado definitiva.

Esta comparación no resulta, en mi opinión, válida ya que no surge de autos que la incapacidad de la trabajadora se haya tornado definitiva en julio de 2009 (en esa fecha, en realidad, denuncia la persistencia de la dolencia y se reabre el accidente de trabajo), en tanto que la mora ha sido establecida por el a quo al momento del accidente, en un todo de acuerdo con la posición asumida por el Tribunal Superior de Justicia provincial en autos "Mansur c/ Consolidar ART S.A.", por lo que no se advierte que exista irrazonabilidad o confiscatoriedad en el cómputo del ingreso base mensual que se hizo en el fallo de grado, toda vez que el mismo es acorde a los valores vigentes al momento de la mora.

Y esta conclusión no se ve conmovida por la doctrina que dimana del precedente "Ascuá c/ SOMISA" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (10/8/2010, Fallos 333:1361), toda vez que en autos no se encuentra frustrada la



finalidad de la indemnización tarifada, en tanto se han respetado los salarios vigentes al momento del hecho dañoso que, como se dijo, coincide con la mora de la demandada.

V.- Sentado lo anterior, corresponde proceder a la liquidación de la indemnización tarifada, con base en el nuevo porcentaje de incapacidad resultante de la apelación (65%).

Pero, previo a ello debo expedirme sobre el marco normativo en base al cual se ha de realizar dicha liquidación, toda vez que la demandada cuestiona el utilizado por el sentenciante de grado.

Si bien reiteradamente he sostenido la aplicación de la nueva legislación a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes, entendiendo por tales la determinación de la incapacidad definitiva, la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo dictado en autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente-ley especial" (sentencia de fecha 7 de junio de 2016) me obliga a rever esta postura.

Es cierto que la aplicación de la Ley 26.773 a accidentes o enfermedades profesionales cuya primera manifestación invalidante se produjo antes de su publicación en el Boletín Oficial la he habilitado a través de la declaración de inconstitucionalidad de su art. 17 inc. 5, y no solamente invocando razones de justicia y equidad, supuesto este último al que refiere el fallo citado de la Corte Nacional; pero, de todos modos los argumentos que desarrolla el máximo tribunal federal, en especial cuando explica el por qué no puede acudirse a los precedentes "Calderón", "Arcuri Rojas" y "Camusso", son contrarios a los esgrimidos por la suscripta para determinar la inconstitucionalidad del precepto





legal que delimita la aplicación de la ley en el tiempo, por lo que insistir con mi criterio resultaría un desgaste jurisdiccional inútil, reñido con los principios de economía y celeridad procesales, amén de una falta de respeto al valor moral que entrañan las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que obliga al acatamiento por parte de los tribunales inferiores.

De lo dicho se sigue que, sin perjuicio de la opinión personal de la suscripta y en virtud del precedente citado, habiéndose producido el accidente de trabajo y su primera manifestación invalidante antes de la sanción del Decreto n° 1.694/2009 y de la publicación de la Ley 26.773 en el Boletín Oficial, estas normas no rigen para el caso de autos (art. 17 inc. 5 de la segunda y art. 16 del primero).

Por aplicación de la fórmula del art. 14 de la LRT, considerando un ingreso base mensual de \$ 1.838,89, un coeficiente de edad de 1,3 y una incapacidad del 65%, la indemnización tarifada que le corresponde a la trabajadora de autos es de \$ 82.354,69.

Siendo este monto inferior al tope legal (\$ 180.000,00 x 65%) corresponde estar al resultado de la fórmula legal, al que debe agregarse la suma de \$ 30.000,00 (art. 11, apartado 4 inc. b, Ley 24.557), por lo que la indemnización total debida a la actora, de acuerdo con la Ley 24.557, es de \$ 112.354,69.

VI.- Llegado a este punto corresponde analizar la reparación debida a la actora conforme el régimen del derecho civil, toda vez que ello fue realizado de ese modo en la sentencia y no se encuentra controvertido ante la Alzada.

En realidad, no tengo claro que resulte procedente una acumulación de pretensiones como la realizada en la demanda, pero toda vez que ello fue acogido en la



sentencia apelada y no ha sido materia de agravios por ninguna de las partes, no corresponde el análisis de la cuestión en esta instancia.

La responsabilidad civil de la demandada no se encuentra cuestionada ante la Cámara.

Asiste razón a la parte actora respecto a que el juez de grado ha omitido considerar, a efectos de determinar la reparación por la vía del derecho civil, la indemnización por daño físico.

A tal fin he de tener en cuenta un 75% de incapacidad, ya que aquí no rigen las limitaciones del baremo del Decreto n° 659/1996; el salario que percibía la actora al momento del hecho dañoso (\$ 1.899,08, conforme recibo de haberes de julio/2007 obrante en el Anexo que corre agregado por cuerda) y la edad de la víctima a ese mismo momento (50 años).

Luego, por aplicación de la fórmula matemático financiera que usualmente utiliza esta Cámara de Apelaciones como pauta objetiva para supuestos como el de autos, entiendo que la suma de \$ 180.000,00 repara adecuadamente el daño físico padecido por la demandante.

Si a esta suma agregamos las indemnizaciones por daño a la integridad física (\$ 20.000,00) y por daño moral (\$ 100.000,00) -cuya procedencia y cuantía se encuentran firmes-, arribamos a una indemnización total resultante de la aplicación del derecho civil de \$ 300.000,00.

Siguiendo el criterio del fallo recurrido, la demanda debe progresar por la indemnización más beneficiosa para el trabajador, que es la resultante de la aplicación del derecho común.



Cabe señalar que la comparación entre ambas indemnizaciones se ha hecho a valores similares, por lo que no corresponde analizar el agravio de la parte actora referido a este tema.

VII.- La actora se agravia por la omisión en la que habría incurrido la sentencia de grado respecto de las prestaciones en especie y de la prestación dineraria durante el período de incapacidad laboral temporaria.

Respecto de las prestaciones en especie, la actora las solicitó solamente con carácter cautelar y no como pretensión de fondo, por lo que su no tratamiento en la sentencia recurrida resulta ajustado a los términos de la demanda.

En cuanto a la prestación dineraria por incapacidad laboral temporaria, la demandante entiende que siendo el alta otorgada por la ART, temprana, le corresponde percibir aquella prestación por el período comprendido entre ella y la determinación del carácter definitivo de la minusvalía laboral.

No asiste razón a la apelante.

La prestación dineraria debida al trabajador durante el período de incapacidad laboral transitoria no significa otra cosa que el pago de la remuneración a la víctima del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional durante el período en el cual se encuentre impedida temporariamente para realizar sus tareas. En otras palabras, es asegurar al trabajador accidentado o enfermo los medios económicos para su subsistencia, pudiendo equipararse a una licencia remunerada.

Ello surge claro del texto de la norma del art. 13 de la Ley 24.557 en cuanto coloca en cabeza del empleador el pago de la remuneración durante los diez primeros días



contados a partir de la primera manifestación invalidante, para, pasado ese lapso, transferir la obligación de pago a la ART. Incluso, como señala Juan J. Formaro, la aseguradora podrá convenir con el empleador que, mientras se mantenga la vigencia de la relación laboral, éste efectúe el pago de las prestaciones dinerarias durante el período de incapacidad laboral transitoria, y de las asignaciones familiares, por su cuenta y orden, sin que ello exima de responsabilidad a la ART frente al trabajador (cfr. aut. cit., "Riesgos del Trabajo", Ed. Hammurabi, 2013, pág. 164).

En autos, conforme surge de la sentencia de primera instancia, otorgada el alta por la ART, la actora continuó la relación laboral con su empleadora, por lo que continuó percibiendo remuneraciones de esta última, no habiéndosele ocasionado perjuicio alguno en este aspecto. Por ende, de habilitarse el pago de la prestación dineraria por incapacidad laboral temporaria, cuando durante el período pretendido la trabajadora percibió la remuneración de su empleador, importaría consagrar un enriquecimiento sin causa a favor de aquella.

De lo dicho se sigue que no se hace lugar a la pretensión de pago de la prestación dineraria correspondiente al período de incapacidad laboral temporaria.

VIII.- La demandada se agravia por la aplicación de intereses, entendiendo que la ART no se encuentra en mora.

Toda vez que la demanda ha progresado por la indemnización del derecho común, el agravio de la accionada no resulta procedente, ya que refiere a cuestiones vinculadas al régimen sistémico, y no al derecho civil.

En consecuencia, el capital de condena (\$ 300.000,00) devengará intereses desde la fecha de la mora determinada en la sentencia de grado (1 de septiembre de 2007)



y hasta el 31 de diciembre de 2007 inclusive, de acuerdo con la tasa promedio entre la activa y la pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y desde el 1 de enero de 2008 y hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa del mismo banco (criterio del fallo "Alocilla" del Tribunal Superior de Justicia, al que esta Cámara ha adherido).

Me aparto parcialmente de las tasas de interés fijadas por el a quo por no existir en la condena capital actualizado por índice RIPTE. Por este mismo motivo (inexistencia de capital actualizado), deviene abstracto el tratamiento del agravio de la demandada referido a una doble potenciación de la indemnización.

IX.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación de ambas partes, y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 300.000,00 y estableciendo que los intereses moratorios se liquidarán de acuerdo con lo establecido en el Considerando VIII.- del presente.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC), regulando los honorarios profesionales del Dr. ... en el 30% de la suma que, por igual concepto se determine por su actuación en primera instancia; y los del Dr. ... en el 30% de la suma que, por igual concepto, se fije para la actuación en la instancia de grado del profesional actuante por la demandada, todo de conformidad con lo establecido en el art. 15 de la Ley 1.594.

**El Dr. Fernando GHISINI 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. 338/354 vta., disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 300.000,00 y estableciendo que los intereses moratorios se liquidarán de acuerdo con lo establecido en el Considerando VIII del presente.

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

III.- Regular los honorarios profesionales del Dr. ... en el 30% de la suma que, por igual concepto se determine por su actuación en primera instancia; y los del Dr. ... en el 30% de la suma que, por igual concepto, se fije para la actuación en la instancia de grado del profesional actuante por la demandada, todo de conformidad con lo establecido en el art. 15 de la Ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dra. PATRICIA CLERICI- Dr. FERNANDO GHISINI**  
**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**