



NEUQUEN, 20 de octubre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"PAIARECCI ALEJANDRO C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART."** (Expte. N° 467754/2012), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 4 a esta **Sala III** integrada por el Dr. Fernando Marcelo **GHISINI** y el Dr. Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini** dijo:

I.- La sentencia de primera instancia (fs. 228/242) hace lugar a la demanda laboral al tener por suficientemente fundada la incapacidad del actor del 18,9% de la VTO, con las pericias psicológica de fs. 155/157 y 170 (10% VTO) y médica de fs. 186/188 y 195 (8,9% VTO). Toma el importe que resulta de la fórmula del art. 14 de la LRT (53 veces el valor mensual del ingreso base -\$6.906,58- multiplicado por 65 dividido 35 y aplicado el 18,90%, llega a la cifra de \$128.483,11. A este importe le suma el adicional previsto en el art. 3 de la ley 26773.

Así entonces, la suma que resulta asciende a **\$154.179,74** (\$128.483,11 + \$25.696,63 del 20% del art. 3 Ley 26773), a ella le aplica el índice de actualización por RIPTE de 5,239 (desde enero de 2010 y hasta diciembre de 2015), y llega de 154.179,74 a **\$807.747,65**.

En consecuencia, hace lugar a la demanda y condena a Prevención ART S.A. a abonar al demandante la suma de \$807.747,65, con más los intereses desde la mora -diciembre de 2010- hasta el 31 de diciembre de 2015 (aplicación del Ripte) a una tasa del 12% anual y de allí hasta el efectivo pago, la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén S.A., e impone las costas a cargo de la demandada vencida.



II.- La parte demandada interpone recurso de apelación a fs. 247/264, contra esa sentencia de grado.

Se agravia en primer lugar, por la valoración que realiza el a quo de la incapacidad dictaminada en la pericia médica, ya que si bien el porcentaje asignado es correcto, la limitación funcional que presenta el actor es producto de una enfermedad inculpable, como lo es la osteocondritis disecante, la cual dice, no guarda ninguna relación con los traumatismos.

Menciona, que la limitación funcional no deriva del accidente de trabajo sino de su enfermedad de origen individual, sin ninguna relación con el accidente denunciado, por lo que no corresponde fijar incapacidad por esta lesión.

En segundo lugar, cuestiona la valoración de la pericia psicológica, porque entiende que el diagnóstico de la licenciada no ha sido fundado ni se sustenta en la realidad, pues se trata de un accidente leve que no evidencia un trauma per se.

Considera, que la perito debió obtener la información necesaria en cuanto al tratamiento indicado por la ART y conocer que es lo que el actor denunció, sin embargo no surge de constancia alguna que el accionante haya denunciado un RVAN.

En tercer lugar, se agravia más allá de entender que no corresponde ponderar secuela psicológica alguna, que el a quo directamente haya sumado las incapacidades, y ha omitido aplicar el criterio de la capacidad restante.

En cuarto lugar, refiere que hubo una violación al principio de irretroactividad al aplicar la Ley 26.773.

Dice, que el inciso 6 del art. 17 de la Ley 26.773 establece que las prestaciones en dinero por incapacidad permanente, previstas en la Ley 24.557 y sus modificatorias, y su actualización mediante Decreto N° 1.694/2009 se ajustarán a la entrada en vigencia de la ley conforme al índice RIPTE publicado por la Secretaría de



Seguridad Social desde el 1 de enero de 2010. Y que, esta norma se refiere solamente a las compensaciones dinerarias adicionales de pago único previstas en el art. 11, inciso 4, apartados a), b) y c) de la LRT y sus modificaciones.

Entiende, que el resultado de la fórmula del art. 14 no puede ser potenciado por índice RIPTE, ya que ello no se encuentra consignado en la norma y además porque estas prestaciones se actualizan en función de los incrementos salariales acordados en paritarias.

Agrega, que el art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773 establece que las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de la ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir del 26/10/2012.

Indica, que el inciso 6 no puede analizarse aisladamente del inc. 5, debiendo concluirse que las compensaciones adicionales que se actualizan a partir del 2010, son las correspondientes a contingencias sucedidas durante la vigencia de la Ley 26.773, y no puede aplicarse a accidentes sucedidos con anterioridad a su vigencia. Y que la única excepción a este régimen es el art. 17 inc. 7 de la Ley 26.773.

Sostiene, que el pronunciamiento de grado contradice la coherencia lógica de la norma que claramente indica que con la actualización de las prestaciones dinerarias se establece una actualización de las alícuotas, buscando de esa manera, un mantenimiento de la ecuación económico financiera y la intangibilidad del derecho de propiedad de ambas partes.

Interpreta, que se viola el derecho de propiedad de la ART y se pretende la aplicación retroactiva de una norma. Cita jurisprudencia.



Argumenta, que no se trata aquí de los efectos no cumplidos de relaciones jurídicas en curso, sino de la ley que gobierna el hecho generador de esa relación, que se consuma en el momento de su acaecimiento y bajo el régimen legal vigente en ese entonces, pues allí es donde nace el derecho pretendido y la obligación que es su correlato con sus alcances y extensión propia.

Considera, que las situaciones jurídicas, y con mayor razón las relaciones jurídicas quedan regidas en su forma, validez y efectos por la ley vigente en el momento de producirse.

Manifiesta, que en este esquema, el efecto inmediato de la ley consiste en que la nueva legislación toma la relación o situación jurídicas en el estado en que se encontraba al tiempo de ser sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo no cumplidos, en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo que se desarrollaron.

Alega, que todo aquello que se ha perfeccionado debe quedar bajo la égida de la misma ley, los hechos pasados que han agotado la virtualidad que le es propia, no pueden ser atrapados por la nueva ley, y si se los afecta, se incurre en retroactividad.

Refiere que en los accidentes de trabajo el consumo jurídico no se produce al tiempo de la sentencia condenatoria que sólo tiene efecto declarativo, ni al tiempo de la cancelación del crédito indemnizatorio, sino que proviene de una situación de hecho, que es la producción del daño al trabajador y que se exterioriza con la primera manifestación invalidante.

En quinto lugar, plantea la errónea interpretación del art. 3 del Código Civil, al decir que el a quo ha realizado una aplicación forzosa de este precepto, modificando pretorianamente la intención del legislador. La



regla general es que las normas empiezan a regir hacia el futuro y que sus disposiciones serán aplicadas aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pero que no tienen efecto retroactivo, salvo por disposición en contrario, que no existe en la Ley 26.773.

En sexto lugar, se queja del perjuicio económico y la afectación al derecho de propiedad de la ART, al imponer el fallo guarismos exorbitantes de lo que en definitiva resultaría de la aplicación de la Ley 24557 y la modificación de la ley 26773.

Aduce, que no puede excederse el límite de los términos del seguro, hecho que se estaría vulnerando con la aplicación retroactiva de la ley 26773, ya que los pagos de las primas tienen un correlato económico - financiero con los salarios de los trabajadores. Así como con los valores de las prestaciones que deban pagarse en caso de tener que responder por un dictamen de comisión, hecho que quedaría concretamente desatendido en caso de aplicación retroactiva de esta ley.

Expresa, que el sinalagma contractual del seguro tiene sus bases fundantes en su carácter financiero y ello no puede de ninguna forma ser afectado por terceros.

Cita el caso Espósito de la Corte Nacional y habla del apego por parte de los tribunales inferiores a la doctrina de la Corte.

Alega que hubo una incorrecta aplicación del Ripte y que se omitió aplicar el Decreto 472/14 y la Resolución 34/13 MTSyS.

Informa que hubo una errónea interpretación y aplicación del art. 3 de la Ley 26.773.

Apela por altos, los honorarios regulados a los letrados de la parte actora como apoderado y patrocinante; y los de los peritos Médico y psicóloga.

Hace reserva del caso federal.



A fs. 267/279 vta., contesta el traslado de la expresión de agravios la parte contraria, y solicita el rechazo del recurso con costas.

III.- Ingresando al examen del planteo de la parte demandada referido a la valoración de la prueba pericial médica, observo que el juez de grado ha explicado que del informe del perito médico acompañado a fs. 186/188 surge que el actor padece una limitación funcional de la rodilla derecha que le produce una incapacidad parcial, permanente y definitiva del 8,9% de la VTO siguiendo el baremo del Decreto 659/96.

Ahora bien, realizada la pericia, corrido el pertinente traslado, la ART demandada la impugna al solicitar su rectificación pues del líbello de demanda y de los puntos de pericias contenidos en ella se desprende que se trataría de un traumatismo de rodilla derecha, y sin embargo el experto al ponderar la incapacidad del actor indicó: "Limitación funcional del hombro derecho" colocándole 6% VTO de incapacidad, siendo una dolencia totalmente ajena al accidente de trabajo.

El experto evacua el traslado a fs. 195, aclarando que donde se lee "hombro izquierdo" se debió estrictamente a un error de tipeo, ratificando que la lesión como se desarrolla en la pericia es en rodilla derecha, y el número calculado en la incapacidad, corresponde a dicha articulación según examen médico realizado al actor y su valor estimado según baremo correspondiente. De ello se corrió un nuevo traslado, y recién ahí la demandada impugna el contenido de la pericia que ya conocía desde su primer cuestionamiento, lo cual ya se encontraba firme para ella.

De lo sintéticamente expuesto se desprende que la segunda impugnación de la aseguradora -basada en un informe de radiografía de rodilla derecha que figura en la pericia en la descripción de los antecedentes médicos del actor-,



evidentemente no fue considerada para la dilucidación del tema por el a quo, quien se ha fundado en las respuestas a los puntos de pericia formulados por las partes, criterio que el suscripto comparte.

Vale decir entonces, que esa ausencia de una oportuna protesta ante el dictamen pericial producido, permite afirmar que si la pericia no fue objeto de impugnación alguna por los interesados, las consideraciones generales en la expresión de agravios carecen de relevancia y debe estarse, por consiguiente, a las conclusiones del experto, al no jugar elementos eficaces de convicción que me autoricen para apartarme de ellas, máxime cuando la parte recurrente tampoco utilizó el momento de los alegatos para cuestionar la eficacia probatoria del dictamen médico.

De la lectura del informe pericial de fs. 155/157 y la respuesta al planteo impugnatorio de fs. 170, surge que asiste razón al sentenciante de primera instancia, y el ataque del recurrente no presenta argumentos suficientemente contundentes para hacer conmovir los fundamentos de la experta en psicología en cuanto concluye que el actor presenta un RVAN de Grado II, al cual le corresponde el porcentaje de incapacidad del 10% (v. contestación al pedido de explicaciones de fs. 170).

En el dictamen de la perito psicóloga, luego de enumerar las pruebas practicadas se destaca: "el Sr. Alejandro Paiarecci realizaba mucha actividad física y cuidaba su figura. Ahora limitado en las actividades que puede realizar, siente que su aspecto físico no es el mismo, es decir que cambió negativamente, y esto lo angustia mucho. En sus dichos: **"Me afectó el hecho de no poder hacer actividades. La estética me jode, siento que estoy gordo y que no puedo hacer gimnasia para estar bien"**. *"Del resultado de las técnicas evaluadas se puede inferir que es una persona con adecuado desenvolvimiento cotidiano, pero que necesita contención afectiva. Si bien en*



el área de las relaciones sociales no presenta conflictos en las mismas le cuesta entablar nuevas relaciones de confianza e intimidad. Su estructura psíquica se encuentra bien constituida y no se aprecian alteraciones al nivel cognitivo ni neuronal (se descartan signos de organicidad en el test de Bender). Es una persona que posee buenas herramientas para defenderse de la adversidad, siendo las principales la defensa maniaca y la represión. Sin embargo en los gráficos se aprecia un monto de angustia que se debe a las dificultades que tiene para realizar actividades físicas. Finalmente en el test de Rorschach no aparecen fenómenos especiales, lo que concuerda con lo evaluado en el resto de los test".

"Si bien el grado de patología que presenta no perturba su vida de relación ni su aspecto intelectual, si lo afecta a nivel emocional. Es decir que al perder cierta capacidad de realizar actividad física, pierde una fuente de placer y de descarga, así como la alteración de su aspecto físico del cual era muy cuidadoso. Estas pérdidas le generan el monto de angustia observada en la evolución, afectando negativamente su estado anímico".

Recomienda la psicóloga un tratamiento a realizar de acuerdo con el grado de la patología y señala que las conclusiones a las que arribara en su dictamen se basan en los resultados de las pruebas administradas.

Consecuentemente, teniendo en cuenta la situación de angustia que describe la perito en su informe, la que da cuenta que algún tipo de trastorno psicológico se encuentra presente en el accionante, que interfiere en su vida diaria, como así también que resulta razonable que él derive de la disminución en la funcionalidad de la rodilla derecha y su dificultad para recorrer largos trechos como lo hacía habitualmente en su trabajo o en la mayor intensidad que implica la práctica deportiva, entiendo que, al solo efecto de



la reparación tarifada, el encuadramiento de la situación psíquica del actor como R.V.A.N. Grado II, asignándole, entonces, un 10% de incapacidad, ha sido correcto.

Ahora bien, ambas partes coinciden en que para determinar el porcentaje de incapacidad total del demandante, se debe aplicar el criterio de la capacidad restante o fórmula de Balthazar, que es lo que indica el decreto N° 659/1996, y en esto sí asiste razón al apelante. Así, al aplicar el 8,9% de incapacidad física sobre el 100% de capacidad del actor, nos queda una capacidad restante del 91,1%, y computando el 10% de incapacidad psíquica sobre esta capacidad restante, arribamos a una incapacidad psicofísica del 18,01%.

Con carácter previo a liquidar el nuevo capital de condena, corresponde analizar el agravio de la demandada referido a la aplicación de la ley 26.773, extremo en que también le asiste razón.

En efecto, 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 el suscripto 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 mi opinión personal y en virtud del precedente citado, habiéndose producido la primera manifestación invalidante del accidente el día 13 de diciembre de 2010, antes de la publicación de la Ley 26.773 en el Boletín Oficial, ésta no rige para el caso de autos (art. 17 inc. 5).

Corresponde liquidar el crédito del señor Paiarecci en base a la fórmula del art. 14 apartado 2) de la ley 24.557. Para ello tomo el salario base mensual determinado en la sentencia de grado (\$ 6.906,59), el que no se encuentra cuestionado en esta instancia; la edad del trabajador al momento de la primera manifestación invalidante del accidente (35 años) y una incapacidad del 18,01%, y se obtiene un resultado de \$ 122.432,84; monto que es superior al piso mínimo establecido por Decreto N° 1.694/2009 (\$32.418), por lo que la demanda progresa por aquella suma.

A su vez, se deberá revocar el fallo de grado, al dejarse sin efecto la suma establecida en la anterior instancia correspondiente al 20% del art. 3 Ley 26773 y la que resulta de aplicar el índice de actualización por RIPTE del 5,239.

Respecto de los intereses moratorios, al no existir ya capital actualizado por índice RIPTE, corresponde adecuar la tasa del interés fijándola en la activa del Banco



Provincia del Neuquén S.A., desde la fecha de la mora (13 de diciembre de 2010), hasta el 31 de julio de 2015 y desde el 1 de agosto de 2015 se aplicará la tasa que establezca el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido por el art. 768 inciso c) del CCC, o en su defecto hasta tanto se publiquen las mismas se utilizará la tasa activa del BPN S.A. hasta el efectivo pago.

En mérito a lo antedicho propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, y modificar también parcialmente el resolutorio recurrido, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 122.432,84, y estableciendo la tasa del interés mencionada en el párrafo anterior.

Finalmente, al modificarse el monto de condena determinado en la sentencia de grado, se habrán de dejar sin efecto los honorarios regulados por el a quo, debiéndose proceder a una nueva liquidación en el momento previsto por el art. 51 de la Ley 921 y adecuar la regulación honoraria formulada en primera instancia, lo cual torna abstracto el tratamiento del recurso arancelario.

Las costas de Alzada se impondrán por su orden en atención al cambio de postura motivado en el reciente fallo del cimero Tribunal Nacional, y a cuyo efecto se deberán regular los honorarios de los profesionales que participaron en esta Cámara en el 30% de lo que se establecerá en la anterior instancia, con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

El Dr. Medori Dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**,

RESUELVE:



1.- Modificar la sentencia de fecha 22 de junio de 2016, conforme los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada por su orden.

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo que se establezca en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA