



NEUQUEN, 9 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**BAEZ ADRIAN ESTEBAN C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557**", (JNQLA5 EXP 467708/2012), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Fernando **GHSINI**, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico **GIGENA BASOMBRIO**, 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. 204/214 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

A) La parte actora se agravia porque, luego de determinada la minusvalía del trabajador en un 64%, al meritar los factores de ponderación, la jueza de grado incurre en un error al sumar los mismos, resultando un porcentaje en más del 6,4%, pero concluye en que el actor posee un 65% de incapacidad, cuando en realidad la misma es del 81,75%.

B) La parte demandada se agravia por la declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 12 de la ley 24.557, por configurar el vicio de incongruencia al resolverse, de ese modo, extra petita.

Afirma que la sentenciante de primera instancia aplica como parámetro para el cálculo de la fórmula el salario mínimo, vital y móvil publicado en el mes de octubre de 2016.

Entiende que el art. 12 de la ley 24.557 es claro.

Recuerda que su parte percibió de la empleadora una alícuota que ha tenido en cuenta la base imponible máxima establecida en la Resolución General de la AFIP n° 1.750/2004.



Formula queja por la aplicación de intereses desde el 4 de julio de 2011, cuando su parte cumplió en tiempo y forma con sus obligaciones.

Sostiene que no puede aplicarse interés alguno ya que la aseguradora nunca estuvo en mora. Reclama que la fecha para el inicio del cálculo de los intereses debe ser la de la sentencia de primera instancia o la de presentación de la pericia médica.

Mantiene la reserva del caso federal.

C) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 232/234, y la actora hace lo propio a fs. 236/237.

II.- En primer lugar, entiendo que el recurso de la parte actora constituye una crítica razonada y concreta del aspecto del fallo de grado con el que no acuerda, toda vez que señala cuál es la decisión que lo agravia y por qué.

De ello se sigue que corresponde abordar su tratamiento.

III.- He de comenzar el análisis de los recursos de autos por el planteado por la parte actora.

La demandante se agravia por el porcentaje de incapacidad final fijado por la a quo para el trabajador de autos (65%), entendiendo que existe un error en la sumatoria de los valores considerados.

No existe tal error.

De la lectura del fallo de grado surge que la incapacidad psicofísica del demandante se ha fijado en el 64%, si a este porcentaje sumamos los factores de ponderación especificados en la sentencia recurrida se arriba a una incapacidad total del 81,75%, que coincide con el cálculo realizado por el apelante en su expresión de agravios.



Ahora bien, por aplicación del baremo del decreto n° 659/1996, y esto lo explica claramente la sentenciante de grado, cuando una incapacidad sea parcial por aplicación de la tabla de evaluación de incapacidades laborales, y por la incorporación de los factores de ponderación se llegue a un porcentaje igual o superior al 66%, el valor máximo de dicha incapacidad será del 65% (apartado "Factores de Ponderación", punto 4. "Operatoria de los Factores").

En autos, como consecuencia de la aplicación de las tablas de evaluación de incapacidades el actor presenta una minusvalía del 64% -incapacidad parcial-, en tanto que por aplicación de los factores de ponderación, esta valoración se eleva al 81,75% -incapacidad total-; luego, la norma reglamentaria es clara respecto a que en estos supuestos, el valor máximo de la incapacidad no puede superar el 65%, y a este valor se atuvo el fallo de grado.

De lo dicho se sigue que la apelación de la parte actora ha de ser rechazada.

IV.- Ingreso ahora al tratamiento del recurso de apelación de la parte demandada.

El primer agravio que formula la recurrente es respecto de la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557.

Las Salas I y III de esta Cámara de Apelaciones - la primera con diferentes integraciones- ya se han expedido respecto de la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, en los términos utilizados por la a quo. Tanto en autos "Fernández c/ Mapfre ART S.A." (expte. n° 454.898/2011, Sala I P.S. 2016-VII, n° 242); como en las causas "Alarcón c/ Prevención ART S.A." (expte. n° 466.441/2012, Sala III P.S. 2017-I, n° 26) y "Curifuta c/ Horizonte Cía. Arg. Seg. Gr. S.A." (expte. n°



471.760/2012, Sala I P.S. 2017-I, n° 6) se ha dejado sin efecto la declaración de inconstitucionalidad que cuestiona la parte demandada.

En estos fallos se cita un precedente de la Sala II (autos "Navarrete c/ Galeno ART S.A.", expte. n° 424.467/2010, P.S. 2016-V, n° 145), en el cual se dijo: "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 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 "Ascua 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".

En el sub lite, la a quo ha considerado injusta la indemnización que debe percibir el trabajador por aplicación del art. 12 de la LRT, si se la compara con el monto que resultaría de tomar como remuneración el salario mínimo, vital y móvil vigente a septiembre de 2016 (la sentencia lleva fecha 26 de octubre de 2016).

Conforme se ha destacado en los fallos ya citados de esta Cámara de Apelaciones, la comparación no es válida. No puede encontrarse confiscatoriedad ni irrazonabilidad si se comparan elementos no equivalentes.

El legislador ha tomado como pauta para liquidar la indemnización tarifada de la ley 24.557, el promedio de los salarios percibidos por el trabajador incapacitado durante el año anterior a la fecha de la primera manifestación invalidante, o el período menor si es que el trabajador no contaba a ese momento con dicha antigüedad en el empleo. Consecuentemente, para conocer si la utilización del promedio salarial del art. 12 de la LRT es o no confiscatorio, deben utilizarse elementos vigentes a la época contemplada en la norma en cuestión.



Luego, si consideramos el salario mínimo, vital y móvil vigente al momento del hecho dañoso (7 de septiembre de 2011), que es de \$ 2.300,00 (Resolución n° 2/2011 del Presidente del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil), advertimos que el ingreso base mensual correspondiente al actor (\$ 4.122,67) supera en mucho a dicho salario mínimo, por lo que no encuentro la desproporción en perjuicio del trabajador que señala la a quo. Más aún cuando aquella fecha (7 de septiembre de 2011) coincide con la mora de la demandada, y desde ella se computan los intereses conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

Consecuentemente se ha de dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT, fijándose el capital de condena en la suma de \$ 271.511,00.

V.- Finalmente, y en lo que al segundo agravio de la demandada refiere, el Tribunal Superior de Justicia provincial tiene posición asumida, hace ya tiempo, en orden a que, en materia de riesgos del trabajo, la mora de la aseguradora se produce el día de la primera manifestación invalidante de la enfermedad o del accidente (autos "Mansur c/ Consolidar ART S.A.", Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil), por lo que lo actuado por la jueza de grado resulta ajustado a la doctrina citada.

No obstante ello, se advierte un error de tipeo en el fallo de grado, toda vez que se fija la mora el día 4 de julio de 2011 cuando ambas partes son contestes en que el hecho dañoso se produjo el día 7 de septiembre de 2011, por lo que los intereses corren desde esta última fecha, y no desde la erróneamente indicada por la jueza de primera instancia.

VI.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y hacer lugar



parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 271.511,00 y fijando la fecha de la mora el día 7 de septiembre de 2011, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, y que el agravio acogido es consecuencia de actividad oficiosa de la juzgadora, se imponen en el orden causado (arts. 68, 2da. parte y 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ..., en el 30% de la suma que se determine para cada uno de ellos, por igual concepto y por su actuación en la primea instancia; y los del Dr. ..., en el 30% de la suma que se regule para la totalidad de los letrados de la parte demandada, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, todo de conformidad con lo prescripto 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. 204/214 vta., disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 271.511,00 y fijando la fecha de la mora el día 7 de septiembre de 2011, confirmándolo 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, y



que el agravio acogido es consecuencia de actividad oficiosa de la juzgadora, en el orden causado (arts. 68, 2da. parte y 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ..., en el 30% de la suma que se determine para cada uno de ellos, por igual concepto y por su actuación en la primea instancia; y los del Dr. ..., en el 30% de la suma que se regule para la totalidad de los letrados de la parte demandada, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, todo de conformidad con lo prescripto en el art. 15 de la ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Fernando Ghisini

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA