



NEUQUEN, 27 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**FLORES RAUL EDUARDO C/ PROVINCIA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557**", (Expte. N° **450846/2011**), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori** dijo:

I.- Que a fs. 172/180 la parte actora interpone y funda recurso de apelación contra la sentencia de fecha 30.06.2016 (fs. 168/171); pide se la revoque en los términos de los agravios que expone, con costas a la demandada.

Denuncia violación de los principios "iuria novit curia" e "indubio pro operari", errónea interpretación del art. 14.2 a) de la LRT y del derecho aplicable, y falta de valoración de lo requerido por su parte al alegar, respecto al método de cálculo de la indemnización por ILPP, atento a que el juez de grado luego de analizar la dos pericias médica y psicológica, practica la liquidación sólo en base a la diferencia entre la minusvalía acreditada en autos del 24,26% menos la fijada antes en sede administrativa del 10,94%, por igual diagnóstico.

Destaca que la ART había negado la existencia de la mayor minusvalía y que se omitió valorar que al alegar petición se hiciera lugar a la pretensión en todas sus partes, es decir, es una cuestión que debió ser tratada en la sentencia conforme el art. 40 de la Ley 921, es decir antes de que la causa pasara a despacho para el dictado del fallo, conforme potestad judicial para calificar la relación jurídica, y que la Cámara de Apelaciones ha expresado, en pronunciamientos que cita, que la incapacidad es una sola y una vez acreditada las mayores secuelas invalidantes, lo



correcto es efectuar el cálculo sobre la incapacidad total establecida en la instancia.

En segundo agravio, cuestiona que el juez de grado no haya aplicado el Dec. 1694/09, la Ley 26773, ni la Res. S.S.S.N. 1/2016, rechazando el incremento previsto en el art. 3 de la citada ley y por omitir cotejar los valores resultantes de la fórmula legal ni utilizar los pisos mínimos establecidos en aquellas normas, dejando de considerar que el crédito pendiente de pago es una obligación de valor que debe ser reparada, en forma actualizada al momento de su reconocimiento.

Que la sentencia se aparta del antecedente "Mansur" del Tribunal Superior de Justicia que aplicó el Dec. 1694/09 a un siniestro sucedido el 12/07/2006, es decir, anterior a su entrada en vigencia, mientras que el accidente que sufrió el actor acaeció el 17/01/2010; respecto a la procedencia de aplicar retroactivamente las previsiones de la Ley 26773 cita fallos de esta Cámara de Apelaciones y de la C.S.J.N. ("Camusso Vda. De Marino") a créditos aún no cancelados, y como mejora al sistema de prestaciones instituido por la LRT, mediante la recomposición automática para evitar el dictado de nuevas normas.

En último agravio cuestiona que el magistrado se niegue a aplicar la ley 26773 en forma integral, y en particular el adicional del 20% que prevé su art. 3º, conforme fuera requerido en los alegatos, oportunidad en que peticionó declare la inconstitucionalidad del inc. 5º del art. 17 de dicha norma, importando violación del art. 9 de la LCT y el principio de tutela judicial efectiva.

Sustanciado el recurso (fs. 185) la demandada responde a fs. 187/189; con cita de los fundamentos expuestos en la causa "Espósito" por la CSJN respecto a la aplicación retroactiva de las normas en materia de riesgos de trabajo, solicita su rechazo con costas.



II.- Que en lo que es materia de agravios, la sentencia de grado, siguiendo las pericias médica y psicológica, admite que la incapacidad de la actora alcanza al 24,26%, luego de ser calificada como "Reacción Vivencial Anormal Neurótica del grado III", y teniendo en cuenta que fue resarcida en el porcentaje del 10,94%, concluye que la acción prospera por el 13,32% no resarcido y pendiente.

Luego, atendiendo a la postura de los Dres. Pamphile y Gigena Basombrío en antecedentes que cita ("Gelowski" y "Guiñazí, respectivamente), así como la doctrina de la CSJN en "Lucca de Hoz" y los Tribunales Superiores de Mendoza y Río Negro, concluye que no resulta aplicable al caso el art. 3º de la ley 26773 ni la actualización por RIPTE, por entender que la pendencia del pago de la indemnización no califica como una consecuencia pendiente de la relación jurídica capaz de determinar la aplicación de la nueva ley al caso consumado jurídicamente bajo la vigencia de la ley anterior.

Finalmente, al practicar la liquidación utiliza el IBM denunciado por la actora, y calcula la prestación conforme el 13,32% adicionando intereses a la tasa activa del BPN desde la fecha del siniestro (17/01/2010) hasta su efectivo pago.

A.- Abordando la cuestión traída a entendimiento, estimo oportuno citar que al demandar el actor invoca el art. 46 de la Ley 24557, para recurrir el dictamen de la Comisión Médica N° 9 de fecha 26 de abril de 2011 que determinó la incapacidad del 10,94% derivada del accidente de trabajo sufrido el 17.01.2010, persiguiendo el pago de la aseguradora de riesgos de trabajo por \$35.208 más intereses en base a estimar una **"minusvalía por el citado evento del 30.50%"**, y resultante de descontar **"lo percibido en sede administrativa, ello es el 10,94%"**, **"conforme lo normado por el art. 3ro., Dec. 1694/2009"** (fs. 27); arriba a aquella suma



según cálculo obrante en el Capítulo V LIQUIDACION, donde se adopta la diferencia entre aquellos porcentajes, del 19,56%, e incluye el SMB de \$2.006,40 a enero de 2010 multiplicado por 53 y el coeficiente de edad a la época del daño, 65/50 (fs. 31).

Que al alegar, se puede observar que el actor explica que **"tratándose el presente reclamo de la acción por reagravación contra el dictamen emitido por la C. Médica Zonal,** ante la disconformidad del trabajador, y lo informado por el perito Dr. ..., quien estableció que mi mandante presenta, conf. Baremo de la L. 24557, una incapacidad total del 24,26%, diagnosticándole "Reacción vivencial anormal neurótica depresiva, grado III", patología que también detectara Lic....", solicita se "haga lugar a la acción en todas sus partes, ello con más las prestaciones en especie además de la dineraria" y que teniendo en cuenta lo normado por el art. 40 de la Ley 921, pidió que el "juzgado tenga presente que al practicar la liquidación conforme lo prevé la fórmula del art. 14.2 a) de la ley 24557 deberá realizar la misma teniendo en cuenta la incapacidad total fijada por el Dr. ... del 24,26% es decir por el total conforme fuera reclamado, con más las prestaciones asistenciales o en especie, y cuyo gasto aproximado fue fijado por la Lic. ... en un total de \$14.000,00 -dado que al iniciar la demanda se reclamó en forma provisoria un monto estimativo calculado sobre un 30,50% de minusvalía al que se dedujo la percibida en sede administrativa del 10,94% pero aclarándose en el punto V.- de fs. 31 que el mismo estaba sujeto en más o en menos a lo que determine el informe médico de los galenos a designarse, y en tanto la incapacidad es una sola, lo correcto es efectuar el cálculo sobre el total de la incapacidad que presenta el actor, sin perjuicio de descontar una vez realizada la liquidación del monto indemnizatorio en función del art. 14.2ª) Ley 24556, el importe percibido por el



trabajador en sede administrativa, el que tiene el carácter de pago a cuenta, conf. art. 256 L.C.T., según constancia de fs. 25 de \$19.692,00 importe que resulta totalmente irrisorio y violatorio de los derechos del trabajador" (fs. 160 y vta).

A su vez también solicitó la aplicación de lo normado por el Dec. 1694/09 y los arts. 3, 6 8 y s.s. la Ley 26773, previa declaración de inconstitucionalidad del inc. 5° de su art. 17, por tratarse de modificaciones de la LRT tendientes a mejorar la exigüidad de las prestaciones dinerarias por incapacidad parcial permanente y definitiva (fs. 161 y sgtes.).

B.- Que evaluando los antecedentes obrantes en la causa, fundamentalmente el objeto de la pretensión y las pericia producidas, procede coincidir en que se trata de la reagravación del daño del actor, que en definitiva valida la licenciada en psicología cuando en relación a las secuelas derivadas del episodio que experimentara como guardia en el asalto en que intervinieron varias personas con armas y recibiendo golpes de distinta consideración, explica que **"Con el paso del tiempo, algunos síntomas han remitido, por cuanto el psiquismo intenta la elaboración simbólica de modo permanente. Al momento de la evaluación, presenta un cuadro compatible episodio depresivo moderado cronificado, según DSM IV F 32.1 con alteración de las relaciones laborales y de la vida familiar, que requiere de psicoterapia prolongada"** (fs. 100 vta), compartiendo con el dictamen médico (fs. 76/78) que ello se corresponde con una **"Reacción Vivencial Anormal Neurótica Depresiva Grado III"**, conforme previsión del Baremo contenido en el Dec. 659/96.

Que así lo expuso el propio actor en su alegato que cito, y razonable como evolución del diagnóstico detectado al tiempo de emitirse el Dictamen de la Comisión Médica fechado el día 21 de diciembre de 2010, donde presentó "Desorden por estrés postraumático" (fs. 8/10).



La acción de reagravación es la acción que persigue la indemnización de las consecuencias temporalmente mediatas con fundamento en la agravación de la incapacidad padecida con motivo de un infortunio laboral. Para que proceda, es necesario la existencia de una incapacidad aceptada en forma judicial, administrativa o por acuerdo de partes, aumento de la incapacidad predeterminada en el juicio anterior, que ésta no haya sido del 100 por ciento y que la acción se plantee dentro de los dos años de conocidas o manifestadas las nuevas dolencias. Se trata de una acción y no de un recurso. Lo que con ella se reclama es la diferencia entre la incapacidad ya juzgada y la incapacidad sobreviniente. Resulta inconveniente la existencia de un plazo dentro del cual debe plantearse la reagravación, ya que se vería afectado el derecho del trabajador cuyo organismo manifestara secuelas tiempo después. Esta acción puede plantearse nuevamente si una vez resuelta la reagravación aparecieran nuevas dolencias que no pudieron preverse al tiempo del juzgamiento. Se trataría en este caso de una reagravación de la primera incapacidad y no de una reagravación de reagravación. Si bien la procedencia de la acción de reagravación es admitida por la doctrina y la jurisprudencia, sería conveniente una reforma legislativa que incluya la misma en el texto de la ley. (Olga Castillejo de Arias, La acción de reagravación de incapacitados laborales, 1988 TOMO DERECHO DEL TRABAJO Nro. 1988, pág. 31 LA LEY S.A.E. e I. Id SAIJ: DACA880108).

No se trata de daño futuro, pues éste puede ser previsto aunque sea difícil la determinación del importe reparatorio lo que normalmente se incluye como pérdida de chance. ... No se trata de la revisión de lo anteriormente decidido -respecto de lo que existe cosa juzgada- (o en el caso, prescripción) sino de reparar una secuela que aparece



con posterioridad" (conf. Juan Formaro, Riesgos del Trabajo, Ed.Hammurabi, pgs. 543 y ss.).

"La acción en estudio no es un remedio procesal para corregir errores u omisiones del juicio anterior. Importa una nueva petición que tiene como objeto único y fundamental acreditar el incremento de la incapacidad determinada oportunamente -es decir, el daño físico sufrido con posterioridad" (C.J.Catamarca, 30/4/02 "Décima Roberto c.Panificadora Héctor María Pacheco", LLNOA 2002-1210).

Que a partir de lo informado por los peritos procede concluir que la incapacidad del actor se trata de una secuela que no pudo ser tenida en cuenta al tiempo del examen realizado en sede administrativa, sin perjuicio de su conexión con el mismo accidente que había sido objeto de evaluación.

Que no obstante los argumentos expuestos en el alegato, el caso no se trata de aquellos supuestos en que ha existido una insuficiente evaluación de una patología por parte de la aseguradora de riesgo de trabajo, para sostener que la incapacidad es una sola.

Así, el procedimiento para determinar la prestación dineraria impone adoptar la diferencia entre el mayor porcentaje resultante del hecho sobreviniente con aquel fijado y ya retribuido siguiendo lo dictaminado por la Comisión Médica.

Por ello, más allá de la variación de los argumentos, ello no se traducirá en la modificación de la proporción incapacitante utilizada por el juez de grado, es decir, el 13,32%.

C.-Respecto a la crítica dirigida contra la aplicación temporal de las normas que reglamentaron y modificaron el régimen de reparación tarifada que regula la Ley 24557 a los fines de establecer su cuantificación económica, en la causa "CASANOVA MARCELO RAFAEL C/ FEDERACION PATRONAL ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (EXTE.



452.529/2011 - Sent.25.08.2016), ya me he expedido adhiriendo al criterio exegético seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente - Ley especial" del 7 de junio del 2.016, en la que deja sentado que tratándose de una ley especial la que regula las prestaciones derivadas de los infortunios laborales, se debe aplicar la vigente al momento del accidente o de la primera manifestación de la enfermedad, interpretación que habré de seguir por razones de economía y en función del deber moral que imponen los pronunciamientos del Máximo Tribunal Nacional respecto de los tribunales inferiores, tal como lo han exteriorizado en su mayor parte los análisis y conclusiones alcanzadas de manera coincidente por los miembros de esta Alzada en "Huaiquil Cayul, Jorge Alberto c/ La Segunda ART SA s/ Recurso art. 46 Ley 24557" (Exte. 458715/2011) de la Sala I, "Ortega Carlos Andres c/ Asociart ART S.A. S/ Accidente de trabajo con ART" (Exte. 426042/2010) de la Sala II y el Dr. Fernando Ghisini, integrando esta Sala III en "Poblete Maturana David c/ MAPFRE Argentina ART S.A. S/ Accidente de Trabajo con ART" (Exte. 433207/2010), y recientemente el Máximo Tribunal Provincial en "NÚÑEZ URRA WALDEMAR ENRIQUE C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" (Expte. N° 412143 - año 2010- Acuerdo N° 5 del 13.02.2017), en el que por fallo mayoritario se sigue la interpretación de la Corte Címera explidando: "La autoridad institucional que es inherente a la jurisprudencia de la Corte constituye un importante factor de seguridad y certeza que contribuye a alcanzar un estándar de previsibilidad para las personas, razón por la cual este Cuerpo no la puede desconocer. Tampoco puede escapar al entendimiento del contexto que envuelve la presente decisión, la incidencia que tiene el tiempo transcurrido en el trámite judicial sobre los derechos de la víctima. La garantía a una duración razonable del proceso reclama una decisión judicial



que ponga fin al conflicto sin dilaciones indebidas. Asimismo, la solución que se propicia procura evitar un mayor desgaste jurisdiccional y conduce a disminuir la litigiosidad, todo lo cual colabora a fortalecer el sistema judicial. En consecuencia, las razones aquí expuestas respaldan suficientemente la conformación al precedente de la Corte Suprema. 5. Frente a los señalamientos reseñados en los puntos anteriores, queda demostrado que el decisorio de la Alzada infringió los Arts. 17.5 de la Ley 26.773 y 16 del Decreto 1694/09, toda vez que no se ajusta a la interpretación de las normas que regulan su aplicación temporal. Por dicho fundamento resulta procedente la impugnación articulada por la parte demandada, por la causal que motivara la apertura de la instancia extraordinaria. ..."

Conforme lo analizado, se habrá de rechazar el recurso del actor que persigue se determine las prestaciones dinerarias conforme la Ley 26773, y en atención a que la primera manifestación de la reagravación se exterioriza con la promoción de la demanda del 28.06.2011 (fs. 36), es decir antes de la entrada en vigencia de aquella, habré de concluir en que resultan aplicables al caso las previsiones del Decreto N° 1694 vigente desde el 06.11.2009; planteo que fue introducido subsidiariamente en el recurso del trabajador.

III.- Dado el encuadramiento normativo, el importe que corresponde al actor será el mayor que surja del cotejo del derivado de la fórmula del art. 14 inc. b) de la Ley 24557 con el piso mínimo previsto en el art. 3° del citado decreto, y en el caso implica comparar \$18.413,69 -que es el resultado del cálculo realizado en la sentencia de grado que llega consentido (fs. 170 vta, punto 3)- con la suma de \$23.976 derivada de aplicar el mismo porcentaje de 13,32% a \$180.000 que es el valor mínimo garantizado por el Dec. 1694/09, procediendo en consecuencia adoptar el segundo.



Dicho importe devengará intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén S.A. desde la fecha de promoción de la demanda -28.06.2011- hasta el 31.07.2015 y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar la primera (T.A. B.P.N.) hasta que la última sea publicada.

IV.- En relación las prestaciones en especie, la omisión de tratamiento en la sentencia de grado no es más que la consecuencia de resultar materia ajena a la pretensión (art. 263 inc.6° CPCyC), y de ello insusceptible de ser abordado en esta instancia (art. 277 del CPCyC).

V.- Las costas se imponen en el orden causado considerando que la demandada resulta parcialmente vencida y el cambio de postura motivado en los antecedentes del Máximo Tribunal Nacional, seguido por el Provincial, (art. 17 Ley 921 y art. 68, 2da. Parte CPCyC).

VI.- Finalmente al modificarse el monto de condena, se habrán de dejar sin efecto los honorarios determinados en la sentencia de grado, debiendo procederse a una nueva regulación considerando el capital de condena y los intereses, manteniéndose la misma proporción allí adoptada.

Los devengados en esta Alzada se fijan en el 30% de los anteriores con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

VII.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propiciaré al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso del actor, elevando el monto de condena a la suma de \$23.976,00, a la que se adicionarán los intereses según lo expresado.

Confirmar la imposición en costas y dejar sin efecto las regulaciones de honorarios establecidas en la instancia de grado, para que se fijen conforme la misma proporción atendiendo al nuevo monto de capital e intereses.



Los gastos causídicos en la Alzada se imponen por su orden.

El Dr. Fernando M. GHISINI, 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 dictada a fs. 168/171, elevando el monto de condena a la suma de PESOS VEINTITRES MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS (23.976), con más los intereses expresados en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), en la oportunidad del art. 51 de la ley 921.

3.- Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 71 C.P.C.C.)

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

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

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA