



NEUQUEN, 16 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"SOSA FERNANDEZ MARCOS DIEGO C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"**, (JNQLA4 EXP N° 466694/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Marcelo J. **MEDORI**, por encontrarse apartado 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. 421/440 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La parte demandada se agravia por la aplicación en autos de la ley 26.773, a la que califica de retroactiva; y agrega que ello importa también una violación al principio de congruencia.

Cita fallos de tribunales nacionales y el precedente "Espósito" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Subsidiariamente se agravia por la aplicación del índice RIPTE al resultado de la fórmula legal, cuando esta actualización solamente rige para las sumas fijas.

Formula queja por la aplicación del decreto n° 1.694/2009, norma que no estaba vigente al momento del hecho dañoso, reclamando que el caso se resuelva en base a los términos del decreto n° 1.278/2000.

Critica lo que entiende como doble actualización, al computares intereses sobre un monto ya actualizado por índice RIPTE.



Cuestiona la aplicación de intereses, señalando que de su parte no hubo mora.

Cuestiona la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.432.

Solicita que una vez que se deje sin efecto la sentencia de grado, se impongan las costas a la contraria.

Apela por altos los honorarios regulados a todos los profesionales intervinientes en la causa.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora se agravia por el cálculo de la indemnización en base a la diferencia entre los porcentajes de incapacidad fijados por la comisión médica y por el perito judicial.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 471/472, y lo mismo hace la demandada a fs. 474/475 vta.

II.- Entiendo que la expresión de agravios de la parte actora constituye una crítica razonada y concreta del punto del fallo de grado que cuestiona, toda vez que se indica cuál es el tema que motiva el agravio, y además se explica en qué se funda la queja, con citas legales y de jurisprudencia.

Por ende, no corresponde declarar la deserción de este recurso.

III.- Del análisis de las constancias de la causa, llega firme a esta instancia que el actor sufrió un accidente de trabajo el día 22 de diciembre de 2008, siendo la incapacidad determinada en sede judicial mayor a la fijada por la comisión médica ° 9.

Cabe señalar que de acuerdo con el criterio sustentado por esta Sala II, en diferente integración, la mayor incapacidad producto únicamente de una distinta



valoración de los factores de ponderación no puede ser considerada como tal, en tanto la disminución de la capacidad laborativa física o psíquica sea igual, tanto en sede administrativa como judicial (cfr. autos "Zúñiga c/ Prevención ART S.A.", expte. n° 415.002/2010, P.S. 2016-V, n° 163). Esto es lo que sucede en autos, pero lo cierto es que este extremo, como se señaló, fue consentido por la parte demandada, por lo que queda fuera del ámbito de conocimiento de la Cámara de Apelaciones.

La queja de la accionada recurrente se centra en la ley aplicable al caso de autos.

Conforme la posición asumida por esta Cámara de Apelaciones a partir del dictado del precedente "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente-ley especial" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sentencia de fecha 7 de junio de 2016), asiste razón al recurrente respecto del marco legal en el cual cabe encuadrar el sub lite.

Respeto los argumentos dados por el a quo para apartarse del precedente citado, aunque no los comparto totalmente, pero insisto en que los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resultan obligatorios para los tribunales inferiores.

Cabe recordar aquí lo dicho por el citado tribunal en autos "Quadrum S.A. c/ Ciccone Calcográfica S.A." (sentencia del 6/7/2004, Fallos 327:2.842): *"Los tribunales inferiores no pueden apartarse de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en los mismos, pues dicha doctrina tiene un valor moral intrínseco que no puede ser despreciado por los jueces, quienes tienen la obligación de tratar y, en su caso,*



conformar sus decisiones a las del citado tribunal, atendiendo a su carácter de intérprete final de la Constitución y las leyes” (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

A ello agrego que recientemente el Tribunal Superior de Justicia provincial ha adherido, por mayoría, a la doctrina de la Corte Nacional, conformando su decisión al criterio del precedente “Espósito” (autos “Núñez Urra c/ Prevención ART S.A.” y “Ozorio Escubilla c/ Prevención ART S.A.”, Acuerdos nros. 5/2017, y 6/2017 del registro de la Secretaría Civil, respectivamente).

Consecuentemente, y si bien 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; 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, -y ahora del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia-, el que obliga al acatamiento por parte de los tribunales inferiores -conforme ya se señaló-.



De lo dicho se sigue que, sin perjuicio de la opinión personal de la suscripta y en virtud de los precedentes citados, habiéndose producido el accidente de trabajo y su primera manifestación invalidante el día 22 de diciembre de 2008, 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), como así tampoco su decreto reglamentario.

IV.- Con carácter previo a liquidar el nuevo capital de condena, he de expedirme respecto del agravio formulado por la parte actora.

Tal como lo vengo sosteniendo desde la causa "Farfán c/ Galeno ART S.A." (expte. n° 419.297/2010, P.S. 2014-VIII, n° 207), la incapacidad laborativa que se repara es una sola, provocada por un único accidente de trabajo, por lo que no corresponde resarcir en sede judicial solamente la diferencia entre el porcentaje de incapacidad fijado en sede administrativa y el determinado en sede judicial, aún cuando el primero haya sido indemnizado oportunamente por la aseguradora. En este último supuesto, el proceder correcto es liquidar la indemnización de acuerdo con el mayor porcentaje de incapacidad, y restar de aquella la suma abonada en sede administrativa, la que debe ser entendida como pago a cuenta.

Partiendo de la liquidación realizada por el juez de grado de conformidad con la LRT, cuyos elementos no han sido cuestionados en autos, con excepción del grado de incapacidad, se arriba a un resultado de \$ 104.892,98 (\$ 2.566,36 x 53 x 2,83 x 27,25%). Si comparamos esta suma con el tope legal vigente a la fecha del siniestro, de acuerdo con el decreto n° 1.278/2000, se advierte que aquella excede dicho tope que es de \$ 49.050,00.



La parte demandada pretende la aplicación del tope legal, en tanto a la fecha del accidente aún no se había dictado el decreto n° 1.694/2009.

Si bien en cuanto a la aplicación temporal del decreto n° 1.694/2009 asiste razón a la ART demandada, ya que de acuerdo con el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al que ya me he referido, en materia de accidentes de trabajo rige la ley vigente al momento del hecho dañoso, de ello no se sigue que corresponda aplicar en autos el referido tope legal.

Al fallar la causa "Almendra c/ Galeno ART S.A." (expte. n°412.853/2012, P.S. 2016-VI, n° 198) sostuve: *"Cabe recordar que la Corte Suprema en autos "Ascuá C/ SOMISA" (sentencia del 10/8/2010, Fallos 333:1.361) señaló que la modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a los daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado, no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima, por lo que si el tope legal se aleja abiertamente de esa finalidad, no puede ser aplicado. Agrega el fallo que vengo citando que esa misma razón -compensación adecuada de la pérdida de capacidad de ganancia-, torna inaplicable el criterio sentado en el precedente "Vizzotti" (reducción en un 33%) al supuesto de los accidente del trabajo y enfermedades laborales.*

"Trasladando estos conceptos al caso de autos, se advierte que reducir la indemnización que corresponde a la trabajadora en más de un 51% por aplicación del tope legal, es una circunstancia demostrativa que la vigencia del límite máximo legal impide que la ley 24.557 cumpla con su finalidad, cuál es la reparación adecuada del daño producido por los riesgos del trabajo.



"En definitiva la aplicación del tope legal previsto en el art. 14 de la ley 24.557 (conforme decreto n° 1.278/2000), en el caso concreto, resulta confiscatorio por pulverizar el crédito de la trabajadora. De ello se sigue que he de declarar inconstitucional el tope referido, correspondiéndole a la actora una prestación dineraria de \$ 74.576,67".

Igual criterio he seguido en autos "Llanos c/ Liberty S.A." (expte. n° 459.664/2011, P.S. 2016-VI, n° 167).

En sendos precedentes, no obstante adherir al criterio de la Corte Federal plasmado en autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente-ley especial", determiné la inconstitucionalidad del tope del decreto n° 1.278/2000 por confiscatorio en el caso concreto.

Y esta es la solución a otorgar al supuesto bajo análisis. Si comparamos la indemnización que corresponde sea percibida por el trabajador con el tope legal advertimos que de aplicarse este último, el crédito del actor se vería reducido en poco menos que el 53%, detracción que resulta confiscatoria a la luz de los conceptos precedentemente desarrollados. Por ende, he de declarar inconstitucional la aplicación del tope legal, conforme decreto n° 1.278/2000, al caso de autos, debiendo estarse al resultado de la fórmula del art. 14 de la LRT.

Sentado lo anterior debe deducirse de la indemnización lo abonado por la demandada en sede administrativa, que asciende a \$ 47.000,00 -pago reconocido por la parte actora-, por lo que la demanda progresa por la suma de \$ 57.892,98.

V.- Dado que no existe ya en autos capital actualizado por índice RIPTE, debe adecuarse la tasa de



interés fijada en la sentencia de grado, determinándola en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago.

VI.- En atención a la inexistencia de capital actualizado por índice RIPTE deviene abstracto el tratamiento de la queja de la demandada referida a la doble actualización.

En cuanto a la fecha de la mora, cabe recordar que el Tribunal Superior de Justicia ha sentado criterio 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 el juez de grado resulta ajustado a la doctrina citada.

VII.- La demandada también se agravia por la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.432.

A partir del fallo dictado in re "Cardellino c/ S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia" (Acuerdo n° 23/2016 del registro de la Secretaría Civil), el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia ha habilitado la aplicación de la limitación contenida en la ley 24.432 en materia de costas al ámbito laboral.

Si bien la doctrina del Tribunal Superior de Justicia refiere a materia regida por la Ley de Contrato de Trabajo, por lo que debería analizarse si la misma es extensiva a la materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de todos modos el pronunciamiento del a quo sobre el punto resulta prematuro en atención a la etapa procesal en la que nos encontramos.

Ello así porque, tal como lo sostiene el Tribunal Superior de Justicia en el precedente señalado, en tanto la limitación refiere solamente a la responsabilidad en el pago



de las costas, no influye sobre la regulación de los estipendios de los profesionales, la que debe respetar la legislación arancelaria vigente; ni tampoco influye sobre la distribución de las costas procesales, la que ha de seguir el principio objetivo de la derrota.

Consecuentemente ha de dejarse sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.432, difiriendo la aplicación de la limitación proporcional prevista en el art. 4 de la ley 1.594 -conforme ley 2.933- para el momento del pago de los honorarios de los profesionales intervinientes y posterior a la liquidación a practicarse (art. 51, ley 921).

VIII.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

El juez de grado ha regulado los honorarios de los letrados utilizando el máximo de la escala del art. 7 de la ley 1.594, siendo reiterada la posición de la Cámara de Apelaciones en orden a que dicho máximo debe ser reservado para retribuir la labor profesional en casos de complejidad manifiesta, característica que no presenta el sub lite.

Por ende, y conforme las pautas que habitualmente considera la Alzada, los honorarios fijados para los letrados de la parte actora resultan elevados, proponiendo que se reduzcan al 16% de la base regulatoria para el letrado patrocinante y al 6,4% de la misma base para la apoderada.

En cuanto a los honorarios de los letrados de la parte demandada, teniendo en cuenta la modificación practicada a los emolumentos de los abogados de su contraria, deben ser reducidos al 5,6% de la base regulatoria para el Dr. ..., 2,24% de la base regulatoria para el Dr. ... y 7,84% de la base regulatoria para el Dr.



Respecto de los honorarios de los peritos de autos, también se entiende elevada la regulación efectuada por el juez de grado, atendiendo a la labor desarrollada y a la adecuada proporción que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes, proponiendo reducirlos al 4% del capital de condena para cada uno de ellos.

IX.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y, parcialmente, a la queja de la demandada.

En consecuencia se modifica parcialmente el resolutorio de grado, 1) incrementando el capital de condena, el que se establece en la suma de \$ 57.892,98; 2) fijando la tasa de interés en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago; 3) dejando sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.432, difiriendo la aplicación de la limitación proporcional prevista en el art. 4 de la ley 1.594 -conforme ley 2.933- para el momento del pago de los honorarios de los profesionales intervinientes y posterior a la liquidación a practicarse (art. 51, ley 921); y 4) reduciendo los honorarios regulados a los Dres. ..., ..., ..., ... y ..., y a los peritos, médica ... y psicóloga ..., los que se establecen en los porcentajes señalados en el Considerando respectivo, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido y el cambio de criterio del tribunal, como consecuencia de fallos novedosos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia, se imponen en el orden causado (arts. 71 y 68, 2da. parte CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de los letrados intervinientes ante la Alzada, en el 30% de la suma



que se determine para cada uno de ellos por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, para los Dres. ... y ...; y en el 30% de la suma que se fije para la totalidad de los abogados de la parte demandada por igual concepto y por la labor en primera instancia, para el Dr. ..., todo de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Marcelo J. MEDORI dijo:

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

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente el resolutorio de grado del siguiente modo: 1) incrementando el capital de condena, el que se establece en la suma de \$ 57.892,98; 2) fijando la tasa de interés en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago; 3) dejando sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.432, difiriendo la aplicación de la limitación proporcional prevista en el art. 4 de la ley 1.594 -conforme ley 2.933- para el momento del pago de los honorarios de los profesionales intervinientes y posterior a la liquidación a practicarse (art. 51, ley 921); y 4) reduciendo los honorarios regulados a los Dres. ..., ..., ..., ... y ..., y a los peritos, médica ... y psicóloga ..., los que se establecen en los porcentajes señalados en el Considerando respectivo, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravio.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (arts. 71 y 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes ante la Alzada, en el 30% de la suma



que se determine para cada uno de ellos por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, para los Dres. ... y ...; y en el 30% de la suma que se fije para la totalidad de los abogados de la parte demandada por igual concepto y por la labor en primera instancia, para el Dr. ..., todo de conformidad con lo dispuesto 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 M. Clerici - Dr. Marcelo J. Medori
Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA