NEUQUEN, 31 de octubre de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ALTAMIRANO MARIO ALEJANDRO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"**, (**JNQLA6 EXP** Nº **468608/2012**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 363/371, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

Los letrados de la parte actora apelan sus honorarios, por bajos.

A) La recurrente se agravia por la valoración del informe pericial psicológico.

Dice que la misma a quo encuadra la afección psiquiátrica, determinando lo que la psicóloga no especifica.

Sigue diciendo que su parte no impugnó la pericia psicológica en el entendimiento que la misma no cumple con los fines para la que fue requerida: ponderar la supuesta incapacidad psiquiátrica del actor.

Insiste en que la juzgadora de grado no puede encuadrar la secuela, máxime cuando el mismo actor no ha solicitado las aclaraciones pertinentes del experto.

Señala que, además, el encasillamiento que hace la sentencia recurrida no coincide con el baremo, explicando por qué.

Se agravia por la inclusión del factor de ponderación recalificación laboral, cuando ésta no ha acaecido

en la realidad, toda vez que el trabajador continuó efectuando las mismas tareas que venía desarrollando antes del accidente.

A rodo evento, se queja del cálculo del porcentaje de incapacidad ya que, de acuerdo con el baremo legal, la incapacidad total no puede superar el 65%; y, en todo caso, debió aplicarse el 89,26% de incapacidad y no el 100% como lo hace la a quo.

Apela por altos los honorarios regulados a los letrados de la parte actora y a los peritos de autos.

Mantiene la reserva del caso federal.

B) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 387/392 vta.

Propicia la deserción del recurso, y subsidiariamente rebate los agravios de su contraria, solicitando la confirmación del fallo apelado.

II.- El recurso de la parte demandada reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, en tanto constituye una crítica concreta y razonada de los aspectos del fallo de grado con los cuales no se acuerda.

No corresponde, entonces, declarar la deserción del recurso.

III.- Abordando el tratamiento del recurso de apelación, el primer agravio de la demandada refiere a la conducta desplegada por la a quo en cuanto encuadra ella la dolencia psíquica del actor en el baremo legal.

La pericia psicológica no determina porcentaje de incapacidad, en tanto la experta entiende que ello no es de su competencia profesional, y las partes han consentido este informe pericial.

Ahora bien, habiéndose acreditado la existencia de daño psíquico, descripto por la especialista en su informe,

y que se concreta en síntomas depresivos y de irritabilidad, y teniendo en cuenta que el baremo legal indica las características de las dolencias a efectos de su encasillamiento en la categoría pertinente, no encuentro que la a quo se haya excedido al efectuar tal encuadramiento.

Se trata de aplicar el art. 165 del CPCyC –de vigencia supletoria en el proceso laboral conforme lo prescripto por el art. 54 de la ley 921-, en cuanto establece que la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada.

Reitero que en autos no se cuestiona el contenido de la pericia psicológica, por lo que el perjuicio se encuentra probado. Siendo necesario para cuantificar la reparación de ese daño, encasillarlo en la categoría correspondiente del baremo legal, la jueza de primera instancia estuvo habilitada para actuar como lo hizo.

Ahora bien, respecto al encasillamiento realizado –punto sobre el cual se agravia la apelante-, encuentro que el mismo no es adecuado a las constancias del informe pericial.

La perito de autos determina en su informe la existencia de estrés postraumático y trastorno depresivo recurrente (fs. 333). La experta no se refiera a que se constaten alteraciones en el pensamiento, en la concentración o en la memoria; ni neurosis, fobias y/u obsesiones. Si bien al indicar el tratamiento terapéutico la experta habla de que podría profundizarse un cuadro depresivo o fóbico, considero que ello debe ser entendido como la consecuencia de no realizar el tratamiento aconsejado, y no como que el cuadro fóbico se encuentre presente.

En consecuencia, entiendo que el encuadramiento debe ser realizado en el Grado II R.V.A.N., con una incapacidad del 10%.

IV.- Sin perjuicio de lo dicho, debe hacerse saber a la perito psicóloga que en tanto fue debidamente notificada de que había sido sorteada como perito judicial –cargo para el cual se postuló oportunamente-, en una causa laboral por accidente de trabajo, siendo uno de los puntos obligados de pericia la determinación del porcentaje de incapacidad, en caso de que ésta exista, y conforme al baremo de ley, debió excusarse de intervenir por no estar capacitada para ello; y no aceptar el cargo y dejar inconclusa su tarea pericial.

V.- Dada la variación del porcentaje de incapacidad psicológica, corresponde efectuar una nueva liquidación del capital de condena, siguiendo para ello el procedimiento observado por la jueza de primera instancia en su sentencia, el que fue consentido por las partes.

Partiendo de una capacidad residual del trabajador de autos del 97%, y por aplicación del método de la capacidad restante, computando los valores de incapacidad de mayor a menor magnitud, tenemos que: a) limitación funcional del dedo izquierdo (16% del 97%), arroja una incapacidad del 15,52% y una capacidad restante de 81,48%; b) limitación funcional dedo índice izquierdo (15% del 81,48%), arroja una incapacidad del 12,22% y una capacidad restante del 69,26%; c) limitación funcional dedo medio izquierdo (13% del 69,26%), arroja una incapacidad del 9,00% y una capacidad restante del 60,26%; d) limitación funcional del dedo anular izquierdo (12% del 60,26%), arroja una incapacidad del 7,23% y una capacidad restante del 53,03%; e) afectación psicológica (10% del 53,03%) arroja una incapacidad del 5,30% y una capacidad restante del 47,73%; f) afección nervio mediano mano izquierda

(6% del 47,73%) arroja una incapacidad del 2,86% y una capacidad restante del 44,87%.

Sumando las incapacidades parciales obtenidas, llegamos a una incapacidad total para el actor del 52,13%.

A esta incapacidad psicofísica corresponde agregar los factores de ponderación determinados por la a quo.

En lo que refiere al factor recalificación laboral, cuya ponderación cuestiona la apelante, he sostenido en autos "Vergara c/ Prevención ART S.A." (expte. n° 465.681/2012, sentencia de fecha 26/7/2016) que *"Con respecto al factor de ponderación recalificación laboral, que es el que ha modificado el juez de grado, el baremo establecido por Decreto n° 659/1996 explica en el apartado "Factores de Ponderación" que el art. 8 inc. 3 de la LRT determina que el grado de incapacidad laboral permanente será determinado en base a las tablas de evaluación de incapacidades laborales, que elaborará el Poder Ejecutivo Nacional y se ponderarán, entre otros factores, las posibilidades de reubicación laboral. Agrega que en este caso (posibilidades de reubicación laboral), se considera que la variable que mejor aproxima las posibilidades de reubicación laboral es la recalificación del individuo; y que la categorización en función de la recalificación del individuo se realiza en base de si "amerita" o "no amerita" recalificación, asimilándose las mayores posibilidades de reubicación laboral con el "no amerita recalificación", y las menores posibilidades de reubicación laboral con el "amerita recalificación". Hasta aquí, en términos generales, se coincide con lo dicho por el juez de grado.*

"El error que, en mi opinión, comete el a quo es limitar la reubicación laboral al ámbito de la empresa en la que se desempeñaba el trabajador al momento de sufrir el

accidente de trabajo. En realidad, entiendo que esta mayor o menor posibilidad de reubicación laboral debe ser proyectada al mercado de trabajo en general, teniendo en cuenta la actividad específica del trabajador, y no a un determinado lugar de trabajo. Si estamos reparando el daño a la capacidad laborativa de una persona, la cuantía de esa reparación debe ser medida tomando en cuenta el perjuicio futuro que ha de sufrir la víctima cuando intente reubicarse en el ámbito laboral, ya sea para el empleador con el cual trabajaba cuando se produjo el hecho dañoso, o con otro distinto".

Conforme lo dicho, ninguna importancia tiene que el actor continúe efectuando iguales tareas que las que realizaba con antelación al accidente de trabajo para su empleadora, debiendo también destacarse que, de todos modos, este hecho no se encuentra probado en autos.

Luego, sumando los factores de ponderación al porcentaje determinado de incapacidad (52,13%), arribamos a un grado de incapacidad definitivo del 69,27% (52,13% + 10,43% + 5,21% + 1,5%).

VI.- Sin embargo no es esta la incapacidad a considerar para la determinación de la prestación dineraria a cargo de la ART.

En efecto, el baremo de ley señala (apartado FACTORES DE PONDERACIÓN 4- Operatoria de los factores) que *"En caso de que una incapacidad permanente sea parcial por la aplicación de la tabla de evaluación de incapacidades y que 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 65%"*.

Consecuentemente la incapacidad a considerar para el trabajador de autos, a los efectos de practicar la fórmula del art. 14 de la LRT, es 65%.

Llevando a cabo la operación matemática de acuerdo con los restantes elementos considerados en el fallo de grado, los que no se encuentran cuestionados, la prestación dineraria debida al trabajador de autos asciende a la suma de $ 999.312,94 ($ 13.872,25 x 53 x 2,09 x 65%), suma que es superior al piso mínimo fijado por decreto n° 1.694/2009.

Luego, a esta suma corresponde adicionar la prestación de pago único prevista en el art. 11 de la ley 24.557, la que conforme la incapacidad del trabajador y lo dispuesto por decreto n° 1.694/2009, es de $ 80.000,00.

Descontando del total de la suma liquidada ($ 1.079.312,94), lo abonado por la ART en sede administrativa ($ 755.540,60), el capital de condena se fija en $ 323.772,34.

VII.- Dada la variación del capital de condena, deviene abstracto el tratamiento de las apelaciones arancelarias.

VIII.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada y declarar abstracto el tratamiento de las apelaciones arancelarias.

En consecuencia, se modifica parcialmente el resolutorio apelado, reduciendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 323.772,43, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios; y se hace saber a la perito psicóloga de autos lo dicho en el Considerando IV.- de esta sentencia.

Dada la variación del capital de condena se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia y se fijan los emolumentos de los profesionales actuantes ante la instancia de grado, en el 22,40% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses, art. 20 de la ley 1.594), en conjunto para los letrados apoderados de la

parte actora Dres. ..., ... y ...; 11,2% de la base regulatoria para el letrado patrocinante de la parte demandada Dr. ..., y 4,48% de la base regulatoria para la apoderada de esta misma parte Dra. ..., todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594.

Los honorarios de los peritos, médico ... y psicóloga ... se fijan en el 4% de la base regulatoria para el primero y 2% de la base regulatoria para la segunda, considerando la labor desarrollada y la adecuada proporcionalidad que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios de los profesionales 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 instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO:

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. 363/371, reduciendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 323.772,43, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios; y se hace saber a la perito psicóloga de autos lo dicho en el Considerando IV.- de esta sentencia.

II.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia y se fijan los emolumentos

de los profesionales actuantes ante la instancia de grado, en el 22,40% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses, art. 20 de la ley 1.594), en conjunto para los letrados apoderados de la parte actora Dres. ..., ... y ...; 11,2% de la base regulatoria para el letrado patrocinante de la parte demandada Dr. ..., y 4,48% de la base regulatoria para la apoderada de esta misma parte Dra. ... (arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594).

III.- Regular los honorarios de los peritos, médico ... y psicóloga ... en el 4% de la base regulatoria para el primero y 2% de la base regulatoria para la segunda.

IV.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 71, CPCyC).

V.- Fijar los honorarios de los profesionales 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 instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria