NEUQUEN, 28 de noviembre de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CABRERA LUIS FERNANDO C/ PROD. FRUT. ARG. CIA. DE SEG. LTDA. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557", (JNQLA3 EXP** Nº **432731/2010**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Marcelo **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.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 525/528, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por la falta de valoración de los factores de ponderación del decreto n° 659/1996.

Dice que esa parte, al alegar, expresamente solicitó que se meriten los factores de ponderación por no haberlo hecho el perito médico.

Sigue diciendo que el juez de grado agregó al porcentaje de incapacidad determinado por el perito médico (7%), el 5% por estar afectado el miembro hábil derecho, pero omitió considerar que el baremo de ley prevé que en todos los casos en que se determine incapacidad corresponde valorar los factores de ponderación.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 535/536.

Dice que el escrito de expresión de agravios carece de los recaudos mínimos señalados por el art. 265 del CPCyC, por lo que propicia su deserción.

II.- En primer lugar, entiendo que la crítica que realiza la recurrente respecto del fallo de grado reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, ya que se conoce cuál es el agravio que le causa la decisión cuestionada y por qué, por lo que corresponde abordar su tratamiento.

III.- El perito médico de autos ha omitido valorar los factores de ponderación en oportunidad de establecer el porcentaje de incapacidad que presenta el demandante.

Pareciera que tal proceder es consecuencia del disgusto que plasma en su informe pericial, y que se vincula con los tiempos del proceso.

Asimismo, surge del informe pericial que a la fecha de su realización, en realidad, el demandante no tenía incapacidad alguna, y que el perito estimó la existencia de una posible incapacidad al momento del accidente de trabajo. Sin embargo, la sentencia ha reparado esta incapacidad física y ello no es materia de controversia en esta instancia.

Ahora bien, asiste razón a la apelante respecto a que existiendo una valoración de la incapacidad del actor de acuerdo con las tablas que trae el baremo legal, y encontrándonos en el marco de una acción sistémica, deben computarse sobre ese porcentaje de incapacidad los factores de ponderación.

El decreto n° 659/1996 determina que una vez fijada la incapacidad funcional de acuerdo con la tabla de evaluación de incapacidades laborales se procederá a la incorporación de los factores de ponderación.

Al sentenciar la causa “Sánchez c/ Galeno ART” (expte. n° 474.330/2013, fallo de fecha 4/7/2017) señalé que: *“La adopción del criterio de la capacidad restante o fórmula de Balthazar por parte del decreto n° 659/1996 requiere de la*

utilización de factores de nivelación que deben sumarse a la incapacidad previamente obtenida. Estos son los factores de ponderación.

"Bernabé L. Chirinos señala que los baremos pretenden crear criterios objetivos de evaluación de incapacidades; pero, como criterio de medición, debe ser utilizado en función del paciente, dado que basado en el principio que no hay enfermedad sino enfermos, siempre tiene que tenerse en cuenta los factores personales. De allí que para ponderar en definitiva el grado de incapacidad, además de las tablas o baremos se tendrán en cuenta, entre otros factores, la edad del trabajador, el tipo de actividad y las posibilidades de reubicación laboral (los tres mandados incorporar por el decreto n° 659/1996) –cfr. aut. cit., "La reparación del daño en la ley de Riesgos del Trabajo", DT 2014, pág. 987-".

En otras palabras, la incapacidad de un trabajador o trabajadora de acuerdo con el baremo del decreto n° 659/1996 requiere, si o si, de la adición de los factores de ponderación.

Y esta tarea es propia del especialista que fija la incapacidad. Sin embargo, teniendo la magistratura facultades para revisar los grados de incapacidad determinados por los especialistas, entiendo que también se encuentra facultada para valorar los factores de ponderación, ante la omisión de quién debió fijarlos.

IV.- La pericia de autos, como lo señalé, determinó un grado de incapacidad física del 7%, el que fue incrementado por el juez de grado al 7,35% por estar afectado el miembro superior hábil.

Sobre este porcentaje de incapacidad se han de aplicar los factores de ponderación, comenzando por el factor tipo de actividad.

De acuerdo con el baremo legal, este factor evalúa el grado de dificultad que el individuo posee para realizar su tarea habitual.

El informe pericial médico señala que al momento de su realización es imposible de verificar si el actor sufría una tendinitis de sus flexores en el antebrazo derecho; y que el informe electromiográfico muestra que en la actualidad no existe un compromiso neurógeno y/o miogeno, aunque existe una respuesta tardía a la estimulación del nervio mediano derecho a nivel de la muñeca.

Considerando estos extremos entiendo que el actor no posee dificultad alguna para la realización de su tarea habitual, por lo que corresponde asignar 0% al factor tipo de actividad.

Lo dicho en los párrafos anteriores determina que tampoco el demandante necesite de recalificación laboral, por lo que se asigna 0% a este factor.

Finalmente, considerando la edad del trabajador al momento del accidente, que era de 23 años (teniendo en cuenta que surge de las actuaciones administrativas que su fecha de nacimiento es 4 de octubre de 1986, en tanto que el accidente de trabajo ocurrió el día 30 de junio de 2010), por el factor edad corresponde asignar un 2%.

Luego, sumando el valor del factor edad a la incapacidad física, se concluye en que el trabajador de autos presenta un 9,35% de disminución de la capacidad laborativa.

V.- El nuevo valor de la incapacidad importa que deba modificarse el capital de condena.

Aplicando el porcentaje de incapacidad del 9,35% a la fórmula del art. 14 de la LRT se obtiene un resultado de $ 23.637,75 ($ 1.691,49 x 53 x 2,82 x 9,35%), importe que resulta superior al piso mínimo establecido por decreto n° 1.694/2009.

VI.- En consecuencia, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y modificar parcialmente el resolutorio recurrido, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 23.637,75.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la demandada vencida (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada en el 1,68% de la base regulatoria para el Dr. ...; 4,2% de la base regulatoria para la Dra. ...; y 4,12% de la base regulatoria para el Dr. ..., todo de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El **Dr. Marcelo MEDORI 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. 525/528, incrementando el capital de condena a la suma de $ 23.637,75.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada en el 1,68% de la base regulatoria para el Dr. ...; 4,2% de la base regulatoria para la Dra. ...;

y 4,12% de la base regulatoria para el Dr. ... (art. 15 de la ley 1.594).

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

Dra. Patricia Clerici - Dr. Marcelo Medori
Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA