NEUQUEN, 31 de Julio del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"BONOMI JUAN SILVESTRE BENJAMIN C/ GALENO ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA3 EXP 504387/2014)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 291/295 el *A-quo* hizo lugar a la demanda por la suma de $ 718.853 con más intereses y costas.

A fs. 300/305vta. apeló la demandada. En primer lugar, alega la errónea aplicación del artículo 3 de la ley 26773 porque no es aplicable al caso dado que el presente se trata de un accidente *in itinere*.

Luego, sostiene que se omitió aplicar el criterio de la capacidad restante. Dice que se consideró una incapacidad del 47,5% por la suma del 33,5% de la incapacidad física y el 14% de incapacidad psicológica apartándose del criterio de la capacidad restante establecido en el baremo del decreto 659/96, por el cual seria del 42,81%.

En tercer lugar, expresa que se produce una doble actualización porque se computan intereses sobre un monto ya actualizado. También, agrega que no debe interés alguno porque no se encontraba en mora y en su caso, deberían correr desde la sentencia.

A fs. 307/308vta. la contraria contesta al traslado de los agravios. Solicita su rechazo, con costas.

II. Ingresando al análisis del recurso de la demandada adelanto que el mismo resulta parcialmente procedente por las siguientes razones.

1. Así, en punto a la aplicación del art. 3 de la ley 26.773 sostuve: *"Sin perjuicio de señalar que más allá de la aplicación de la ley 26773 conforme los fundamentos expuestos*

por el Dr. Fernández Madrid al resolver en autos "Lorenz, Olinda Leonida vs. Liberty ART S.A. s. Acción de amparo", (CNTrab., Sala VI, 27/05/2013, RC J: 14181/13), a los que me remito (cfr. voto en autos "GODOY JUAN CARLOS CONTRA LA SEGUNDA ART S.A. S/RECURSO ART.46 LEY 24557", EXP Nº 402763/9; "HUAIQUILLAN CURRIQUEO GRACIELA CONTRA PRODUC. FRUTAS ARG. COOP. SEG S/ RECURSO ART.46 LEY 24557", Expte. Nº 414984/10; "MENDEZ JUAN AGUSTIN CONTRA CONSOLIDAR ART.S.A. S/RECURSO ART.46 LEY 24557", EXP Nº 377393/8), entiendo que no resulta aplicable el incremento indemnizatorio previsto en el art. 3 de dicha norma debido a que el siniestro de autos no se trata de un accidente ocurrido en el lugar de trabajo sino de un accidente in itinere (esguince de rodilla al subir a su motocicleta para ir a trabajar el 03/05/08, cfr. fs. 9, 14, 17, 18, 62), en principio no comprendidos en la disposición (v. Schick, Horacio, Aplicación de las mejoras indemnizatorias dispuestas por el decreto 1694/09 y la ley 26.773 no canceladas a la fecha de su entrada en vigencia, DT 2013, agosto, 2052; Barbieri, Pablo J., Análisis de los cambios introducidos al Régimen de Riesgos del Trabajo, Sup. Esp. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo 2012, noviembre, 86; Ramírez, Luis E., Aspectos salientes de la reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, Sup. Esp. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo 2012, noviembre, 62; Maza, Miguel A., Una nueva reforma en materia de riesgos del trabajo. Dos puntos inicialmente conflictivos, Sup. Esp. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo 2012, noviembre, 14) sin que el actor haya efectuado ningún planteo o consideración al respecto (cfr. voto del suscripto in re "DIAZ LABRA HORACIO ALEJANDRO CONTRA CONSOLIDAR ART S.A. S/RECURSO ART 46 LEY 24557", EXP Nº 394426/9, "MAJUL MATIAS GERARDO CONTRA MAPFRE ARGENTINA ART S.A. S/RECURSO ART. 46 LEY 24557", Expte. Nº 419790/10 y "ALEGRIA HUGO FABIAN CONTRA MAPFRE ARGENTINA ART S.A. S/RECURSO ART.46 LEY 24557", EXP Nº 427037/2010).

Además, recientemente adherí al voto de la Dra. Patricia Clérici quien sostuvo: *"En autos "Segovia Ferreira c/ I.A.P.S.E.R. ART" (expte. n° 443.696/2011, sentencia de fecha 7/8/2014, entre otros), antecedente citado en el memorial de agravios, sostuve que: "En lo que refiere a la norma del art. 3 de la Ley 26.773, ya he adherido a la posición que considera que la misma no se aplica al supuesto de los accidentes in itinere (Sala III, autos "Majul c/ Mapfre Argentina ART S.A.", P.S. 2013-III, n° 105; Sala I, autos "Alegría c/ Mapfre Argentina ART S.A.", P.S. 2013-VII, n° 205).*

"En ambos precedentes adherí al voto del Dr. Jorge Pascuarelli, quién, con fundamento en el fallo de la Sala VI de la CNAT in re "Lorenz c/ Liberty ART S.A." y doctrina especializada sostuvo la exclusión de los accidentes in itinere del adicional previsto por el art. 3 de la Ley 26.773.

"No desconozco que existen posiciones encontradas respecto a si el accidente in itinere encuadra o no en la norma del art. 3 de la Ley 26.773. Así la sala VII de la CNAT entiende que el accidente in itinere es un supuesto de "estar a disposición del empleador" (autos "B., J.O. c/ Liderar ART S.A.", 31/3/2014, LL on line AR/JUR/7983/2014); en tanto que la Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Santa Fe, Sala II entiende que este tipo de accidente no se encuentra comprendido en el ya citado art. 3 (autos "Suárez c/ Mapfre Argentina ART S.A.", 26/2/2014, LL on line AR/JUR/676/2014); y la Sala III de la CNAT ha declarado la inconstitucionalidad de esta norma legal por violación del art. 16 de la Constitución Nacional (autos "Blanco c/ Horizonte Cía. Argentina de Seguros Generales S.A.", 12/7/2013, DT 2014 –marzo-, pág. 761).

"No comparto la postura que sostiene que el accidente de trabajo constituye un supuesto en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador. Amanda Lucía Pawlowski de Posse sostiene que el accidente in itinere no se produce en

el lugar de trabajo, ni cuando el dependiente se encuentra a disposición del empleador, sino que acaece durante el traslado entre el domicilio del trabajador y el lugar de prestación de servicios (cfr. aut. cit., "Sobre la constitucionalidad del art. 3 de la Ley 26.773", DT 2014 –junio-, pág. 1659).

"Por su parte, el Dr. José Daniel Machado, integrante de la Sala II de la Cámara Laboral de Santa Fe, al votar la causa "Suárez" –ya citada- expresó que "Cuando el belga Sainctelette –verdadero mentor de la responsabilidad patronal objetiva- escribió Responsabilidad y garantía, razonaba que el empleador debía devolver al trabajador a la puerta de la fábrica con la misma integridad con que lo había recibido. No decía su casa sino, insisto, a la puerta de la fábrica, donde cesaba su posibilidad de organizar, dirigir y controlar. En términos técnico-jurídicos, todo lo que podía ocurrirle al trabajador cuando ingresaba al torrente de la circulación constituía una fuerza mayor o un hecho de tercero o incluso un hecho de la víctima en el sentido de nuestro art. 1111 Código Civil. Luego sí vinieron los franceses (Josserand y Saleilles, desde luego, pero mucho más la jurisprudencia de la Corte de Casación) a incorporar el concepto de ocasión laboral como factor convocante de una respuesta de equidad, toda vez que fuera la prestación del servicio contractualmente comprometido, y no otra cosa, la que colocara a la víctima en las coordenadas cronotopográficas, el falta aquí y ahora en que resulta dañada".

"Este debate respecto de la extensión de la responsabilidad del empleador a los accidentes ocurridos en el trayecto entre el lugar de trabajo y el de prestación de los servicios también se suscitó en la doctrina nacional, justamente por el hecho de otorgar cobertura a situaciones acaecidas en un período en que el dependiente no se encuentra a disposición del empleador ni dentro de la órbita del ejercicio potencial de su facultad de vigilancia (cfr.

Bermúdez, Jorge, "Contingencias" en "Riesgos del Trabajo", dirig. por Jorge Rodríguez Mancini y Ricardo A. Foglia, Ed. La Ley, 2008, pág. 347/348).

"Resulta más correcto, a mi criterio, encuadrar a los accidentes in itinere dentro de la ocasionalidad de tales sucesos al trabajo. Ello se ve más claro cuando se advierte que ante la intervención de un interés del trabajador en el escenario del siniestro se interrumpe aquella relación del accidente con el trabajo".

"En definitiva, no considero que en el lapso del trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, éste se encuentra a disposición del empleador, sino que la causa de la imputación de responsabilidad objetiva al empleador es que el trabajo ha dado ocasión al traslado del operario. Luego, el accidente in itinere no se encuentra comprendido en los supuestos previstos en el art. 3 de la Ley 26.773", (Sala II, en autos "ARIAS MARIA ALEJANDRA C/ SWISS MEDICAL ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", JNQLA3 EXP Nº 503488/2014).

A partir de lo expuesto, considerando que no se encuentra discutido en esta instancia que el caso de autos se trata de un accidente *in itínere*, corresponde hacer lugar al agravio de la demandada y modificar la sentencia de fs. 291/295 dejando sin efecto la condena al pago de la indemnización adicional de pago único del art. 3 ley 26.773.

2. Al respecto, surge del fallo de grado que la pericia psicológica estableció una incapacidad física del 25% (hernia de disco en plan quirúrgico con secuelas clínicas y electromiografías severas) más los factores de ponderación (dificultad para la tarea alta, 20%; amerita recalificación, 10% y edad 1%) y la pericia psicológica 10% (RVAN grado II) más los factores de ponderación.

Por aplicación del criterio de la capacidad restante, establecido en el baremo legal, tratándose de incapacidades

distintas generadas por un único hecho dañoso, corresponde aplicar sobre el 100% de capacidad, la más elevada, o sea la física que el perito establece en el 25%. De esta operación resulta una capacidad restante del 75%, sobre la que debe aplicarse el porcentaje de incapacidad psicológica (75 x 10% = 7,5), determinándose, entonces, un porcentaje de incapacidad total del 32,5%.

A este último porcentaje deben sumarse los factores de ponderación determinados por el perito médico (dificultad para la tarea alta, 20%, 6,5%; amerita recalificación, 10%, 3,25% y edad 1%) lo que hace un total de 43,25% de incapacidad (32,5 + 6,5 + 3,25 + 1).

Es que, *"Habiendo llegado al porcentaje total de incapacidad del trabajador corresponde aplicar los factores de ponderación."*

"El método correcto determina que, unificadas estas incapacidades parciales, la aplicación de los factores de ponderación deba ser hecha sobre este valor unificado. Así lo determina el Decreto n° 659/1996: "Una vez determinada la incapacidad funcional de acuerdo a la tabla de evaluación de incapacidades laborales se procederá a la incorporación de los factores de ponderación" (apartado "Factores de ponderación – 2. Procedimiento")", ("ZANONA FERNANDO MARCELO C/PROVINCIA ART S.A. S/RECURSO ART. 46 LEY 24557", JNQLA1 EXP Nº 455821/2011; "LIÑADO LEONARDO FAVIO CONTRA LA SEGUNDA ART. S.A SOBRE RECURSO ART. 46 LEY 24557", JNQLA4 EXP 470253/2012; "TORRES ISABELINO FLORENCIO C/ SWISS MEDICAL ART S.A. S/RECURSO ART 46 LEY 24557", JNQLA4 EXP 464588/2012).

Luego, sobre este porcentaje de incapacidad el resultado de la fórmula del art. 14.2.a LRT es de $ 545.445,5 (53 x 13.520 x 1,76 x 43,25%).

3. En cuanto a la tasa de interés, teniendo en cuenta que no hay en el presente capital actualizado, corresponde la tasa activa del BPN desde la fecha del accidente hasta el

efectivo pago (cfr. “Alocilla, Luisa del Carmen y Otros C/ Municipalidad de Neuquén S/ Acción Procesal Administrativa”, Ac. N° 1590/09 y “Mansur, Lian c/Consolidar ART s/Accidente de trabajo con ART”, Expte. N° 13/12, Ac. N° 20/13, del T.S.J.) por lo que el agravio es improcedente.

III. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente a la apelación de la demandada y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 291/295 en cuanto al monto de condena que se establece en la suma de $ 545.445,5 con más los intereses determinados en la sentencia de grado. Imponer las costas de la Alzada por su orden debido a la forma en que se resuelve (arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCyC; cfr. “FUNARI NESTOR FABIAN C/ MAPFRE ARGENTINA ART SA S/ RECURSO ART 46 LEY 24557”, JNQLA3 EXP 472001/2012).

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.-

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Hacer lugar parcialmente a la apelación de la demandada y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 291/295 en cuanto al monto de condena que se establece en la suma de $ 545.445,5 con más los intereses determinados en la sentencia de grado.

2. Imponer las costas por la actuación ante la Alzada por su orden (arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCyC) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los de la anterior (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE- JUEZA **Dr. Jorge D. PASCUARELLI- JUEZ**
Estefanía MARTIARENA-SECRETARIA