NEUQUEN, 27 de septiembre del año 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MOSQUEIRA NAHUEL FABIOLA ODETTE C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"**, (**JNQLA3 EXP** Nº **503181/2014**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Fernando **GHISINI** (conf. Ac. 5/2018), 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. 378/382, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia, en primer lugar, por la valoración que realiza el juez de grado respecto del informe pericial médico.

Dice que en la etapa procesal oportuna su parte recusó con causa a la perito designada, previendo lo que luego sucedió con su informe. Agrega que, producido el informe, se pidieron explicaciones, se lo impugnó y se solicitó la realización de una nueva pericia, y la perito no respondió en la forma en que debería haberlo hecho.

La controversia concreta en torno al informe médico pericial se circunscribe a que la experta no otorgó valor alguno al factor de ponderación recalificación laboral, entendiendo que la actora no requiere de recalificación.

Sostiene que si el juez de grado hubiera tenido un mínimo compromiso con la búsqueda de la verdad real, o con la función de protección del sujeto de preferente tutela, habría dado lugar a una nueva pericia, o le habría exigido a la perito que contestara concretamente los puntos de impugnación planteados por su parte.

Sostiene que la pericia es contradictoria entre lo realmente acontecido con la actora y lo que informa.

Como segundo agravio se queja de la reducción del porcentaje de incapacidad otorgado por la perito psicóloga, cuando la pericia en cuestión no fue impugnada por ninguna de las partes.

Entiende que resulta evidente la arbitrariedad del juez de primera instancia en el análisis y valoración de una y otra pericia.

Considera que la perito psicóloga ha dado razones de su conclusión, del porcentaje de incapacidad que asigna y del encasillamiento de la dolencia de la trabajadora como RVAN grado III.

Cita el precedente “Salinas” del Tribunal Superior de Justicia, afirmando que éste es desconocido por el a quo.

Realiza consideraciones sobre la disconformidad que existe con el actuar de las aseguradoras de riesgos del trabajo y sobre el trabajador como sujeto de preferente tutela.

Solicita la realización de una nueva pericia médica ante la Alzada en los términos del art. 475 del CPCyC.

Formula queja por la determinación de la incapacidad de la demandante.

Señala que aún desechando la apelación de su parte, el juez de grado erra al efectuar el cálculo pertinente, ya que la aplicación de los factores de ponderación debe realizarse cuando se ha fijado la incapacidad total.

Formula reserva del caso federal.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 407/408.

Dice que es el juez quién debe establecer la valoración y prioridad de la prueba; siendo el magistrado judicial el encargado de determinar la existencia de nexo causal entre el daño y el hecho dañoso.

Entiende que el fallo recurrido se encuentra debidamente fundado.

Mantiene la reserva del caso federal.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso planteado por la parte actora, y comenzando el análisis por la valoración de la prueba pericial médica, entiendo que no le asiste razón al recurrente, en tanto de las constancias de la causa surge que ha hecho una lectura errada de lo sucedido en torno al dictamen pericial y de su contenido; razón por la cual tampoco se ha de acceder a diligenciar una nueva prueba pericial médica.

Tal como ya lo señalé, al reseñar los agravios formulados, la disconformidad de la actora con la pericia, en esta instancia, se limita a la valoración que ha hecho la perito del factor de ponderación recalificación laboral.

A fin de despejar cualquier duda sobre la imparcialidad, tanto de la perito como del juez de grado, entiendo pertinente destacar que la parte actora recusó con causa a la perito sorteada a fs. 237/238 vta., alegando que la experta fue médica auditora de las aseguradoras de riesgos del trabajo, y que existen discrepancias personales entre la perito y los letrados de la accionante por cuestiones suscitadas en otra causa judicial.

El juez de grado trató y rechazó la recusación formulada, previo oír a la perito, a fs. 246, y sobre este

rechazo nada dice el recurrente en su apelación. Ni tan siquiera introduce un agravio o una queja sobre los fundamentos del rechazo de la recusación de la perito, por lo que esta Cámara se encuentra impedida de ingresar a este tema.

De todos modos, asiste razón al juez de grado respecto a que las causales invocadas resultan insuficientes para determinar el apartamiento de la experta, de conformidad con lo prescripto por el art. 466 del CPCyC.

Yendo ahora al contenido del informe pericial, la perito ha otorgado a la trabajadora de autos un 23,80% de incapacidad permanente y definitiva, que se desbroza del siguiente modo: a) dermatitis por hipersensibilidad, con remisión mayor al 50% con tratamiento permanente, 10%; b) queratoconjuntivitis crónica bilateral que no remite con tratamiento, 10%; c) factor de ponderación dificultad para la tarea: alta 20%; d) amerita recalificación: no, 0% y e) factor edad, 1% (fs. 282 vta./283).

La parte actora impugna este informe pericial, cuestionando la conclusión de la perito respecto a que la actora no amerita recalificación laboral, cuando en la práctica sus tareas debieron ser modificadas, y por los dichos de la experta referidos a que la actora no se proyecta en relación a la probabilidad de un nuevo embarazo, manteniendo en la Alzada solamente el primer cuestionamiento.

Continuando con el análisis de las constancias de la causa, la perito médica dio adecuada respuesta a la impugnación, en tanto a fs. 290 explica: *“Este perito aclara en relación al factor de ponderación recalificación que ha aplicado la valoración en cero, porque la actora no ha cambiado su actividad profesional. No ha dejado de ser enfermera. El cambio es de sector de trabajo y no de profesión.*

"La recalificación es un proceso de enseñanza-aprendizaje de una nueva función conforme al nivel de enseñanza formal alcanzado, cuando la envergadura del evento es de tal magnitud, que la persona no puede continuar con su función.

"En el caso de autos, la actora no debió aprender una nueva función pues no ha dejado de ser enfermera. Aplica su nivel de conocimientos y formación en otro sector dentro del área de salud, esto es en la Subsecretaría de Salud".

La parte actora impugna en el entendimiento que el solo cambio de tareas o la reubicación laboral del trabajador implican la necesidad de recalificación laboral.

Ahora bien, llamo la atención sobre que el informe de la comisión médica n° 9 tampoco ha asignado valor al factor de ponderación recalificación laboral, entendiendo que en el caso de la demandante, no amerita (fs. 37). Más aún, el informe médico de parte, acompañado con la demanda, tampoco valora el factor de ponderación recalificación laboral, haciendo constar que la actora no amerita (fs. 26).

La conclusión de la perito judicial coincide, en cuanto a la valoración del factor de ponderación recalificación laboral, con lo dictaminado por la comisión médica n° 9 y por el perito de parte, que actuara con posterioridad como consultor de la accionante.

Al sentenciar la causa "Vergara c/ Prevención ART S.A." (expte. n° 465.481/2012, 26/7/2016) sostuve 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.

"Desde esta perspectiva ninguna importancia tiene que el actor continúe o no trabajando en la misma empresa en cuyo ámbito se produjo el accidente de trabajo. Lo que adquiere relevancia es la tarea laboral que llevaba adelante el trabajador accidentado y que, en autos, es la de cosechador.

"Es por ello que el perito médico, a fs. 86 vta., determina que la dificultad que le provoca las secuelas de la lesión sufrida para el desarrollo de su actividad es alta, siendo su consecuencia necesaria que el trabajador va a requerir de recalificación laboral para poder reubicarse en el mercado de trabajo. Recordemos que el actor se desempeñaba como cosechador –como ya lo señalé- y que la lesión ligamentaria sufrida en su rodilla izquierda ha dejado como secuela inestabilidad e hipotrofia. A lo que debe agregarse que el mismo perito señala que en las condiciones físicas en que se encuentra el demandante no puede superar un examen preocupacional para el tipo de actividad laboral que realizaba".

Entiendo que en esta misma línea de pensamiento la Resolución n° 216/2003 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, luego de reseñar la normativa de la O.I.T. que refiere a la recalificación laboral, establece en su art. 1 que: *"A los fines de la presente reglamentación se define como Recalificación Profesional al proceso continuo y coordinado de adaptación y readaptación que comprende el suministro de medios –especialmente orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva- para que los trabajadores afectados por accidentes o enfermedades profesionales puedan obtener, ejercer y conservar un empleo adecuado. Asimismo, se considera Trabajador Impedido a aquella persona que por causa de accidente de trabajo o por una enfermedad profesional está sustancialmente impedida para realizar la tarea que efectuaba previo a dicho acontecimiento en las condiciones en las que la realizaba"*.

Como vemos la norma reglamentaria coloca como límite entre amerita o no amerita recalificación laboral el hecho que la persona accidentada o enferma no se encuentre en

condiciones sustanciales de realizar la misma tarea que venía cumpliendo con antelación a la producción del daño.

Y estas condiciones deben ser valoradas tomando como parámetro cualquier trabajo de iguales características al que venía desarrollando antes del accidente o la primera manifestación invalidante de la enfermedad, ya sea que lo pudiera cumplir para el mismo empleador o para otro distinto.

Guillermo G. Maciá afirma que la recalificación, reintegrar a un trabajador a una actividad igual o mejor a la que desarrollaba con anterioridad al accidente o enfermedad, es la verdadera forma de reparar. La indemnización aislada es insuficiente para que sea considerada una reparación; permitiendo la recalificación laboral –inexistente en la legislación anterior- a trabajadores con diversas secuelas aprender nuevos tipos de trabajo (cfr. aut. cit., “Beneficios de la ley de riesgos del trabajo en la valoración de las incapacidades y salud para los trabajadores”, LL 0003/401034).

Aplicando los conceptos antedichos al caso de autos, tenemos que la actora con anterioridad al accidente de trabajo venía desempeñándose como enfermera, en el sector Oncología, del Hospital Provincial Neuquén –extremo sobre el cual las partes son contestes-. Fue justamente por la manipulación de drogas propias de ese sector que la actora sufre el accidente o enfermedad que le ha dejado las secuelas a indemnizar.

Luego, surge de la sentencia recurrida, y no se encuentra cuestionado en esta instancia, que la actora fue reubicada laboralmente en otro sector, lejos del elemento contaminante, desempeñándose en la Jefatura de Zona Sanitaria Metropolitana (fs. 76), habiéndose evaluado también trasladarla al sector de Salud Mental y Adicciones (fs. 67).

De lo dicho se sigue que, más allá del cambio de sector de trabajo, la demandante continúa desempeñándose como enfermera, sin acceso a determinadas sustancias que son las que han ocasionado la reacción en su organismo. A la vez que no se advierte que la incapacidad que hoy tiene le impida el ejercicio, en general, de la profesión para la cual se encuentra habilitada.

Consecuentemente coincido con los médicos de autos en cuanto a que la actora no requiere de recalificación laboral, ya que las secuelas no le impiden llevar a cabo las funciones que tenía antes del accidente: enfermera. Quizás con alguna limitación en atención a la existencia de sustancias que le ocasionan una reacción de tipo alérgico en la piel y en los ojos. Pero esta limitación no resulta suficiente para entender que requiere de recalificación laboral.

Se confirma, entonces, la sentencia de grado en cuanto determina que la actora no amerita recalificación laboral.

III.- Abordando ahora la queja referida a la valoración del informe pericial médico, entiendo que lo actuado por el juez de grado resulta correcto.

No obstante la falta de impugnación o de pedido de aclaración a la perito psicóloga, es el juez o jueza de la causa quién debe apreciar el valor probatorio de ese informe (art. 476, CPCyC).

En autos, tanto la comisión médica n° 9 como el perito médico de parte han calificado las secuelas psíquicas de la actora como RVAN grado II, asignando 15% de incapacidad el segundo y 10% de incapacidad la primera (fs. 25 y 37).

La perito psicóloga de autos ha determinado para la actora RVAN con manifestación depresiva grado III, asignando un 30% de incapacidad (fs. 272 vta.).

Conforme el baremo del decreto n° 659/1996, la RVAN grado III requiere de la constatación de trastornos de memoria y concentración durante el examen y psicodiagnóstico, los que no son indicados en la pericia psicológica; y las formas de presentación son desde la depresión, las crisis conversivas, las crisis de pánico, fobias y obsesiones. Reitero nada de ello es informado por la perito, quién solamente hace aparecer el elemento depresivo para calificar el grado de RVAN.

Además, y en todo caso para la RVAN depresiva grado III, el baremo establece el 20% de incapacidad y no el 30%, que reserva para el grado IV.

Consecuentemente resulta ajustado al baremo legal lo actuado por el juez de grado que ha establecido una incapacidad del 15%, entendiendo que la situación de la actora se encuentra incluida en el grao II de RVAN depresiva, conforme lo han determinado, a su vez y tal como lo señalé, la comisión médica que intervino en el caso de autos y el perito de parte.

IV.- Asiste razón a la recurrente respecto de la medición de la incapacidad total de la demandante, en tanto los factores de ponderación deben agregarse por única vez y al final de la sumatoria de las incapacidades física y psíquica.

Así tenemos que en autos la actora presenta una incapacidad psíquica del 15%, por lo que la capacidad restante es del 85%. Sobre esta capacidad restante aplicamos el grado de incapacidad que sigue en orden descendente (10%), que se traduce en un 8,5%, y deja un 76,5% de capacidad restante. Aplicando el 10% faltante sobre dicha capacidad restante, se traduce en 7,65%. Consecuentemente la incapacidad de la actora de acuerdo con las tablas del baremo es del 31,15%.

Si sobre esta incapacidad total aplicamos los factores de ponderación (20% para dificultad en la tarea y 1% por edad), arribamos a una incapacidad definitiva del 38,38%, superior a la fijada en la sentencia de grado.

Luego, si aplicamos la fórmula del art. 14 de la LRT con el nuevo porcentaje de incapacidad, se obtiene un resultado de $ 250.039,83 ($ 7.188,40 x 53 x 1,71 x 38,38%), que supera el piso mínimo conforme decreto n° 1.694/2009.

Seguidamente deduciré de este resultado lo percibido por la demandante en sede administrativa ($ 192.044,11), y el capital de condena asciende a $ 57.995,72.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de autos, y modificar, también parcialmente el resolutorio recurrido, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 57.995,72, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

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

Regulo los honorarios profesionales de los abogados que actuaron ante la Alzada, en el 2,94% de la base regulatoria para cada uno de los letrados de la parte actora Dres. ... y ...; y en el 4,12% de la base regulatoria para el letrado de la demandada Dr. ..., todo de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El **Dr. Fernando GHISINI 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. 378/382, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 57.995,72, confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravios.

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

III.- Regular los honorarios profesionales de los abogados que actuaron ante la Alzada, en el 2,94% de la base regulatoria para cada uno de los letrados de la parte actora Dres. ... y ...; y en el 4,12% de la base regulatoria para el letrado de la demandada Dr. ... (art. 15 de la ley 1.594).

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

Dra. Patricia M. Clerici - Dr. FERNANDO GHISINI
Dra. Micaela S. Rosales - Secretaria