NEUQUEN, 1 de agosto del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ALBARRACIN SPINA ANA BELEN C/ PROVINCIA ART S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"**, (**JNQLA2 EXP** Nº **507710/2016**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I.- Contra la sentencia definitiva dictada el día 21 de agosto de 2018 (fs. 152/154 vta.), apela la parte demandada a fs. 158 vta., en memorial que no es contestado por la parte actora.

La parte recurrente se agravia por haber sido condenada al pago del monto adicional previsto en el artículo 3 de la ley 26.773, lo cual considera improcedente por tratarse de un accidente de trabajo in-itinere.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso, es importante señalar que el artículo 3 de la ley 26.773 establece una indemnización adicional a percibirse junto con las indemnizaciones dinerarias previstas en el régimen de riesgos del trabajo, para aquellos casos en que el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador.

La norma es clara en su redacción en tanto al establecer un porcentaje adicional a percibirse junto con las restantes indemnizaciones está marcando una diferencia entre aquellos daños sufridos en oportunidad en que el trabajador se encuentra dentro del ámbito de control del empleador, de aquellos que se produzcan fuera de ese ámbito. Si la voluntad del legislador hubiera sido incluir todos los supuestos

bastaba con establecer un aumento directo del 20% en todas las indemnizaciones previstas en el régimen sin necesidad de formular ninguna distinción.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente - ley especial”, al decir: “5°) Que en octubre de 2012 la ley 26.773 introdujo nuevas modificaciones sustanciales en el régimen de reparación de los daños derivados de los riesgos del trabajo. Entre dichas modificaciones, interesa destacar que el arto 3° de esta última ley dispuso que, cuando se tratara de un verdadero infortunio o enfermedad laboral, y no de un accidente "in itinere", el trabajador damnificado o sus derechohabientes percibirían, además de las prestaciones dinerarias antes mencionadas, una indemnización adicional -en compensación de cualquier otro daño no reparado por las tarifas- equivalente al 20% del monto de ellas y que, en caso de muerte o incapacidad total, nunca debía ser inferior a $ 70.000.”.

Aunque fue dicho en obiter dictum, no por ello releva a los tribunales inferiores de seguir sus precedentes ya que, como señala Sagües: “En definitiva, después de una larga y no siempre uniforme ni clara trayectoria, puede reputarse vigente hoy, y más allá de su acierto o error, una regla de derecho consuetudinario constitucional elaborada por la propia Corte Suprema, que impone a los tribunales inferiores a ella el deber jurídico de seguir sus criterios, más allá de los casos donde fueron expuestos, y en todos los escenarios (derecho federal o común o local). Puede hablarse entonces de una jurisprudencia vinculante u obligatoria de la Corte, pero condicionada: el tribunal inferior está habilitado para apartarse de ella, siempre que dé fundamentos que sean: a) valederos; y b) diferentes a los ya examinados por la

Corte. (Sagües, Néstor Pedro, La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en EEUU y Argentina. Estudios Constitucionales (en línea) 2006,4 julio. www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040202. ISSN 0718-0195).

En esa misma línea –que comparto en su totalidad-, se ha enrolado esta Sala en su anterior composición al sostener que la norma del artículo 3 de la ley 26.773 no se aplica a los supuestos de accidentes in itinere, por no encontrarse en ese momento a disposición del empleador.

Así se ha señalado: “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).”

Luego de examinar las diferencias existentes entre el accidente in itínere y el que ocurre dentro del ámbito o en ocasión de las tareas, concluye el voto citado señalando “Por ende, no encuentro que la exclusión del accidente in itinere del adicional del art. 3 de la Ley 26.773 pueda ser tachado de inconstitucional. Nada impide que se brinde una cobertura mayor a aquellos accidentes producidos directamente por la actividad laboral, o en oportunidad de cumplirse con la prestación de los servicios comprometidos, que a los sucedidos en el trayecto entre la casa del trabajador y el lugar de trabajo. Ello en virtud que la fuente de la obligación de reparar es diferente.- Debo recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias. En el caso que se analiza si bien se trata de una misma categoría de personas –los trabajadores en relación de dependencia-, las circunstancias son diferentes, conforme

se ha explicado. Esta situación autoriza a un tratamiento razonablemente desigual.” (“RETAMAL STELLA MARIS C/ GALENO ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART”, ((JNQLA3 EXP Nº 502495/2014).

En consecuencia y por tratarse en la especie de accidente in itinere, no corresponde la aplicación del incremento indemnizatorio previsto en el art. 3 de la ley 26.773.

III.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada y modificar el monto de la sentencia debiendo deducir el porcentaje fijado en virtud del citado art. 3 ley 26.773, por lo que la demanda habrá de prosperar por la suma de PESOS TREINTA MIL SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE con 46/100 ($30.679,46), estableciendo las costas por su orden atento no haber mediado intervención de la contraria con más los intereses determinados en los considerandos respectivos.

En cuanto a los honorarios, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces deben expedirse sobre la base regulatoria, es decir, determinar la sustancia económica del litigio y no limitarse a formular manifestaciones genéricas prescindiendo del valor intrínseco de la tarea cumplida y de las modalidades relevantes del pleito (“Fox c/ Siderca S.A.C.I.”, 28/7/2005, Fallos 328:2725) y también que la regulación que ella efectúa no está determinada por los honorarios fijados en las etapas anteriores, sino por el monto disputado ante sus estrados; y que los porcentajes previstos en el art. 14 de la ley 21.839 –norma similar al art. 15 de la ley 1.594- para la regulación por las actuaciones en la Alzada aparecen referidos a la cantidad que “deba fijarse” para los honorarios de primera instancia, y no a los que, en concreto, se hayan fijado (cfr. “Vigo Ochoa c/ Encotel”, 23/10/1986; Fallos 326:4351, citados

por Amadeo, José Luis, “Honorarios de abogados (jurisprudencia de la Corte Suprema)”, JA 2005-II, pág. 1.433).

Siguiendo tales lineamientos, he de tomar como base regulatoria para fijar los honorarios por la actuación ante la Alzada el monto resultante entre la diferencia del capital de condena y el que fuera reconocido por el recurrente como procedente. El honorario de los letrados intervinientes se fija en el 30% del monto que resulte de aplicar los porcentajes regulados en la instancia de grado sobre esa diferencia.

La Dra. Patricia CLERICI 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. 152/154 vta., la que prospera por la suma de PESOS TREINTA MIL SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE con 46/100 ($30.679,46), con más los intereses determinados en los considerandos respectivos.

II.- Imponer las costas de Alzada por su orden atento no haber mediado intervención de la contraria (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de conformidad a lo establecido en los considerandos.

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

Dra. Patricia Clerici - Dr. José I. Noacco

Dra. Micaela Rosales - Secretaria