



NEUQUEN, 17 de mayo de 2023.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"GARCIA GONZALO ANDRES C/ EXPERTA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"**, (JNQLA3 EXP N° 511807/2017), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el juez José NOACCO dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 307/311, dictada el día 27 de Diciembre de 2022, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

En su memorial de fs. 316/317 -presentación web N° 370783 del 06.02.2023-, la recurrente se agravia porque el a quo reconoce que el accionante padece una incapacidad del 30% como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el 12.04.2017, pero luego de realizar los cálculos de rigor concluye en el rechazo de la demanda aludiendo que no existe diferencia a favor del trabajador porque la contingencia fue cubierta en forma total por la demandada en el trámite sustanciado ante la Comisión Médica.

Sostiene que el fallo no repara en que en la instancia administrativa, la aseguradora abonó la prestación correspondiente a una incapacidad del orden del 26,2%, que fue lo determinado por el dictamen médico en fecha 25.07.2018.

Remarca la contradicción de la sentencia, en tanto omite la reparación de la mayor incapacidad que se le reconoció en el proceso laboral, en tanto de la pericia y fallo de grado surge que se le ha reconocido un 3.8% más que el dictaminado por la Comisión Médica.

Indica que no es posible comparar la suma de dinero abonada por la ART en sede extrajudicial por una incapacidad del 26,2%, con la que surge luego de realizar el cálculo de acuerdo a

las pautas de la LRT y la interpretación sentada por el plenario Retamales.

Al respecto, explica que han transcurrido cuatro años desde el pago mencionado y el cálculo de actualización practicado en la sentencia, lo que evidencia que quedó totalmente por debajo del proceso inflacionario y provoca una distorsión del sistema instaurado por la LRT.

La recurrente observa que el a quo realizó el cálculo considerando un 30% de incapacidad y el mismo arroja un resultado menor a lo que pagó la ART por un 26,2% de minusvalía.

Se queja, en tanto considera que el cambio de interpretación de la norma ha provocado un perjuicio al trabajador, quien ve mermado su derecho humano a una reparación integral ampliamente consagrado por Tratados Internacionales y nuestra Constitución Nacional.

En relación con ello, manifiesta que el Sr. García resulta perjudicado en tanto luego de transitar un proceso judicial se le dice que no tiene nada para cobrar, a pesar de tener una incapacidad mayor que la determinada por la Comisión Médica.

Ello así, refiere que la ART abonó -luego del dictamen de la Comisión Médica- ni más ni menos que la suma que surgía de la aplicación de las pautas de la LRT por una incapacidad del 26,2% y, luego de acabado el juicio, se la termina beneficiando ya que si se hubiera reconocido al actor la incapacidad del 30% en sede administrativa, la ART habría tenido que abonar una suma superior a los \$5.352.899,32.

Sostiene, en consecuencia, que lo correcto sería realizar el cálculo de actualización por la diferencia de incapacidad reconocida en el juicio, esto es un 3.8%.

De acuerdo a su planteo, afirma que conforme el cálculo practicado en la sentencia correspondería abonar al Sr.

García la suma de \$523.971,13 más la suma de \$104.794,22 de adicional previsto en el art. 3 de la Ley 26773.

Concluye que en total corresponde abonarle al actor la suma total de \$628.765,35 con más intereses moratorios según la tasa activa del Banco de la Nación Argentina SA desde el 10.08.2018 y hasta la planilla de liquidación que se practique conforme el art. 51 Ley 921.

Finaliza el recurso haciendo énfasis en que una reforma o cambio de criterio no puede implicar un perjuicio para el trabajador, pues escapa al sentido común y la lógica que se reconozca una diferencia de incapacidad y que al cabo de cuatro años se concluya que nada tiene que cobrar, cuando lo cierto es que el actor habría cobrado mucho más de haberse estimado su real incapacidad en el trámite ante la Comisión Médica.

Cita jurisprudencia y peticiona que se revoque la sentencia y se condene a la ART a resarcir la diferencia del porcentaje de incapacidad determinado por la pericia médica.

A fs. 319/320 contesta agravios la demandada y solicita se declare desierto el recurso por considerar que se trata de una discrepancia meramente subjetiva respecto a los fundamentos del fallo, sin demostrar error alguno en el razonamiento del juez de grado.

Independientemente de ello, responde la queja impetrada por el actor y peticiona se rechace la misma.

Ello así, la aseguradora afirma que el plenario Retamales vino a unificar criterios, atento que, en las distintas jurisdicciones de la provincia, así como en las distintas salas de esta Cámara existían diversas posturas que obligaban a llegar hasta la última instancia, por lo que de esa forma se permitió obtener un criterio uniforme en todo el territorio neuquino.

Explica el método de cálculo establecido en el precedente mencionado y sostiene que no es correcto efectuar el cálculo de diferencia de incapacidad reconocida en el juicio por lo que solicita el rechazo del agravio.

Por último reserva el caso federal.

II.- Ingresando al estudio del recurso incoado por la parte actora, corresponde evaluar en primer lugar, si la decisión del a-quo resulta acertada al rechazar la demanda a pesar de que la pericial médica determinó un 3,8% más de minusvalía con relación a la fijada en sede administrativa.

Observo que el magistrado, descartó el cálculo efectuado por el perito contador por no ajustarse a las pautas del plenario "Retamales" y recalculó el porcentual de incapacidad determinado por galeno -30%- en base a dicho precedente, lo que arrojó 4.963.937,38 incluido el 20% previsto en el art. 3 de la Ley 26773.

Una vez obtenido el monto, el magistrado ha considerado que la contingencia fue cubierta de forma integral por la demandada, en tanto del informe emitido por el Banco ICBC surge que el actor percibió la suma de \$5.352.899,32., llevándolo a rechazar la demanda por no advertir diferencia alguna en favor del accionante.

Ahora bien, dado el porcentaje de incapacidad determinado en autos, puedo afirmar que el actor tenía razón para litigar ya que se ha demostrado una diferencia a su favor.

Asimismo, observo que el pago realizado por la aseguradora responde únicamente al 26,2% que se fijó en la Comisión Médica en el mes de Julio de 2018.

Sentado ello, se advierte que el a quo ha aplicado la doctrina legal emitida por el TSJ en el precedente "RETAMALES", decisión que luce correcta a primera vista.

Sin embargo, en el entendimiento de que la Ley 24557 repara únicamente incapacidades, corresponde efectuar un análisis concreto del caso de autos el cual revela cuestiones que han de ser merituadas.

En efecto, en autos "Calfuqueo c/ Mapfre ART S.A." (expte. n° 394.418/2009, 20/5/2014) se resolvió que: "Cabe recordar que la Ley de Riesgos del Trabajo no indemniza enfermedades ni accidentes en sí mismos considerados, sino que repara incapacidades -temporarias o definitivas; parciales o totales- para trabajar".

En igual sentido Mario E. Ackerman afirma que la LRT reduce los presupuestos de responsabilidad a la incapacitación o muerte por el hecho o en ocasión del trabajo, con la intermediación de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional (cfr. aut. cit., "Ley de Riesgos del Trabajo comentada y concordada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017, pág. 44).

En tal sentido, no puede obviarse que la actora vio reconocido en sede judicial una diferencia en más del 3,8% en su real porcentaje de incapacidad y luego de litigar por cuatro años obtiene como resultado el rechazo de la demanda motivado en la aplicación de un precedente judicial que modificó el criterio que esta Alzada venía sosteniendo.

Lo expuesto me lleva a analizar los presupuestos fácticos que rodean el caso concreto de autos, donde el Sr. García padece una minusvalía del 30% y fue indemnizado por el 26,2%.

El magistrado afirma que el monto abonado en sede extrajudicial resulta suficiente y superior de acuerdo al cálculo realizado conforme "Retamales", incluso tomando el mentado 30% de incapacidad.

Evidentemente dicha afirmación tiene sustento en que en la actualidad el juez de grado aplicó las pautas contenidas en el precedente "Retamales", las cuales no existían a la época en que EXPERTA ART SA abonó la indemnización en sede administrativa, por

cuanto el cambio de criterio jurisprudencial data del año 2021 (Octubre).

El fallo en cuestión fue dictado a fin de sentar las pautas de interpretación del artículo 12 de la Ley 24557 a raíz de la reforma introducida por el art. 11 de la Ley 27348.

Es decir que el objetivo último fue uniformar los diferentes criterios que venían sosteniendo los tribunales de toda la provincia con relación a las directivas que establece la norma en cuestión, a fin de brindar seguridad jurídica a los interesados.

El art. 12 de la LRT (to Ley 27348) establece el modo de cálculo del ingreso base (IB), que junto a otras variables integra la fórmula de cálculo de las prestaciones dinerarias que regula la Ley 24557.

En concreto, el TSJ interpretó los artículos señalados y dispuso el modo en que el Juez debe determinar el IB mediante la actualización por índice RIPTE del último año de haberes -o menor plazo de corresponder- hasta la fecha de la PMI (primera manifestación invalidante).

Seguidamente, con respecto al inciso 2, se resolvió que la actualización del IB continuará desde esa fecha (PMI) mediante la utilización del promedio de la tasa activa del BNA y hasta la fecha de ocurrencia de la mora, que sucede a los 15 días corridos computados desde el dictamen de la Comisión Médica, por aplicación del art. 4 de la Ley 26773 y art. 4 inc.1° del Dto. 472/14 o, en caso de no haber transitado aquella vía administrativa, en la fecha de la interposición de la demanda judicial.

Lo expuesto demuestra que el precedente arroja luz sobre el modo en que corresponde actualizar el IB y la forma de calcular los intereses que se devengarán hasta su efectivo pago, pero no analiza los porcentajes de incapacidad determinados en una u otra instancia.

Ahora bien, en autos, puede constatarse fácilmente que de habersele reconocido su real minusvalía ante la Comisión Médica, el actor habría percibido un monto mayor al calculado por el sentenciante.

Encuentro, entonces, que la ART ha abonado un monto que únicamente indemniza el 26,2% de incapacidad y que el Juez de grado ha reconocido un 3,8% en más a favor del Sr. García.

Luego, al aplicar las pautas del fallo "Retamales", la sentencia obtiene un monto que resulta inferior al que hubiera obtenido de habersele calculado correctamente su minusvalía, circunstancia que obedece a un cambio en el criterio que se venía sosteniendo y respecto del cual el actor es ajeno.

Ello así, se observa que además del resultado perjudicial por un cambio jurisprudencial, se agrega que el proceso inflacionario imperante especialmente desde la fecha del pago ha mermado considerablemente cualquier crédito que un trabajador tenga a percibir.

Lo expuesto me lleva, de forma excepcional, hacer lugar al agravio incoado por el actor, en tanto el pago efectuado por la aseguradora sólo ha indemnizado el 26,2% de incapacidad, debiendo entonces abonar la diferencia detectada mediante el presente proceso.

Ello así, el 3,8% en más que fuera reconocido deberá abonarse de acuerdo a las pautas del citado fallo "Retamales", conforme el siguiente el cálculo: $53 \times \$160.101,19 \times 1,625 \times 3,8\% = \$523.971,16$

A dicho monto corresponde abonarle el 20% previsto en el art. 3 de la Ley 26773: $\$104.794,23$.

Los cálculos realizados, arrojan una diferencia total de $\$628.765,39$.



Dicho monto devengará intereses moratorios según la tasa activa del Banco de la Nación Argentina SA desde el 10.08.2018 y hasta el efectivo pago de la planilla de liquidación que se practique de acuerdo a lo establecido en el art. 51 de la Ley 921.

III.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y revocar la sentencia de grado (fs. 307/311) y en consecuencia, hacer lugar a la demanda y condenar a EXPERTA ART SA a abonar la suma de \$628.765,39 conforme lo expuesto precedentemente con más los intereses moratorios fijados, con costas a la demandada.

Asimismo, atento a lo resuelto, corresponde regular nuevamente los honorarios de primera instancia.

Respecto de los letrados de la parte actora, ... (apoderado) y ... (patrocinante) en el 11,2% de manera conjunta y los letrados ... y Dr. ... -doble carácter- en el 11,2% de manera conjunta a calcularse sobre el monto referido en el considerando respectivo.

Con relación a los emolumentos de los letrados de la demandada, regulo por la totalidad de los trabajos del letrado ... y del letrado ... -doble carácter- en el 13,70%.

Costas de Alzada por su orden atento la resolución excepcional de que se trata, regulando los honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia, en el 30% del importe que arroje la respectiva regulación efectuada en la instancia de grado, conforme las pautas del art. 15 de la ley 1594.

La jueza Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al primer voto y entiendo pertinente señalar que cuando he rechazado la demanda, por entender que la incapacidad había sido resarcida en sede administrativa, lo fue porque el dictamen del perito médico determinaba un porcentaje de incapacidad igual o inferior al fijado por la comisión médica (cfr. autos "Ruiz



Nova c/ Galeno ART S.A.", expte. jnqla3 n° 505.565/2015, 4/10/2018).

En autos, a diferencia del precedente citado, se encuentra probado que el actor tiene una mayor incapacidad a la determinada en sede administrativa, por lo que el trabajador tiene derecho a ser resarcido por esa mayor incapacidad (cfr. Cám Trab. Córdoba, Sala 6, "Marcos c/ Boston Cía. Arg. de Seguros", 3/12/2009, TR LL AR/JUR/57655/2009; ídem., Sala 10, "Arguello c/ Consolidar ART S.A.", 18/2/2010, TR LL AR/JUR/96483/2010), más allá del monto indemnizatorio que la demandada haya abonado en aquella sede.

Más aún cuando se desconoce la liquidación efectuada por la aseguradora demandada para arribar a la suma informada a fs. 206, por lo que no puede establecerse certeramente en que concepto se ha abonado dicho importe.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de grado (fs. 307/311), haciendo lugar a la demanda y condenando a EXPERTA ART SA a abonar la suma de \$628.765,39 conforme lo expuesto precedentemente con más los intereses moratorios fijados, con costas a la parte demandada.

II.- Imponer las costas de segunda instancia por su orden (arts. 17, ley 921, y arts. 69 y 68, 2da. parte, del CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

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

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria