En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de noviembre del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"Q., J. A. s/APELACION LEY 24557", expte. nro. 592 año 2013,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 14/2010), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 337), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 275/287? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso, dijo:

1. El fallo apelado.

La jueza de grado declaró, en el caso concreto, la inconstitucionalidad de los arts. 6 incisos 1 y 2, 8, 21 y 22 de la Ley 24.557; hizo lugar a la apelación interpuesta por el Sr. J. A. Q..

En tal marco, revisó el dictamen de la Comisión Médica N° 19, de fecha 24/08/09, recaído en el Expte. N° 019-L-00605/09, fijando la incapacidad laboral parcial permanente del actor en un 41 % de la total obrera por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo. En consecuencia, condenó a L. C. A. R. del

T. ART SA, a abonar al Sr. J. A. Q., en el plazo de diez días la suma de pesos ciento noventa y dos mil quinientos treinta y cuatro con treinta y cuatro centavos ($ 192.534,34). También, impuso las costas y reguló los honorarios profesionales.

1. Los recursos. Sus fundamentos.

La parte demandada apeló a fs. 289 y la actora a fs. 291; los recursos fueron concedidos a fs. 293 y los agravios expresados a fs. 294/300 y 301/304, respectivamente.

La demandada sostiene que le genera gravamen la aplicación retroactiva de la ley 26773; el grado de incapacidad determinado y el cálculo de IBM que considera erróneo. La contraparte contesta el traslado de esta expresión de agravios, solicitando su rechazo.

La parte actora se agravia únicamente por el grado de incapacidad determinado, solicitando su elevación del 41% al 66% de la total obrera.

3. Tratamiento de los agravios.

Las cuestiones sometidas a revisión han sido reseñadas en el punto anterior y comenzaré su tratamiento con la que ha sido materia de impugnación por ambas partes.

- El grado de incapacidad fijado.

La revisión propuesta por el actor no prosperara puesto que la pretensión de fijar el grado de incapacidad en el 66% carece de argumentos técnicos suficientes.

Destaco en primer lugar que el actor no ha impugnado la prueba pericial médica que determinó el grado de incapacidad en un 15%. Por lo demás se debe tener presente que la jueza ha valorado la

imposibilidad del trabajador de retornar a sus tareas habituales al fijar el grado de incapacidad.

Por las razones expuestas corresponde el rechazo del agravio.

La A. de R. de T. también ha impugnado este punto, agraviándose porque el grado de incapacidad fijado -41%- se basa en la exclusiva voluntad de la magistrada. Por supuesto invoca que el perito médico designado de oficio la estableció en un 15%, conforme lo expuesto.

Los extremos denunciados efectivamente se verifican, la jueza de grado ha descripto la lesión en un todo de acuerdo con lo informado por el perito médico, incluso ha indicado el grado de incapacidad determinado en la pericia; sin embargo a renglón seguido ha determinado un grado de incapacidad 100% superior al aconsejado por el profesional. Para asi proceder encuadro la dolencia en la categoría de hernia de disco inoperable en la que se prevé una incapacidad del 20 al 30%. Ahora bien, la magistrada no ha dado los motivos por los cuales ha efectuado tal categorización la que, conforme lo prevé la ley y no podría ser de otra manera debe realizarse "según criterios médicos".

Repárese que el decreto 659/96 en el que tanto el juez como el perito fundan su estimación, concretamente establece los siguientes porcentuales de incapacidad:

"Cérvicobraquialgia post-traumática, sin alteraciones clínicas, radiográficas ni electromiográficas 0 %.

"Cérvicobraquialgia post-traumática, con alteraciones clínicas, radiológicas y electromiográficas leves a moderadas 5-25 %.

"Hernia de disco operada, sin secuelas 5 %

Hernia de disco inoperable (según criterios médicos) 20-30 %”

Conforme los parámetros reseñados es claro que el perito ha incluido la dolencia del actor en el segundo supuesto mientras que la magistrada lo ha hecho en el último.

El razonamiento de la magistrada implica un apartamiento de las conclusiones de la pericial médica sin motivación suficiente; consecuentemente corresponde revocar el fallo en el punto y determinar la incapacidad conforme lo ha previsto el perito actuante, es decir en el 15% de la total obrera.

Por supuesto y tal como se ha previsto legalmente corresponde el reajuste por aplicación de los factores de ponderación como se ha hecho en la sentencia de grado. Es que el decreto 2659/96, expresamente prevé que 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. Agregando que los porcentajes que surgieran de la aplicación de la tabla de evaluación de incapacidades laborales podrán ser incrementados en el porcentaje que surja de la aplicación de los factores de ponderación que son tres: tipo de actividad, reubicación laboral y edad.

La ponderación efectuada por la jueza de grado no ha sido impugnada de modo tal que se mantienen los porcentuales establecidos en el fallo, los que además responden a la realidad del caso juzgado. En función de lo expuesto se adiciona a esa incapacidad un 6% por dificultad para la realización de las tareas habituales; un 3% porque amerita recalificación y un 2% por la edad. Con base en lo expuesto se revisa el

grado de incapacidad determinado jurisdiccionalmente el que se establece en el 26%.

- *La aplicación de la ley 26673.*

El criterio adoptado por la jueza de grado respecto de la aplicación de la reforma de la ley 24.557 por ley 26.773 respecto a la nueva forma de cálculo de la indemnización no fue conmovido por el recurrente. Es que ha realizado una extensa transcripción de fallos que sustentan una posición distinta pero ha dejado incólumes los sólidos argumentos de la jueza que demuestran porque la nueva modalidad de fijación del resarcimiento es la que corresponde a los accidentes tantos ocurridos con anterioridad a la sanción de la ley como aquellos ocurridos con anterioridad pero que no fueron indemnizados.

Es que en la aplicación de ley en el tiempo no podemos prescindir de la cuestión en debate, es decir que estamos ante un supuesto de la Seguridad Social.

Ello así en tanto, la Seguridad Social se apoya en cuatro pilares fundamentales: los principios de universalidad, integralidad, igualdad y subsidiariedad. Estos reflejan, en especial los dos primeros, la vocación por la inclusión dentro de sus fronteras, de la mayor cantidad de contingencias y de personas tuteladas y, dentro de la funcionalidad del sistema y de sus capacidades técnicas y económicas, del mayor alcance de la protección. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado doctrina que claramente refleja tales principios al sostener que las normas de la Seguridad Social deben interpretarse teniendo en cuenta que su finalidad esencial es cubrir riesgos de subsistencia -Fallos 312:787; 312:802; 313:1005-, lo

que descalifica una interpretación restrictiva -Fallos 311:1937-, que lleve a la pérdida de algún derecho -Fallos 311:1937- (Cfr. Ramírez, Luis E. "Los riesgos del trabajo como contingencias de la seguridad social. La importancia práctica del tema", La Ley Online).

Por supuesto estos principios como los propios del derecho del trabajo se proyectan en la materia que nos ocupa y es claro que en el derecho del trabajo, el efecto de toda ley es inmediato, de manera que debe regir todas las relaciones jurídicas existentes al momento de entrar en vigencia.

Ergo, el recurrente invoca el instituto de la irretroactividad de la ley cuando no estamos en ese campo sino en el de de aplicación inmediata de la ley.

Huelga señalar que, en el caso que nos ocupa no estamos aplicando una ley nueva a una situación jurídica extinguida bajo una ley anterior sino que claramente estamos aplicando una ley que reglamenta no solo las relaciones jurídicas futuras sino también los efectos de una nacida con anterioridad pero aun no cumplidos, es decir las prestaciones no liquidadas.

Con base en lo expuesto propongo el rechazo del agravio.

- *El cálculo del ingreso base.*

La parte demandada se queja por el monto de las prestaciones dinerarias determinadas en el fallo; transcribe el artículo 12 de la ley y concluye que en el ingreso base que es uno de los parámetros para el cálculo es menor al fijado por la jueza.

Los argumentos son insuficientes desde que no se exteriorizan las bases que se toman para llegar a una suma inferior a la determinada en el fallo.

Esta deficiencia impide el acogimiento del agravio y adquiere fundamental relevancia por cuanto en el fallo se han determinado numéricamente las bases que el citado artículo establece adoptar. Ello tal como resulta del cuadro explicativo que obra a fs. 281 del pronunciamiento.

Por lo tanto estamos frente a una observación meramente dogmática y, en consecuencia corresponde el rechazo de este agravio.

4. La modificación en el grado de incapacidad que propongo tiene incidencia en el monto de condena que debe ser adecuado al porcentaje determinado.

En un todo de acuerdo con lo expuesto corresponde determinarlo conforme las pautas y metodología adoptadas en el pronunciamiento no impugnadas:

2.684,91 x 53 x 26 % x1,27 = 46987,54

Esta suma debe ser ajustada por el RIPTE, conforme lo resuelto por la jueza de grado y confirmado en esta instancia. Es decir la suma reseñada debe ser multiplicada por 2,64 lo que arroja un total de 124.047,10.

Conforme lo expuesto, corresponde fijar el monto de condena en la suma de pesos ciento veinticuatro mil con cuarenta y siete con diez centavos.

5. Costas y honorarios.

La solución que proponemos obliga a la readecuación de los honorarios fijados en la instancia de grado los que, en un todo de acuerdo con las previsiones de los artículos 5,6, 7 y 46 de la ley arancelaria se determinan a favor del Dr. R. E. D. en un 14% de los que le correspondan en la instancia de grado y los del Dr. C. Z. en el 10% del monto del proceso.

Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado.

Los honorarios de esta instancia se fijan de conformidad con las pautas generales previstas por el artículo 5 de la ley arancelaria vigente y por aplicación de la escala del artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de ello propongo se fijen a favor del Dr. R. E. D. en un 25% de los que le correspondan en la instancia de grado y los del Dr. C. Z. en el 25% de los fijados en la primera instancia. En ambos supuestos, con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso dijo:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2) Hacer lugar en forma parcial al recurso de apelación interpuesto por La Caja A. de R. del T. ART SA.

3) Revocar parcialmente el punto 2° de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 275/287, fijando el la incapacidad laboral parcial y permanente del Sr. J. A. Q. en un 21% de la total obrera y el monto de condena en la suma de pesos ciento veinticuatro mil cuarenta y siete con diez centavos (124.047,10).

4) Costas de esta instancia en el orden causado.

5) Regular los honorarios de ambas instancias en el modo propuesto.

6) Tener presenta la reserva del caso federal efectuada a fs. 300.

7) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Que tal como adelanta la colega preopinante en el voto que abre el acuerdo, la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 275/287, es apelada por ambas partes a fs. 289, la vencida y a fs. 291 la accionante, formulando su queja la primera a fs. 294/300 y la segunda a fs. 301/304vta.

Al darle tratamiento a ambos recursos, quien me precede en el sorteo ha considerado que han superado el examen de admisibilidad formal, circunstancia que comparto, pero también ha reseñado en forma breve y ajustada el contenido de los mismos lo que evita su mera reiteración.

Ambos recurrentes avanzan sobre el porcentual de incapacidad estimado en el fallo y es que la iudex a quo se aparta del dictamen pericial elevándolo, para la reclamante no lo suficiente y para la demandada en demasía.

De ningún modo pueden oponerse a los clarísimos fundamentos dados en la experticia de fs. 231/235vta., completada con la ampliación de fs. 265/265vta. a la estimación formulada a fs. 279vta. sin expresar en forma clara y concreta las causas fácticas y legales de su desacuerdo, con el debido respaldo científico demostrativas del error de apreciación del dictamen pericial del cual se aparta.

Entiendo y adhiero a lo tantas veces dicho en el sentido que: “Si bien las opiniones periciales pueden ser valoradas según la sana crítica racional, tal valoración debe restringirse al control de las conclusiones desde la óptica de las reglas que gobiernan el pensamiento. Si las pericias no satisfacen técnicamente a los jueces, estos deberán echar mano de todas las disposiciones legales que permitan, aun de

oficio su aclaración, ampliación o renovación. Pero nunca podrán sustituir por la propia, la explicación técnica de los expertos, pues si antes convocaron al perito porque no conocían sobre el tema a peritar, no pueden, después, rechazar la fundada opinión de este, invocando que ahora sí saben del contenido de que se trata" (ver "Trucco Pedro Luis v. Cabezón HNos SCC s/Laboral - recurso de casación - prueba pericial"- Trib. Sup. Just. Cordoba 09/11/1984 Lexis N° 32/3001).

Así, deberá volverse sobre aquel dictamen, inimpugnado por la actora y por ende consentido – lo que afecta su actual queja- y hacer lugar a la adición por dificultad para la realización de sus tareas habituales en los porcentuales establecidos en los considerados pertinentes del fallo lo que hacen un total de 26% de incapacidad de la total obrera, por lo que la queja de la demandada debe ser admitida parcialmente en cuanto al rubro.

En lo que se refiere a la aplicación de las mejoras a las prestaciones dinerarias dispuestas, primero por el decreto 1694/09 y luego por la ley 26.773 a un evento dañoso ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de dichas normas, pero no cancelado con antelación a esas fechas explicitada con profunda convicción en los considerandos con idéntica reacción de la recurrente oponiéndose a la aplicación retroactiva del régimen de ordenamiento en cuestión. Tal como ocurre en autos ha sido motivo de un amplio abanico de opiniones y en su mayoría tan críticos de la reforma como lo fue el Ejecutivo en los considerandos del D. 1649/2009, reconociendo la imperfección estructural como instrumento de protección social pero sin lograr aún consenso adecuado para establecer una

normativa que satisfaga los principios esenciales en la materia que se dicen preservar.

Así, tras leer y analizar las distintas corrientes, tanto las que apoyan con o sin matices, la postura del recurrente que en definitiva puedo resumir en la síntesis que se obtiene del fallo CNTrab., Sala X, 30/08/2013 - "A. C. M. c/ Mapfre Argentina A.R.T. S.A. s/ accidente – ley especial" – cuando el vocal opinante señala que: "Se encuentra fuera de discusión que la primera manifestación invalidante del actor se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley 26.773 (06/10/2009 y 26/10/2012 -fecha de su publicación en el Boletín Oficial-, respectivamente), extremo que resulta decisivo para resolver si corresponde aplicar o no retroactivamente los beneficios del nuevo régimen normativo al caso de autos." y que: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso de aristas similares ("Lucca de Hoz, Mirta Liliana c/ Taddei, E. y otro s/accidente-acción civil" [Fallo en extenso: elDial.com - AA6220] C.S.J.N., L. 515, L.XLIII, del 17/8/10), se expidió en contra de la aplicación retroactiva del decreto reglamentario 1.278/00, el cual otorgaba mayores beneficios en las prestaciones adicionales contempladas por la ley 24.557. Si bien el criterio apuntado difiere del que fuera sostenido por esta sala X en anteriores pronunciamientos, razones de economía procesal imponen el deber de acatar esta doctrina (ver S.D. N° 19.279 del 20/12/2011 "in re" "V., R. c/M. A. A.R.T. S.A. y otro s/acción de amparo" [Fallo en extenso: elDial.com - AA7364], en la cual por los argumentos apuntados se desestimó la aplicación retroactiva del decreto 1.694/09)." concretando su postura en el caso con la

siguiente propuesta: "…la ley 26.773 establece que "Las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha" (art. 17, inc. 5°, el subrayado me pertenece), supuesto que –como señalé en forma precedente- no acontece en el presente caso." (Citar: elDial.com - AA82C9).

Razones todas en línea con la postura que sostiene la agraviada pero a la que se les oponen y con distintas soluciones y matices tanto doctrina como jurisprudencia consolidando una postura de máxima flexibilidad o aún delirando la inconstitucionalidad de la normativa obstativa a sus beneficios, justificando la aplicación indiscriminada más allá de los tiempos de vigencia. DE allí que tal como sugiere Luis E. Ramírez en su trabajo "Aspectos salientes de la reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo", publicado en: Sup. Esp. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo 2012 (noviembre) , 62; Schick, Horacio en "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" publicado en: DT 2013 (agosto) , 2052, comentando el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Santa Fe, sala II ~ 2013-06-14 ~ Gatti,daniel Arístides c. Provincia De Santa Fe s/ accidente laboral, entre muchos y lo dicho v. gr. por el STJ Corrientes, 13/09/2012, en la causa "Saucedo, Dario Javier c. Provincia ART S.A. C/ y o quien resulte responsable s/Indem. Acc.", señalando que: "A pesar de no haber sustentado el actor su demanda en la

disposiciones del decreto 1694/09, obraron los jueces de grado intervinientes en ambas instancias al haber fijado el marco jurídico debido, conforme al principio iura novit curia. De ahí que el razonamiento vertido en la decisión apelada configura una interpretación coherente con nuestro ordenamiento legal, y con los principios que rigen la relación laboral dependiente. La equidad, la progresividad, el principio protectorio obligan a los intérpretes jurídicos a aplicar la norma dentro de marco constitucional. De no admitirse la necesaria aplicación de este principio en el proceso laboral, se estaría consolidando la desigualdad existente entre las partes, desconociendo además el carácter de orden público de las disposiciones laborales y cuando más en el proceso laboral si la propia ley 3540 de Corrientes, autoriza fallar ultra petita (artículo 85), supliendo el Juez o tribunal la omisión del demandante, lo que habilita a condenar por la cuantía de los créditos que corresponda, aun cuando se trate de un monto superior al reclamado en virtud de una normativa no mencionada en la demanda, pero si derivada de los hechos que constituyen el debate" a lo que cabe añadir que en el caso y dada las particularidades ya señaladas en el fallo y los principios de no regresión normativa, de progresividad (art.75 inc.22 y 23 C.N.), fundamentalmente el protectorio consagrado en el art.14 bis, me llevan a concluir que la aplicación del dec. 1694/09 con las modificaciones de la ley 26.773repara más equitativa y adecuadamente el perjuicio sufrido (art. 19 C.N.) y no importan una violación del principio de irretroactividad de la ley sino su aplicación inmediata. Además de ser insisto para el presente caso,

lo más justo, equitativo y razonable (arts. 16 y 18 C.N.). Así fundo mi propuesto sin necesidad de ahondar más en el tema por razones de economía y celeridad procesal caros al fuero.

De ningún modo resulta admisible el último agravio en cuanto al presunto error de cálculo que verifica en la liquidación formulado en el fallo sin explicitar de modo claro y concreto de que modo y porque razón obtiene la diferencia que manifiesta. En tal sentido se ha dicho que: "Tratándose de la aprobación de liquidaciones judiciales, quien intente recurrirlas con éxito debe, ineludiblemente, demostrar precisamente cuál es el error en que se incurrió y como debió ser el cálculo correcto para patentizar cuál es el concreto perjuicio que le causa al recurrente, que no puede ser otro que la falta de ajuste al decisorio en que se basa el cálculo o la comisión de error matemático"(ver v. gr. J.Agrup. en Rev. La Ley del 19/4/2000, pág.15, fallo 14.970) lo trascripto se ajusta a las razones del rechazo del agravio.

La colega preopinante adecua el monto de la condena a la modificación concordada del fallo, lo que evita su reiteración pero además la revocatoria parcial torna operativa la norma contenida en el art. 282 CPr./DJ, debiéndose mantener las costas de la instancia anterior conforme los principios que presiden la materia y los de la alzada en el orden causado, difiriéndose la regulación de honorarios de ambas instancias al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuanta las pautas arancelarias de la ley XIII Nos. 4 y 15. Se tiene también presente la reserva formulada del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con la propuesta e la Dra. Alonso, reitero su fórmula decisoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente:

SENTENCIA

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2) Hacer lugar en forma parcial al recurso de apelación interpuesto por L. C. A. de R. del T. ART SA.

3) Revocar parcialmente el punto 2° de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 275/287, fijando el la incapacidad laboral parcial y permanente del Sr. J. A. Q. en un 21% de la total obrera y el monto de condena en la suma de pesos ciento veinticuatro mil cuarenta y siete con diez centavos (124.047,10).

4) Costas de esta instancia en el orden causado.

5) Readecuar los honorarios fijados en la instancia de grado, los que se determinan a favor del Dr. R. E. D. en un catorce por ciento (14%) de los que le correspondan en la instancia de grado y los del Dr. C. Z. en el diez por ciento (10%) del monto del proceso. Regular los honorarios de esta instancia a favor del Dr. R. E. D. en un veinticinco por ciento (25%) de los que le correspondan en la instancia de grado y los del Dr. C. Z. en el veinticinco por ciento (25%) de los fijados en la primera instancia. En ambos supuestos, con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

6) Tener presenta la reserva del caso federal efectuada a fs. 300.

7) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"