En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de Noviembre del año dos mil dieciséis se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"B., R. D. c/ L. S. A.R.T. S.A. s/ Accidente de trabajo (sistémico)"** (Expte. N°82 Año 2016), venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte N°10049/15) en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 167.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 2 de esta Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 116/122, la que fue apelada a fs. 129 por la parte demandada siéndole concedido el recurso a fs. 130. Expresó sus agravios la recurrente a fs. 131/134 vta., siendo contestado por la contraria a fs. 136/138 el traslado que se confiriera de los mismos. Encontrándose controvertido el porcentual de incapacidad del actor, esta Alzada ordenó a fs. 154/y vta. librar oficio al Cuerpo Médico Forense solicitando especificaciones al respecto. La respuesta al mismo obra a fs. 157/158, habiendo contestado la demandada a fs. 160/y vta. el traslado que se confirió de la misma.

2 – La sentencia

La sentencia recurrida declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21,22 y 46 ap. "1" de la LRT e hizo lugar a la demanda condenando a L. S. ART S.A. a abonar al actor, R. D. B., dentro del quinto día y mediante depósito judicial, la suma de $ 162.646,58.- más intereses. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

La inconstitucionalidad fue declarada siguiendo las pautas de la reiterada doctrina y jurisprudencia sobre el tema y ratificando la postura que el Juzgado tiene sobre la cuestión.

Con relación al accidente de trabajo sufrido por el actor, la a quo le otorgó eficacia probatoria al dictamen pericial médico practicado en autos y que le otorgara al mismo una incapacidad del 16,1%, parcial y permanente.

Realizó la sentenciante el cálculo indemnizatorio conforme lo dispuesto por el Art. 14, inc. 2° "a" primer párrafo de la LRT y el mismo arrojó la suma de $ 97.572,24.-, resolviendo que este monto resulta actualizable por el índice RIPTE en razón de que el accidente fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 26.773 y así determinó que la indemnización alcanza a la suma de $ 128.795,36.- Seguidamente tuvo en cuenta que la Resolución N° 28/2015 de la Sec. de Seg. Social, señala en su art. 2 que para el período comprendido entre el 01/09/2015 y el 29/02/2016 inclusive, la indemnización que corresponda por aplicación del art. 14, inc. 2, apartados a) y b) de la Ley 24.557 y sus modificatorias, no podrá ser inferior al monto que resulte de multiplicar $ 841.856.- por el porcentaje de incapacidad. Conforme a ello, fijó la indemnización a favor del actor en la suma de $ 135.538,82.- A este monto le agregó el 20% dispuesto por el art. 3 de la Ley 26.773, con lo cual el total de la condena ascendió a $ 162.646,58.-

Con respecto a los intereses, determinó que los mismos deberán

computarse desde la fecha del accidente conforme la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas, hasta su total cancelación.

En atención a lo resuelto, consideró inoficioso expedirse sobre el resto de la inconstitucionalidad reclamada en la demanda.

3 – <u>Agravios de la parte demandada</u>

3.1) El primer agravio de la recurrente está referido al porcentaje de incapacidad considerado por la a quo en su decisión. Esgrime que el médico forense calificó como concausal el desgarro parcial de la inserción del tendón del músculo supraespinoso por cuanto se produjo sobre un terreno con patología previa de tipo degenerativo. Por lo tanto, solo debió considerarse a los fines indemnizatorios la lesión en la porción larga del bíceps y excluir la concausalidad dado que su parte ha asegurado al empleador por las consecuencias de un accidente de trabajo y no por las dolencias o lesiones propias o anteriores del operario. Remarca la queja que la sentenciante no se detuvo a apreciar en su verdadera dimensión el dictamen médico y que el mismo señaló que en el miembro superior de B. había lesiones causales y otras que eran degenerativas.

Destaca que el forense no expresó el porcentual en que influyó la concausalidad que apuntó, no obstante el pedido de su parte y que ello debió ser suplido por la a quo.

3.2) El segundo agravio está dirigido al monto de la condena que es considerado erróneo. Expresa que en la demanda se denunció un Ingreso Base de $ 7.115,96.- considerando los recibos de haberes y que dicho importe no fue motivo de debate. No obstante ello, sin mayor fundamento ni

explicación, la sentenciante utilizó el monto de $ 8.286,01.- que no se corresponde con el que las partes coincidieron.

Refiere que al aplicar la Resolución de la S.S.S. 28/2015 la a quo se refirió a la Ley 26.773 pero ignoró cuestiones sustanciales: a) la existencia del decreto reglamentario N° 472/14 vigente desde antes del accidente; b) que la Resol. 28/15 SSS dispone el ajuste de las cifras fijas de las indemnizaciones por aplicación del RIPTE y c) que en la demanda solamente se solicitó la aplicación de la fórmula del art. 14 inc. 2, ap. "a" de la Ley 24.557 y no actualizaciones.

Destaca que en ningún momento se atacó la normativa del Dec. 472/14 y debió aplicarse. Es por lo expuesto que el monto indemnizatorio, dice la queja, debe reducirse.

Agrega que no reparó la magistrada que las resoluciones semestrales de la Secretaría de Seguridad Social no son más que aplicaciones del índice RIPTE y que el Dec. 472/14 admite actualizaciones monetarias solamente respecto de las indemnizaciones del art. 11 de la LRT y los pisos mínimos establecidos por el Dec. 1694/09; así lo dice el art. 17 del Anexo aprobado por el decreto.

En consecuencia, culmina diciendo la recurrente, la indemnización que debe abonar su parte es la que resulte de aplicar la fórmula del art. 14 inc. 2 ap. "a" de la Ley 24.557, que será de $ 97.572,24.- de mantenerse los guarismos citados en la sentencia o los que correspondan para rehacer el cálculo según los parámetros que esta Alzada establezca (Ing. Base y Porcentual de Incapacidad), sin perjuicio del adicional previsto por el art. 3 de la Ley 26.773. Menciona precedentes de esta Cámara que avalan su posición.

3.3) El tercer agravio está referido a la tasa de interés fijado en la sentencia. Expresa que la condena impuso el pago de los intereses desde la fecha del

accidente a tasa activa sobre el capital actualizado, lo cual implica una doble "actualización". Según la queja, la sentencia debió aplicar una tasa de interés pura hasta el dictado de la sentencia (fecha en la que se fijó un capital actualizado) y a partir de allí la tasa activa. Al no hacerlo así duplicó la actualización de la condena.

Dice que su parte no objetó el pedido de aplicación de la tasa de interés activa formulado en la demanda, porque el actor no pidió la actualización por el índice RIPTE. Aclara que, de admitirse su agravio sobre el monto indemnizatorio conforme el art. 14 de la LRT, deberá sí aplicarse la tasa de interés activa dado que no se tratará de un capital actualizado.

3.4) Finaliza solicitando se corrija la imposición de las costas dado que por lo menos los 2/3 de la demanda lo constituye el planteo de inconstitucionalidad al que su parte se allanó, que no se consideraron todos los planteos de inconstitucionalidad y que el reclamo se basó en un porcentual de incapacidad del 20% habiéndose fijado uno menor. En atención a los puntos que fueron debatidos y los términos de la sentencia, considera la recurrente que debieron imponerse parte de las costas a la actora en razón de haber sido vencidas en algunos aspectos.

4 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

4.1 – <u>El porcentaje de incapacidad</u>

La queja se ha planteado con respecto a la improcedencia de haber tomado la sentencia el 16,1% de incapacidad a indemnizar al actor cuando dentro de ese porcentual está considerado no solamente la causa sino también la concausa; por lo tanto, debe tomarse un porcentual menor.

Estamos frente a un daño como consecuencia del accidente, pero -conforme lo dictaminado por el CMF- la incapacidad derivada de ese daño está

conformada por la existencia de “causas” y de “concausas”.

El art. 6 de la LRT determina las contingencias y situaciones cubiertas por el Sistema de Riesgos del Trabajo, excluyendo expresamente los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales causados por el dolo del trabajador o por fuerza mayor extraña al trabajo, como así también, las incapacidades del trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditadas en el examen preocupacional efectuado. En cuanto a la obligatoriedad, oportunidad de realización y responsables de llevar adelante los exámenes preocupacionales, el art. 2 de la Resolución SRT N° 37/2010 es muy clara al respecto y cabe remitirse a su normativa sin necesidad de su transcripción aquí.

Las consecuencias de la realización o no del citado examen no se limitan a la acreditación de una preexistencia. Por el contrario, el deber de información de los resultados, la prueba de la existencia o no de un contrato de trabajo celebrado, la actitud preventiva que debe asumir la ART o la responsabilidad del centro médico son una de las tantas cuestiones que sitúan al examen preocupacional como uno de los temas de mayor relevancia en la materia.

Considero que en el caso, al menos las enfermedades o patología que según los informes médicos resultaban anteriores al accidente, debieron haberse detectado en el examen médico inicial y ello no se ha acreditado en el caso. Además, ni siquiera se le realizaron los exámenes periódicos correspondientes durante la relación laboral, lo que tampoco está acreditado. Ello revela que corresponde considerar que el actor, a la fecha en que ingresó a laborar para la demandada, se encontraba sano. Circunstancia que, además, no fue observada en el responde y ni siquiera desvirtuada por prueba en contrario por la demandada.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto es que se ha decidido que acreditado que el trabajador padece una incapacidad laboral, no es viable la afirmación de una preexistencia médica que afecte la salud del dependiente con incidencia en el porcentaje de incapacidad establecido como consecuencia de un hecho laboral, si ni el empleador, ni la A.R.T. realizaron un examen preocupacional que habría constatado tal preexistencia (conf. Cám.Trab.Córdoba, Sala 10, 17/04/2012, LLC 2012 (julio), 659).

Cabe concluir, por lo tanto, que si bien el perito médico, al determinar el porcentual de incapacidad del actor a raíz del accidente motivo de autos sostuvo que existía concausalidad, en razón de que no todo ese porcentaje obedece al factor accidental, es procedente calcular la indemnización considerando su totalidad, ello en razón de que la parte demandada no acompañó el legajo médico ni el examen médico preocupacional que diera la certeza sobre la preexistencia de alguna afección que hiciera procedente reducir el porcentaje de incapacidad a los fines indemnizatorios.

Corresponde dejar sentado que ninguna observación ha hecho la demandada al contestar la demanda que tuviese relación con lo planteado en el agravio sobre esta problemática.

4.2 – <u>Monto erróneo de la condena</u>

A) La primera cuestión que incluye este punto de la queja está centrada en la determinación del Ingreso Base. El único argumento es que en la demanda se denunció un I.B. de $ 7.115,96.- y que el mismo no fue controvertido; de allí que debió fijarse este importe y no otro.

Advierto que la queja argumenta que la a quo fijó el I.B. sin mayor fundamento ni explicación del cálculo que no coincide con el que las partes coincidieron. Pero surge de la decisión recurrida que la quo ha dicho que

tomaría el cálculo en base a los recibos de haberes de fs. 3/11 y el informe de la AFIP de fs. 68/69, arribando al IBM conforme lo determina el art. 12 de la LRT que es $ 8.286,01.- teniendo en cuenta una relación laboral menor a un año de antigüedad (06/03/2014 al 17/12/2014). O sea, la sentencia ha determinado el I.B. conforme la norma del art. 12 de la LRT y en ningún momento la quejosa ha planteado que se ha calculado erróneamente dicho I.B. conforme las pautas de la ley aplicable. En consecuencia y teniendo en cuenta que la a quo ha expresado que realizaba el cálculo conforme lo manda la norma aplicable y así lo hizo, la queja no es admisible en este aspecto.

B) Corresponde ahora analizar si procede o no la actualización del importe indemnizatorio que establece el art. 14 inc. 2° "a" de la LRT conforme al índice RIPTE y aplicar la Resolución N° 28/2015 de la Secretaría de Seguridad Social dependiente del Ministerio de Trabajo de la Nación, conforme ha resuelto la a quo y que agravia a la recurrente.

En casos similares (ver: *"C., E.A. c/ Interacción ART S.A. s/ Accidente"*, Sent. 05/11/2015, Reg. SDL N°87/15 y *"Caballero, D.H. c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente de Trabajo"*, 26/11/2015, Reg. SDL N° 90/15, entre otros) he dicho que en lo que hace a la metodología de aplicación del índice RIPTE, el aporte que ha realizado el Dec. 472/2014, a mi entender, ha sido importante. Si bien el referido índice funciona como un mecanismo de ajuste de aquellas prestaciones de la LRT que fueran diseñadas como de suma fija, alguna jurisprudencia y una minoritaria doctrina -dice Dabini- han querido instalar este ajuste como un método de actualización o indexación de las fórmulas derivadas de los artículos 14 y 15 de la Ley 24.557, con el solo objeto de elevar sideralmente (al menos tres veces) el valor de dichas prestaciones (ver CNAT, Sala I, 03/05/2013, in re "*Orué c/ Consolidar ART s/ Accid.*" y CNAT,

Sala III, 12/07/2013, in re *"Blanco c/ Horizonte Cía. de Seguros"*; en doctrina: RAMIREZ, L.E., *"Aspectos salientes de la reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo"*, *Suplemento Espec. "Nueva Ley de Riesgos del Trabajo"*, La Ley, Nov. 2012, pág. 69, aun cuando reconoce que esa no habría sido la

intención del legislador).

En mi opinión -que no coincide, obviamente, con la de la Sra. Jueza sentenciante- el dictado del Decreto 472/2014 ha hecho caer todas esas interpretaciones y así surge de su normativa cuando desde el cuarto considerando deja en claro que el mecanismo de incremento periódico fue previsto por la Ley 26.773 para las compensaciones adicionales de pago único y para los pisos mínimos del sistema. Y por si quedara alguna duda, dice Dabini -a quien sigo en este punto- que basta remitirse al título del artículo 8 y al contenido del art. 17 del anexo del Decreto, donde queda plasmado no solo que la aplicación del mecanismo de ajuste RIPTE es exclusiva para tales prestaciones de suma fija, sino también la metodología para llevar a cabo tales incrementos semestrales.

Por otro lado -y conforme la postura que comparto-, una interpretación diferente hubiera abonado una práctica abusiva del derecho, ya que no sólo se convalidaría un mecanismo de indexación ilegítimo (dada la vigencia de las leyes 23.928 y 25.561), sino que además el proceso de actualización se llevaría a cabo sobre una fórmula prestacional que ya tiene su propio método de ajuste a través de las variaciones salariales que año tras año (o por períodos menores) se reconocen a los trabajadores. Hago referencia a uno de los componentes principales de las fórmulas de los arts. 14 y 15 de la LRT, cual es el Ingreso Base Mensual, tal como se lo define a través del art. 12 de dicha normativa. Y no es un detalle menor que tanto un método (IBM)

como el otro (RIPTE) se rigen por criterios similares en lo atinente a la determinación de su variabilidad.

En cumplimiento de las obligaciones que le fueran delegadas a través del art. 8 de la Ley 26.773 (y con las facultades que el art. 8 del anexo del Dec. 472/2014 le brinda para tales fines), la Secretaría de Seguridad Social del MTEySS ha dictado las Resoluciones SSS N° 34/2013 y 3/2014 mediante las cuales ha publicado, semestre por semestre, los valores ajustados de las prestaciones de suma fija del art. 11 de la Ley 24.557, de los pisos mínimos para las fórmulas y del piso para el adicional del 20% del art. 3 Ley 26.773, para cada una de tales etapas (Conf. DABINI, G.A., *"Una acertada y necesaria decisión del Poder Ejecutivo: el Decreto 472/14 reglamentario de la Ley 26.773"*, DT 2014 (agosto), 2202). Entre estas Resoluciones está incluida, obviamente, la N° 28/2015 que ha aplicado la a quo en este caso.

Profundizando el análisis, es de advertir que el Dec. 472/2014 reglamenta el texto del art. 17 de la Ley 26.773 y, sin aclarar a cuál de sus siete incisos refiere pero en evidente alusión a los arts. 8 y 17 apartado 6°, prescribe que *"…sólo las compensaciones adicionales de pago único, incorporadas al art. 11 de la Ley N° 24.557, sus modificatorias, y los pisos mínimos establecidos en el Decreto 1694/09, se deben incrementar conforme la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), desde el 1° de enero de 2010 hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 26.773, considerando la última variación semestral del RIPTE, de conformidad a la metodología prevista en la Ley N° 26.417".*

Esta norma -según Maza- parece responder de una manera heterodoxa a uno de los puntos más debatidos de la Ley 26.773, es decir a los alcances del ajuste al que aluden los arts. 8 y 16 apartado 7° y el reglamento parece seguir la tesis hermenéutica restrictiva que considera que tales ajustes sólo recaen

sobre los montos mínimos de referencia de los arts. 14 y 15 de la Ley 24.557, sobre las prestaciones adicionales de pago complementario de los incisos a), b) y c) del art. 11 apartado 4° de esa ley -conforme la mejora que le introdujera el DNU 1278/00- y el valor mínimo del art. 3 de la Ley 26.773 para la indemnización complementaria destinada a compensar otros daños no cubiertos por las fórmulas de aquellos artículos.

La expresión inicial del precepto *"…sólo las compensaciones adicionales de pago único, incorporadas al art. 11 de la Ley N° 24.557, sus modificatorias, y los pisos mínimos establecidos en el Decreto N° 1694/09, se deben incrementar conforme la variación del índice RIPTE…"* parece clara al limitar la operatividad de los ajustes y, de alguna manera, descartar que ese ajuste pueda recaer sobre indemnizaciones (conf. MAZA, M.A., *"Algunas reflexiones iniciales sobre la reglamentación de la ley 26.773 sobre riesgos del trabajo por el decreto 472/2014"*, DT 2014 (junio), 1631).

Surge de la sentencia en crisis -y es lo que agravia a la recurrente- que la a quo ha hecho recaer el ajuste sobre la indemnización, lo cual -conforme lo que hasta aquí vengo exponiendo- resulta improcedente.

La postura de este Cuerpo ha sido avalada recientemente por la CSJN al expresar concretamente que *"…el decreto reglamentario 472/14 explicitó que el ajuste previsto en los arts. 8° y 17.6 se refería a los importes de las prestaciones adicionales de suma fija que habían sido incorporadas al régimen por el decreto 1278/00, y de los pisos mínimos establecidos por el decreto 1694/09 y por el art. 3° de la propia ley reglamentada…"*, agregando más adelante en la misma decisión que *"…la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los "importes" a los que aludían los arts. 1°, 3° y 4° del decreto 1694/09 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se*

aplicaran a las contingencias futuras…" (CSJN, 07/06/2016, *"Espósito, D.L. c/ Provincia ART S.A. s/ Accidente – Ley Especial"*, CNT 18036/2011/1/RH1).

Debe quedar en claro, entonces, que a través del decreto y las resoluciones posteriores no se dispone la actualización de las obligaciones indemnizatorias que surgen de la aplicación de la fórmula, sino de los importes explicitados en las normas. Se dispone la aplicación del RIPTE sobre importes porque, en la lógica del funcionamiento del sistema de riesgos, no se hace necesaria su aplicación para aquellos casos en los cuales el trabajador accede a la prestación dineraria calculada de acuerdo a los parámetros de la fórmula respectiva (arts. 14 y 15, LRT), porque esa fórmula contiene un componente que lleva ínsito el valor real y actual de la reparación, que se ve reflejado en el salario o ingreso mensual base, con las particularidades que establece el art. 12 de la LRT.

Por último, muy poco cabe por agregar para advertir la improcedencia de aplicar la normativa de la Resolución N° 28/2015 de la Secret. de Seguridad Social. Basta con tener en cuenta que en los Considerando de la misma se dice: *"…Que en cumplimiento de lo normado por la Ley 26.773, corresponde a esta SECRETARIA actualizar los valores de las compensaciones adicionales de pago único determinadas en el artículo 11 de la Ley 24.557 y sus modificatorias, y los pisos mínimos establecidos en el Dto. 1694/09 en función de la variación semestral del RIPTE…"*. En ningún momento se hace referencia a la indemnización que establece el art. 14 de la Ley 24.557, por lo que su inaplicabilidad es indiscutible.

Por los fundamentos vertidos -y conforme lo viene sosteniendo de manera uniforme este Cuerpo en casos similares- no es posible avalar el procedimiento de actualización que ha empleado la a quo en la sentencia en crisis y de allí que corresponda admitir la queja en este punto y revocar la

sentencia en crisis en cuanto ha aplicado la actualización conforme al índice RIPTE de la indemnización que debe percibir el actor según el art. 14, inc. 2 a) de la Ley 24.557.

En consecuencia, el cálculo indemnizatorio a aplicarse en autos, conforme el Art. 14, inc. 2° "a", primer párrafo, de la LRT es el siguiente: 53 x $ 8.286,01.- = 439.158,53 x 16,1% = 70.704,52.- x 1,38 (65/47) = $ 97.572,24.- (Noventa y Siete Mil Quinientos Setenta y Dos Pesos con Veinticuatro Ctvs.).

Conforme la Resolución SSS N° 22/2014 para el período comprendido entre el 01/09/2014 y el 28/02/2015 inclusive, la indemnización que establece el art. 14, inc. 2, apartados a) y b) de la Ley 24.557 y sus modificatorias, no podrá ser inferior al monto que resulte de multiplicar $ 620.414.- por el porcentaje de incapacidad (conf. art. 2). Por lo tanto, la indemnización que le corresponde percibir la actor asciende a la suma de $ 99.886,65.-

A este importe corresponde adicionarle el 20% previsto por el Art. 3 de la Ley 26.773 ($ 19.977,33.-). Por lo tanto, la demanda prospera por la suma de **$ 119.863,98.- (Ciento Diecinueve Mil Ochocientos Sesenta y Tres Pesos con 98/100)**, con más los intereses establecidos en la sentencia de primera instancia.

4.3 – Los intereses

El planteo realizado en la queja con respecto a la condena al pago de intereses sobre el monto actualizado, ha devenido abstracto en atención a lo propuesto al Acuerdo en el punto anterior.

4.4 – La condena en costas

En razón de tener que considerar seguidamente el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 282 del CPCC, esta cuestión será tratada al referirme a

ello.

5 – Conclusión

En razón de los fundamentos hasta aquí vertidos, corresponde concluir que debe revocarse parcialmente la sentencia recurrida en cuanto ha actualizado el monto indemnizatorio fijado a favor del actor conforme al índice RIPTE y a la Resolución de la Secretaría de Seguridad Social N° 28/2015.

En consecuencia, la indemnización a favor del actor conforme lo normado por el Art. 14, inc. 2° "a", primer párrafo, de la LRT, asciende a la suma de $ 99.886,65.-, con más el 20% previsto por el Art. 3 de la Ley 26.773 ($ 19.977,33.-). Por lo tanto, la demanda prospera por la suma de **$ 119.863,98.- (Ciento Diecinueve Mil Ochocientos Sesenta y Tres Pesos con 98/100)**, con más los intereses establecidos en la sentencia de primera instancia. Es mi voto.

6 – Adecuación de costas y honorarios

La revocación parcial de la sentencia recurrida conduce a la aplicación de lo dispuesto por el art. 282 del CPCC.

La demandada ha planteado en sus agravios su pretensión en cuanto a que esta Alzada modifique la imposición de costas de la primera instancia entendiendo que su parte no debe responder por su totalidad.

He de anticipar que el punto revocado de la sentencia recurrida no altera sustancialmente el carácter de vencida que ostenta la parte demandada en el proceso y de allí que he de proponer mantener la condena en costas de la primera instancia a dicha parte.

En materia laboral el principio objetivo de la derrota debe ser interpretado de acuerdo con el sentido protectorio que tiene el derecho del trabajo. Con este enclave se afirma que por el solo hecho de no cumplir la parte demandada con las obligaciones a su cargo y obligar al trabajador a presentar su demanda ante la justicia, le corresponde el cargo de las costas. En base a lo expuesto, lo cual es un criterio ya fijado por esta Cámara (ver: *"B., L.A. c/ B., A. s/ Cobro de Pesos"*, 11/06/2013, Reg. N° 43/13 SD; *"F., P.I. c/ R., J.L. s/ Cobro de Pesos"*, 28/11/2013, Reg. N° 92/13 SD y *"P., R.L. c/ P. H. S.A. s/ Cobro de Pesos"*, 20/02/2014, Reg. N° 06/14 SD; entre otros), considero que no hay razones para efectuar una nueva distribución de las costas, correspondiendo confirmar el decisorio de la inferior con respecto a la imposición de costas y regulación de honorarios.

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

En atención al resultado final del recurso, considero que las costas de la Alzada deben ser impuestas en el orden causado (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la recurrente, Dr. J. G., en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. E. A. M., apoderado de la parte actora, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder.

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, vota **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**.

<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN</u> la Sra. Jueza de Cámara María Inés de

Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por la empresa apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada, para lo cual y cumpliendo las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C., serán suficientes las consideraciones que siguen.

2.

a) El primer agravio sostiene que en la sentencia de grado se ha tomado el porcentaje de incapacidad determinado en la pericial médica, sin advertir que en el informe, el médico había introducido reservas respecto del cálculo, calificando como concausal el desgarro parcial de la inserción del tendón del músculo supraespinoso por cuanto se produjo "sobre un terreno con patología previa de tipo degenerativa".

A criterio del apelante solo debió considerarse a los fines indemnizatorios la lesión en la porción larga del bíceps y excluir la concausalidad ya que la ART aseguró al empleador por las consecuencias de un accidente de trabajo y no por las dolencias previas del operario.

Esta Cámara, en ejercicio de las facultades previstas en el art. 36 inc. 2do, dio intervención al CMF para que en pleno, especificara si en el porcentaje de incapacidad se consideró o no la incidencia del factor concausal referido a fs. 80/85 ratificado a fs. 95/96.

El CMF, en la persona del Dr. B. y no en pleno como se requiriera en la SIC N° 51/2016 SIL, informó que en sus dictámenes previos fue considerada

tanto la causa como la concausa, afectando finalmente a la unidad funcional del manguito rotador y evaluando la incapacidad en el 16,1 % TO.

En la sentencia de grado, se estimó que el dictamen pericial y las contestaciones a las impugnaciones se encuentran adecuadamente fundados en pautas técnicas y científicas, destacando la idoneidad de quien lo produce y por ello le adjudicó suficiente eficacia probatoria en los términos del art. 481 del C.P.C.C. .

Luego de tal afirmación se transcribieron las conclusiones del dictamen, como los planteos incorporados por el consultor médico y las contestaciones a las impugnaciones y se determinó que por las secuelas del accidente, B. porta una incapacidad del 16,1 % TO. .

En lo que resulta de interés para ingresar al tratamiento del agravio, la magistrada de grado no resuelve sobre la existencia de una concausa que debe ser tenida en cuenta al cuantificar el monto del resarcimiento para fijarlo en su justo término.

Cuando el actor opta por el reclamo extrasistémico, no rige el principio de la indiferencia de la concausa, de tal modo, que el elemento concausal, debe ser tenido en cuenta, a fin que la responsabilidad se adecue a la incidencia directa del trabajo en el infortunio. Esto es el empleador no responde por el déficit que el trabajador afectado hubiera padecido con anterioridad al infortunio.

Por su lado, el diseño del art. 6 de la ley 24.557 sólo admite el progreso de las incapacidades provocadas con eficiencia causal directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo las incapacidades del trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral y que estuvieran acreditadas en el examen preocupacional efectuado.

Cita Formaro *"La hipótesis contemplada en el ap.3, b) del art 6 de la ley 24.557 constituye una exclusión parcial de responsabilidad fundada en una acotada excepción a la aplicación de la teoría de la indiferencia de la concausa, que exige para su procedencia la acreditación de la preexistencia de la incapacidad mediante examen preocupacional cumplido según las condiciones indicadas"* (JUBA L.62.590). Sigue diciendo el autor *" En lo relativo a los accidentes de trabajo, el juego de las disposiciones contenidas en los aps. 1° y 3° del art. 6° de la ley 24.557 lleva a concluir que la teoría de la indiferencia de la concausa se encuentra firme en sus dos manifestaciones (la primera que implica el reconocimiento del daño como producto del accidente sufrido aun cuando aquél no sea única causa, y la segunda que dispone el deber de reparar el total del daño que el factor laboral contribuyó a instalar, sin matices ni fronteras). Contribuye a esa interpretación la propia definición de accidente de trabajo, que no contiene referencia alguna al carácter externo del hecho dañoso y el régimen concreto en materia de exclusiones."* (Formaro Juan "Riesgos del Trabajo", pág 110/113, Ed. Hammurabi 4ta Edición, 2016)

La ART no alegó al tiempo de contestar demanda ninguna preexistencia y tampoco acompañó examen preocupacional alguno so excusa que el trabajador se encontraba dentro del período anual de catastro.

En consecuencia, para que pudiera sostener jurídicamente la configuración de una preexistencia médica, que afecte la salud del trabajador con incidencia en el porcentaje de incapacidad que surja de un accidente de trabajo, la misma debió ser constatada en el examen de pre-ingreso y notificado el trabajador con la intervención de la autoridad de aplicación, para así cumplir el dispositivo del art. 6 inc. 3 apartado b) de la ley 24.557. No surgiendo que la empleadora ni la ART hayan realizado tal examen

preocupacional no es viable la afirmación de tal preexistencia para medir proporciones como las que procura la demandada en su agravio. "*Si bien el médico perito al determinar el porcentaje de incapacidad que sufre el trabajador a raíz de la lesión lumbar que el esfuerzo en el trabajo le provocó sostuvo que existía concausalidad, en tanto no todo ese porcentaje obedecía al factor trabajo, debe considerarse la totalidad del mismo a los fines de calcular la indemnización debida, pues, el demandado no acompañó el legajo médico, ni tampoco el examen médico preocupacional mediante el cual podía llegar a acreditarse la preexistencia de alguna afección columnaria y, si dicho examen se hubiera realizado y el médico actuante hubiera dictaminado que el actor tenía limitaciones para cumplir tareas de esfuerzo, ello habría exigido de la empleadora una conducta diligente tendiente a reducir al máximo los riesgos en la salud del trabajador, lo que no se encuentra cumplido en el caso.*" ("Soraire, Ricardo Abel c/ Experta ART S.A. s/ accidente -ley especial CNAT, Sala VII.21/06/2016.La Ley Online AR/JUR/47087/2016).

Luego de lo expuesto debe desestimarse el primer agravio.

2.b)

1) En el segundo agravio sostiene para el primer aspecto de la queja, que el IBM que tomó la magistrada es erróneo pues en la demanda se lo calculó en la suma de $ 7.115,96 y que en la sentencia sin mayor fundamento ni explicación en el cálculo se utilizó el valor de $ 8.286,01 que no se corresponde con el que las partes coincidieron.

No se comparte el criterio del recurrente, la jueza dejó establecido cómo efectuaría el cálculo del ingreso base previsto en el art. 12 y la parte no indica más allá que no fue el tácitamente acordado entre las partes, donde reside el error de cálculo que requiere que ingresemos a su cotejo, por lo que corresponde desestimar la queja en el punto.

2) El segundo aspecto de la queja es la aplicación del RIPTE ignorando el Decreto 472/14.

Inicio el tratamiento de este agravio señalando que esta Cámara tuvo oportunidad de expedirse sobre la cuestión en autos "C. c/ Interacción ART S.A. s/ Accidente" SDL N°87/15.

En esa oportunidad debió abordarse la inconstitucionalidad del Decreto N° 472/14 resuelta en la instancia de grado.

En este caso, la demanda fue incoada en abril de 2015 y la sentencia fue dictada vigente el Dec. 472/14 desde el 12/4/14.

Ni la parte al formular su reclamo ni la magistrada de grado al tiempo de dictar su fallo, abordaron la inconstitucionalidad de la norma del art. 17 del decreto reglamentario, por lo cual no se advierte cuál es el fundamento legal que autorizó a la señora jueza para soslayar su aplicación.

Dicho ello y como ya señalara, en fecha 11/04/2014 se publicó el Decreto 472/2014 que aprobó la reglamentación de la ley 26.773 indicando, en concreto y en lo que aquí importa, el artículo 17: *"Determínase que sólo las compensaciones adicionales de pago único, incorporadas al art. 11 de la Ley 24.557, sus modificatorias, y los pisos mínimos establecidos en el Decreto 1694/2009, se deben incrementar conforme la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), desde el 1° de enero de 2010 hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley 26.773, considerando la última variación semestral del RIPTE, de conformidad a la metodología prevista en la Ley 26.417".*

No desconozco que el dictado del Decreto referenciado, ha generado posiciones contrarias (Schick, Horacio "La reglamentación de la Ley 26.773 por el Decreto (PEN) 472/14" 24/04/2014 Base MJ-DOC-6683).

Pero frente a la ausencia de cuestión constitucional para ingresar en mayor fundamentación, voy a sostener que, a partir del dictado de la norma reglamentaria, no existe duda alguna que sólo las compensaciones adicionales de pago único, incorporadas al art. 11 de la Ley 24.557, sus modificatorias, y los pisos mínimos establecidos en el Decreto 1694/2009, son las que se deben incrementarse conforme la variación del índice RIPTE.

A todo evento, le siguió el criterio de la C.S.J.N en autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/accidente - ley especial", en fallo dictado con fecha 7 de junio de 2016 (CNT 18036/2011) y publicado en su página web, señaló -sobre lo que es materia de apelación- *"…la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los "importes" a los que aludían los arts. 1°, 3° y 4° del decreto 1694/09 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las contingencias futuras*…".

Tengo presente que *"Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deben ser acatadas por los tribunales inferiores, siempre que no haya motivos valederos para apartarse de ellos. "No solamente por la vinculación moral o institucional que poseen, sino esencialmente por la credibilidad que debe mantener la Administración de Justicia, estando ajena a las contradicciones y anarquía jurisprudencial, que muchas veces reposa en la vanidad y no en el razonamiento jurídico*" (STJCh Sent. Def. N°30/93 Base elDial.com - AS6B1).

De modo que el criterio de esta Cámara sostenido desde el precedente C., ha sido receptado por la CSJN en el fallo Espósito en el que, expresamente, se descalificó el fallo recurrido por arbitrariedad al apoyarse en meras consideraciones dogmáticas e incurrir en un inequívoco apartamiento de las normas legales aplicables al caso.

De lo expuesto se sigue que deberá revocarse la sentencia de grado dejando

establecido que las sumas indemnizatorias que deberá abonar la aseguradora al actor son las que surgen de aplicar la fórmula del art. 14 inc. 2 a), la cual conforme el cálculo efectuado sobre datos que se tienen firmes (IBM $ 8.286,01, el porcentaje de incapacidad del 16,1%TO y edad del actor al tiempo del accidente, 47 años) asciende a la suma de $ 97.572,24. La Resolución 22/2014 SSS establece que para el período comprendido entre el 01/09/2014 y el 28/02/2015 inclusive, la Indemnización que corresponde por aplicación del Artículo 14, inc. 2, apartados a) y b) de la Ley 24.557 y sus modificatorias, no podrá ser inferior al monto que resulte de multiplicar $ 620.414 por el porcentaje de Incapacidad. (Art. 2º).

Cotejado el monto que resulta de la aplicación de la fórmula con el piso allí establecido, corresponde su reajuste por ser inferior. Consecuentemente prospera la indemnización por la suma de $ 99.886,65 con más la de $ 19.977,33 correspondiente al art. 3 de la ley 26.773, con más los intereses resueltos en la sentencia de grado.

2.c) En el tercer agravio cuestiona que se aplican intereses sobre un monto de condena ajustado por el RIPTE, lo que implica una doble actualización. Conforme se propone en el voto, se dejará sin efecto el cálculo del RIPTE sobre la fórmula, por lo cual en el límite del agravio y dejando a salvo mi criterio respecto de la tasa de interés que utiliza la magistrada de grado, la queja en el punto devino en abstracta.

2.d) Apela la demandada la imposición de las costas dispuestas en la sentencia de grado. La cuestión será materia de tratamiento conforme el art. 282 del CPCC.

3. Concluyo el tratamiento de los agravios, expidiéndome por la revocación parcial de la sentencia de grado, dejando sin efecto el reajuste del capital de condena según la variación del RIPTE que dispusiera la magistrada de grado y confirmándolo en todo lo demás que decide y fue materia de apelación.

4.

a) **Las costas de la primera instancia:** El art. 282 del CPCC, establece que cuando la sentencia fuere revocatoria o modificatoria de la de primera instancia, deberán adecuarse las costas y honorarios al contenido del pronunciamiento.

En el caso, el sentido de mi voto no altera la condición de vencida de la demandada (art. 57 Ley XIV N° 1 y 69 del CPCC), por lo que no corresponde se modifique la imposición de las costas dispuestas en la sentencia de grado, ni los honorarios allí establecidos, que se ajustaran al monto de condena que resulte.

b) **Las costas en la Alzada,** en tanto existen vencimientos recíprocos en esta sede deben imponerse en el orden causado (art. 72 del CPCC).

En cuanto a los honorarios, conforme el mérito y resultado de la actuación profesional, voy a proponer se fijen sobre los determinados en la instancia de grado en los porcentajes que propone el Dr. Fiordelisi en tanto se ajustan a la actividad profesional cumplida en cuanto a mérito y resultado obtenido, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE por la NEGATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir mi colega de Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1.-) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto ha actualizado la indemnización a favor del actor conforme al índice RIPTE y la Resolución de la Secretaría de Seguridad Social N° 28/2015.

2.-) DISPONER que la indemnización a favor del actor conforme lo normado por el Art. 14, inc. 2° "a", primer párrafo, de la LRT, asciende a la suma de $ 99.886,65.-, con más el 20% previsto por el Art. 3 de la Ley 26.773 ($ 19.977,33.-), por lo que la demanda prospera por la suma de **$ 119.863,98.- (Ciento Diecinueve Mil Ochocientos Sesenta y Tres Pesos con 98/100)**, con más los intereses establecidos en la sentencia de primera instancia.

3.-) CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás que ha sido materia de agravio.

4.-) NO ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS de la primera instancia.

5.-) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en el orden causado (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la recurrente, Dr. J. G., en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. E. A. M., apoderado de la parte actora, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y
con más el IVA de corresponder.

6.-) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza María Inés de VILLAFAÑE dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Fiordelisi.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría y encontrándose una vocalía vacante (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de noviembre de 2016.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1.-) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto ha actualizado la indemnización a favor del actor conforme al índice RIPTE y la Resolución de la Secretaría de Seguridad Social N° 28/2015.

2.-) DISPONER que la indemnización a favor del actor conforme lo normado por el Art. 14, inc. 2° "a", primer párrafo, de la LRT, asciende a la suma de $ 99.886,65.-, con más el 20% previsto por el Art. 3 de la Ley 26.773 ($ 19.977,33.-), por lo que la demanda prospera por la suma de **$ 119.863,98.- (Ciento Diecinueve Mil Ochocientos Sesenta y Tres Pesos con 98/100)**, con más los intereses establecidos en la sentencia de primera instancia.

3.-) CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás que ha sido materia de agravio.

4.-) NO ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS de la primera

instancia.

5.-) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en el orden causado (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la recurrente, Dr. J. G., en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. E. A. M., apoderado de la parte actora, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder.

6.-) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /16 SDL. CONSTE.