

Accidente De Trabajo Dano Psicologico Pericia Medica Dictamen Valoracion De La Prueba Facultad Del Juez Ingreso Base Ley Aplicable

JURISPRUDENCIA

Accidente de trabajo. Daño psicológico. Pericia médica. Dictamen.

Valoración de la prueba. Facultad del juez. Ingreso base. Ley aplicable Por mayoría, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por el actor, confirmándose la desestimación del daño psicológico reclamado y la aplicación de la ley 27348 para el cálculo del IBM. En relación con el primer punto, el voto mayoritario explicó que la apreciación de los informes periciales es facultad de los jueces, que tienen respecto de este tipo de prueba las mismas atribuciones que para el análisis de las restantes medidas probatorias, pudiendo hacerlo con la latitud que le adjudica la ley. En lo que respecta a la aplicación de la nueva ley 27348, se desestimó su aplicación, debido a que su entrada en vigencia fue posterior al accidente de autos. Por otro lado, el voto minoritario de la doctora Cañal reconoció el daño psicológico del actor y, además, la aplicación de la ley 27348 al presente caso en virtud del principio de progresividad.

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 18/09/2018, reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar el recurso deducido contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación: El Dr. Miguel O. Pérez dijo: Contra la sentencia de fs. 139/144, se alzan la parte actora y la demandada, con sus memoriales de fs. 145/149, y 159/162vta., respectivamente. La parte actora se agravia en virtud de la desestimación de la incapacidad psicológica determinada por el perito en autos. Considera que ha sido violado su derecho a la indemnidad, dado que entiende que el judicante no presenció el momento en que el trabajador fue interrogado sobre sus sensaciones por la licenciada en psicología. Agrega, entre otras cuestiones, que sufre dolor e incapacidades físicas. Entonces, considera errado que el a quo desestimara el nexo causal entre las tareas y las dolencias psíquicas. Cabe observar, entonces, los estudios practicados. Si bien a fs. 99vta. la experta en psicología consideró que el actor era portador de una incapacidad del 20%, a la hora de ponderar estos hallazgos, el perito médico omitió su inclusión en la pericia obrante a fs. 106 y siguientes. Es más, en la contestación a la impugnación, que luce a fs. 122, refirió que "debido a lo excesivo que otorga el psicodiagnóstico, dejó la determinación de la misma al elevado criterio de V.S.". En virtud de todo ello, el juez de anterior grado estableció que el siniestro no había resultado hábil para generar una incapacidad del 20%, en cuanto el actor "presentó un cuadro de dolor y limitación funcional sin que se incapacitara el uso del miembro inferior afectado y que las secuelas emergentes del evento traumático determinaron una minusvalía del 9%". Por eso, decidió fijar la incapacidad psicológica vinculada con el siniestro en un 5%. El total de la incapacidad psicofísica ascendió a un 14%. Entonces, y dado que el experto médico no logró hallar vinculación alguna con la incapacidad psicológica determinada por el perito, y siendo que esta experta encontró un grado de minusvalía del 20%, entiendo que la solución propiciada por el juez de anterior grado deviene adecuada, siendo que tiene en cuenta una porción de incapacidad en virtud de afecciones psicológicas a los fines de determinar el monto indemnizatorio. Así, agregó que comparto el criterio jurisprudencial según el cual el art. 477 del CPCCN establece que la fuerza probatoria del dictamen debe ser estimada teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca. Pero, y sobre todo, que la apreciación de estos informes es facultad de los jueces, que tienen respecto de este tipo de prueba las mismas atribuciones que para el análisis de las restantes medidas probatorias, pudiendo hacerlo con la latitud que le adjudica la ley. Por estos motivos, propicio rechazar el agravio del actor. Luego, se queja el accionante, dado que sostiene que el juez de anterior grado no realizó la inclusión de los factores de ponderación al porcentaje de incapacidad total hallado, correspondientes a edad, recalificación y dificultad para la realización de tareas. En cuanto a estas cuestiones, se observa a fs. 114, en la impugnación a la pericia médica practicada por la parte actora, que la misma requirió en ese momento que se incluyeran los factores de ponderación. Consecuentemente, y en la ya mencionada respuesta de fs. 119, el experto recalculó el porcentaje de incapacidad, pasando el mismo de 8% a 9%. Por estos motivos, no cabe realizar una nueva adición de factores al porcentual ya alcanzado, que asciende al 14%. Es por este motivo que propicio no hacer lugar al agravio de la parte actora. En tercer lugar, el accionante solicita la aplicación del artículo 11 de la ley 27348 al cálculo del ingreso base mensual. De lo contrario, entiende que se generaría una afectación de su derecho de propiedad. Si bien entiende que la nueva normativa es acertada, considera que solo aplicarla a trabajadores accidentados con posterioridad a la sanción de la misma sería discriminatorio. Ello, con base en el principio de igualdad. A su vez, el accionante se queja en virtud de los intereses establecidos y solicita, en consonancia con lo sostenido en el agravio anterior, que se aplique al caso el artículo 12 de la ley 27.348. Similar tesitura -pero vinculada a su postura y pretensión-

sostiene la demandada en sus agravios. La ley 27.348 no regula los efectos de la pretensión vinculada a la minusvalía del caso al ser posterior a los hechos del mismo, por ende los agravios de ambas partes vinculados a dicha norma no deberían ser admitidos. Por su parte, se queja la demandada en torno a la tasa de interés aplicada, consistente en las Actas 2601, 2630 y 2658. Entiende que sería de aplicación el ya referido artículo 12 de la ley 27.348. A su vez, considera que los jueces no tienen la prerrogativa de fijar las tasas de interés de aplicación, sino que deben atenerse a aquella fijada por la norma. Nuevamente, cabe entender que el agravio es abstracto. Es más, considero pertinente aplicar la tasa que se prevé en las Actas de la Cámara N° 2601, 2630 y 2658, esta última a partir del 1/12/17. Lo resuelto importa que no considero procedente, aún con las particularidades del debate del caso, disponer un ajuste distinto al que se prevé en las citadas Actas de la CNAT, sobre todo porque dicha tasa -dados los elementos y variables que se ponderan para su conformación en función, entre otras, de las operaciones financieras a las que está destinada- también refleja, entre otros aspectos, la variación que pueda experimentar el valor de la moneda sobre la que ha de operar la aplicación del respectivo interés (ver C.S.J.N. en ?Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A., sentencia del 20/4/10 y, con remisión a éste, en ?Belatti, Luis Enrique c/ F.A. s/ cobro de australes?, sentencia del 20/12/11). Por ello, considero que no debe hacerse lugar a este agravio de la demandada. Finalmente, se queja la demandada en virtud de la imposición de costas a su cargo. En cuanto a la cuantía de los honorarios regulados, se agravian ambas partes. Entonces, dado el resultado en lo sustancial del pleito, no encuentro motivo para apartarme del principio general que en materia de costas establece el art. 68 C.P.C.C.N., por lo que la totalidad de las costas se imponen a la demandada vencida. En tales condiciones la ponderación y regulación de honorarios será efectuada teniendo en cuenta la labor profesional en las tareas cumplidas, la índole de los trabajos realizados en torno de la controversia, el monto de ésta y su vinculación e incidencia en el resultado pero, a la vez, sin perder de vista las características del proceso laboral (pautas legales señaladas en concurrencia con los arts. 6, 7, 8, 9, 19, 37, 39 y ccts. ley 21.839, 24.432, 27423, ésta sólo con el señalado alcance, y art. 38 de la ley 18.345). Sobre la base de tales pautas, los elementos concretos del caso y los fundamentos legales arancelarios de referencia, cabe confirmar la regulación de honorarios establecida en la sentencia de anterior grado. Asimismo, auspicio regular los honorarios de los letrados actuantes ante esta alzada, por las partes actora y demandada, en el %, de lo que, en definitiva, les corresponda percibir por sus trabajos ante la instancia previa. Al monto resultante de honorarios quien sea obligado al pago le adicionará al depósito de aquéllos la suma del Impuesto al Valor Agregado (IVA); que debe afrontar por tratarse de un tributo indirecto trasladable por un servicio que, de otro modo, gravaría a quien no tiene a cargo su pago (conf. C.S.J.N. en autos ?Compañía General de Combustibles S.A. s/ recurso de apelación?, C. 181 XXIV del 16/6/93; a cuyos fundamentos remito a mayor brevedad). Por todo lo expuesto, VOTO POR: I. Confirmar la sentencia de la instancia anterior, en todo cuanto es motivo de agravios. II. Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida. III. Mantener la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes en primera instancia. IV. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta alzada en un % (veinticinco por ciento) para la parte actora, y un % (? por ciento) para la demandada. En caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado, que estará a cargo de quien deba retribuir la labor profesional. V. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013. La Dra. Diana R. Cañal dijo: I.- Comparto lo decidido con mi colega preopinante, con excepción de la cuantificación de la incapacidad psicológica, la no aplicación del art. 11 de la ley 27.348, y el momento en que corresponde aplicar el Acta 2658. II.- Con respecto al primer tema, cabe recordar que se entiende por daño psicológico. En concreto, se ha sostenido que ?Médicamente, se entiende al daño psicológico como aquél que emerge como consecuencia de una situación traumática vivida por un sujeto, con motivo de un accidente de cualquier índole. Así, puede definirse a tal como ?toda perturbación, trastorno, enfermedad, síndrome o disfunción que, a consecuencia de un hecho traumático sobre la personalidad del individuo acarrea una disminución de la capacidad de goce, que afecta su relación con el otro, sus acciones, etc.?. (PUHL, Stella M., SARMIENTO, Alfredo J., IZCURDIA, María A. y VARELA, Osvaldo H., "Daños a las personas en el discurso psicológico jurídico", páginas 55-69, "La psicología en el campo jurídico", Ed. E.C.U.A. -2005)?. ?Por lo tanto, para la psicología ?existirá un daño psicológico en el ámbito jurídico, siempre que un sujeto presente un deterioro o disminución en las distintas esferas de su personalidad (volitiva, intelectual o afectiva) que produzcan una disminución de su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa?. (?PUHL, Stella M., SARMIENTO, Alfredo J., IZCURDIA, María A. y VARELA, Osvaldo H., op. citado.)?. ?Asimismo, se ha señalado que el daño psicológico ?"comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, sea como situación estable o bien accidental y transitoria que implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende su vida individual y de relación"(Kemelmajer De Carlucci/Aída, "Breves reflexiones sobre la prueba del llamado daño psíquico. Experiencia jurisprudencial", Revista Derecho de Daños, N° 4, Ed. Rubinzal- Culzoni.)? Teniendo en cuenta estas consideraciones, observo que el perito médico designado en autos, a fs. 106/112, informó que del Psicodiagnóstico realizado Lic. Mirta Totah, se desprende

que ?el Sr. Ferreira ha sido afectado en su esfera emocional, laboral y social. Por lo que se ha valorado la incapacidad psíquica con carácter parcial y permanente en el 20% (veinte por ciento) de la total vida. Del examen semiológico surge que hay una clara relación lineal entre la sintomatología del actor y los hechos denunciados? (destacados, y siguientes me pertenecen y dan cuenta del estado grave de incapacidad psicológica). Luego, al contestar los puntos de pericia propuestos por ambas partes, se remitió al psicodiagnóstico. El mismo, se encuentra agregado a fs. 94/101, y se destacó que ?el Sr. Ferreira ha padecido un accidente de gran relevancia en su vida anímica y de relación que modificó su curso influyendo directamente en la valoración de sí mismo, alternando sus relaciones interpersonales, limitando su presente y su futuro laboral, social y emocional?. Se agregó, que ?el cuadro actual es compatible con una conducta que se considera reactiva al accidente de autos, por lo que se deduce lógicamente que el actor ha sido afectado en su esfera emocional. Aparecen signos que indican la presencia del mecanismo de aislamiento... en todas las pruebas administradas hay concordancia en marcados sentimientos de desesperanza, como producto de la angustia que le provocó el hecho traumático?. Así, se diagnosticó stress post traumático, valorando la incapacidad en un 20% parcial y permanente Sin embargo, el perito médico, pese a informar dicha incapacidad, al momento de determinar la minusvalía, no la tomó en cuenta. Motivo por el cual, la parte actora, a fs. 114, formuló dicha observación. Así, a fs. 119, indicó que ?respecto a la incapacidad psíquica, debido a lo excesivo que otorga el Psicodiagnóstico, dejo la determinación de la misma al elevado criterio de V.S.?. En modo alguno podría inferirse la sugerencia de carecer de incapacidad, sino que el experto la deriva a quien sentencia. La reparación, entonces, se encuentra fundada en el los arts. 1740, 1738, y 1746 del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. Tal es así que, en su art. 1740, se establece: ?La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie?. Entonces, debe observarse puntualmente el daño sufrido por el actor en la integridad y completitud de su persona. Este artículo debe ser interpretado conjuntamente con el art. 1738, el cual reza: ?La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida?. En cuanto a la pretensión de una concausalidad no estimada, el argumento fue ingresado en el responde de forma genérica, lo cual afecta el derecho de defensa, y por cierto el perito médico lo descarta. Con lo cual, destaco lo genérico de la cuestión. Máxime, teniendo en cuenta que no fueron acompañados a los presentes, el examen preocupacional ni los periódicos. En relación a la posibilidad de que existieran concausas que provocaron la incapacidad, entiendo que ello no debe considerarse acreditado en el caso, máxime, teniendo en cuenta que no fue acompañado a los presentes, el examen preocupacional ni los periódicos. Debo recordar que la finalidad del derecho del trabajo, consiste en procurar el respeto por la dignidad del hombre que trabaja, que facilite el ejercicio de su actividad, con cuidado hacia su persona. Sobre esta base, cabe reflexionar que el art. 14 bis de nuestra Carta Magna, prescribe expresamente que, el trabajo en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, condiciones dignas y equitativas de labor. Estas condiciones, se refieren tanto al ámbito en el que el trabajador se desempeña, como a las condiciones de seguridad y salubridad en la tarea. Esto, enmarcado en las normas internacionales que proporcionan un catálogo de lo que el Estado debe exigir y controlar en los empleadores, a través del poder de policía. Es así que, el derecho internacional del trabajo surge con una doble finalidad: por un lado, tiende a regular la competencia tanto nacional como internacional, y por el otro, procura salvaguardar la dignidad humana del trabajador. Todo lo cual, termina de cerrar con la aplicación de los tratados de derechos humanos, que son normativa vigente, y que al mismo tiempo, exigen una ?método de interpretación dinámico y evolutivo de las normas... en las condiciones de la vida actual?(sic), según lo entienden coincidentemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, máxime cuando la cuestión de fondo es la preservación de la salud de los habitantes (?El usuario del servicio de salud en algunas sentencias del nuevo milenio de la Corte IDH?; Aída Kemelmajer de Carlucci; AÑO III, N° 9, Diciembre 2014, ?Derecho Privado: Derecho a la salud?, Ed. Infojus, pág. 87/125vta.). En consecuencia, considero que el actor padece una incapacidad psicológica del 20 % atribuible al accidente padecido. Aclaro, asimismo que considero que no corresponde emplear el método de la incapacidad restante. En efecto, en relación con ello y el empleo de la conocida fórmula ?Balthazard?, he sostenido en mi voto de la sentencia Nro. 92729, del 30.08.2011, recaída en autos ?Romero Carlos Ramón, c/La Segunda Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA. S/accidente - acción especial?, que ?Cabe recordar que ??Balthazard' fundamenta su tabla en cálculos matemáticos, referidos a lesiones múltiples o sucesivas. Fue recomendado hace muchos años por el Plan de Previsión Social en Francia? (?Código de Tablas de Incapacidades Laborativas? de Santiago J. Rubinstein, Ed. Depalma Buenos Aires, año 1996). Así, en caso de existir una cantidad de lesiones, se hace la evaluación al mismo tiempo y a la primera lesión se le fija el grado indicado en el baremo y a las lesiones que siguen se les asigna un porcentaje de incapacidad llamado ?residual'? (ib). ?Sin embargo, este método, es sólo uno de los tantos que pueden

utilizarse para determinar la incapacidad de una persona?. Belbey, a modo de ejemplo, afirma que para la fijación de las incapacidades se debe considerar que normalmente el obrero tiene: a) 100% de salud, que permite; b) 100% de trabajo y de producción y le proporciona; c) 100% de salario; este principio lo denomina 'tres por ciento' y estima que un accidente del trabajo o una enfermedad profesional, al hacer variar el primer tanto por ciento, correlativamente hace disminuir los porcentajes restantes? (ib). Otro régimen, lo constituye el método de Earl D. Mc Bride, que consiste en hacer una estimación o evaluación de la incapacidad del trabajador, mediante el régimen analítico de las funciones. A cada función le otorga un porcentaje, que en la tabla totalizan el 100%; se realiza el cálculo teniendo en cuenta los 'factores de función', que inciden para la determinación equitativa más o menos justa de la incapacidad? (ib). Además, no hay ninguna ley, ni decreto reglamentario que obligue a los jueces a atarse a un régimen o a otro, por tanto, puede aplicar aquél que considere más adecuado al caso, en valoración de los términos de equidad y justicia.? Con respecto a este último punto, la jurisprudencia ha manifestado que (...) es sabido que los 'baremos' son solo indicativos y que en definitiva el órgano facultado legítimamente para determinar la existencia o no del grado incapacitante y su adecuación y medida es el jurisdiccional, a través de la interpretación de los arts. 386 y 477 del CPCC (...)? (CNAT, Sala V, SD N° 72993, del 18.03.2011, dictada en autos 'Scally, Juan Francisco Vessel SA y otros S/accidente - acción civil?'). Al respecto, cabe señalar que 'los baremos son instrumentos que auxilian, tanto al perito como al juez, y las leyes laborales, en general, han incorporado en su texto determinadas tablas, de evaluación de las incapacidades. Con independencia de esas tablas existen otras estimativas, llamadas así porque tienen en cuenta porcentuales vinculados con el grado de deterioro anátomo-funcional sufrido por el obrero o empleado, pero tales tablas no obligan a los jueces y no deben aplicarse de manera absoluta y rigurosa, de modo general e indiscriminado, sino que debe hacerse en relación a cada caso particular (en sentido análogo "BURLATO, SALVADOR C/ ABB MEDIDORES S.A. S/ DESPIDO", sentencia dictada el 24.09.01, del registro de la Sala IX). Asimismo, la jurisprudencia ha dicho que 'los baremos que cuantifican incapacidades no constituyen una regla rígida -que deba aplicarse mediante simples operaciones aritméticas- sino sólo una guía para estimar la disminución que ocasiona un cierto padecimiento en cada caso particular? (SD Nro. 95824, dictada en autos 'PUZZI, MARÍA ESTER C/ MAPFRE ARGENTINA ART S.A S/ACCIDENTE -LEY ESPECIAL?', del 25/10/11, del registro de la Sala IV CNAT). En estas condiciones, estimo que los baremos son meramente indicativos, y que la instancia judicial está facultada legítimamente para determinar la existencia o no de incapacidad, a través de la interpretación de los arts. 386 y 477 del CPCCN. Por ende, interpreto que la suma de las incapacidades físicas y psíquicas en forma bruta está justificada, siempre que no se supere el 100%. Luego, teniendo en cuenta los estudios médicos, psicológicos y el diagnóstico de las lesiones que padece en la actualidad el Sr. Ferreira, entiendo que, no se debe utilizar el método de la capacidad restante, conforme los fundamentos precedentemente mencionados. En consecuencia, considero que la incapacidad del actor asciende al 29% (20% incapacidad psicológica + 9% física). Por lo tanto, de propiciar mi voto, corresponde recalcular el monto de condena, en base a una incapacidad del 29% de la t.o. III.- Cabe precisar, que la parte actora consintió la no aplicación del artículo 17 inc. 6, de la Ley 26.773. Sin embargo, no habré de retocar la base de cálculo de la indemnización, en este sentido, a fin de no incurrir en una reformatio in pejus. Así, con respecto a: la no vinculatoriedad de los fallos de la CSJN (ver punto A); el alcance de la aplicación intertemporal de las normas (ver punto B); el análisis del fallo de la CS, en los autos 'Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente - ley especial?' sobre la aplicación de las mejoras reguladas en la Ley 26.773, aún a los hechos anteriores a la vigencia de la ley (ver puntos C); asimismo, adicione argumentos sobre el cálculo del RIPTTE, regulado en el artículo 17 inc. 6 y, la aplicación del art. 3 a los accidentes in itinere (ver punto D Y E), me remito a los fundamentos expuestos en la causa 'Fiorino, Augusto Marcelo C/QBE Argentina ART S.A. S/ Accidente-Ley Especial? Causa Nro. 1832/2013, del registro de esta Sala, el día 25/04/2017. IV.- En cambio, solicita que se aplique el art. 11 de la ley 27.348. En efecto, debo señalar que el IBM fue objeto de modificaciones desde su regulación en 1995, dependiendo de cuál era la incapacidad clasificada por el legislador, a la que se estuviese haciendo referencia. Inicialmente, se obtenía de 'dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a cotización correspondientes a los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante o al tiempo de prestación de servicio si fuera menor a un año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado (...) El valor mensual del ingreso base resulta de multiplicar la cantidad obtenido según el apartado anterior por 30,4? (lo puesto de resalto me pertenece). Luego, el artículo 4° del Decreto 1278/00, sustituyó el apartado 1 del artículo 12 de la Ley N° 24.557, en lo atinente a las remuneraciones, estableciendo que el cálculo se haría sobre (...) la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, devengadas en los DOCE (12) meses anteriores a la primera manifestación invalidante (...)? Posteriormente, en el año 2009, el art. 6 del decreto 1694/09, estableció '...las prestaciones dinerarias por incapacidad laboral temporaria (ILT) o permanente provisoria, mencionadas en el art. 11, inc. 2 de la ley 24.557, se calcularán, liquidarán y ajustarán de conformidad por lo establecido por el art. 208 de la Ley 20.544 y sus modificatorias?. Lo que fue complementado con la Resolución N° 982/2010, en su artículo primero: 'Las prestaciones dinerarias en concepto de Incapacidad

Laboral Temporaria (I.L.T.) y Permanente Provisoria (I.L.P.P.), se calcularán, liquidarán y ajustarán, en ambos supuestos, conforme a las pautas dispuestas por el artículo 208 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. Para determinar el monto de las aludidas prestaciones dinerarias, el término "remuneración" a que se refiere el precitado artículo, incluye la totalidad de los conceptos que debió percibir el damnificado al momento de la Primera Manifestación Invalidante (P.M.I.), sin tener en cuenta el tope máximo de remuneraciones sujetas a aportes que estipula la ley previsional. Y, en su artículo segundo que: "La prestación dineraria que se devengue deberá incluir la parte proporcional del Sueldo Anual Complementario (S.A.C.)". Lo que fue objeto de una nueva modificación en octubre de 2012. En efecto, la Ley 26.773, y la incorporación del coeficiente de actualización RIPTE sobre la base salarial del artículo 12 de la Ley 24557, sin discriminar incapacidad sobre la que resultaría aplicable. En igual sentido, en una nueva vuelta de tuerca, el legislador, adoptando el criterio que viene sosteniendo la suscripta en cuanto a la base salarial "bruta", sustituye el artículo 12 de la ley 24557, por el 11 de la Ley N° 27.348 (B.O. 24/02/2017) estableciendo que "a los fines del cálculo del valor del ingreso base se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengados -de conformidad con lo establecido por el artículo 1° del Convenio N° 95 de la OIT- por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante...?" (lo destacado me pertenece). A su vez, la modificación agrega que esos doce salarios mensuales tomados a fin de establecer el promedio "se actualizarán mes a mes aplicándose la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables)". Con lo cual, tal regulación contiene la lógica aplicada por la suscripta hasta el momento. Esto es, el ingreso base según lo normativizado por el 208 de la LCT, con más la aplicación del coeficiente RIPTE regulado por el artículo 17.6 de la ley 26.773 al momento del efectivo cobro. Advierto que en rigor de la aplicación del principio de progresividad, así como el artículo 9 de la LCT, considero que en caso de resultar más beneficioso el artículo 12 modificado por la Ley 27.348 que el salario según criterio del artículo 208 de la LCT, haré aplicación inmediata del mismo -sobre la aplicación intertemporal de la ley será un tema que volveré-. Asimismo, cabe advertir que el artículo se refiere a los supuestos de incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador. Con lo cual, bien puede introducirse la discusión si nos encontramos o no frente al carácter "definitivo" de esta. Lo mismo sucede en el Decreto 1694/09 y la Resolución Nro. 982/2010, en los que no se prevé que se apliquen las disposiciones del art. 208 de la LCT, para las incapacidades parciales permanentes. Así, encuentro que esta diferenciación que hace la ley, no sólo afecta el principio de igualdad, si no también resulta infundada y discriminatoria. Digo esto, ya que encuentro injusto que un trabajador que posee una incapacidad temporaria, o permanente provisoria, resulte más protegido que uno que posee una incapacidad de mayor gravedad, como lo es una de tipo definitiva, sea parcial o total. Así, es injustificado que exista esta diferenciación entre incapacidades que no son permanentes y que podrían no ocasionar perjuicios en el futuro para quien las padezca, e incapacidades definitivas, que sí serán eventualmente un obstáculo casi seguro, para quien las sobrelleve. Máxime cuando, a su vez, fueron modificados los plazos para la consideración de la incapacidad temporaria -de uno a dos años, sumado al concepto de recidivas-, los plazos establecidos para considerarla permanente -36 meses, o máximo 60 meses desde el accidente o toma de conocimiento de la enfermedad, esto es, pueden pasar más de 5 años- para que recién ahí se la considere definitiva, ergo, indemnizable con este criterio que resulta más progresivo que lo regulado hasta el momento. Resulta claro que esta potestad de resolver estos cortes temporales de la incapacidad está en manos de las ART y de las comisiones médicas en la faz administrativa -tema sobre el que no aportaré opinión dado que excede el ámbito de congruencia-, por lo tanto, encontrándose el conflicto en el proceso judicial es el juez quien resuelve. En consecuencia, considero que en esta etapa resulta indistinta la clasificación que realiza la ley de riesgos del trabajo sobre las contingencias. Consecuentemente, entiendo inconstitucional que la clasificación de las incapacidades - que básicamente es en función de cortes temporales arbitrarios-, pueda incidir in pejus en el cálculo del IBM, y con ello, en detrimento de la reparación sistémica de los daños. Por último, y solo como un dato ejemplificador del impacto de la realidad, es que encuentro necesario poner de resalto que en su artículo 10, la Ley 26.773 establece que: "La determinación de la base imponible se efectuará sobre el monto total de las remuneraciones y conceptos no remunerativos que declare mensualmente el empleador". Con lo cual, si para el cálculo de la prima debe tenerse en cuenta la monto neto del salario, ¿cuál es la excusa para no aplicar el mismo criterio cuando, el beneficiado es el trabajador siniestrado que se encuentra en una evidente situación de desventaja patrimonial? Obviamente, la pauta de que cuando se trata de prima, uno sea el criterio, y otro cuando lo que se considera es la indemnización del trabajador, implica un uso regresivo del paradigma normativo, (como si estuviésemos en un constitucionalismo clásico, y no en el de los derechos humanos fundamentales). Lo que con otras palabras, causara asombro a la anterior Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Camacho Acosta", Fallos, 320-1633, cuando en la instancia previa, se hiciera lugar a una cautelar por motivos económicos rechazando otra por cuestiones de salud (se había hecho lugar a un embargo, cuando por el contrario, se desestimaba la provisión de una prótesis cuya urgencia venía dada por la muerte de las células en las terminales nerviosas). Advierto que la magistrada se encuentra habilitada constitucionalmente para declarar la tacha de este aspecto de la norma, toda vez que es el deber de los magistrados realizar oficiosamente el control de

constitucionalidad y convencionalidad. En este aspecto me remito, tal y como lo he señalado minuciosamente, in re ?Fiorino, Augusto Marcelo C/QBE Argentina ART S.A. S/ Accidente-Ley Especial? Causa Nro. 1832/2013, del registro de esta Sala, el día 25/04/2017, entre otros (párrafos que serán citados seguidamente en Punto VI). Dicho esto, y de conformidad con las

remuneraciones informadas por AFIP, a fs. 45, la remuneración mensual del actor fue:	2015	Marzo
\$ 15.314,25	Abril	\$ 11.006,82
Junio	\$ 17.983,77	Julio
\$ 12.153,36	Septiembre	\$ 11.048,51
\$ 12.837,56	Noviembre	\$ 14.175,66
19.914,75	2016	Enero
15.392,30	Luego, procedo a realizar el cálculo según el artículo 12 de la Ley 27348. Según la tabla de	Febrero

REMUNERACIÓN IMPONIBLE PROMEDIO DE LOS TRABAJADORES ESTABLES (RIPTE) -Informe de mayo de 2018, último publicado-, los doce meses anteriores al accidente presentan los siguientes ajustes: Entonces, el ajuste RIPTE de los doce meses anteriores al siniestro, es de:

Remuneración Bruta actualizada por RIPTE	Variables	Coefficient e RIPTE mensual
2,28	15.314,25 x 2,28 = 34.916,49	3.353,50 (mayo 2018) / 1.471,07 (Marzo 2015)
2,24	11.006,82 X 2,24= 24.655,28	3.353,50 (mayo 2018) / 1.494,77 (Abril 2015)
2,16	11.808,01X 2,16= 25.505,30	3.353,50 (mayo 2018) / 1.549,59 (Mayo 2015)
2,08	17.983,77 X 2,08= 37.406,24	3.353,50 (mayo 2018) / 1.612,17 (Junio 2015)
2,02	11.048,51X 2,02= 22.317,99	3.353,50 (mayo 2018) / 1.661,48 (Julio 2015)
(Agosto 2015)	2,01	11.048,51X 2,01= 22.317,99
1.712,64 (septiembre 2015)	1,96	12.153,36 X 2,01= 24.428,25
(mayo 2018) / 1.737,68 (Octubre 2015)	1,93	3.353,50 (mayo 2018) / 1.612,17 (Junio 2015)
3.353,50 (mayo 2018) / 1.774,68 (Noviembre 2015)	1,89	12.837,56X 1,93= 24.776,49
3.353,50 (mayo 2018) / 1.806,09 (Diciembre 2015)	1,86	14.175,66X 1,89= 26.792,00
37.041,44	3.353,50 (mayo 2018) / 1.808,60 (Enero 2015)	1,85
1,85= 23.428,47	3.353,50 (mayo 2018) / 1.888,34 (Febrero 2015)	1,78
15.392,30X 1,78= 27.398,29		

Así, con estos resultados preliminares, el IBM promedio es de \$ 27.679,64 (\$332.337,81-sumatoria de salarios actualizados por RIPTE- / 365 días x 30,4). Como consecuencia, y atento a que el salario bruto del mes del accidente (artículo 208 LCT), es menor al promedio obtenido según la regulación del artículo 12 de la Ley 24557 (modificada por Ley 27348), el IBM considerado es de \$ 27.679,64. V.- En consecuencia, para determinar el monto por el que prosperará la indemnización, corresponde calcular el art. 14 ap. 2, inc. b) de la ley 24.557, y sumar el 20% establecido por el art. 3 de la ley 26.773. Por lo que el capital, para el cálculo del art. 14 inc. b), ap. 2, de la ley 24.557, asciende a la suma de \$837.980,13 (\$27.679,64 x 53 x 29% x 65/33). Por lo que el monto del art. 3 de la ley 26.773 es de \$ 167.596,03 (20% de 837.980,13). En consecuencia, la acción prosperará por la suma de \$ 1.005.576,16, que deberá ser depositada en autos dentro del quinto día de haber quedado firme la liquidación del artículo 132 de la L.O. VI.- Disiento desde el momento en que cabe aplicar el ACTA n° 2658, que a la fecha de este pronunciamiento es del 48,97%, según oficina de informática, informe de Prosecretaria General. En materia de intereses, cabe señalar que conforme lo expresé en la causa N° 36638/2012/CA1, ?RODRIGUEZ, NORMA DEL VALLE y OTRO c/PRIORITY HOME CARE SRL y OTRO s/DESPIDO?, de fecha 7/12/17, sostuve que a partir del 1° de diciembre del 2017, la aplicación del 36% fijo anual que dispone el Acta N° 2630/16, en lugar del Acta N° 2658/17. Desde la nueva integración, y efectuado un nuevo análisis de la situación, propicio que a partir del 08/05/2018 se aplicara la tasa de intereses determinada en el ACTA n° 2658. Ello, sin perjuicio de lo que he manifestado en la causa mencionada. En consecuencia, entiendo que correspondería aplicar el Acta 2658 desde el 08/05/2018, fecha en la que la misma establece un interés superior al 36%. VII.- Ante el nuevo resultado del litigio que propicio, y lo normado por el art. 279 del CPCCN, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior y proceder a su determinación en forma originaria. Sin embargo, no encuentro motivos para fijar las costas y regular los honorarios en forma diferente de lo que se hiciera en primera instancia. Asimismo, atento a la forma de resolver, propongo imponer las costas de alzada, a la demandada vencida (art. 68 CPCCN). Propicio regular los honorarios de los profesionales firmantes de fs. 145/149 y fs. 159/162 por sus trabajos ante la alzada, en el % y % respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus trabajos ante la instancia previa (art. 14 ley 21839). Respecto de la adición del Impuesto al Valor Agregado a los honorarios, esta Sala ha decidido en la sentencia N° 65.569 del 27.9.93, en autos ?Quiroga, Rodolfo c/ Autolatina Argentina S.A. s/ accidente-ley 9688?, que

el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Compañía General de Combustibles S.A. s/ recurso de apelación" (C.181 XXIV del 16 de junio de 1993) sosteniendo "que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio -adicionárselo a los honorarios regulados- implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto?". De prosperar mi voto, propiciaré: I.- Modificar el fallo de primera instancia, y por ende elevar el monto de condena a la suma de PESOS UN MILLÓN CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS CON DIECISÉIS CENTAVOS (\$1.005.576,16). Dicha suma, deberá ser depositadas en autos dentro del quinto día de haber quedado firme la liquidación del artículo 132 de la L.O., con más un interés conforme Acta N° 2601/2014 de la C.N.A.T desde la exigibilidad del crédito, hasta el 30/11/2017. A partir del 1° de diciembre del 2017, conforme una tasa de interés anual del 36% anual hasta el 07/05/2018. Desde el 08/05/2018, y hasta su efectivo pago, conforme ACTA n° 2658; II.- Imponer las costas de alzada a cargo de la demandada vencida; III.- Regular los honorarios de los letrados firmantes de fs. 145/149 y fs. 159/162, por su labor ante este tribunal, en ?% (? por ciento) y ?% (? por ciento), respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa, con más el impuesto al valor agregado; IV.-Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013. El Dr. Alejandro H. Perugini dijo: En lo que es motivo de disidencia, adhiero al voto del Dr. Pérez. Consecuentemente, EL TRIBUNAL RESUELVE: I. Confirmar la sentencia de la instancia anterior, en todo cuanto es motivo de agravios. II. Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida. III. Mantener la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes en primera instancia. IV. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta alzada en un ? % (? por ciento) para la parte actora, y un ?% (? por ciento) para la demandada. En caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado, que estará a cargo de quien deba retribuir la labor profesional. V. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. Alejandro H. Perugini Juez de Cámara Diana R. Cañal Juez de Cámara Miguel O. Pérez Juez de Cámara Ante mí: Secretaria María Luján Garay Correlaciones: Nota al fallo por Vázquez, Eduardo D.: "Comentarios médico-legales sobre la sentencia definitiva (expte. N°: CNT 63950/2016/CA1) "Ferreira, Claudio Alberto c/experiencia ART SA s/accidente - ley especial" - Juzgado N° 77? - ERREIUS - Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio - marzo/2019 - Cita digital IUSDC286453A 035915E