

En la ciudad de General Pico, provincia de La Pampa, a los veinticinco días del mes de abril del año dos mil dieciocho, se reúne en ACUERDO la SALA B de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial para resolver el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados "C., M. S. C/ FRIGORÍFICO GENERAL PICO S.A S/ ACCIDENTE ACCIÓN CIVIL" (expte. Nº 6118/17 r.C.A.), venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral Nº 1 de esta Circunscripción.- -----

El Dr. Rodolfo Fabián RODRÍGUEZ, sorteado para emitir el primer voto, dijo:-----

I.- Plataforma fáctica: ----- El Sr. M S C desde el 19/07/2013 trabajaba en el Frigorífico General Pico S.A. desempeñándose en el sector de desposte y realizando, alternadamente, repartos en las carnicerías de la ciudad.----- Manifiesta que el día 06 de mayo de 2.014, se encontraba en la carnicería situada en calle 35 esquina 2 y, al esperar debajo del camión que su compañero le pasara la media res, ésta se le cayó sobre su cuello y hombros causándole una fractura en la 6ta. vértebra cervical. La empleadora efectuó la denuncia ante QBE ART y se llevó a cabo el procedimiento pertinente.-----
----- Como consecuencia de lo acontecido, el 27/09/2.014 la Aseguradora de Riesgos de Trabajo, le notificó la recalificación de tareas. Se le prohibieron tareas de carga o traslado de piezas mayor a diez kilos por encima del hombro y evitar realizar fuerza superior a tres kilos en esa posición.-----
----- El Sr. C inicia su demanda por daños y perjuicios por la suma de \$ 507.660,21 contra FRIGORÍFICO GENERAL PICO S.A., planteando la responsabilidad de la demandada en virtud del art. 1.113 del Código de Vélez, y solicita la indemnización por la incapacidad física sufrida, daño psicológico/psiquiátrico, daño moral y cargas de familia argumentando que los hechos acontecidos le causaron una incapacidad física y produjeron un trastorno de ansiedad.-----
----- A fs. 86 se corre traslado de la demanda.-----
- A fs. 94/99 comparece FRIGORÍFICO GENERAL PICO S.A., contesta demanda y solicita la citación de QBE ART. Luego de negar categóricamente los hechos, reconociendo la fecha de ingreso y el sector donde se desempeñaba el Sr. C, manifiesta que podrían haber sido variadas las causas de los daños invocados. Agrega que desde su parte se cumplieron con las medidas de seguridad respecto de las tareas que desempeñan sus empleados. Agrega que ante la notificación del suceso, se tomaron los recaudos necesarios para la cobertura y asistencia del Sr. C., y posteriormente, se efectuó la recalificación de las tareas que se sugirieron desde la ART. Se opone a la aplicación de la Tasa de Interés Activa, y solicita el rechazo íntegro del reclamo.-----
----- A fs. 141 comparece la citada QBE ART S.A. a los fines dispuestos por el art. 6 de la ley 26.773. Luego de esbozar una negativa de los hechos, plantea que el actor padece una patología preexistente en columna, discopatías degenerativas, lo que se deberá tener en cuenta para imputar la incapacidad al siniestro. Con respecto a las lesiones psiquiátricas, expone que el trabajador nunca solicitó asistencia psicoterapéutica durante el tratamiento ni ante su presentación en la Comisión Médica. Agrega que la acción promovida fue interpuesta en forma extemporánea, y por último, plantea falta de legitimación pasiva respecto del reclamo que se

sustenta en los términos del art. 1.113 del Código Civil.-----
Sentencia del Aquo: A fs. 525/542 el aquo dicta la sentencia cuestionada en la apelación vertida por el recurrente. La magistrada de Primera Instancia realiza un pormenorizado relato de los hechos del expediente a fs. 525/529 vta. a los cuales me remito por razones de brevedad. Encuadra el análisis del caso en las siguientes cuestiones: 1°) la existencia del accidente laboral denunciado; 2°) la verificación de los presupuestos de responsabilidad civil para la procedencia de la acción entablada por daños y perjuicios; 3°) la responsabilidad de la demandada y 4°) la determinación del monto de reparación conforme los rubros pretendidos en la esfera civil y la indemnización que hubiere correspondido en el marco de la LRT a los fines de la acción de regreso que “Frigorífico General Pico S.A.” pueda ejercer atenta a la cobertura contratada con la ART de acuerdo a lo previsto en la ley 24.557 y su complementaria ley 26.773.----- En un primer término, la sentenciante tuvo por cierto la fecha denunciada por el actor en la que sufrió el accidente, y que fue asistido en la Clínica Argentina. También tuvo por acreditadas las tareas desempeñadas por el Sr. C. y las circunstancias en las que ocurrió el siniestro a fs. 530 vta.-----

----- En el examen del daño invocado por el actor, analiza la documental de fs. 16, las periciales traumatológica fs. 376, neurológica fs. 381, y los informes aportados por especialistas en psiquiatría en virtud del “pánico” invocado consecuencia del accidente sufrido. El aquo expresa que los dictámenes del perito traumatólogo arrojan una incapacidad del 21,5% y el del perito psiquiatra una del 10%; la incidencia de esta incapacidad sobre la residual resulta del 7,85%, otorgando un porcentaje de incapacidad del 29,37% de ILPPyD (art. 451 CPCC), indicando que se debe calcular la indemnización por incapacidad sobreviniente sobre aquel porcentaje. Agrega la magistrada de grado que ha quedado acreditado en autos el nexo causal entre la lesión que causó la incapacidad y el hecho denunciado.----- Seguidamente se pasó a analizar la responsabilidad civil de la demandada. A fs. 533 vta. la magistrada de grado expresa que las circunstancias del caso junto con las conclusiones del perito médico resultan una prueba categórica del nexo causal entre la incapacidad que padece el actor y el hecho denunciado. Agrega que a su entender se encuentran reunidos en autos los presupuestos de la responsabilidad objetiva prevista por el art. 1.113 del Código Civil vigente al momento de producido el evento dañoso, resultando Frigorífico General Pico S.A. responsable por el daño causado.-----

----- Partiendo del grado de incapacidad determinado, la sentenciante procedió a analizar cada uno de los rubros reclamados. Hizo lugar al rubro de incapacidad sobreviniente, tomando la edad de 30 años y el ingreso mensual de \$ 7.421,32, determinando la fórmula actuarial para calcular el lucro cesante de la ecuación: $C = a \times (1 - V_n) \times 1/i$, donde $V_n = 1 / (1 + in)$, y C, lo que concluyó en un monto indemnizatorio de \$ 587.163,20. Posteriormente agrega que dicha suma debe ser incrementada en \$ 58.000 en concepto de adicional por cargas de familia (fs. 538).-----

----- Seguidamente se pasó a analizar el daño psicológico-psiquiátrico reclamado. La sentenciante concluyó que no correspondía indemnizarlo por este rubro ya que en autos no se había probado un daño patrimonial -emergente- (fs. 537/537vta).-----
----- La magistrada de grado hizo lugar al reclamo por daño moral y condenó al

demandado a pagar la suma de \$ 50.000 en concepto de indemnización (fs. 538 vta).-----

----- En lo que respecta a la participación de QBE Argentina ART, tercera citada en el proceso en los términos de la ley 26.773, se la condena a depositar el importe contemplado en el art. 6 de dicha ley.----- La sentenciante continúa analizando la indemnización contemplada en la LRT conforme el grado de incapacidad final parcial y definitiva. Manifiesta que siendo el porcentaje de incapacidad del actor menor al 50 % se subsume el caso de autos en el art. 14.2.a de la ley 24557, y considera IBM la suma percibida por el actor en el mes de mayo 2.014. En virtud de ello y conforme a lo reglado en el art. 14.2 ut supra mencionado, se condena a la ART a abonar la suma de \$ 250.218,48, mas el incremento del 20% previsto en el art. 3 de la ley 26.773, arribando a suma de \$ 300.262,17.----- Dispuso también que a todos los rubros indemnizatorios detallados anteriormente se les deberá adicionar la tasa mix de interés de uso judicial, que impuso las costas del proceso a cargo de la parte demandada vencida Frigorífico General Pico S.A.----- RECURSOS: Una vez dictada la

sentencia de primera instancia, apelaron las dos partes y la citada en garantía.-----
----- A fs. 553 apeló QBE ART S.A., se concedió el recurso en relación y con efecto suspensivo a fs. 561, el cual fue desistido a fs. 566.----- A fs. 555 la parte demandada, FRIGORÍFICO GENERAL PICO S.A. presentó recurso de apelación contra la sentencia dictada en autos, el cual se concedió a fs. 567 en relación y con efecto suspensivo y a fs. 570/572 expuso sus quejas.-----

----- A fs. 556 la actora apeló la sentencia de primera instancia. Se le concedió el recurso a fs. 579 en relación y con efecto suspensivo, y a fs. 580/584 expresó sus agravios.-----

----- Agravios del demandado: ----- Primer agravio: se queja esta parte por el porcentaje de incapacidad atribuido al actor. Manifiesta su disconformidad con la valoración que se efectuó sobre la pericial traumatológica.-----

Segundo Agravio: Se agravia por la imposición de costas a su cargo.-----

----- Tercer Agravio: Se queja el demandado por la indemnización impuesta en concepto de cargas de familia. Expresa que el actor ya recibe dichas cargas, por lo que con la nueva liquidación se desencadena un enriquecimiento injustificado a favor del Sr. C. y en perjuicio de esta parte.-----

Cuarto Agravio: Se agravia el apelante por la condena al pago de la indemnización por daño moral. Agrega que no existen en la sentencia, razones objetivas que justifiquen dicha condena.-----

----- A fs. 574/576 la actora contesta de manera fundada cada uno de los agravios vertidos por la demandada, solicitando el rechazo de los mismos, con costas.-----

----- Agravios del actor:----- Primer agravio: se agravia el apelante por el porcentaje total de incapacidad fijado en la sentencia de grado. Agrega que la valoración efectuada por la sentenciante, de los factores de ponderación señalados en los informes de los Dres. Marcos Koncurat y Alejandro Montanaro para determinar el grado de incapacidad del Sr. C. no es la adecuada.----- Manifiesta en su escrito que la magistrada de grado cayó en un error conceptual al evaluar los factores de ponderación que inciden en los

porcentajes de incapacidad dados por cada uno de los médicos. Agrega que aquéllos correspondían a distintas incapacidades (psicológica y traumatológica) por lo tanto se deberían haber sumado y no considerarlos equivalentes como se dictaminó en la sentencia.-----

----- Segundo Agravio: Se agravia por el monto otorgado por el adicional de cargas de familia. Considera que el mismo es escaso si se tiene en cuenta que el actor está a cargo de tres hijos menores de edad y que la obligación alimentaria continuaría en un promedio de 10 a 17 años.-----

----- Tercer Agravio: Se queja porque se eximió a la Aseguradora de Riesgos de Trabajo del pago de las costas.----- Cuarto Agravio: Se agravia el actor por la tasa de interés fijada por el aquo. Manifiesta que el origen del reclamo se efectuó en mayo 2.014 y, que desde aquella fecha a la actualidad se desencadenó un aumento inflacionario que no se encuentra compensado con la aplicación de la Tasa Mix, sino que en autos se debe utilizar la Tasa Activa de uso judicial.----- A fs. 588 la demandada contesta de manera fundada cada uno de los agravios vertidos por la actora, solicitando el rechazo de los mismos, con costas.-----

----- Argumentación:----- Recurso de la

demandada:----- Primer Agravio: Se queja porque la jueza de grado no ponderó adecuadamente la impugnación realizada por la A.R.T. respecto de la preexistencia de la supuesta lesión. El recurrente basa su agravio en la impugnación efectuada por la A.R.T. quien desistiera de la apelación oportunamente opuesta, con lo cual para esa parte procesal la sentencia del a quo se encuentra firme y consentida. La apelante no manifiesta argumentos propios o impugnaciones efectuadas por ella durante el proceso que ameriten un cuestionamiento serio a la pericial traumatológica de fs. 372/376. Por estos motivos entiendo que el recurso está desierto, habida cuenta que el mismo no contiene una crítica concreta y razonada a los argumentos dados por la jueza cuando efectivamente analiza la impugnación de la A.R.T., por lo cual el agravio solo constituye una mera discrepancia con el fallo de grado. Esta Alzada ya ha dicho al respecto que: "El hecho de que la crítica sea concreta se debe a que la misma tiene que referirse específicamente al error de la resolución por el cual se reclama ante la alzada, pues los agravios deben ser hechos de modo claro y explícito, aspecto que constituye una carga procesal y deben contener una indicación detallada de los pretendidos errores u omisiones que se atribuyen al pronunciamiento. Que la crítica sea razonada, importa que la misma deba contener fundamentos y una explicación lógica de por qué el juez ha errado en su decisión, es decir, ha de presentarse una crítica precisa de cuáles son los errores que la resolución contiene, ya sea en la apreciación de los hechos y de la valoración de la prueba o de la aplicación de las normas jurídicas (ver Falcón Enrique M. - Colerio Juan P. 'Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial', Tomo VIII, ps. 108/109; edit. Rubinzal Culzoni 2009; Palacio: 'Derecho Procesal Civil', Tomo V, p. 261; 2ª edición actualizada. Reimpresión; edit. Abeledo Perrot 2005). Debe tenerse presente que, ni la mera discrepancia, disenso o disconformidad con el juez, en modo alguno constituyen una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas; es decir, la mera discrepancia o disconformidad con la solución sin aportarse razones que la desvirtúen o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no es expresar agravios en los términos que lo exige el art. 246 del Código Procesal (ver Santi Mariana en: en Highton - Areán: 'Código Procesal Civil...', Tomo 5, p. 241, edit. Hammurabi 2006). Si se tienen en cuenta los fundamentos

expresados para rechazar la redargución de falsedad, y lo expresado en los agravios, se advierte que los mismos, más que una crítica, demuestran una disconformidad con lo decidido por el juez, fundamentalmente con la valoración que hizo de la escasa prueba que se produjo en el incidente, motivo por el cual, a mi juicio, el recurso se encuentra desierto..." (GAMALERIO, Silvia Griselda y otros c/ GROSSO, Carlos José y otro S/ REDARGUCIÓN DE FALSEDAD; expte. Nº 4811/11 r.C.A.).- - - - - Sin perjuicio de lo expuesto considero que la impugnación efectuada por la A.R.T. a fs. 378 no alcanzó a conmover los argumentos de la pericia traumatológica, siendo que este informe da cuenta de secuelas que la A.R.T. indica en su escrito impugnativo que no se presentan; igualmente pide una explicativa al experto sobre esta cuestión, y la misma nunca se brindó y ni la propia parte impugnante, como así tampoco el demandado - requirieron que se instara; por ello la impugnación de fs. 378 no logra conmover los fundamentos dados en el informe pericial del Dr. Alejandro MONTANARO. En un fallo del año 1.997, dictado en los autos: "MIRANDA, Juan Solano c/ FRIGORÍFICO GENERAL PICO S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS PROCESO LABORAL", expte. Nº 892/97 r.C.A., el Dr. RODRÍGUEZ había dicho: "Esta Cámara ha señalado repetidamente la importancia que tienen los peritajes médicos para conocer y ponderar la incapacidad laboral que pueden padecer los litigantes. Se ha declarado también con frecuencia que no es prudente apartarse de esos dictámenes, salvo que existan razones fundadas para hacerlo. Es indudable, asimismo, que las alegaciones que hagan las partes con respecto a los peritajes médicos no convierten a los abogados en médicos ni en peritos, ni los dota de la autoridad científica de tales...". Teniendo en cuenta lo expuesto y dado que "la prueba idónea para determinar la incapacidad padecida por el actor es la pericial médica" (Expte. Nº 3234/05 r.C.A.). Por todos los motivos expuestos cabe el rechazo del primer agravio.----- Segundo Agravio: En este caso el apelante se queja por la distribución de costas. Al existir más agravios de esta parte y un recurso por parte del actor estimo conveniente por razones metodológicas diferir el tratamiento de esta queja al finalizar el análisis de ambos recursos.----- Tercer Agravio: En esta queja el apelante señala que no se ha aportado prueba alguna que demuestre que el actor dejó de percibir las cargas de familia, realizando una cita legal respecto a la asignación universal por hijo contemplada en la ley 24.714. En primer término aclaro que la ley citada por el recurrente no es aplicable a la situación laboral del actor, quien no es desocupado ni se desempeña en la economía informal, con lo cual ese argumento legal debe desecharse.----- Por otra parte el demandante a fs. 81/81 vta. claramente reclama el rubro "adicional por cargas de familia", y en la contestación de demanda de fs. 99 el recurrente no cuestionó dicho rubro por lo cual no se trabó la litis en función de este ítem. Siendo así, este tema no fue materia expuesta al juez de primera instancia y por ello no puede utilizarse como argumento en este recurso so pena de violarse el principio de congruencia. La doctrina ha dicho al respecto: "A su vez, el superior sólo puede fallar conforme los pedidos y defensas oportunamente sometidas a la consideración del juez inferior (congruencia). Porque los recursos de apelación, nulidad o extraordinario jamás implican un nuevo enjuiciamiento, con su consiguiente acuerdo para introducir pretensiones u oposiciones novedosas. Se trata, solamente, de verificar el mérito de la anterior sentencia, o sea, el acierto o error con que ella se motiva . De allí que el Tribunal de Casación únicamente pueda pronunciarse respecto de las cuestiones que, en tiempo hábil, fueron propuestas por las partes en los escritos postulatorios: demanda, reconvención y respectivas

contestaciones; de oposición de defensas y excepciones; de alegación de hechos nuevos y sus consecuentes traslados." (La congruencia recursiva. El adagio "tantum devolutum quantum appellatum". Principio y excepciones • Midón, Marcelo Sebastián • Sup. Doctrina Judicial Procesal 2010 (abril) , 9 • AR/DOC/1191/2010). Asimismo esta Cámara ha dicho: "... para que la alzada pueda pronunciarse, es necesario que tales capítulos hayan sido propuestos a la decisión del juez de primera instancia, es decir, en los escritos introductorios que son las etapas adecuadas para lograr el pronunciamiento del a quo; y no en cualquier oportunidad que no resulte la adecuada para obtener el pronunciamiento del juez de primera instancia (como ocurriría si se plantea el capítulo al momento de alegar). Por supuesto, incluso con mayor razón, la expresión de agravios en el trámite del recurso de apelación no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (Roberto G. Loutayf Ranea, "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", págs. 183/184, Astrea) (PANELO, Walter René C/ BORDA, Carlos Damián S/ DESPIDO INDIRECTO, expte. N° 5876/16 r.C.A.). Por los argumentos expuestos este agravio debe rechazarse.-----

----- Cuarto agravio: En la presente queja la accionada argumenta que el importe por daño moral fijado por el a quo es exagerado y que no existen razones objetivas para la ponderación efectuada por la jueza de grado. Esta Cámara ya ha dicho que "el 'daño moral' se configura por todo sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier reparación de orden patrimonial. Es el menoscabo en los sentimientos, consistente en los padecimientos físicos y espirituales, las inquietudes, miedos, o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser consecuencia del hecho perjudicial" (Exptes. 5515/15 y 5561/15, ambos r.C.A., entre otros).----- Está claro que el actor sufrió padecimientos físicos y psíquicos, y que ellos menoscabaron su sentimientos. Prueba de esto es lo dicho por el experto en psiquiatría en su informe a fs. 396: "... hoy se acepta que las patologías idóneas para desencadenar estas manifestaciones afectivas o del estado de ánimo abarcan episodios traumáticos agudos, así como prácticamente todo el espectro de condiciones o patologías crónicas, pero en particular, aquellas que por su naturaleza, producen una afectación significativa de las diferentes áreas de la vida (social, familiar, laboral, etc.), en la forma de una disminución o pérdida de su autonomía, pero también como la limitación de actividades que habitualmente se hacían sin dificultades...". Así, queda en claro que todo el cuadro padecido por C. le ha producido un menoscabo en su sentimientos de vida familiar y social, en definitiva de lo que se compone el daño moral.----- Del escrito recursivo no se desprende una clara impugnación a estos conceptos, sino una discrepancia con el monto asignado por la jueza, que a mi criterio es correcto. Con respecto a la conducta desplegada por la demandada no cabe analizarse ya que el carácter de daño es resarcitorio y no sancionatorio, es decir, que se mira el padecimiento de la víctima; esta alzada ha dicho: "Ya en el expte. N° 215/94 (r.C.A) se dijo que la divergencia entre quienes acuerdan al 'daño moral' un fundamento resarcitorio, poniendo 'sus miras en el lesionado', y quienes sostienen que se trata de una pena y por ende 'estudian el problema desde el punto de vista del autor del daño' (Kemelmajer de Carlucci, en 'Código Civil', Belluscio-Zannoni, t. 5, p. 109), encuentra una definición contundente en el Código Civil, cuyos arts. 522 y 1078 evidencian que en estos casos nos hallamos ante una indemnización y no frente a una sanción (Orgaz, 'El daño moral: ¿pena o reparación?'; ED 79-855; C.S.J., Fallos: 308-1160/1171)" (LESCANO,

María Rosa y otro C/ CEREALES QUEMÚ QUEMÚ S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS, expte. Nº 5191/13 r.C.A.).----- Por ello la crítica referida a este punto no es consistente como para desvirtuar lo argumentado en la sentencia de grado respecto al monto de daño moral. Por lo expuesto, cabe rechazar este agravio.-

----- Recurso de la actora:-----

- Primer agravio: Se agravia el actor porque la jueza de grado no ha sumado los factores de ponderación de las pericias traumatológica y psicológica, entendiendo que todos deben sumarse debido a que las dificultades que contienen se corresponden de acuerdo a cada incapacidad, ya que no es el mismo contenido de los factores de ponderación para una incapacidad psicológica que para una traumatológica. En primer término debo decir que el actor toma como referencia el decreto 659/96 que se corresponde con la incapacidad determinada por la L.R.T., pero aquí se demandó fuera del sistema de esta ley, se lo hizo sobre la base de una incapacidad en los términos del antiguo art. 1.113 del Código Civil. Sin perjuicio de la aplicación concreta del decreto en cuestión, el cual podría tomarse como referencia para analizar estos factores de ponderación, se examinará cuál es la incidencia de los mismos en el grado de incapacidad.-----

----- En este sentido si bien es cierto que el factor de ponderación es una estimación brindada por el experto en cada incapacidad, su impacto en la actividad del sujeto es de la misma índole. Esto se conjuga tomando el factor de ponderación mayor dado en cada pericia, aquí por ejemplo, el perito traumatólogo tomó el 3% por "dificultades para realizar la misma tarea", y éste es el factor de ponderación más alto que subsume a aquél menor o igual que tomó la pericia psicológica, que en ese caso es solo del 1%.----- Discrepo con la sentencia en la forma de calcular el porcentual de incapacidad, veamos; en este caso debe tomarse el porcentual de incapacidad puro de cada informe pericial (sin contabilizar los factores de ponderación). Entonces la pericia traumatológica fijó el 15%, a ello se adiciona el porcentual de incapacidad residual del perito psicólogo, cuya incidencia residual es del 8,5%, para una incapacidad otorgada en el informe del 10%; con lo cual sumados ambos porcentuales puros de las dos pericias arrojan un porcentual del 23,5%. Una vez determinado este porcentual puro es donde entran a jugar los factores de ponderación, tomándose por cada factor y cada pericia el resultado más elevado de cada uno los mismos. En el presente caso se corresponden los tres factores imputados en ambas pericias. En la comparación surge que el informe traumatológico fue el que otorgó mayor porcentual en los tres factores de ponderación (dificultad para realizar las mismas tareas 3%, recalificación laboral 1,5% y edad del 2%) que arroja el 6,5%; con lo cual sumados estos factores al porcentual puro de incapacidad del 23,5% se arriba a un resultado final que arroja una incapacidad del 30% y no del 29,35% como fijó la jueza de grado.-----

----- Los factores de ponderación deben tomarse como concepto en una unidad que es la actividad del sujeto, y por ello no pueden sumarse, sino que se subsumen en el porcentual mayor, vale decir que si "la edad" impacta en un 2%, ese impacto es el mismo para ambas pericias. En el caso del factor "las dificultades para realizar las mismas tareas", en la pericia psicológica asciende al 1% y en la traumatológica el 3%; es evidente que esta dificultad en la actividad del trabajador es única, solo que la incidencia en el caso de la incapacidad psicológica es solo del 1% de dificultad y

en la traumatológica es del 3%, por lo cual el grado menor de dificultad del 1 % ya está subsumido en el 3% dado por la pericia traumatológica, porque de sumarlos se estaría contabilizando ese factor doblemente. Lo mismo sucede con el tercer factor de "recalificación laboral". Por lo expuesto cabe hacer lugar parcialmente al agravio y elevar el grado de incapacidad al 30%.-----

----- Segundo agravio: En este punto el actor se queja del monto otorgado por la sentenciante sobre las cargas de familia, porque entiende que la jueza no ha ponderado el grado de incapacidad con respecto a las cargas de familia del trabajador (padre de tres hijos menores) y a tal fin, cita jurisprudencia de esta Alzada. Debo decir que en este agravio coincido con el importe otorgado por la jueza de grado. En primer término diré que el expediente citado por el recurrente "VELÁZQUEZ" N° 5454/14 r.C.A., refiere a supuestos de hecho totalmente diferentes al de autos, que a su vez fueron acreditados con material probatorio, a diferencia del presente pleito. En cuanto al segundo antecedente, este magistrado no ha votado, pero sin perjuicio de lo cual también las circunstancias de hecho fueron diferentes al presente caso.-----

----- Aclarado esto, debo indicar que en el caso concreto, el demandante lejos ha estado de acreditar que, luego de haber arribado a la mayoría de edad, los hijos que alcanzaron tal condición continuaran dependiendo económicamente de él. Tampoco existen elementos para presumir que los mismos cursarán estudios universitarios y que la ayuda del progenitor se hubiera extendido por tal razón luego de alcanzada la mayoría de edad; lo cierto es que ninguna prueba se ha arrojado al respecto. Considero pertinente citar un precedente de esta Sala (Nro. 6059/17 r.C.A), que contiene similares características con el presente e inclusive ha sido iniciado contra la parte demandada, siendo que el tipo de actividad efectuada por el actor en aquellos autos era análoga con el presente caso; además fue sentenciado en fecha reciente, y se estimó una asignación familiar por hijo de aproximadamente 1,5 %.----- Por lo cual, teniendo en cuenta que el actor tiene tres hijos en edad escolar y el porcentaje de incapacidad es mayor que en el precedente citado, es razonable el monto establecido por la jueza de grado del 10% por asignaciones familiares. Por lo que el presente agravio cabe desestimarse.-----

----- Tercer Agravio: Se queja el apelante porque la jueza pese a estar condenada la A.R.T. en los términos del art. 6 de la ley 26.773 se la eximió del pago de costas. Aquí debo aclarar que la A.R.T. no está condenada por la sentencia judicial dictada, sino por imperio de la norma legal mencionada que obliga a la aseguradora a abonar el monto indemnizatorio que hubiere correspondido por la reparación sistémica de la L.R.T. (Ley Riesgos del Trabajo); por ello tal como estipula el propio artículo 6 deberá abonar también las costas proporcionales a ese monto.-----

----- Por un sentido práctico la jueza en primer término cita a la A.R.T. para que comparezca al proceso y haga valer sus derechos, para luego en su sentencia, determinar el monto indemnizatorio haciéndole saber a la A.R.T. que deberá abonarlo, pero sin haber sido condenada en virtud de la opción efectuada por el trabajador. Es cierto que omitió manifestar cuál es el importe de las costas que le corresponden abonar a la A.R.T. en virtud de ese imperativo legal. Pero este cálculo se deberá realizar al momento de la liquidación final en este proceso, calculando el porcentaje correspondiente que la aseguradora debe abonar de costas en función de la condena final en el presente proceso.----- La A.R.T. fue citada a este proceso, compareció y no observó ni tachó de inconstitucional el art. 6 de

la ley 26.773, con lo cual se atuvo a las reglas del citado artículo -el cual si bien es peculiar, habida cuenta que hace soportar en costas a la A.R.T., en contradicción aparente con el art. 62 del C.Pr. local- y cabe su aplicación.----- En atención a lo dicho se hará lugar al agravio parcialmente en el sentido de que la aseguradora asumirá las costas en proporción al monto indemnizatorio por la reparación sistémica, es decir, sobre la suma de \$ 306.702,96 -importe configurado con el nuevo porcentual de incapacidad del 30%- del monto de condena por el mismo rubro (\$ 599.297,64).----- Cuarto agravio: El apelante se queja porque entiende que la tasa mix de uso judicial por la pérdida del salario real del trabajador al momento de la percepción de su indemnización resulta exigua, basándose en los recientes aumentos inflacionarios que ha sufrido la economía del país.----- En primer término aclaro que esta Sala ha dicho que si se modifica la situación económica del país podría reverse la tasa de interés. Pero no es el caso apuntado en aquellos fallos, que se refieren a una crisis coyuntural general del país, no a un rebote inflacionario, que si bien -como remarca el recurrente- se aceleró el proceso inflacionario no constituyó una crisis de proporciones mayores como para variar el criterio imperante en materia de tasa de interés. Es verdad que la tasa mix de uso judicial no revierte ese aumento inflacionario, pero dicha tasa no es ajena al mismo, debido a que no es una tasa pura, y el componente de inflación está inserto en la propia tasa, tanto en la activa como en la pasiva que constituyen la tasa denominada mix de uso judicial.-----
----- Pero sin perjuicio de ello el recurrente plantea la pérdida del salario real del trabajador en función de los vaivenes económicos, y que con la aplicación de la tasa mix no se recupera la remuneración del trabajador, siendo injusto. Esto encierra una parte de verdad, y digo una parte por lo siguiente: si bien es cierto que con la tasa de interés no se recupera el valor adquisitivo del salario, ello es así por el concepto que contiene la tasa de interés, la cual es el costo del dinero por el uso del tiempo, nada más, por lo cual no es comparable con tasas de actualización de los valores erosionados por la inflación acaecida; con cualquier tasa esa erosión sucederá. Por ello la manera de solucionar este inconveniente es que al momento de calcular la indemnización por incapacidad es tomar valores del salario más cercanos al tiempo en que se dicte la sentencia, pero esta cuestión debe ser solicitada por la parte al demandar, lo que no se suple con la fórmula "lo que en más o en menos resulte de la prueba"; porque la actualización del ingreso es una cuestión de concepto no supeditada a la prueba como puede ser, por ejemplo, el porcentaje de incapacidad.- -

----- Es cierto que en la demanda debe determinarse un monto y que no puede realizarse el cálculo futuro al momento de demandar, pero sí se puede reclamar un monto provisorio y supeditarlo a un aumento que se corresponda con la variación del salario a la época de la sentencia; pero esto debe ser solicitado en la demanda a fin que la contraparte pueda hacer valer su derecho de defensa y argumente sobre este punto, si no se violaría el principio de congruencia, cuestión reiterada por esta Alzada cuando se dijo: "... era obligación legal de la parte actora reclamar un monto determinado o establecer claramente las bases para obtener un monto indemnizatorio. Es quien reclama quien debe asumir la carga de seleccionar las bases para llegar al monto pretendido, y esa selección trae aparejadas consecuencias -costas, honorarios, tasas, etc.- que, en definitiva, son a cargo de la accionante. El cumplimiento de una exigencia legal no puede quedar sujeto a la voluntad de la parte, quien para no cumplir con su obligación y asumir las

consecuencias de sus actos se ampara en el pretexto de que le corresponde a la judicatura utilizar determinados parámetros que ya fueron utilizados en otros procesos. Aún a riesgo de ser reiterativo entiendo que es la parte, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, la que elige, al momento de demandar, reclamar un importe determinado -o brindar al juzgador ciertas bases para llegar al monto perseguido- y esa elección debe ser merituada antes de iniciar el proceso ya que la misma lleva aparejada serias consecuencias las cuales estarán a cargo del reclamante. En el caso de que, al momento de demandar, no se posean datos ciertos o se prevea que pueden cambiar, deben indicarse de manera precisa estas circunstancias. El principio dispositivo deja en manos de las partes el objeto y alcance de la demanda, de manera que la sentencia debe guardar conformidad con la pretensión que constituye el objeto de aquélla..." (RIMOLDI, Norma Susana C/ BRICCO, Andrés Ezequiel y Otros S/ ORDINARIO; expte. Nº 5797/16 r.C.A.). Por estos motivos entiendo que debe rechazarse el presente agravio.----- Costas: Tal como dije al tratar el segundo agravio del demandado, examinaré en este punto las costas. En principio diré que las costas de alzada se impondrán en el 55 % al demandado y en un 45 % al actor atento al resultado de ambos recursos.-----

----- Respecto de las impuestas en Primera Instancia debe observarse que el porcentual de incapacidad ha sido aumentado, lo que ha impactado en el rubro indemnizatorio, lo que conlleva a que las costas deban imponerse al vencido conforme a las pautas del art. 62 del C.Pr., además, los rubros han prosperado en más del 50%, por lo que aplicando también la regla del art. 65 del C.Pr. cabe rechazar el segundo agravio del demandado y mantener la imposición de costas al accionado, con la salvedad de que las costas respecto al rubro incapacidad sobreviniente deberá abonarlas la A.R.T. en forma proporcional, conforme a lo estipulado por el art. 6 de la ley 26.773.-----

----- Conclusión: De la sentencia de Primera Instancia se ha modificado el porcentual de incapacidad que ahora es del 30 %, con lo cual aplicando la fórmula de cálculo de la sentencia a fs. 537, el rubro asciende a la suma \$ 599.297,64. Otra modificación producida en este voto es que también debe ponerse en conocimiento de EXPERTA A.R.T., que conforme a lo señalado en el "Considerando IV" de la sentencia de Primera Instancia y teniendo en cuenta el aumento del porcentual de incapacidad, en conformidad a lo dispuesto por el art. 6 de la ley 26.773, deberá abonar en concepto de incapacidad sobreviniente la suma de \$ 306.702,96 y su proporcional en costas, es decir, las costas derivadas por ese importe. Este es mi voto.-----

El Dr. Roberto Marcelo IBAÑEZ, sorteado para emitir el segundo voto, dijo:----- Por sus fundamentos, adhiero al voto del colega preopinante.-----

----- En consecuencia, la SALA B de la Cámara de Apelaciones:-----

----- RESUELVE: I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 555 por la demandada, hacer lugar parcialmente al articulado a fs. 556 por el actor y en consecuencia, elevar el monto de condena a la suma de PESOS SETECIENTOS SIETE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 707.297,64), con más los intereses fijados en la sentencia de primera instancia.-----

----- II.- Poner en conocimiento de EXPERTA ART que de acuerdo a lo estipulado por el art. 6 de la ley 26.773 deberá abonar la suma de \$ 306.702,96 por el rubro incapacidad sobreviniente y las

costas correspondientes a ese importe. -----

----- III.- Imponer las costas de alzada en un 55% al demandado y en un 45% al actor.-----

----- IV.- Regular los honorarios de segunda instancia de los Dres. Gustavo C. MASSARA, Jorge G. SALAMONE y Gastón A. PELLEGRINO en el 30% de los fijados para primera instancia (punto II del fallo apelado), y los del Dr. Martín MATZKIN en el 30% de los fijados para la instancia anterior a los abogados de QBE Argentina S.A. y/o Experta S.A. (punto IV del fallo recurrido).-----

----- V.- Disponer que en todos los casos se compute capital más intereses y se adicione el IVA si correspondiere.-----

----- Protocolícese, notifíquese y oportunamente devuélvase al juzgado de origen. -----

.....

Dr. Roberto M. IBAÑEZ Dr. Rodolfo F. RODRÍGUEZ
Juez de Cámara Juez de Cámara

.....

Dra. María Teresa SALVATIERRA
Secretaria de Cámara Civil