

///MA, 19 de septiembre de 2018.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Sergio M. BAROTTO, Liliana Laura PICCININI, Adriana Cecilia ZARATIEGUI, Enrique J. MANSILLA y Ricardo A. APCARIAN, con la presencia de la señora Secretaria doctora Stella Maris GOMEZ DIONISIO, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "LINARES, RAUL ALFREDO C/EXPRESO DOS CIUDADES S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO (1) S/INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte N° CS1-308-STJ2017 // 29066/17-STJ), elevados por la Cámara del Trabajo de la Ia. Circunscripción Judicial con asiento de funciones en esta ciudad de Viedma, con el fin de resolver el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el actor a fs. 299/305 vlta., deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaria. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden de sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

#### C U E S T I O N E S

- 1ra.- ¿Es fundado el recurso?
- 2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?

#### V O T A C I Ó N

A la primera cuestión el señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO dijo:

##### 1. Antecedentes de la causa:

1.1. La Cámara del Trabajo de Viedma falló a fs. 279/289 vta. a favor del reclamo de Raúl Alfredo Linares contra Expreso Dos Ciudades S.A., a quien condenó, conjuntamente con la citada en garantía Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales SA, ésta en los límites de la cobertura, a pagarle en concepto de daño material las sumas que enuncia a fs. 288 vlta. y sólo a la demandada, por daño moral, más los gastos a realizar por futuro tratamiento psicológico y/o psiquiátrico indispensable, la suma discriminada a fs. 287/vlta. y enunciada a fs. 288 y 289.

1.2. En cuanto concierne exclusivamente a esta etapa extraordinaria, trató el a quo la pretensión por daño moral en los términos de fs. 286/287, conforme a su propia concepción jurisprudencial, referida en general a aquella especie de agravio producido por la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad, que protegen la paz, la tranquilidad / --- de espíritu, la libertad individual. Afección que estimó vinculada al dictamen de la prueba pericial psicológica producida en autos (a fs. 184/187 y 194/196), por la cual se determinó en Linares una minusvalía permanente del orden del 20% de la capacidad total obrera; con riesgo de agravamiento en caso de falta

de futuro tratamiento psicológico y farmacológico apropiado; a causa del mal trato verbal y físico sufrido, en particular, de parte de la supervisión empresarial, encarnada en la persona del capataz (v. fs. 286 vta./287).

2. Los agravios del recurso:

2.1. En su recurso (a fs. 299/305vta.) el actor impugna el cómputo de su incapacidad efectuado por el Tribunal de grado, pues no obstante haberse reconocido en la sentencia su incapacidad psicológica permanente, con asidero en la prueba idónea al efecto, no se la consideró al momento de fijar la cuantía indemnizatoria por daño incapacitante mediante la fórmula de cálculo empleada en el precedente "Pérez Barrientos". Y señala al respecto que así lo invocó claramente en su escrito inicial, surgiendo luego acreditado en la prueba psicológica de oficio, que manifestó la incidencia funcional incapacitante de su depresión por reacción vivencial anormal neurótica, del orden del 20% de la capacidad total obrera, con riesgo de agravamiento futuro, de no ser tratada apropiadamente.

En consecuencia, reclama en orden a la rectificación del cálculo correspondiente al porcentual de su incapacidad, que se tenga presente el método de la capacidad residual, aplicable precisamente en supuestos de incapacidades resultantes de diversos tipos de daños, como ocurriera en su caso, donde responden además a distintas causas, a saber, el daño físico, a la indebida mecánica laboral, y el psíquico, al maltrato del superior; de suerte, en definitiva, que la minusvalía del 15%, física, y la del 20%, psicológica, definan su porcentual completo de minusvalía en el 32% de la capacidad total obrera (v. fs. 302 vta./303).

2.2. Por su parte y aun careciendo en principio de interés suficiente, por no resultar responsable solidaria sino concurrente en los límites de la cobertura, Horizonte Compañía de Seguros Generales SA. le reprocha a Linares (a fs. 336/337 vta.) que en su recurso incurre en argumentos erróneos e inaplicables, al pretender acumular, en la determinación del capital resarcitorio de la fórmula actuarial, la incapacidad psicológica indicada en autos por la labor pericial; sin que haya lugar a duda -a su juicio- de que la incapacidad laboral por daño material era precisamente la del daño físico, mientras el daño psicológico debía determinarse de modo autónomo y en los términos del art. 1078, y acordes del Código Civil. ///

///-2- 3. Análisis y solución del caso:

3.1. Pues bien, resulta a mi juicio insoslayable, en cuanto interesa destacar en el caso elevado a consideración de este Superior Tribunal, que la decisión adoptada en la

instancia de grado y la cuestión suscitada a su respecto en esta etapa extraordinaria exigen, en orden a su actual solución, el previo esclarecimiento de ciertos conceptos jurídicos implicados en el tema, de suerte tal que una vez dilucidados se desprenda sin hesitación ni dificultad de interpretación alguna la conclusión jurídica correspondiente.

La Cámara, en efecto, habilitó una compensación por gastos de tratamiento a realizar, y un resarcimiento por daño moral, lo cual no es en definitiva objeto de recurso, por lo que obviamente resulta firme; mas sin perjuicio de haberlo considerado como un agravio producido por la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad, que protegen la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, según acaeció en el caso, vinculó luego indebidamente dicho tipo de daño con otro de diversa índole, como es el daño psicológico; situación a su vez aprovechada por la citada al argüir contra los agravios del actor.

Pero se trata en realidad de daños diferentes, en la medida que acceden a distintos sustratos y exigen además por ello diverso modo de cuantificación, sin perjuicio de que puedan ambos tipos de perjuicios tener causa eficiente única, v.gr., cierta violencia del superior, en tanto resulta innegable que existen causas con virtualidad suficiente para producir efectos de índoles diversas, que empero merecen tratamiento específico, según veremos a continuación.

3.2. Diré de manera liminar, con doctrina que comparto, que el daño moral es autónomo del daño patrimonial, aunque ambos puedan nacer del mismo hecho, porque afecta el equilibrio espiritual y los sentimientos, por lo cual también reviste carácter personalísimo (cfr. Ackerman, Ferrer, Piña, Rosatti; Diccionario Jurídico, Rubinzal-Culzoni Editores; Bs. As., 2012; voz: daño moral); y ha sido definido por Capitant como aquél que incide sobre el honor o los afectos de una persona (cfr. Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Ruy Díaz SA, Bs. As., 1994; voz: daño moral). De modo que, por oposición, el daño material es aquel que directa o indirectamente afecta un patrimonio; bienes susceptibles de valuación económica (cfr. *Ibíd.*; voz: daño material). ///

///-- En esta perspectiva, pues, el daño psicológico resulta parte del daño indemnizable contemplado en la consabida fórmula Pérez Barrientos, de este Cuerpo, porque a diferencia del daño moral, que afecta la dignidad y los afectos pero sin producir incapacidad, el daño psicológico tiene concreta incidencia incapacitante laboral, y por ende, claramente económica en la vida del trabajador afectado. Y se trata el mismo de un tipo de daño respecto del cual la Corte Suprema de Justicia Nacional tiene ya sentado

que debe ser reparado de manera autónoma del moral en la medida que asuma condición permanente, es decir, que "para la indemnización autónoma del daño psíquico respecto del moral, la incapacidad a resarcir es la permanente y no la transitoria, y debe producir una alteración a nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso" (CSJN, in re: "Coco, Fabián Alejandro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 29 de junio de 2.004).

No obstante, es cierto que en la tarea de discernir lo justo debido por el daño ocasionado, subsiste a menudo la dificultad de discriminar las formas en que efectivamente se consolida el perjuicio -o los diferentes perjuicios-, así como también su concreta "cuantificación", que resulta a su vez la medida del resarcimiento o compensación jurídica. Pero al respecto no corresponde desatender que el sujeto del daño resarcible no sólo es objeto de regulación jurídica, sino ante todo es un sujeto de derecho, un alguien real, nunca un algo, sino la misma persona humana, de naturaleza racional, psico-somática; con pasado, presente y proyección de futuro, de suerte que un perjuicio puede erigirse a su vez como daño a su proyecto de vida (cfr. en este aspecto, C.S.J.N., in re "Arostegui, Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía", del 08/04/2008).

De tal suerte, el trabajador, en tanto persona humana, puede sin duda ser lesionado no sólo materialmente, en su realidad corpórea, o en sus pertenencias, sino también espiritualmente, en su entidad misma, a modo de trauma psíquico -o psicossomático-, o en su dignidad práctica, aquella merecida -o no- por el ejercicio de su libre voluntad -que comprende también la órbita afectiva personal-, como ocurre, v.g., cuando padece el denominado daño moral, vinculado a las mores o discurso usual de acciones libres que comprometen su esfera psico-práctica personal en todos los aspectos de su desarrollo, y que aduna sus afectos (cfr. STJRNS3: "BRONZETTI NUÑEZ" Se. 68/09; Punto 7. DEL DAÑO RESARCIBLE).

Con esta inteligencia, en la cuantificación del daño psíquico la medida de la /// ///-3-reparación estará referida en justicia (o debería referirse) a la gravedad de la lesión efectivamente sufrida, que se manifestará en la pericial correspondiente en cierta incapacidad de concebir o idear, de pensar, o de querer normalmente en el sujeto afectado, más verificable empíricamente en caso de lesiones psicossomáticas, de índoles psiquiátricas, en tanto denoten anomalías orgánicas y funcionales o conductuales más severas, al dejar huellas somáticas irreparables en el orden neuronal de los sentidos internos cognitivos o apetitivos.

En tales casos, que importan notorio deterioro de su capacidad, la reparación estará vinculada a los correspondientes perjuicios emergentes y funcionales, entre los cuales y con relación al daño psicológico, se hallará, más allá del valor del tratamiento, su merma funcional laboral. Mas en el denominado daño "moral", deberá en cambio referirse el perjuicio indemnizable hacia aspectos de la dignidad, integralmente considerada, que hayan sido vulnerados, teniendo entonces en consideración tanto la dignidad esencial humana, como también la dignidad propia del sujeto concreto, que ha ganado con su praxis ideas, afectos y hábitos que le importen cierta reputación en la sociedad general (cfr. STJRNS3, *Ibíd.*, Punto 8.- PROBLEMA DE LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL).

En esta dirección, se ha apuntado que la más reciente tendencia doctrinaria y jurisprudencial europea considera que la técnica más correcta para la reparación del daño a la persona está dada por la contemporánea presencia de un factor de uniformidad -sustentado en la igualdad biológica entre todos los seres humanos- y otro de flexibilidad -fundado en las particularidades de cada caso- cuya combinación se hace necesaria para una equitativa valorización del daño a la persona (cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Precisiones preliminares sobre el daño a la persona* - [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)-, Cendon, Paolo- Ziviz, Patricia, *Il risarcimento del danno esistenziale*, págs. 208, 210, Giuffré Editore; cf. Mendelewicz, José, *Cuantificación judicial del daño moral*, DJ 21/01/2009, 103).

En consecuencia, corresponde habilitar la inclusión del daño psicológico de Linares, debidamente acreditado en autos, en el cálculo del resarcimiento civil por la incapacidad laboral.

3.3. Ahora bien, en lo concerniente a la incidencia porcentual de su incapacidad psíquica en el cálculo correspondiente a su incapacidad permanente total, respecto de la /// ///-- medida total obrera, entiendo que el peticionante tiene acertadamente en consideración al respecto el método denominado de la capacidad restante, usado precisamente entre los profesionales médicos para determinar la incapacidad total frente a secuelas parciales concurrentes. Método que -reitero- el mismo interesado solicita se le aplique para adecuar reductivamente la sumatoria de sus afecciones a la realidad de su incapacidad laboral concreta.

Ello sin perjuicio de que las medidas instrumentales de esa índole resulten en sí mismas una pauta técnica en efecto no vinculante absolutamente, según lo ha expresado ya la jurisprudencia, a saber, "... que los `baremos` son sólo 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 ..." (cf. CNAT, Sala V, SD N° 72993, del 18.03.2011, en autos "Scally, Juan Francisco Vessel SA y otros S/accidente-acción civil"). Y también se ha dicho que: "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". En lo que refiere a la aplicación de la Formula "Balthazard", considero que asiste razón a la apelante, pues el decreto 659/96, al que remiten tanto el art. 8vo inc. 3ro de la ley 24.557 como el art. 9no de la ley 26.773, no establece distinción alguna y dispone que el criterio de la capacidad restante resulta aplicable a la evaluación de las incapacidades resultantes de eventos sucesivos y a la resultante de un único siniestro, siempre utilizando aquella de mayor magnitud para comenzar con la estimación y continuando de mayor a menor con el resto de las incapacidades medibles" (cfr. Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo - SALA III, 28 de marzo de 2017; caso Rodas, Pablo Alejandro c/ Prevención Aseguradora de Riesgos de Trabajo SA. s/Accidente - Ley Especial).

Pero se trata, pues, de la ecuación peticionada por el actor, también denominada en el ámbito específico como fórmula de Balthazard, según la cual, el porcentual de incapacidad a considerar es  $= \{[(100 - M) \times m] / 100\} + M$ ; donde "M" es la puntuación de la secuela mayor y "m" la puntuación de la secuela menor; y donde, en supuestos de más de dos secuelas, para el uso de la expresada fórmula se parte de la secuela de mayor puntuación y las operaciones se realizan en orden inverso a su importancia; y al realizar los cálculos sucesivos// ///-4- con la indicada fórmula, corresponderá el término "M" a la puntuación resultante de la operación inmediatamente anterior; y si al efectuarse los cálculos se obtienen fracciones decimales, el resultado de cada operación se redondeará a la unidad más alta (cfr. Art. 98, Secuelas concurrentes., de la Ley -española- 35/2015, del 22 de septiembre (<https://www.boe.es/boe/dias/2015/09/23/pdfs/BOE-A-201510197.pdf>). Fórmula que aplicada al caso del actor confirma el 32% denunciado en su recurso; y que -dejo en claro- ha sido receptada a sus efectos en el Anexo I del Decreto PEN 659/96 como de la "capacidad restante", precisamente, en el acápite "Criterios de utilización de las tablas de incapacidades laborales"; apartado reproducido en su homónimo del Anexo II del Decreto PEN 49/14, modificatorio de aquél.

4. Decisión:

Propicio entonces, según las consideraciones expuestas, habilitar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el actor, es decir, su pretensión resarcitoria por el daño psicológico padecido; cuya incidencia porcentual en el total incapacitante (por todo concepto, del 32%), a los efectos del cálculo del capital indemnizatorio por vía de responsabilidad civil, a cargo de la empleadora demandada, se ajustará a lo determinado precedentemente. -MI VOTO-.

A la misma cuestión las señoras Juezas doctoras Liliana L. PICCININI y Adriana C. ZARATIEGUI dijeron:

Adherimos a los fundamentos del colega que nos precede y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Enrique J. MANSILLA y Ricardo A. APCARIAN dijeron:

Atento a la coincidencia de los votos precedentes, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 38 de la L.O.).

A la segunda cuestión el señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO dijo:

I. Atento a las razones expresadas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo habilitar el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el actor respecto del daño psicológico padecido. Y en consecuencia, devolver las actuaciones al Tribunal de origen para que proceda, con su actual integración, a liquidar el nuevo monto de condena, readecuando/// --- las regulaciones de honorarios de la instancia ordinaria en función de la solución que se le imprime al asunto, en todo con ajuste a lo determinado en esta etapa (arts. 296, 279 y ccdtes. del CPCCm y 56, 57 y ccdtes. de la Ley P N° 1504).

II. Propicio imponer las costas de esta etapa a cargo de la citada vencida (cf. art. 68, CPCC) y regular los honorarios profesionales de los doctores Jorge Fernando MALIS y Ana Belén MALIS -en conjunto- por la actora en el 30% de los que les correspondan en la instancia de origen y los del doctor Augusto Gerardo COLLADO -por la demandada- en el 25% calculados de igual modo, los que deberán ser abonados en el plazo de (10) días de notificados (art. 15 y ccdtes. de la Ley G. N° 2212). Cúmplase con la Ley 869 y notifíquese a la Caja Forense.-ASÍ VOTO-.

A la misma cuestión las señoras Juezas doctoras Liliana L. PICCININI y Adriana C. ZARATIEGUI dijeron:

Adherimos a la solución propuesta en el voto ponente y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Enrique J. MANSILLA y Ricardo A. APCARIÁN dijeron:

NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 38 L.O.).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte actora y habilitar su pretensión indemnizatoria por el daño psicológico padecido y dado por acreditado, sin resolución específica, en el fallo de grado, que en tal aspecto consecuentemente se revoca. Y devolver las actuaciones al Tribunal de origen para que proceda, con su actual integración, a liquidar el nuevo monto de condena conforme a lo determinado precedentemente, readecuando a su vez las regulaciones de honorarios de la instancia ordinaria en función de la solución que se le imprime al asunto, en todo con ajuste a lo definido en esta etapa (arts. 296, 279 y ccdtes. del CPCCm y 56, 57 y ccdtes. de la Ley P N° 1504).

Segundo: Imponer las costas de esta instancia a cargo de la citada vencida (cf. art. 68, CPCC).

Tercero: Regular los honorarios profesionales de los doctores Jorge Fernando MALIS y Ana Belén MALIS -en conjunto- por la actora en el 30% de los que les correspondan en la /// ///-5-instancia de origen y los del doctor Augusto Gerardo COLLADO -por la demandada- en el 25% calculados de igual modo, los que deberán ser abonados en el plazo de (10) días de notificados (art. 15 y ccdtes. de la Ley G. N° 2212). Cúmplase con la Ley 869 y notifíquese a la Caja Forense.

Cuarto: Registrar, notificar y oportunamente, devolver.

Firmantes:

BAROTTO -1° voto-; PICCININI -2° voto-; ZARATIEGUI -3° voto-; MANSILLA -4° voto (en abstención)- y APCARIAN -5° voto (en abstención)-

GOMEZ DIONISIO -Secretaria STJ-

PROTOCOLIZACION

Tomo: II

Sentencia: 90

Folio N°: 320 a 324

Secretaría N°: 3