



ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Co, Provincia del Neuquén, a los veinticinco (25) días del mes de Septiembre del año 2019, la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores Gabriela Belma Calaccio y Dardo Walter Troncoso con la intervención de la Secretaria de Cámara Dra. Victoria Boglio, dicta sentencia en estos autos caratulados: "**ULLOA NESTOR RICARDO C/ PREVENCIÓN ART SA S/INDEMNIZACIÓN**" (Expte. N° 70569/2015) del Registro del Juzgado de Primera Instancia N° 2, con competencia en materia Laboral y de Procesos Ejecutivos de la II Circunscripción Judicial y que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de Cutral Co, dependiente de esta Cámara de Apelaciones.

De acuerdo con el orden de votación la Dra. **Gabriela Belma Calaccio** dijo:

I.- Vienen estos autos en apelación en orden al recurso deducido por la demandada contra la sentencia de primera instancia dictada en fecha 31 de mayo del 2019 y obrante a fs. 284/304 y vta. mediante la cual se hace lugar a la demanda interpuesta por el actor Sr. Néstor Ricardo Ulloa contra la demandada Prevención ART SA, condenando a esta al pago de la suma allí consignada, en concepto de prestaciones dinerarias por incapacidad parcial y permanente, con más intereses devengados.

Asimismo, se declara abstracta la resolución de los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 14 inc. 2 b y 15 inc. 2 2° párr. de la LRT; se desestima el planteo referido al dec. 472/2014 y las prestaciones en especie; y se decreta la inconstitucionalidad de los arts. 12, 21, 22 y 46 de la ley 24.557.



Este pronunciamiento es recurrido por la accionada quien expresa agravios a fs. 313/315, los cuales merecen respuesta de la contraria a fs. 317/319 y vta.

II.- 1. Agravios de la parte demandada. Los recurrentes transcriben lo resuelto y argumentan que la jueza de grado incurre en arbitrariedad al determinar el porcentaje de incapacidad del reclamante cuando no se condice con lo estimado por el perito médico designado en autos, habiendo el demandante planteado expresamente la inconstitucionalidad de los dictámenes de las comisiones medicas.

Afirma que no se trata de una mera elección del juzgador entre lo que dictaminó la Comisión Médica y la pericia judicial, sino que se debe estar a las resultas de lo que se persiguió con la presente demanda, esto es lo que en definitiva determinó la experticia realizada, arguyendo que mal puede fijarse la incapacidad más alta perdiendo de vista el objeto procesal de la acción interpuesta.

Cita jurisprudencia de un caso similar e insiste en que no hay fundamentación médica o jurídica por la cual la sentencia pueda inclinarse por la mayor incapacidad laboral, obviando la finalidad del presente proceso, y resultando incongruente que se termine indemnizando al actor por lo que el mismo tachó de inconstitucional y así fuera decretado.

Solicita se revoque el fallo recurrido, fijándose la incapacidad de acuerdo a la pericia médica realizada.

2. Contestación de la parte actora. Resume las quejas formuladas por la contraria, señalando que la magistrada determinó la incapacidad del trabajador conforme la prueba rendida, en particular, el reconocimiento de la accionada del porcentaje fijado en sede administrativa, el que adopta para el cálculo indemnizatorio, de acuerdo al art. 9 de la LCT.



Cita doctrina judicial y advierte que el antecedente invocado por el apelante no se condice con los elementos del presente caso, en el que fijada la incapacidad por la Comisión Medica el 27/10/16, la accionada no acreditó que hubiere liquidado las prestaciones correspondientes.

Pide como medida para mejor proveer se requiera el expediente administrativo donde obra el dictamen de la Comisión Medica N°9, a los fines de apreciar que el diagnóstico se condice con el determinado en los presentes, Lesión SLAP II, destacando que debido a que el informe obrante se encuentra incompleto el perito resolvió de esa forma.

Reserva el caso federal y solicita se rechace la apelación con costas.

III.- Análisis de los agravios vertidos. 1. En principio, corresponde evaluar los requisitos de admisibilidad en los términos del art. 265 del CPCC. En tal sentido se puede observar que se cumplen los recaudos formales con las salvedades que se expresaran oportunamente. Digo ello con un criterio amplio y flexible en procura de la apertura de la revisión perseguida, conciliando las prescripciones legales con el derecho de defensa en juicio, en el marco del principio de congruencia y las facultades propias de este tribunal.

Adelanto además, que como lo he sostenido reiteradamente los jueces no estamos obligados a seguir puntiliosamente todas las alegaciones de las partes, sino aquellas que guarden estrecha relación con la cuestión discutida, ni ponderar todas las medidas de prueba sino las que sean conducentes y tengan relevancia para decidir el tema sometido a juzgamiento.

2. Cabe tener presente que la sentenciante fija los hechos reconocidos: el accidente de trabajo padecido por el trabajador el 1/4/2015; la recepción de las prestaciones



asistenciales por parte de la aseguradora; y el alta médica otorgada el 15/5/2015.

Al indagar sobre el porcentaje de incapacidad, da cuenta de un informe particular que establece un 40%, de lo dictaminado por la Comisión Médica (12,87%) y lo resultante de la pericia judicial 11,68%, optando por lo determinado por la CM teniendo en cuenta que ello no ha sido desconocido por las partes, no obstante que la documental se haya incompleta.

Liquida las prestaciones dinerarias de los arts. 14 inc. 2 ap. a y 3 de la ley 26.773, cotejados los mínimos legales según la Res. SSS6/2015.

3. Atento lo reseñado surge que la controversia radica solamente en el porcentaje de incapacidad indemnizable, llegando firmes las demás cuestiones resueltas en la instancia de grado.

De las constancias de autos se puede observar que la aseguradora el 24/4/2015 tras la denuncia del accidente de trabajo comunica al siniestrado que brindará las prestaciones asistenciales correspondientes a Omalgia Derecha, atribuyendo una dolencia inculpable Enfermedad Degenerativa Acromioclavicular, tendinosis de supraespinoso de hombro derecho, e indicando que canalice el tratamiento a través de su obra social (fs. 7).

En consecuencia, el trabajador acude a la vía judicial, entablado la presente demanda el 8/9/2015 (28 vta.).

El dictamen de la Comisión Médica n°9 del 27/10/2016, producido más de un año después, refiere el accidente de trabajo del actor, describiendo: "Cambios edematosos en tendón del supraespinoso compatible con tendinosis subaguda crónica con ruptura parcial de 30% del tendón, sinovitis bicipital, hipertrofia clavicular con acromion tipo II, reducción subacromial, bursitis subcoracoidea, glenoidea y bicipital. Le indicaron sesiones de kinesiología y tratamiento quirúrgico. La



Aseguradora no autorizó la cirugía y le otorgó el alta con derivación a la obra social por patología inculpable. El trabajador se operó a su cargo, le efectuaron fijación del bíceps al tubérculo supraglenoideo por lesión SLAP 2 y se le fijó el supraespinoso por desgarró incompleto del mismo s/informe que aporta en la audiencia de fecha 8/6/15. Refiere haberse reintegrado a sus tareas habituales. Reclama incapacidad por la secuela en el hombro.. miembro hábil derecho, no se encuentran preexistencias" (fs. 44).

La propia demandada en su responde acompaña este documento, en forma incompleta oponiendo este dictamen que dice fija el 12,87% de incapacidad y aduciendo que las prestaciones dinerarias se hallaban liquidadas pero se interrumpieron ante la presente demanda (fs. 47 vta.).

Si bien la actora niega en forma general la autenticidad de la documental agregada por la contraria al momento del traslado (fs. 70), ello no cumple con lo normado en el art. 23 ultima parte de la ley 921, y además al impugnar la pericia médica invoca precisamente el porcentaje fijado en dicha documentación (fs. 103), debiéndose en consecuencia tener por reconocida la misma, en un todo de acuerdo a lo resuelto en el auto de apertura a prueba (fs. 124 vta.).

El perito médico judicial en fecha 20/10/2017 tras el examen físico y el análisis de la documentación glosada, concluye que el actor padece limitación funcional del hombro derecho a consecuencia directa del accidente de trabajo sufrido con una incapacidad parcial y permanente del 11,66% conforme baremo oficial, refiriendo que el actor sufrió una luxación, con torcedura de ligamentos y tendones de su hombro derecho con lesión tipo SLAP II del tendón supraespinoso (fs. 96/109).



Este peritaje es impugnado como dijera por la actora, contestando el facultativo que el dictamen de CM se encuentra incompleto, ratificando en consecuencia su opinión (fs. 111/112).

De esta cronología detallada, emana que la ART se resistió al reconocimiento de las prestaciones y de la incapacidad padecida a consecuencia el evento dañoso, destacando que dio de alta en forma inmediata, se negó a solventar la intervención quirúrgica, y alegó enfermedad inculpable, todo lo que obligó al trabajador a accionar judicialmente.

Con posterioridad a la interposición de la presente demanda judicial, se lleva a cabo la Comisión Médica en sede administrativa que determina un 12,87% de incapacidad a consecuencia del accidente de trabajo reconocido. Este es el hecho fundamental por lo cual resulta procedente que la judicante tome este dictamen más beneficioso al trabajador sin perjuicio de los planteos formulados en el escrito introductorio.

Que el perito judicial haya determinado un porcentaje apenas menor (11,66%) resulta relativo, ya que se trata del mismo diagnóstico, transcurrido casi un año desde el primer dictamen médico y ambos porcentajes encuadran dentro de los parámetros del dec. 659/96.

Resulta totalmente innecesario requerir las actuaciones administrativas, según sugerencia de la actora, formulada recién al contestar los agravios, dado que ambas partes reconocen que la Comisión Médica dictaminó un 12,87% de incapacidad según el diagnóstico que consta en la foja adjuntada. Es decir, que se trata de un hecho no controvertido por las partes.

Por lo demás, no es incongruente tomar la conclusión de la Comisión Médica en este caso en particular, la que se produce con posterioridad a la interposición de la demanda y resulta más favorable al trabajador, por el hecho de que se haya declarado la



inconstitucionalidad de los arts. 21 y 22 de la ley 24.557, ya que ello lo fue con el fin de habilitar la revisión judicial, descalificando el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a tales entes de conformidad a la doctrina de la CSJN y TSJ.

Como lo he expresado reiteradamente en otras causas: "...declarada la inconstitucionalidad de los arts. 21 y 22 de la ley 24.557, las conclusiones de la Comisión Médica sólo representan otra opinión técnica a valorar." ("MANRIQUEZ MIGUEL ANGEL C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL", (Expte. Nro.: 29224, Año: 2011), sen. 27 de octubre del 2017, Sala 2, OfSMA).

Incongruente resulta la postura asumida por la recurrente, quien acompaña el dictamen de la CM al contestar demanda, aduciendo que estaba presta a liquidar la prestación dineraria conforme la misma, y ahora rechaza el dictamen ante el menor porcentaje otorgado por el perito judicial, lo que transgrede claramente lo dispuesto en el art. 277 del CPCC y la doctrina de los actos propios.

Preciso que la diferencia entre ambos porcentajes es de 1,21%.

No caben dudas que debe confirmarse el criterio sostenido que selecciona de dos opiniones médicas la que otorga el porcentaje más favorable al trabajador víctima de un accidente de trabajo (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc.n de la Const. Prov.; 9 de la LCT; 40 de la ley 921; y 476 del CPCC).

La doctrina explica que: "La aplicación del in dubio pro operario en la apreciación de la prueba, el cual como puede verse se complementa y relaciona íntimamente con las cargas probatorias dinámicas y la inversión de la carga probatoria, será un paso definitivo para terminar con la inactividad probatoria o la conducta procesal obstruccionista de aquellos empleadores que seguros de la dificultad probatoria existente para el trabajador



se limitan a contestar la demanda y/o dificultar la producción de la prueba del trabajador, confiado en que la duda lo favorecerá. Para lograr eliminar las desigualdades existentes entre las partes de la relación laboral, el Derecho Procesal Laboral debe inspirarse en el principio de progresividad, principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En función de este principio, los Estados se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos por este, entre los que cabe el derecho a la dignidad y desarrollo de la persona humana. No es posible que los trabajadores se sientan dignos ni logren un desarrollo pleno de su persona si saben que los derechos que le son reconocidos por la legislación de fondo no tendrán cumplimiento efectivo debido a que, al reclamar por los mismos en sede judicial, el derecho de forma por ignorar su debilidad económica, técnica y jurídica privilegiara a los empleadores. La experiencia demuestra que los trabajadores tienen grandes dificultades para lograr probar acabadamente la vulneración de sus derechos por parte de su empleador, siendo esto una barrera protectora para los empleadores, ya que los pone a salvo de los justos reclamos de sus trabajadores y por este motivo incentiva las conductas violatorias de derechos laborales. Para evitar que esto suceda se debe ir hacia delante, siendo un progreso en el camino del logro efectivo del goce de los Derechos Humanos (aunque suene contradictorio, ya que no es más que reincorporar a la ley una frase borrada por la dictadura), establecer que ante la duda, se privilegiara por decisión judicial el cumplimiento de los derechos de los trabajadores, y no su vulneración de parte de los empleadores.” (cfr. Serrano Alou, Sebastián, “La prueba testimonial a la luz del in dubio pro operario”,

Publicado en www.laleyonline.com.ar).

Y, la jurisprudencia, ha sostenido que: “Limitar el principio in dubio pro operario a la interpretación o aplicación



de la Ley, y no a la interpretación de las pruebas, es alejarse del contenido protectorio y social que encierra, ya que todos sabemos que es a la hora de probar, donde el trabajador se encuentra con mayores dificultades y vuelve a ponerse en evidencia las desigualdades que pesan entre las partes." (Sentencia n° 94649 de Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 2, 1ª Circunscripción, 30 de Diciembre de 2009, autos "Caminos del Oeste S.A. en J° 18489 "Arrigo c/ Rava S.A. y ots. P/ A.O.A." www.jusmendoza.gov.ar).

"A partir de la sanción de la ley 26.428 que modifica el art. 9 de la LCT y vuelve a incorporar la frase de apreciación de la prueba que había sido eliminada, quedando actualmente "si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador"; y que por ende, según el principio in dubio pro operario, cuando la realidad admite varias lecturas, su interpretación si el trabajador logra con sus pruebas generar una duda firme acerca de la veracidad de los hechos y esta duda no es contrarrestada por la prueba del empleador, el juez debe tener por ciertos los hechos afirmados por el trabajador en cuanto no sean ilógicos o incoherentes. Empero, duda no es ignorancia o ausencia de prueba y no puede aspirarse en sede judicial a la aplicación del principio cuando la norma no es favorable o la realidad no ha sido demostrada. No se trata de que el Tribunal supla deficiencias probatorias, sino de valorar la prueba adecuada a las circunstancias y en aquellos casos de verdadera duda volcar el resultado de la apreciación en favor del trabajador." (0.00103704 || Farías, Oscar Marcelo vs. Buticci, Jorge Vicente y otros s. Indemnización por antigüedad - Casación laboral /// STJ, Santiago del Estero; 23/03/2010; Secretaría de Información Jurídica del Poder Judicial de Santiago del Estero; RC J 9799/13).



IV.- Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo se rechace el recurso interpuesto por la demandada, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas a la recurrente perdidosa conforme arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC, difiriéndose la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933).

Tal mi voto.

Finalmente el Dr. **Dardo Walter Troncoso** dijo:

Luego de un análisis pormenorizado de la totalidad de las actuaciones y los fundamentos sostenidos adhiero a la postura sostenida por mi colega preopinante.

Mi voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales:

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 313/315, y en consecuencia, confirmar la sentencia dictada en fecha 31 de mayo de 2019, obrante a fs. 284/304 vta., en lo que ha sido materia de agravios para la misma.

II.- Imponer las costas de alzada a la demandada en su carácter de perdidosa (arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC).



III.- Diferir la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1.594, mod. por ley 2933).

IV.- PROTOCOLICESE digitalmente (Ac. 5416 pto. 18 del TSJ). **NOTIFÍQUESE electrónicamente** y oportunamente, vuelvan los obrados al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela Calaccio - Dr. Dardo Walter Troncoso
Dra. Victoria Boglio - Secretaria de Cámara