



ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los veintisiete (27) días del mes de julio del año 2016, 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 B. Calaccio y Dardo W. Troncoso, con la intervención del Secretario de Cámara Subrogante, Dr. Alexis F. Muñoz Medina, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"ESPINOS ALEJANDRO ALFREDO C/ GALENO A.R.T. S.A. Y OTRA S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON A.R.T."**, (Expte. Nro.: 33381, Año: 2012), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el **Dr. Dardo W. Troncoso**, dijo:

I.- A fojas 513/524 obra la expresión de agravios con la que la actora sostiene el recurso de apelación que ha interpuesto contra la sentencia dictada en autos.

En primer lugar se agravia por cuanto el a quo considera que en el sub examine se trata de una enfermedad accidente en tanto comparte lo dictaminado por el experto médico respecto de que las hernias inguinales no se producen por un solo hecho súbito y violento, con lo que disiente el recurrente que entiende que en el caso existió un accidente laboral, siendo un hecho súbito y violento el que causó la hernia traumática del actor al salirse las vísceras intrabdominales a través de la pared abdominal.

Dice que su parte ha impugnado las conclusiones a las que arribara el galeno de autos a las que se remite en homenaje a la brevedad y de las que resulta que la hernia inguinal conforme la bibliografía que cita puede ser producto de un esfuerzo físico, es allí donde se produce la hernia.



Dice que el movimiento súbito del actor al sostener el peso de 140 kg de peso inertes que se desplomaron sobre sus manos, no solo le causó dolor, sino la protrusión traumática en sí misma y ello pudo ser como consecuencia del desgaste de su pared abdominal, siendo este último el factor que contenga la carga genética, y por lo demás el hecho de que se requiera de la carga genética para que una hernia se produzca no excluye como lo hace el experto el hecho denunciado como factor desencadenante, de que, de no haber sucedido, existe la posibilidad de que esa protrusión/ dislocación nunca hubiera aparecido.

Dice que la hernia en sí misma no es la debilidad de la pared abdominal o el orificio no cerrado al nacer. Es el hecho descrito anteriormente como dislocación y salida total o parcial de una víscera y otra parte blanda fuera de la cavidad en que se halla ordinariamente encerrada y no necesariamente hubiera ocurrido si el actor no hubiera levantado el peso ya sea una o varias veces, en esta inteligencia no puede descartarse que un hecho violento como el de autos pudiera finalmente provocar esa dislocación y salida de víscera.

A todo evento, si bien en casos sin predisposición genética no se hubiere debilitado la pared abdominal por lo que el levantamiento de peso no provocaría su rotura con traspaso de vísceras, no puede afirmarse de modo absoluto y desconociendo los antecedentes médicos del trabajador, puesto que se carecen de los exámenes periódicos y preocupacionales, que los paciente podrían desarrollarla en cualquier momento y se presentó, como lo hizo el perito de autos, con cita del ello por el a quo en el fallo.

Agrega que en el caso del actor, se desconoce el nivel de debilidad de la pared abdominal y si esa pared, sin un trabajo que demande esfuerzo físico y más precisamente sin un hecho como el relatado (soportar 140 kg en caída) pudo



haber estado hasta el fin de sus días sin que rompa la misma provocando la hernia traumática.

Dice que de autos resulta que hasta el día denunciado como el accidente (9.5.11) el actor nunca había manifestado dolores agudos o graves en la zona inguinal, así lo han manifestado los testigos quienes han sido compañeros de trabajo del accionante y lo vieron trabajar antes y después del accidente y tampoco surge nada en contrario de las historias clínicas aportadas por el empleador.

El actor, pudo tener debilidad en su pared abdominal, y si ello fuera así la suma de esfuerzos durante más de 8 años lo debilitaron aún más, pero fue en un día determinado que el actor padeció la protuberancia a través de esa pared que se rompió y ello fue luego de sostener el peso del paciente que se caía con la camilla.

Se dice agraviado por tanto el sentenciante para concluir que se trata de una enfermedad y no de un accidente se funda en las conclusiones del galeno que no contó con ningún antecedente médico.

Entiende que resultando de autos que las demandadas no efectuaron al actor ningún examen preocupacional ni periódico a los trabajadores del área de camillero, sugerir que la hernia pudo ser preexistente es una violación a los principios laborales, y en cuanto a su carácter congénito recuerda que la protrusión que rompió la pared abdominal ocurrió en ese monumento antes y de lo contrario hubiera sido manifestado al trabajador, por lo que la debilidad en la pared abdominal no le generó dolor al actor, sino la rotura de la esa pared con la evidencia de la hernia al traspasar vísceras intrabdominales esa pared.

Formula otras consideraciones y concluye que se ha tratado de un accidente de trabajo causado como consecuencia de la desidia del empleador, existiendo relación causal entre



el hecho y la rotura de la pared abdominal, lo que pide así se declare.

En segundo lugar se agravia en punto al porcentaje de incapacidad que el a quo fija en un 3% con carácter permanente y parcial siendo que su parte reclamó un daño psicológico dentro de la acción sistémica que ha sido incluido en la liquidación de demanda y se ha acreditado en autos, por lo que es evidente que el Juez omitió valorar dicho daño y por tanto la incidencia del porcentaje de incapacidad otorgado.

Es decir, conforme surge del escrito de demanda, al calcular la incapacidad se consideró y así se reclamó la minusvalía de tipo psicológica que el actor presentaba como consecuencia del accidente o incluso de la enfermedad accidente, denunciándose una incapacidad del 10% con más sus factores de ponderación.

La perito psicóloga determina y explicita en su informe una incapacidad psicológica del 10%, a la que adicionó factores de ponderación totalizando una incapacidad del 13,20%, a lo que sumó la necesidad de sesiones de psicoterapia con alrededor de 100 horas a un costo estimado de \$20.000 a la época de la pericia.

Dice que más allá del daño emergente por las sesiones de terapia recomendadas, sobre las cuales tampoco se expidió el magistrado, es evidente que aquel no merituó la responsabilidad de la ART en cuanto al daño psicológico, situación que está prevista en la ley 24.556 en su tabla de valuación de las incapacidades presentando el actor una incapacidad de grado II del punto nro. 2 (ver punto 8 de la pericia) y que deberá adicionarse al porcentaje que en definitiva se determine como daño físico y, por lo que solicita se revoque el concepto de incapacidad disponiéndose como tal la suma de ambos conceptos, físico y psíquico, a lo que asimismo se deberá adicionar el pago de sesiones indicadas



por la perito psicóloga atento a que la ART no cumplió en tiempo y forma con las prestaciones a su cargo.

También agravia a su parte el porcentaje de incapacidad física otorgado por el a quo por entender que el mismo debió por lo menos incluir los factores de ponderación que la LRT prevé puesto que la minusvalía tiene incidencias en la vida laboral del trabajador, para lo cual se remite a las impugnaciones efectuadas a la pericia médica y sus conclusiones.

Si bien no desconoce que el galeno ha dado respuesta a todos los requerimientos formulados e incluso a las dos impugnaciones de su parte, dice que de las respuestas de éste surge cierta postura absolutista cuando es sabido que ello no pesa en la medicina, y apartándose de cómo han sucedido los hechos con el actora, ha dejado de lado las circunstancias en las cuales al actor le comienza el dolor y le aparece la protrusión inguinal y sin fundamentar científicamente suprime los factores de ponderación al no determinar su incidencia.

Hace notar que el porcentaje dado por el galeno y que es receptado por el a quo dista notoriamente del porcentual reconocido por el Dr. ... en el informe médico particular obrante a fojas 37 de autos que otorga una incapacidad física del 6% que con más los factores de ponderación arroja una incapacidad del 9,8%, que además da cuenta de que la conclusión del perito médico no es absoluta y que las hernias pueden derivar de un hecho súbito y violento, que requiere recalificación laboral y que debe contemplarse la edad además de la incidencia del tipo de actividad que realizaba.

Dice que la sentencia atacada no evalúa la procedencia de considerar los factores de ponderación en la determinación del grado de dificultad que el individuo posee para desempeñar su tarea habitual, entre ellos el tipo de



actividad, que contempla la evaluación de grado de dificultad que tiene el individuo para desempeñar su tarea habitual.

En este caso la dificultad de las tareas no es baja sino alta (informe de fojas 37) conforme lo han dejado expuesto los testigos en el sentido de que existen riesgos de soportar grandes pesos, los elementos de traslado son obsoletos y ello causa dolores a todos los camilleros, y no solo al actor, por lo que se agravia la que el sentenciante no haya considerado la opinión de otros de los médicos que evaluaron al actor y asimismo no emitiera una conclusión desde lo resultante de la prueba misma en cuanto al tipo de tareas del actor, circunstancias que el perito médico no ha evaluado en el caso particular, avocándose a una postura rígida y conceptual inaplicable al actor y en ese sentido si se aplicara sobre el porcentaje reconocido por el a quo la incidencia de este factor de ponderación, alcanzaría el 0,6%, lo que solicita así se adicione.

En punto a la recalificación laboral, teniendo en cuenta que el propio médico reconoce que habría una debilidad en la pared abdominal (sea congénita o no), lo cierto es que se descubrió la misma luego del accidente en junio de 2011 y la debilidad puede subsistir del lado derecho, pues la rotura fue del lado izquierdo de la pared abdominal, y el levantamiento de peso reiterado puede derivar en otra hernia traumática.

El perito, en su dictamen al que luego adhiere el a quo, considera la recidiva en un porcentaje bajo, sin embargo, puede ocurrir pues los agentes productores de hernias inguinales reconocidas por el Decreto 49/14 se refieren a todos las actividades que realiza el actor, las que además son efectuadas en condiciones injuriantes a la dignidad, y por lo tanto, si lo que se espera es prevenir que suceda otra hernia traumática, debiera meritarse la necesidad de su



recalificación y ponderar la incidencia que ha tenido el accidente o incluso la enfermedad desarrollada.

Agrega que conforme se demostró con la prueba testimonial, luego del accidente de mayo de 2011 el actor se mantuvo mucho tiempo de licencia, luego de la cirugía retomo actividades administrativas por indicación médica y años después por falta de personal se lo regresó a tareas de camillero, actividad que le provoca miedos, y dolores que tampoco fueron considerados por el a quo en su sentencia.

Tampoco el Juez consideró la edad del actor a la época del siniestro o si se quiere de la manifestación de la enfermedad a mayo de 2011, y de conformidad a lo previsto dentro del régimen sistémico por el cual se condenó a la ART, dicho factor de ponderación debió haber sido considerado.

En cuanto a los valores del factor de ponderación según la edad del damnificado, el Dec. 659/96 dispone que un trabajador con más de 31 años representa un factor de ponderación de entre 0 y 2%, y aquí el galeno no aplicó factor de ponderación alguna y el a quo sin merituar ninguna de las circunstancias que padeció el actor mantiene esa postura sin dar razones en particular por lo que solicita se adicione un 2% que para este caso prevé dicho factor de ponderación.

En tercer lugar se agravia en cuanto a los intereses, que el fallo establece sean calculados a partir del día 19 de setiembre de 2014, fecha del dictamen pericial que determina la real incapacidad sufrida por el actor y su relación causal, que correrá hasta su efectivo pago y a la tasa activa que prescribe el Banco de la Provincia de Neuquén, fundamentando tal decisión en que para el caso de una enfermedad profesional es a partir de la fecha de determinación de la relación causal adecuada atento a que es la solución dispuesta por la ley 26.773.

Se agravia su parte por cuanto la ART conoció desde mucho tiempo antes del accidente o enfermedad que el actor y



sus compañeros de trabajo estaban expuestos a agentes productores del daño como sería la carga física, dinámica o estática con aumento de presión intrabdominal al levantar, trasladar o empujar objetos pesados.

Expresa que el a quo ha reconocido en la sentencia la existencia de un momento en que el actor sufrió la rotura de su pared abdominal (a saber una hernia traumática, según describe el perito) dejándose en evidencia la protrusión que luego fue operada quirúrgicamente y se colocó una malla, por lo que el dolor, la protrusión y la licencia laboral comenzaron a partir de ese día y no cuando el perito de autos, al que se debió convocar en la acción judicial ante la negativa de la ART da cumplir con sus prestaciones, dictamina la causalidad entre la patología y la actividad laboral.

El propio Decreto 49/14 reconoce el origen laboral de las hernias inguinales si están expuestas a determinados agentes por determinado tiempo, y todo ello se ha manifestado con el actor, por lo tanto este tipo de patologías o de accidentes si se reconoce el hecho en particular, tienen su consolidación al conocerse su existencia e incluso esa es la fecha desde la cual la ART debió efectuar las prestaciones médicas,

Entonces, a partir de reconocer en el decreto citado el origen laboral de la hernia inguinal, disponer que el cálculos de intereses por la mora en el reconocimiento del derecho nace cuando judicialmente se desconoce la causa o lo concausalidad, claramente resultaría una incongruencia con el principio de progresividad laboral, pues queda librado a una pericia médica que depende de plazos procesales, de los dispendios de los demandados y de los tiempos del juzgado interviniente hasta que se dictamine el origen laboral de la misma, hecho que en si mismo ya ha sido reconocido normativamente por el Decreto 49/1.



Con cita de fallos de este Tribunal sostiene que los intereses deberán computarse desde el evento dañoso o en su defecto la consolidación jurídica del daño.

También se agravia por la emisión del judicante de expedirse sobre el artículo 3 de la ley 26773, pues cuando practica liquidación según las pautas de la ley 24.557 y sin perjuicio de agravarse por el porcentaje fijado en tanto el mismo es reducido y no contempla los factores de ponderación, el Juez no aplica al caso de autos las disposiciones del artículo 3 de la ley 26.773.

Dice que si bien el a quo aplica al caso de autos el ajuste por RIPTE de la ley 26.773, omite expedirse sobre la procedencia de la indemnización prevista en el artículo 3 de la ley 26.773, entendiendo que se ha tratado de una simple omisión en tanto ha resuelto la aplicación inmediata de la ley 26.773 en cuanto a su actualización por el RIPTE, resulta infundado e incongruente que se hubiere pretendido desestimar la indemnización del artículo 3 ley 26.773,

Tampoco se ha expedido en función de lo resuelto y por aplicación al caso de autos de la ley 26.773 sobre las inconstitucionalidades peticionadas en el alegato, como ser el propio inciso 5 de artículo 17 ni del Decreto 472/14, transcribiendo extensos precedentes jurisprudenciales de este Cuerpo.

También se agravia por cuanto la sentencia sostiene como único origen de una hernia inguinal el congénito (siguiendo la posición adoptada por el galeno) siendo que el Decreto 49/14 ha reconocido que las hernias inguinales pueden ser enfermedades profesionales causados en tanto se encuentren presentes los agentes provocadores de la misma como sucede en el caso de autos con el acto. Frente a ello y en tanto la enfermedad profesional ha sido reconocido por la legislación nacional pide se revoque lo resuelto en la instancia anterior



y se le atribuya tal carácter incluso por las razones que antes expuso.

Se agravia asimismo por el monto de la condena al empleador y el computo de los intereses, entendiendo que reconociendo la existencia de, por lo menos un daño físico del 3% y un daño psicológico del 13,20%, pues no explicita el juez las razones para apartarse del resultado informado por la experta psicóloga, tendríamos una incapacidad resultante de un 16,20% y no del 3% como concluye el a quo.

A todo evento, dice, aun guiándose por la incapacidad reconocida por el a quo de un 3%, -que ya fuera cuestionada- estimar una compensación civil en el orden de los \$ 35.000 por daño patrimonial deviene una vejación a los derechos del trabajador.

Ello así, pues teniendo en cuenta las pautas del precedente "Menéndez" como pauta objetiva teniendo presente la incapacidad física y psíquica, la edad y el salario del trabajador, la indemnización ascendería a la suma de \$ 345.567. Con fundamento en ello pide se eleve el monto por el cual ha sido condenada la empleadora en concepto de daño psíquico y físico, de manera tal de proteger a la víctima y compensar el daño causado. De igual manera se deberá reajustar el daño moral sobre la base de esas nuevas pautas indemnizatorias.

Asimismo se agravia en cuanto a la fecha a partir de la cual se deben computar los intereses sobre el capital a cargo del empleador que la sentencia fija serán calculados desde el 19 de noviembre de 2012 fecha de producción de la pericia que da certeza al daño y su nexo causal, repitiendo los mismos argumentos que usara para discutir el computo de los intereses para la indemnización sistémica que efectuara.

En punto a la responsabilidad civil de la ART que se le imputó en la demanda y que la sentencia rechaza se agravia por ello dado que en el escrito de inicio se dejó



claramente establecido los alcances de la responsabilidad de la ART demandada, y se han descrito sus incumplimientos a las obligaciones legales y contractuales, enumerando las omisiones y el daño que ellas causaron, por lo que si la ART hubiera cumplido con efectuar controles periódicos al personal, efectuar relevamiento de elementos de trabajo, otorgándosele elementos de protección podría haberse eximido de su responsabilidad, pero esto no sucedió, formulando otras consideraciones y solicitando también se revoque la sentencia en este sentido.

II.- También ha apelado la sentencia la Provincia de Neuquén, sosteniendo su recurso con la expresión de agravios que se agregó a fojas 525/527 vta.

Primeramente se agravia en la medida en que el judicante consideró acreditado que el actor realizó tareas que le demandaron realizar esfuerzo físico durante ocho años, y que ellas actuaron como concausa para la generación de una hernia inguinal izquierda que sufrió el trabajador. Esa convicción según el judicante, la adquiere a mérito de las declaraciones testimoniales prestadas por quienes depusieron en autos y que se refirieron a las "condiciones en que se realizaban las tareas en el hospital".

Siendo que el Juez se refirió a esas testimoniales y considerando que el perito medico explicó que un episodio no es suficiente como para desarrollar o evidenciar una hernia inguinal, si no que se requiere por ejemplo levantar peso en forma reiterada, no habiendo el actor acreditado que en cumplimiento de sus tareas se vio obligado a levantar peso en forma reiterada, la demanda debió ser rechazada.

Según los testigos que hicieron alusión en forma detallada al episodio, solo lo presencié Mirta Ortega y que en rigor de verdad fue un hecho puntual y aislado donde el actor pudo verse obligado a realizar esfuerzo físico para sostener una camilla y evitar que un paciente se caiga.



Dice que no se ha acreditado que las tareas habituales del actor le hayan demandado realizar el esfuerzo físico necesario como para producir una hernia inguinal, pues no se sabe con qué frecuencia el actor debía realizar esfuerzo en sus tareas habituales, ni cuál es la fuerza que debió realizar.

Dice que el perito explicó en su informe cuales son los factores predisponentes y desencadenantes para que se produzca una hernia a un individuo en algún momento de su vida, a los que vuelve a enumerar, entre ellos el esfuerzo físico, siendo que en este caso el actor no acreditó que las tareas que realizara le demandaran ese esfuerzo, por lo que su parte entiende que no existe una actividad riesgosa desarrollada por el actor como lo sostuvo el juez en la sentencia, por lo que toda vez que el accionante no ha acreditado los presupuestos de responsabilidad que hace a la procedencia de la acción civil, corresponde el rechazo de la demanda, lo que así solicita

También se agravia por cuanto el judicante si bien entendió que en el caso hay una incapacidad que resultaría concausa con las tareas cumplidas por el actor omitió determinar en qué medida se ha dado esa concausalidad, así como eximir a su parte de los daños correspondientes a la causa en que no le es imputable.

Fundado en la pericial medica el a quo remarcó estar en presencia de una incapacidad que deriva de la predisposición del actor explicada como un defecto de desarrollo que es congénito, nace con el individuo y por lo tanto a los efectos médico legales cualquier hernia tiene una causa etiológica preexistente, por lo que este defecto y las tareas que habría cumplido en el hospital de Junín de los Andes determinaron la evidencia de una hernia inguinal.

Por otro lado, y sin perjuicio que conforme el baremo de la LRT la hernia inguinal operada sin secuelas no



produce incapacidad, conforme el dictamen del perito médico, hizo lugar a la demanda considerando una incapacidad del 3%, sin embargo dado que las labores que pudo haber cumplido el actor han sido concausa para la incapacidad determinada, el judicante omitió considerar esta circunstancia a la hora de fijar indemnizaciones por las que prosperó la demanda.

No habiéndose acreditado en qué medida las tareas del actor han incidido en el porcentaje de incapacidad fijado, pero considerando que es claro que la hernia se evidenció, no se produjo a consecuencia del trabajo del actor, corresponde en todo caso que su parte cargue con el 50% de la incapacidad determinada, es decir que la incapacidad por la que se habrá de resarcir al trabajador sea del 1,5%.

Entiende asimismo que la sentencia resulta arbitraria por falta de fundamentación en lo que hace a la determinación del monto por el cual se pretende condenar a su parte por el rubro incapacidad sobreviniente.

En relación a lo sostenido por el sentenciante en punto a que la incapacidad sobreviniente incluye en nuestro caso el daño psicológico, destaca su parte que de la pericia psicológica no surge la existencia de un daño permanente que justifique la procedencia de indemnización alguna en concepto de daño psicológico ni en forma autónoma ni incluido en la incapacidad sobreviniente,.

Dice que de la pericia psicológica surge que el actor no padece daño psíquico que amerite la procedencia de indemnización alguna por este concepto, ya que los daños resarcibles son aquellos que se encuentran consolidados y no las situaciones transitorias que pueden ser resueltas, en este caso con un tratamiento psicológico, destacando que el trabajador continúa aún ahora con sus tareas habituales y cuenta con cobertura social para realizar el tratamiento sugerido por la experta.



De la pericia psicológica no solo no surge la existencia de un daño permanente y por tanto resarcible, sino que además pretende fundarse en el baremo de la LRT, pero haciendo una errónea interpretación del mismo, pues el baremo habla de lesiones psiquiátricas especificando exactamente cuáles son las contempladas, pero la que aquí determina el perito se encuentra excluida. Agrega que la patología indicada en la pericial (reacciones vivenciales anormales neuróticas) se encuentran previstas como consecuencias de accidentes de trabajo, por lo que no resultarían aplicables a este caso, y sin perjuicio de ello no surge un análisis de la personalidad previa del actor como para determinar si nos encontramos frente a una enfermedad psiquiátrica que amerite ser resarcida.

Formula otras consideraciones y cita jurisprudencia.

Se agravia por último en la medida que se condena a su parte al pago de daño moral nuevamente sin tener en cuenta la existencia de una concausa en la lesión padecida por el actor.

Es que así como se condena a su parte al pago de una suma que venga a resarcir la incapacidad total determinada por el perito médico (3%) se la condena al pago de una suma en concepto de daño moral sin fundar el monto por el cual se la condena más allá de la transcripción de algunos fallos y por la suma que evidentemente representa el 20% de la suma determinada en concepto de incapacidad, por lo que evidentemente el a quo recepta el criterio de la ley 26773 en su artículo 3ro, lo que resulta totalmente improcedente, pide en consecuencia se limite el daño moral a la parte de la concausa imputable al siniestro objeto de autos,.

III.- Corridos los pertinentes traslados, sólo merece respuesta el recurso de la Provincia, contestando la actora a fojas 529/533.



Con relación al primer agravio vinculado con la falta de prueba en relación a la actividad desarrollada por el actor, sostiene que yerra la apelante y con cita de los testimonios brindados por Valenzuela, Salazar y Maraboli sostiene que se ha acreditado suficientemente no solamente las cuales por las que se produjo el hecho puntual de la hernia del actor, sino también cual era su actividad y los esfuerzos que ella requería, como asimismo aquellos necesarios derivados del mal estado de conservación de sus elementos de trabajo como sillas de ruedas y camillas, por lo que no habiendo sido impugnados por la demandada, ha acertado el a quo en su análisis y concesión del respectivo valor probatorio.

En punto al segundo agravio vinculado a la concausalidad reconocida en la sentencia, dice que no existiendo exámenes preocupacionales ni periódicos del actor, no puede hablarse de predisposición genética, reiterando que el Decreto 49/24 ha reconocido que las hernias inguinales pueden ser enfermedades profesionales causada en tanto se encuentren presentes los agentes provocadores como en el caso de autos y que la hernia del actor ha sido un hecho súbito y violento como ya lo expresara en sus agravios.

Formula otras consideraciones y dice que el a quo ha entendido que el porcentaje otorgado por el experto médico corresponde a la aplicada a la actividad laboral y no a otros factores si se quiere concausales, por lo que la demandada apelante de haber estado en desacuerdo con ese porcentaje asignado a la actividad laboral, o de haberle quedado alguna duda sobre el modo en que se llegó a dicho porcentajes por parte del perito debió solicitarlo oportunamente y no lo hizo, de lo contrario es evidente que el porcentaje otorgado responde a una causa laboral.

En punto al agravio relativo al daño psicológico, entiende que el mismo se encuentra suficientemente probado con la pericia psicológica que determinó una incapacidad del 10% y



luego de adicionar factores de ponderación determino una incapacidad del 13,20% y lo que también se suma la necesidad de sesiones de tratamiento de psicoterapia, por lo que es evidente que el daño psicológico no solo se ha probado sino que además debe ser indemnizado con independencia del daño físico.

Formula otras consideraciones relativas a distintos métodos de cálculos indemnizatorios y pide se rechace este agravio.

Con relación al último de los agravios de su contraparte entiende que el monto de daño moral reconocido por el a quo radica en la existencia de un daño causado por el empleador en los términos del artículo 522 y 1078 del Cód. Civil, habiéndose desarrollado en la demanda los detalles de los incumplimientos en los que incurrió el empleador y su responsabilidad directa sobre los acontecido con el trabajador, habiéndose desarrollado la responsabilidad subjetiva en el marco de los artículos 512,901 y ccdtes del Código Civil y 75 de la LCT, habiéndose asimismo desarrollado la responsabilidad objetiva en el marco del artículo 1113 del Cd. Civil, además de haberse acreditado la negligencia del empleador en la protección de sus dependientes, por lo que no cabe duda sobre la procedencia de este rubro.

IV.- Antes de abocarme al análisis de los planteos formulados por las recurrentes -tarea que emprenderé en el orden en que han sido expuestos-, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (canf. Arg., art 386 del Cód. Procesal, CNCiv Sala F causa libre 172.752 del 25.4.1996, CSJN en RED 18-780 sum. 29, CNCiv sala D en RED 20-B-1040 sum.74, CNCiv y Com. Fed sala 1 ED 115-677; LL 1985-B-263, SCBA en ED 105-173, entre otras)



Ello así toda vez que "...Atento a que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (Santiago C. Fassi, "Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado" , T. I, p. 278), y a que no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco rebatir todos y cada uno de los fundamentos por ellas invocados (CNCiv., Sala C, 15/10/2002, in re "Emprovincial S.A. c/ G.B. y Cia. S.A. s/cobro de sumas de dinero", L.336.672) me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (CNCiv., Sala C, 07/03/2000, in re "Solari, Azucena Mabel y otro c/ Iriarte, Adriana Noemí y otro s/daños y perjuicios", L. 275.710; id., Sala C, 07/12/2000, in re "Peralta, Ricardo c/ Errecarte, Oscar Ariel y otro s/ daños y perjuicios", L.294.315)...".

a.- Puntualiza Devis Echandía ("Teoría General de la Prueba Judicial" Tomo II pág. 2387) que la prueba pericial es una actividad procesal desarrollada en virtud del encargo judicial por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento, respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de la gente.

La prueba pericial médica y/o psicológica en el proceso laboral juega un rol fundamental al momento de confirmar o no la existencia de una disminución física incapacitante derivada de una accidente de trabajo y/o enfermedad profesional, ello así en atención a que "...nadie mejor que el médico, conocedor idóneo e indiscutido de la biología, estructura (anatomía) y funcionalidad (fisiología) del cuerpo humano, está en condiciones de asesorar al tribunal



del resultado del accidente, especialmente sobre las insuficiencias o minusvalías somatopsíquicas, conocidas genéricamente como incapacidades" (cfr. Brito Peret, José, "Aspectos de la prueba pericial médica en el procedimiento laboral bonaerense" DT 1991-390, citado por Livellera Carlos A., en "Valor probatorio del dictamen pericial médico en el proceso laboral", Revista de Derecho Laboral 2007-2, Rubinzal Culzoni, pág. 303/310).

Por otra parte el dictamen de los peritos -terceros ajenos a las partes que revisten el carácter de auxiliares del juez- producido a lo largo del proceso e ingresado al mismo válidamente como prueba, no posee carácter vinculante para el magistrado; no obstante ello si las conclusiones de los expertos, además de contener motivación clara y lógica, se fundan en hechos probados con rigor científico y técnico no cabe duda que la pericia posee eficacia probatoria y el magistrado para descalificarla debe valorar los elementos que permitan vislumbrar en forma fehaciente el error o el insuficiente aprovechamiento de los conocimientos científicos que debe tener el perito por su profesión o título habilitante, toda vez que la sana critica aconseja aceptar las conclusiones de aquélla frente a la imposibilidad de oponer argumentos de mayor peso.

El análisis de estas actuaciones revela que la actora, a lo largo de las distintas etapas del proceso, desde la demanda y hasta llegar al sostenimiento de este recurso, ha planteado hasta la obstinación la naturaleza del hecho sufrido el 9 de noviembre de 2011 como un accidente de trabajo mientras que las conclusiones medico legales a las que arribara el perito médico a foja 185/190 no avalan esa hipótesis, pues la hernia inguinal que porta el actor tiene una etiología congénita y preexistente, siendo que su actividad de camillero actuó en la especie como factor desencadenante, es decir que el esfuerzo físico excesivo no ha



funcionado como productor de esa hernia, sino que la ha puesto de manifiesto.

Para ser más claro: la contingencia (artículo 6. 2.a. de la ley 24.557) en virtud de la que se reclama la aplicación del plexo normativo que se pretende, la constituye una enfermedad profesional y no un accidente de trabajo como lo pretende la recurrente, con lo cual desde ahora se responde -de manera negativa- al planteo relativo al curso de los intereses que contiene la expresión de agravios con la que apoya su recurso de apelación (artículo 2 ley 26773).

Esas conclusiones luego han sido sostenidas y ampliadas en sus fundamentos por el galeno al contestar con todo detalle la impugnación de la actora a fojas 216/221, ampliando no solamente su fundamentación científica sino además haciendo referencia a profusa bibliografía, calidad de respuesta, además, expresamente reconocida por la aquí recurrente en el último párrafo de fojas 516 del escrito que se atiende, motivo por la cual no se advierte razón alguna para que el a quo se aparte de esas conclusiones al valorar esa prueba a la luz de la sana crítica, ergo, el primer agravio de la actora en mi opinión no habrá de prosperar.

b.- Al introducir su reclamo en sede judicial, al plantear su demanda a foja 49 y en los términos de las previsiones del artículo 330 inciso 3do del Código Procesal Civil aplicable supletoriamente al proceso laboral (art. 54 ley 921) la actora reclamó la indemnización del daño psíquico que dijo portar como consecuencia de la afección sufrida.

A su vez, con el informe pericial que obra a fojas 168/174, cuyas conclusiones por lo demás llegan firmes y consentidas a esta instancia y tal como lo impone a su cargo el artículo 377 del Cód. Procesal acreditó la existencia del daño que se calificó como reacción vivencial anormal neurótica conforme la tabla de Evaluación de Incapacidades laborales de la ley 24.557, determinando una incapacidad psicológica del



13,20% (fs. 173), que deberá adicionarse a la incapacidad física que el Perito Médico fijara en un 3% totalizando una porcentaje de incapacidad del 16,20%, probándose de igual manera la relación de causalidad con las tareas desempeñadas por el actor-

Consecuentemente corresponde que tal minusvalía sea indemnizada conforme el procedimiento previsto por el artículo 14 apartado 2 inciso a) de la ley 24.557 ($659,31 \times 53 \times 16,20\% \times (65-43) = \$ 124.277,90$).

Ahora bien, conforme los términos del artículo 2 de la Resolución nro. 28/2015, que establece un piso mínimo de \$841.856, teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad (16,20%) asciende a \$136.380,77, que será el importe por el cual prosperará la indemnización solicitada en atención a las previsiones del artículo 17 inc. 5 de la ley 24.557.

Por otra parte, de la pericia psicológica de fojas 168 a 174, la Licenciada ... como consecuencia de los puntos de pericia propuestos por la actora, estableció la necesidad de un tratamiento psicológico para que el actor, con ayuda profesional resuelva el trauma que padece, con el objeto de poder elaborar su situación como transitoria, pues pareciera que su pensamiento depresivo lo lleva a considerar que ha de permanecer en esta situación actual, estimándose en 100 horas de duración con un costo de \$20.000 (respuesta a los puntos de pericia 6 y 7), guardando el mismo la adecuada relación de causalidad (respuesta de fojas 182 al pedido de explicaciones de fojas 177), conclusiones que se encuentran firmes y consentidas por las partes, por lo que ese importe se adicionará al monto indemnizatorio que queda determinado entonces en la suma de pesos ciento cincuenta y seis mil trescientos ochenta con setenta y siete centavos (\$156.380,77).

Dicho importe devengará un interés conforme lo determinado en el considerando 26 del fallo recurrido, los que



se calcularán de acuerdo a lo previsto por el artículo 2, 3er apartado, de la ley 26773, con lo cual se da respuesta al requerimiento del actor formulado en el punto 2) Porcentaje de incapacidad a).

c.- En punto a la omisión de expedirse sobre el artículo 3 de la ley 26773 que la actora invoca como agravio frente al decisorio que recurre, esta misma Sala, en anterior integración con la Dra. Barrese y el Dr. Furlotti, ha resuelto con la mayoría integrada por el suscripto que "...cabe resaltar que la ley 26773 en su artículo 3 prescribe "Cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentra a disposición del empleador, el damnificado (trabajador víctima o sus derechohabientes) percibirán junto a las indemnizaciones dinerarias previstas en este régimen una indemnización adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas, equivalente al veinte por ciento (20%) de esa suma. En caso de muerte o incapacidad total, esta indemnización nunca será inferior a pesos setenta mil (\$70.000)" (tex.), en tanto en el art. 17 inciso 5 dispone que "Las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de dicha fecha" (tex.).

La ley bajo estudio se publicó en el Boletín Oficial en fecha 26 de octubre de 2012, motivo por el cual, si bien la misma es aplicable a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produzca con posterioridad a esa fecha, cierto es que dicha normativa -conforme el prisma legislativo, doctrinario y jurisprudencial citado en el inciso precedente y observando razones de equidad y justicia- también resulta de aplicación a los supuestos de contingencias cuya



primera manifestación invalidante se produjo con anterior al 26-10-2012 que no fueron cancelados antes de la entrada en vigencia del dispositivo mencionado' (MARCHANT ISILDA DEL TRÁNSITO C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" (Expte. N° 15.854, Año 2.011).

Lo dicho, desde ya, no importa una aplicación retroactiva del art. 3 (cfr. art. 17 inciso 5) de la ley 26773 toda vez que reparar los infortunios producidos y cuyos efectos se consolidaron estando vigente el nuevo régimen legal constituye una aplicación inmediata -no retroactiva- de la nueva normativa a los efectos pendientes, máxime si las relaciones jurídicas desaparecen con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones (cfr. Borda, "Efectos de la ley con relación al tiempo", ED XXVII-1969-811), extremo este último que no ocurrió en el supuesto bajo estudio toda vez que la Aseguradora accionada a la fecha de entrada en vigor de las disposiciones bajo análisis, no había abonado la indemnización en base a las disposiciones previstas en la ley 24557 y Decreto 1694/2009 (cfr. art. 1 ley 26773).

Consecuentemente, en mi opinión el agravio que se analiza corresponde sea atendido, revocando la sentencia y condenando a la codemandada Galeno ART al pago de la suma de \$26.276,15 en concepto de indemnización prevista por el artículo 3 de la ley 26773, con más los intereses calculados conforme lo expuesto en el considerando b) de este voto.

d.- En punto a los dos últimos agravios del recurso de la actora, entiendo que los mismos no constituyen una crítica razonada y concreta al fallo dictado en autos, por lo que en mi parecer no lograr traspasar el valladar que impone el artículo 265 del Código Procesal.

Así en punto al monto de la condena dispuesta respecto de la empleadora, el apelante se limita a manifestar su disconformidad sin hacerse cargo de las peculiaridades del caso concreto que el sentenciante ameritó para arribar al



quantum indemnizatorio a fojas 482, esto es las secuelas físicas y psíquicas acreditada con las pericias practicadas en autos. La incidencia en las actividades laborales y en la vida de relación, la edad del damnificado y sus antecedentes económicos que resultan de las probanzas arrojadas en autos.

De igual modo tampoco se hace cargo de los fundamentos tenidos por el juez como base para rechazar la responsabilidad Civil de la ART, esto es la ausencia de acreditación de la relación causal adecuada entre los daños que pudiera haber sufrido el trabajador y la omisión o incumplimientos imputados a la codemandada, por lo que estos agravios habrán de ser declarados desiertos en los términos del artículo 266 del Código Procesal.

V.- Agravios de la Provincia de Neuquén:

En relación a los agravios formulados por la demandada Provincia del Neuquén, y en torno al primero de sus planteos, José Antonio Fraraccio ("La concausa en medicina legal" publicado en DJ2003-|991 La Ley Online: AR/DOC/12944/2001) entiende que para comprender el significado de la concausalidad se debe comenzar por definir lo que se entiende por causa. Una de las acepciones de este término es el origen de algo; en medicina, la etiología que provoca una enfermedad o daño.

Cuando en la producción de una enfermedad o lesión concurren más de una etiología o causa, se dice que existe concausalidad, vale decir que concausa es una causa agregada a otra para producir un determinado efecto (daño o lesión).

También puede ocurrir que esta unión de causas sea sucesiva y no simultánea, agravando una el efecto de la otra.

En el Régimen de Ordenamiento de la Reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales previsto por la ley 26773 no se presume el hecho de que el trabajo ha sido causa de la



enfermedad o bien la concausa que operó como factor agravante de la situación previa de labilidad orgánica del trabajador. Será entonces el obrero el que deberá aportar al proceso evidencias de que el trabajo ha producido la enfermedad profesional o influyó en su manifestación o agravación, retomándose así el principio general de la carga de la prueba que exige a quien afirma un hecho como constitutivo de su derecho, correr con el peso de la prueba del mismo en tal sentido.

Probada por el trabajador la gravitación o relación causal del trabajo o la concausalidad de éste con el daño, habrá responsabilidad patronal proporcional a tal incidencia. De ello se desprende que sólo se indemniza la porción del daño que se generó por la propia responsabilidad, o sea que guarda relación con el trabajo.

Conforme los términos de la pericia médica (fojas 187) en todos los casos de hernias abdominales el defecto de la pared es congénito, nace con el individuo y por lo tanto a los efectos legales y laborales, cualquier hernia tiene una causa etiológica preexistente, los factores desencadenantes como es en este caso la actividad de camillero durante ocho años en donde se hace esfuerzo abdominal en forma reiterada actúa como un agente concausal de la hernia inguinal.

Por otra parte, al brindar sus explicaciones a fojas 199 vta. el galeno reiteró que la hernia no se puede deber a un hecho único, sino que se deben a un defecto congénito en la pared abdominal, el que sumado a actividades que produzcan un aumento de la presión intra abdominal (como el desarrollado por el actor durante 8 años) dan como resultado la producción de una hernia; por este motivo se dice que la preexistencia es la deformidad en la pared abdominal y la concausa es el trabajo físico.

Ahora bien, acreditada la existencia de las labores desarrolladas por el actor como concausa, queda por definir



aún en qué medida ellas actuaron como tales, pues ello tiene directa relación con la extensión de la responsabilidad de la demandada, punto de reclamo a fs. 525 vta in fine /526/527.

En este sentido entiendo que la índole de las tareas de camillero que desempeñara el actor, como así también que las mismas fueron llevadas a cabo durante 8 años, aproximadamente, han contribuido en un cincuenta por ciento como concausa de la hernia sufrida por el trabajador.

Así, se ha dicho que "Incorporando el parámetro de la calidad media o justo medio, corresponde acordarle al trabajo -como elemento concausal- un porcentaje equivalente al 50% de la incapacidad padecida por la dolencia psicológica. La falta de otro elemento científico adecuado no permite resolver en manera distinta, lo que de ser así importaría un juicio de valor discrecional, sin fundamentación médico legal alguna" (Cámara 6a del Trabajo de Mendoza "Herrera, Carlos Alberto c. Provincia de Mendoza" 06/11/1997 Publicado en: LLGran Cuyo 1998, 341 cita online: AR/JUR/967/1997).

En torno a la queja relacionada con el daño psicológico, se ha dado respuesta al quejoso al tratar el agravio de la actora relacionado al porcentaje de incapacidad punto 2do a).

En conclusión, y pese a que se hace lugar a la queja en lo que a la determinación del porcentaje por el cual responde se refiere, el incremento de la indemnización producto del acogimiento del recurso de la actora hará que la Provincia deba responder por un monto aun mayor que el condenado en la instancia de grado.

VI.- Consecuentemente, he de proponer al Acuerdo se revoque la sentencia apelada haciendo lugar parcialmente a los recursos de apelación interpuestos por las partes y en consecuencia condenar a GALENO ART al pago de la suma de ciento ochenta y dos mil seiscientos cincuenta y seis con noventa y dos (\$182.656,92) en los términos de la ley de



Riegos del trabajo (arts. 14. ap 2 inc. A) Ley 24.557, 17 inc. 5 y 3 de la ley 26773 con más los intereses en la forma y a la tasa determinados en el punto I del resolutorio apelado. Condenando asimismo a la Provincia de Neuquén al pago de la suma de pesos veintiún mil (\$21.000) en concepto de 50% de indemnización por incapacidad sobreviviente y daño moral como consecuencia de la acción civil entablada contra ella en su carácter de empleador con fundamento en los artículos 1109 y 113 del Código Civil, con más los intereses calculados en la forma y a la tasa establecidos en el punto II de dicho resolutorio de fojas 488.

Las costas serán impuestas a las codemandadas vencidas (artículo 68 del Cód. procesal) a cuyo fin se regularan los honorarios profesionales por la actuación en esta instancia en la forma de estilo (arts. 7, 9, 10, 11, 15, 20 y concordantes de la ley 1594).

A su turno, la **Dra. Gabriela B. Calaccio**, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por el vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su 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 Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en consecuencia, revocarla parcialmente, condenando a GALENO A.R.T. al pago de la suma de PESOS CIENTO OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS, CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$182.656,92) en los términos de la ley de Riegos del Trabajo (arts. 14. ap 2 inc. A, Ley 24.557,



17 inc. 5 y 3 de la ley 26773), con más los intereses en la forma y a la tasa determinados en el punto I del resolutorio apelado.

II.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la Provincia del Neuquén contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en virtud de lo resuelto en el punto anterior, condenándola a pagar al actor la suma de PESOS VEINTIUN MIL (\$21.000), en concepto de 50% de indemnización por incapacidad sobreviviente y daño moral, con más los intereses calculados en la forma y a la tasa establecidos en el punto II del resolutorio apelado.

III.- Imponer las costas de Alzada a las co-demandadas vencidas (art. 68 del C.P.C. y C.).

IV.- Valorando la calidad, eficacia y extensión del trabajo realizado, regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia recursiva: A la Dra. ..., en su doble carácter de letrada apoderada por la parte actora, en el TREINTA POR CIENTO (30%) de lo que, oportunamente, le corresponda percibir por su actuación en igual carácter en la instancia de grado; y los de la Dra. ..., en su doble carácter por la co-demandada Provincia del Neuquén, en el SETENTA POR CIENTO (70%) de la suma resultante y regulada a la letrada de la parte actora (Cfr. arts. 6, 7, 10, 11, 15 y 20 de la L.A.). A las sumas reguladas deberá adicionarse el porcentaje correspondiente a la alícuota del I.V.A. en caso de que las beneficiarias acrediten su condición de responsables inscriptas frente al tributo.

V.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las recurrentes y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

**Dra. Gabriela B. Calaccio - Dr. Dardo W. Troncoso
Dr. Alexis F. Muñoz Medina - Secretario Subrogante**