



NEUQUEN, 23 de noviembre de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"GUZMAN FLORENTINO DEL CARMEN C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"**, (JNQLA5 EXP N° 474145/2013), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Marcelo **MEDORI**, por encontrarse apartado de la causa el Dr. Federico **GIGENA BASOMBRIO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra C. **ANDRADE** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la sentencia de fs. 285/292 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

Desestimada la reposición, se concede el recurso de apelación (fs. 301).

a) La recurrente se agravia por entender que se ha valorado erróneamente la incapacidad del trabajador a los efectos de liquidar la suma adicional de pago único prevista por el art. 11 de la ley 24.557, la que debería ser de \$ 100.000, y no \$ 80.000 como determinó la a quo.

También formula queja por la fecha de toma de conocimiento de la patología, lo que influye sobre la legislación aplicable.

Dice que si bien el demandante toma conocimiento de su patología al momento de jubilarse por invalidez, la fecha de este momento no es la indicada por la a quo.

Señala que a fs. 119 del expediente administrativo n° 4469-095940/4, se notifica la Disposición n° 867/2012, por la cual se rechazó el otorgamiento de la



jubilación por invalidez; beneficio que es otorgado como consecuencia del recurso administrativo planteado.

Sigue diciendo que la toma de conocimiento de la patología debe ubicarse en la segunda junta médica efectuada el día 22 de noviembre de 2012, fecha en la cual ya estaba vigente la ley 26.773.

Agrega que esta incapacidad recién se tornó definitiva el día 7 de agosto de 2017, fecha de la sentencia de primera instancia.

Cita jurisprudencia.

Denuncia que la sentencia recurrida ha omitido expedirse sobre la solicitud de aplicación de daño punitivo en los términos del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

Entiende que el contrato de seguro por riesgos del trabajo queda comprendido en la ley 24.240.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, he de comenzar el análisis por el agravio referido a la toma de conocimiento de la incapacidad.

La a quo ha fijado esta toma de conocimiento el día 17 de julio de 2012 -fecha de notificación de la Disposición n° 867/2012-, en tanto que la recurrente entiende que debió serlo cuando se concede el beneficio de jubilación por invalidez, ya que en la oportunidad indicada por la jueza de primera instancia, dicho beneficio fue denegado.

El apelante incurre aquí en una errónea equiparación entre incapacidad y jubilación por invalidez.



Una cosa es la disminución de la capacidad laborativa del trabajador como consecuencia, en este caso, de una enfermedad profesional; y otra es la procedencia del beneficio de jubilación por invalidez, la que requiere que aquella incapacidad sea de 66% o más.

En otras palabras, el trabajador pudo tomar conocimiento de su incapacidad, aunque ella no haya sido suficiente para el otorgamiento de la jubilación por invalidez.

Entiendo que esa toma de conocimiento de la incapacidad, en el sub lite, debe ubicarse el día 20 de octubre de 2011, cuando el trabajador solicita el otorgamiento de la jubilación por invalidez, en atención a que dicha petición administrativa importa el conocimiento de una incapacidad que, a criterio del solicitante, le impedía continuar con su actividad laboral (ver fs. 1/vta. del trámite administrativo que corre agregado por cuerda).

Pero, en virtud de la regla que prohíbe la reformatio in pejus, me he de atener a las fechas comprometidas en la sentencia (17 de julio de 2012) y en el memorial de agravios (22 de noviembre de 2012).

Y en esta opción, me he de inclinar por la determinada por la a quo.

Si bien es cierto que la Disposición n° 867/2012 del Director de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones del Instituto de Seguridad Social del Neuquén, que se notifica a fs. 119 del expediente administrativo agregado por cuerda, deniega el beneficio de jubilación por invalidez, tal denegatoria tiene su fundamento en que la incapacidad determinada por la junta médica previsional fue inferior al 66%, pero claramente surge del texto de la resolución administrativa que el actor era portador de incapacidad y que



ella fue graduada en el 48,38% (fs. 117 del expediente administrativo).

Conforme se explicara, más allá de que el actor no tuviera un grado de incapacidad suficiente para la obtención del beneficio previsional requerido, lo cierto es que en el momento que indica la sentencia recurrida el trabajador supo de su incapacidad y el porcentaje determinado por la junta médica.

Consecuentemente la fecha de toma de conocimiento de la incapacidad fijada en el fallo de grado se ajusta a las constancias de la causa.

No influye sobre esta conclusión lo afirmado por el apelante respecto a que la incapacidad se habría tornado definitiva con el dictado de la sentencia de primera instancia, en tanto esta definitividad se relaciona con la imposibilidad de reversión del proceso degenerativo causado por la patología de base, y no con el dictado de un acto judicial.

En todo caso, la incapacidad fue definitiva con el dictamen de la primera junta médica, más allá, insisto, de la medición que se haya hecho de la disminución de la capacidad laborativa.

III.- Asiste razón al recurrente respecto que, siendo la incapacidad del trabajador del 91,2% -extremo firme en esta instancia-, la suma adicional de pago único a abonarle es de \$ 100.000, conforme decreto n° 1.694/2009, en tanto dicho porcentaje de incapacidad se encuadra dentro de la norma del art. 15 de la ley 24.557.

IV.- Finalmente y en lo que refiere a la omisión de tratamiento del pedido de determinación de daño punitivo, en los términos de la ley 24.240, no existe la omisión denunciada.



En efecto, no surge de las constancias de la causa que el daño punitivo haya sido un tema propuesto a la jueza de grado, no habiendo formado parte de la litis, por lo que mal podía ser abordado en la sentencia de primera instancia. Como tampoco puede serlo en la Alzada en virtud de lo normado por el art. 277 del CPCyC.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, y modificar, también parcialmente, el resolutorio de grado, elevando el monto del capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 586.978,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido y la falta de oposición, se imponen a la parte actora (art. 68, 2da. parte, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ... en el 30% de la suma que se liquide para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Marcelo MEDORI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 285/292 vta., elevando el monto del capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 586.978,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.



II.- Imponer las costas de Alzada a la parte actora (art. 68, 2da. parte, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ... en el 30% de la suma que se liquide para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Marcelo Medori
Dra. Sandra C. Andrade - SECRETARIA