NEUQUEN, 5 de abril de 2018

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"GUTIERREZ CRISTIAN LUCIANO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"**, **(JNQLA4 EXP** Nº **501749/2013**), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI,** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori,** dijo:

**I.-** Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 27 de junio del 2017 (fs. 258/266), expresando agravios a fs. 270/272.

Se agravia porque el juez ha valorado el caso tomando como un reconocimiento de su parte el haberle brindado al actor prestaciones médicas al momento de denunciar el accidente, lo que constituye una aserción errónea que rechaza la ley vigente atento a que los arts. 22 y 23 del Dec. 491/97 autorizan extender el plazo a 30 días para aceptar o rechazar un siniestro; resalta que la aceptación o rechazo en sí no es un hecho controvertido, dado que el actor agotó todas las instancias administrativas previas a interponer la demanda; que no puede dejarle de brindar prestaciones médicas ínterin, dado que se trata de un trabajador que no puede permanecer desamparado, al menos hasta que se resuelva su situación médica, sin embargo muchos casos se denuncian como accidentes pero tiene su etiología en otras causas, lo que explica con nitidez el plazo para aceptar o rechazar el siniestro mientras se dan las prestaciones; que no corresponde aplicar supletoriamente el Código Civil cuando el decreto citado expresamente regula esta situación, llevando a la apreciación que el juez da por probada una situación que no es tal por un error en la aplicación del derecho, lo que amerita su revisión, así como su revocación junto con el resto de los elementos apelados.

En segundo punto denuncia que la resolución no satisface ni el debido proceso ni la congruencia, ni respeta la ley ni mucho menos el contrato de ART, tratándose de una decisión arbitraria, cuando aplica el baremo civil en una acción sistémica fundada en la ley de riesgos de trabajo y no en una de derecho común, no sabiendo de dónde surge la facultad jurisdiccional para hacerlo; reseña que la rodilla no fue operada ni sufrió un daño de magnitud, tan solo un golpe o traumatismo y un hematoma que fue drenado; que no hay motivos para correrse de los lineamientos esgrimidos por el perito para rechazar la demanda por entender que no hay secuelas; y que más allá de que el actor pudo haber solicitado la inconstitucionalidad del baremo, el mismo constituye la herramienta primordial que une la relación entre la ART y las pólizas de seguros contratadas a tal fin; que mucho menos se justifica la aplicación del máximo (5%) dentro del baremo que arbitrariamente aplicó ni consta que el juez tuviera conocimientos técnicos científicos que justifiquen esta decisión.

Sustanciado el recurso, responde el actor a fs. 274/275; pide se rechace la apelación con costas.

En principio destaca que el accidente in itinere fue reconocido por la demandada tanto en la instancia de la Comisión Médica como en las presentes al contestar la demanda; que el perito determinó que el actor padecía una gonalgia inespecífica a la que el Baremo del Decreto 659/96 (ley 24557) no le asigna incapacidad, lo que fue impugnado poniendo de manifiesto que se había planteado la inconstitucionalidad de la citada norma, y se solicitó que se tomara en cuenta tablas y/o baremos del fuero civil, remarcándose que el trabajador accidentado no era una mercancía medible, solamente por su rendimiento profesional o funcional, y si sufría una lesión que menoscababa su salud debía ser indemnizada, aún cuando no tuviera valoración en el citado baremo legal; que al contestar

el pedido de explicaciones el perito reconoció la afección del actor, y consideró que si la litis hubiera sido planteada en el fuero civil, otra hubiera sido la suerte, pues la patología estaba contemplada, así como su valoración incapacitante por el método Fernández Rosas, pudiendo afirmarse que se reconoció que se trataba de una afección incapacitante para el fuero civil; que en consecuencia resultaría absurdo concluir que en el fuero civil este trabajador sí hubiera recibido la tutela efectiva de sus derechos a la reparación del daño sufrido en su salud por un infortunio del trabajo, y por tal calidad, el juez laboral así debe reconocerlo como lo señalara la Corte en el caso “Aquino”.

Agrega que el art. 9 de la LCT, prevé que en caso de duda en la apreciación de la prueba debe estarse a favor del trabajador, que debe sumarse a los principios protectorios y de justicia social contenidos en el art. 14 bis de la C.N., por lo que el juez no hizo más que resolver el caso mediante una sentencia razonablemente fundada en la Carta Magna, los pactos internacionales de derechos humanos y los principios y valores que resultan de dichos cuerpos normativos.

**II.-** Que la decisión en crisis, en punto a lo que es materia de recurso, hizo lugar a la demanda por prestaciones dineraria establecida en el art. 14 ap. 2 de la LRT derivada del accidente laboral que sufriera el actor el día 11.05.2007 cuando concurría a laborar y cae de su motocicleta golpeándose la pierna izquierda; ello luego de considerarse que las partes estaban contestes sobre la existencia del accidente de trabajo y de la determinación de la incapacidad por la Comisión Médica Jurisdiccional en un 0,00%, resultando el hecho debatido la corrección o no de lo dictaminado en sede administrativa, sostenido por la aseguradora, o por el contrario, que la minusvalía es del 10%, tal la estimación del demandante.

A continuación, en el punto 4, el juez de grado afirma que la ART al invocar que dio todas las prestaciones médicas desde el accidente hasta la fecha del alta e invoca el pago del porcentaje fijado por la Comisión Médica determinado por la Ley 24557, reconoce la calidad de accidente de trabajo al hecho denunciado por el actor.

Finalmente, para determinar si existe incapacidad, refiere que recurre a la Pericia Médica obrante a fs. 75/76 citando que el galeno luego de efectuar la anamnesis, el examen físico, valuar la documentación obrante en autos, arriba a la conclusión de que el actor padece una gonalgia inespecífica, la que no tiene valoración en el Baremo 659/96; luego refiere que la patología presenta una discapacidad del 1 al 5% según la tabla establecida por el Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de justicia de la Nación, que a su vez concuerda con el Baremo de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros y su similar de Alemania y el real decreto legislativo 8/2004 de España. Y teniendo en cuenta el certificado médico de fs. 23, estaré a que el actor padece una discapacidad indemnizable del 5% de la VTO.

Que a los fines del abordaje de los agravios habré de citar la información relevante colectada en la causa, partiendo del certificado de fecha 29.07.13 –agregado a fs. 23- expedido por Médico Traumatólogo aportado por el actor, que consigna “Diagnóstico: Algia muscular 1/3 superior pierna izquierda Secuela traumatismo directo en ocasión de trabajo. Asistido por ART se realiza drenaje quirúrgico hematoma capsulado. Vendaje compresivo. Regular evolución. Actualmente signos locales de cicatrización, cambio de coloración. Hipersensibilidad al roce. Dolor local que aumenta con la marcha y bipedestación prolongada”.

Que a fs. 19/21 obra el Dictamen de Comisión Médica de fecha 22.08.2013, señalando como motivo de la intervención la divergencia en la I.L.P., Puesto o tarea: distribuidor de

correo, se cita el siniestro acaecido el 21.01.2013, con Alta el 21.03.13, igual fecha del Cese de la I.L.T. y motivada en “alta médica”, al examen físico se registra Pierna izquierda. El examen comparativo no exhibe diferencias. Ambas piernas tiene buen tropismo, tono y fuerza muscular. Rodilla. Signos de cajón y bostezo negativos. Cicatriz puntiforme infrarrotuliana interna correspondiente a drenaje quirúrgico. Sin hidrartrosis. Flexoextensión conservada. Marcha eubásica en talones y punta pies. Causa o dificultad para desarrollar la terea: ninguna. Incapacidad otorgada por Asegurador/Empleador Autoasegurado en el acuerdo presentado en trámite: sin incapacidad; La contingencia se caracteriza como accidente de trabajo.

La pericia judicial de fs. 75/76 describe que al examen de los miembros inferiores es normal sin limitación funcional. Se observa cicatriz puntiforme en cara interna de la rodilla, no hay dolor ni limitación funcional, maniobra meniscales y ligamentarias normales. Puede realizar la marcha en puntas de pie y con los talones. Concluye: El actor sufrió un accidente laboral in itinere, con traumatismo de pierna izquierda, le drenaron un hematoma para rotuliano interno, queda como secuela una gonalgia inespecífica. La misma no tiene valoración en el decreto 659/96”. Y al responder los puntos de pericia informa en lo que resulta relevante, que “Actualmente solo refiere una gonalgia. No hay incapacidad. No hay secuelas. Actualmente no hay patología valorable”.

Ante la impugnación del dictamen por parte del actor, responde el mismo perito a fs. 83 que ratifica la pericia presentada, agregando que en ella “se explicó que la gonalgia inespecífica (no tiene relación con puntos meniscales ni maniobras meniscales, no tiene relación con lesiones ligamentaris) no tiene valoración en el decreto 659/96. Si la litis se hubiera planteado en el fuero civil la gonalgia per

se está contemplada así como la valoración por el método de Fernandez Rosas".

**A.-** Abordando el planteo relacionado con el reconocimiento de la existencia del siniestro y su naturaleza laboral por parte de la aseguradora, se advierte que la recurrente pretende introducir una cuestión que omitió concretar en la instancia de grado, por lo que admitirla implicaría abrir en la Cámara debates ya preclusos.

Que las alegaciones que no corresponden a la oportunidad procesal no pueden ser tenidas por planteadas debidamente y como tales quedan marginadas del debate en la Alzada, y en este sentido el art. 277 del Código Procesal, es claro al establecer: "El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia.".

En relación al artículo en estudio, se ha dicho: "Ámbito de conocimiento de la Alzada: la instancia revisora de la Alzada, no se constituyó para producir un segundo juicio independiente del formalizado en el juzgado de origen. Por aplicación de lo dispuesto en el art. 277 del CPCCN resulta inaudible el agravio, cuando el apelante pretende hacer ingresar al ámbito de revisión de la Alzada hechos no alegados idóneamente en la etapa postulatoria del proceso. Las facultades de los Tribunales de Apelación sufren una doble limitación, la que resulta de la relación procesal y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso. Ello es así porque no deben expedirse respecto de capítulos no invocados ni propuestos a su consideración, porque de hacerlo producirían el menoscabo de los límites de su propia competencia, conculcando también los derechos de propiedad y de defensa en juicio garantizados en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional. … Poderes y obligaciones del tribunal

de alzada: el juez debe, a mérito del principio de economía procesal, indagar acerca de los presupuestos procesales de admisibilidad de la acción, antes de pronunciarse sobre el mérito de la causa. Ese análisis involucra el abordaje previo de su propia competencia y jurisdicción, por parte de la Alzada. Dicho tribunal no puede conocer en la cuestión planteada en los agravios dirimentes, si no han sido los argumentos y defensas traídos ante ella, objeto de oportuno planteo al juez de grado. (Marcelo López Mesa- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – ed. La Ley, T° II, Pág. 1093/ 1094/1095).

Conforme a lo expuesto, se habrá de rechazar el agravio introducido.

**B.-** Pasando al análisis de la crítica vinculada a la incapacidad que se admitió para reconocer el crédito a la prestación dineraria prevista en la Ley 24557, cabe citar que el inc. 3º de su art. 8 estipula expresamente:

"El grado de incapacidad laboral permanente será determinado por las comisiones médicas de esta ley, en base a la tabla de evaluación de las incapacidades laborales, que elaborará el Poder Ejecutivo Nacional y, ponderará entre otros factores, la edad del trabajador, el tipo de actividad y las posibilidades de reubicación laboral." (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. n de la Const. Prov.; y 21 y ss. de la ley 24.557).

A su vez el Decreto Nº 659/96 prevé específicamente:

"Secc. OSTEOARTICULAR, Generalidades: PARA LA EVALUACIÓN DE LAS AFECCIONES OSTEOARTICULARES SE TENDRÁN EN CUENTA LAS SECUELAS ANÁTOMO-FUNCIONALES DERIVADAS DE UN ACCIDENTE DEL TRABAJO O DE UNA ENFERMEDAD PROFESIONAL. Para su diagnóstico se empleará fundamentalmente la clínica y en caso de sospecha de simulación se requerirá de exámenes de apoyo tales como radiografías simples, estudios electrofisiológicos, Tomografía Axial Computada (TAC- scaner), Resonancia Nuclear

Magnética, potenciales evocados somatosensitivos, entre otros. Las fracturas que consoliden bien sin dejar secuela alguna (muscular, neurológica, etc.), no serán motivo de resarcimiento económico y serán consideradas incapacidad temporal. **El dolor puro, no acompañado de signos objetivos de organicidad, no será objetivo de incapacidad permanente. En éstos casos estará indicado la utilización de exámenes de apoyo. ..**”

Y en las CONCLUSIÓN: “La evaluación de incapacidades permanentes por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales exige la concurrencia de: La existencia de un accidente del trabajo o una enfermedad profesional debidamente reconocida conforme a las normas vigentes. La presencia de una disminución anatómica o funcional definitiva, irreversible y medible que debe ser la consecuencia del siniestro laboral señalado antes. El daño deberá ser medido de acuerdo a los establecido en las tablas de incapacidades laborales que contempla el artículo octavo de la LRT. ..”.

El artículo 476 del Código Procesal dispone: “Eficacia probatoria del dictamen. Las fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los artículos 474 y 475, y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca.”(cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 20 del Cód. Civil; y 377 y 386 del Cód. Procesal).

Atento los elementos fácticos y jurídicos evaluados, queda claro a la luz de la prueba rendida en autos, en particular por lo explicado por el perito médico, que el accidente de trabajo admitido no ha dejado secuelas incapacitantes al trabajador, dada la restitución

anatomofuncional y la falta de hallazgos objetivos relacionados con el dolor referido, de conformidad a lo emanado del decreto reglamentario transcripto, y al no existir razones validas para apartarse de la opinión técnica cuando describe que el examen de los miembros inferiores es normal sin limitación funcional, y que en la rodilla donde observa cicatriz puntiforme “no hay dolor ni limitación funcional”, que confirma la producida en sede administrativa y desvirtúa la certificada a fs. 23, evaluación que no puede tenerse por modificada por haber consignado en la conclusión: “queda secuela una gonalgia inespecífica” por contradecir el hallazgo físico antecedente, constituyendo todos ellos elementos que en definitiva obstan, incluso, cualquier cotejo para evaluar si el actor pudo verse excluido de acceder a la reparación garantizada legal, constitucional y convencionalmente.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: “La valoración del peritaje médico, es relevante para acreditar los daños físicos y la consiguiente incapacidad, por tratarse de materia técnica, en donde el magistrado es un sujeto cognoscente de segundo grado y que de ordinario no posee los conocimientos científicos que le permitan llegar directamente al objeto primario. Consecuente con ello, la determinación del valor probatorio del peritaje debe efectuarse atendiendo primordialmente a éste mismo y verificando los juicios del experto mediante un análisis lógico y de sentido común. Pero lo expresado no debe llevarse a extremos de exceso ritual manifiesto, ya que lo que importa no es tanto una precisa denominación científica y sí, más bien el aporte de circunstancias, detalles o encuadramientos que permitan comprender en sustancia la afección de que se trata y sus concretas repercusiones sobre la vida productiva e integral de la víctima.”(Obs. Del Sumario: Zavala De Gonzalez "Resarcimiento De Daños"2ª - "Daños a las personas" Pag. 359 Y Sig., Ct01 Se 10481 S, Fecha: 17/02/1998, Juez: Piccardi De

Sanchez (sd), Caratula: Garnica Bernardo C/ Gobierno De La Provincia De Santiago Del Estero S/ Indemnizacion Por Accidente De Trabajo, Etc., Mag. Votantes: Giuggiolini-piccardi De Sanchez-cheein De Hermida-LDT).

Por las razones expuestas, al no haberse acreditado incapacidad laboral susceptible de reparación, procede revocar la sentencia de grado, y rechazar la demanda en todas sus partes.

**III.-** Que aún resultando vencedora la aseguradora, a tenor de la información que le fuera proporcionada por el médico que emitió el certificado de fs. 23, estimo que el actor pudo razonablemente considerar que le asistía el derecho a reclamar, motivo por el cual estimo justificado exceptuarlo del principio general sentado en la primera parte del art. 68 del CPCyC por el que el vencido debe cargar con las costas, estableciendo que éstas se impongan en el orden causado, como lo habilita la segunda parte de la citada norma.

Por ello así como, resultando las partes mutuamente vencidas y vencederas en la Alzada, se distribuirán de la misma manera las devengadas en esta instancia.

**IV.-** Conforme lo decidido, se habrán de dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de los letrados intervinientes, las que se fijan en el 18% para el representante del actor en el doble carácter, y el 6% y 15% para la apoderada y patrocinante de la demandada, respectivamente, y para el perito médico en el 4%, conforme la base regulatoria establecida en el art. 20 de la Ley 1594, modificada por la Ley 2933; mientras que los devengados en la alzada ascenderán al 30% de los anteriores (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 39 y cc. L.A.).

**V.-** Por todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo que haciendo lugar parcialmente al recurso, se revoque la sentencia de grado y se rechace la demanda en todas sus partes, con costas en ambas instancias en el orden causado y

se ajuste la regulación honoraria de los profesionales intervinientes a lo estipulado en el punto anterior, conforme el resultado del pleito.

**El Dr. Ghisini, dijo:**

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Revocar la sentencia dictada a fs. 258/266, rechazándose la demanda en todas sus partes, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

**2.-** Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 68 2° apartado del C.P.C.C.).

**3.-** Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que adecuados al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), se fijan en el 18% para el representante del actor en el doble carácter, y el 6% y 15% para la apoderada y patrocinante de la demandada, respectivamente, y para el perito médico en el 4%, conforme la base regulatoria establecida en el art. 20 de la Ley 1594, modificada por la Ley 2933 (arts. 6, 7, 8, 9, 10 y 39 L.A).

**4.-** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el punto anterior, a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

**5.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori**
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA