



NEUQUEN, 27 de Septiembre del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"POBLET MARIANO EZEQUIEL C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ INC. DE APELACIÓN"** (JNQLA6 INC 2101/2018) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Fernando GHISINI**, por encontrarse recusado el Dr. Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. El Sr. Poblet inicia demanda contra Prevención ART, solicitando se la condene al pago de las sumas debidas como consecuencia del accidente de trabajo in itinere sufrido el día 10 de noviembre de 2015.

Expone que padece una incapacidad total y que a la fecha del accidente contaba con 25 años de edad.

Indica que percibió, desde el accidente las prestaciones dinerarias correspondientes a la incapacidad laboral temporaria, las que fueron suspendidas por la demandada al cumplirse dos años contados desde la fecha del accidente.

Cita las prescripciones del decreto 472/2014 y en base a las mismas, sostiene que la demandada debe continuar con los pagos, con más los intereses hasta que exista alta médica, como consecuencia de la realización del dictamen médico en las presentes actuaciones.

Dice que se encuentra en una situación anormal en tanto han transcurrido dos años desde el accidente invalidante, se encuentra vigente la relación laboral, padece una incapacidad permanente y total no reconocida por la aseguradora superior al 66% y que no se le abona la prestación dineraria por ILT desde el mes de noviembre de 2017, todo lo cual lo coloca en una situación de extrema vulnerabilidad.



En este contexto requiere se condene a la Aseguradora a continuar abonando tal prestación, desde el 10 de noviembre de 2017, pago que deberá ser integrado con la declaración y pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social.

Solicita que esto sea ordenado de manera inmediata, en atención al alto grado de incapacidad que padece, su situación de vulnerabilidad por las patologías, no contando con ingreso alguno.

Encuadra así su reclamo como una medida cautelar genérica, hasta tanto exista reconocimiento y determinación de la incapacidad.

Sustanciada la petición, la ART sostiene que lo requerido no es una medida cautelar que tienda a asegurar el resultado práctico de la sentencia que eventualmente recaiga, sino un pedido autónomo de prestación mensual, que no se relaciona con la pretensión principal.

Dice que en autos no se encuentra reclamado el pago de la prestación por ILT como pretensión de fondo y que, además, tal reclamo no procede en derecho.

Indica que tal prestación se abonó por todo el período debido, esto es, por dos años (1 año y extensión por 12 meses), conforme lo establece los artículos 7 y 13 de la LRT y el art. 2, inc. 4 del Decreto 472/14.

Señala que, al vencimiento del año inicial, comunicó al trabajador que se extendería el periodo de la ILT por doce meses o hasta el alta médica (lo que ocurriera primero) por lo que ha cumplido con la totalidad de las prestaciones a su cargo, **"no existiendo a la fecha alta, ni determinación de incapacidad permanente en virtud de la cual se está adeudando prestación alguna al trabajador"**.

Más adelante, se refiere a la pretensión relativa a los intereses y expone: **"No existe obligación por la que mi mandante deba responder, en tanto el actor ni siquiera cuenta con el alta médica aún, encontrándose en periodo de ILT"**.



Sobre este escenario, la magistrada desestima la pretensión cautelar, conforme los términos que surgen de la resolución obrante en hojas 73/76.

Esta resolución es la que viene en apelación, conforme los agravios vertidos en hojas 77/80.

La actora expone que la resolución es arbitraria, en tanto omite todo el análisis de los hechos no controvertidos y ha ignorado la concreta petición efectuada al demandar, cual es, la de gozar de su salario mientras se determina la incapacidad, siendo la demora en ello, directamente atribuible a la demandada.

Expone que la ART no desconoce ni explica por qué, siendo la directa responsable de la demora en definir la situación del trabajador y de su estado de salud, no determina si puede retomar sus tareas habituales y/o mantener su contrato de trabajo.

Indica que aquí, lo que se pretende es lo necesario para que pueda subsistir mientras no se define su estado de salud, siendo intolerable la desprotección que se produce, como consecuencia de que la Aseguradora ha dejado vencer todos los plazos sin determinar la incapacidad, ni informar al empleador que debe reasumir el pago del haber mensual.

Cita el caso "Camacho" de la CSJN, lógica con la que entiende debe aprehenderse este caso.

Sostiene que es sorprendente que la magistrada no amerite como de perjuicio actual e inminente, al extremo estado de salud del trabajador, que surge de la historia clínica acompañada y quien, además, no cuenta con ingreso alguno.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 83/85.

Sostiene que la pretensión efectuada no tiene sustento legal alguno e insiste con el carácter autónomo de la pretensión.



Luego ambas partes hacen presentaciones ante esta Alzada: La demandada trae la comunicación relativa al alta dada con fecha 02/08/2018; la actora adjunta dictamen médico, por el cual se determina una incapacidad del 93.12%.

Más allá de las consideraciones que ambas partes realizan, no se desconoce la documentación acompañada en ninguno de los dos casos.

Este es el cuadro de situación, frente a la cuestión que viene a resolución.

2. Ahora bien, tal como surge del escrito de demanda, en rigor son dos las pretensiones que aquí se deducen y que tienen como común denominador que son prestaciones concebidas en el ámbito de la ley de Riesgos del Trabajo.

El señor Poblet, como víctima de un infortunio laboral, promueve estas actuaciones para reclamar se condene a la Aseguradora de Riesgos a las prestaciones que considera le son debidas, como consecuencia de un accidente que le ha ocasionado graves secuelas.

La gravedad del cuadro no ha sido cuestionada, en tanto surge de las constancias documentales acompañadas y del largo periodo de convalecencia, el cual se ha extendido por más de dos años (me remito a la lectura de la historia clínica y del dictamen de la Comisión Médica, la cual determina con fecha 22/08/2018, una incapacidad del 76,77%, lo que sumándole los factores de ponderación, asciende al 93.12%).

Por estas razones, disiento con el abordaje efectuado en la primera instancia: Más allá de que la tutela haya sido requerida con carácter urgente, por la circunstancia de tratarse de una pretensión de corte netamente alimentario, y de un contexto de extrema vulnerabilidad dado el porcentaje de incapacidad prima facie determinado, ello no quita que integre la pretensión que en la causa se demanda.

Entiendo que el carácter cautelar anticipatorio, con el que el accionante inviste su petición, ningún agravio puede



ocasionar a la contraria, antes bien, permite que en todo caso, la tutela a acordarse, pueda ser objeto de nuevo análisis al dictarse el pronunciamiento final.

Y, aún cuando no se encuadrara en dichos términos, tampoco advierto que esta forma de planteamiento ocasione un perjuicio a la demandada, quien claramente ha comprendido el alcance de lo pretendido.

En definitiva, más allá de que entiendo que corresponde ceñirse a la doble naturaleza propuesta por el requirente, enmarcándolo en un anticipo de tutela pasible de revisión, lo indudable es que, el encuadre formal no puede obstar al abordaje de lo peticionado: durante el periodo de convalecencia y de inactividad, es cuando los padecimientos y necesidades de la víctima del infortunio, justamente, aumentan y donde la tutela es más necesaria.

Y, es en esta oportunidad, donde justamente debe cobrar protagonismo el principio protectorio consagrado en el artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional.

Es que como indica "*Mónica Pinto, "El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre"...*De acuerdo a la aplicación del criterio "pro homine" prevalece la norma más favorable a la persona que trabaja, armonizándose los estándares de protección de manera acumulativa..." (cfr. EL DERECHO A LA REMUNERACIÓN ANTE EL INFORTUNIO LABORAL, Lozano, María Paula, LA LEY 2009-D, 287).



El actor, como persona humana trabajadora e incapacitada, tiene una especial protección constitucional: de allí, que no pueda concebirse que esté posicionado en un "limbo jurídico" en el cual no reciba protección, ni perciba ingreso alguno: No lo hace de su empleadora al no haberse otorgado el alta; no lo percibe de la Aseguradora, quien tampoco la había acordado al momento de cesar el pago de la prestación mensual, sin abonar tampoco indemnización alguna, por no haber determinado la incapacidad.

Resalté más arriba, al relatar los escritos constitutivos de la cuestión que viene a resolver, dos aseveraciones de la demandada que entiendo chocan abiertamente con el sistema protectorio.

Sostiene por un lado que "no existiendo a la fecha alta, ni determinación de incapacidad permanente en virtud de la cual se está adeudando prestación alguna al trabajador" y agrega más adelante: "No existe obligación por la que mi mandante deba responder, en tanto el actor ni siquiera cuenta con el alta médica aún, encontrándose en periodo de ILT".

Como se advierte, tales afirmaciones hieren el más elemental sentido común: ¿si el trabajador se encuentra en el periodo de incapacidad laboral transitoria y no tiene el alta, debe aceptarse con indolencia, que no merece tutela alguna, cuando se encuentra imposibilitado de obtener ingresos? Tal solución importaría vulnerar derechos fundamentales que hacen a la dignidad de la persona humana; aun intuitivamente, algo nos dice que la respuesta debe ser otra.

Explicaré a continuación, las razones que me persuaden de ello.

3. Se encuentra fuera de discusión que el Sr. Poblet sufrió un accidente de trabajo el día 10 de noviembre de 2015.

Así también, que vencido el plazo de un año previsto en el artículo 7 de la LRT, no se encontraba en condiciones de ser dado de alta.



Esto hizo operativo, tal como lo señalan ambas partes, lo preceptuado por el Decreto 472/2014.

En sus considerandos se indica:

"posteriormente la Ley N° 26.773 avanzó en la progresión tuitiva antes descripta, al establecer que un accidente de trabajo o enfermedad profesional debe ser reparado en forma suficiente, accesible y automática, instituyendo el pago único como principio general indemnizatorio.

Que, ante la supresión del período de Incapacidad Laboral Permanente Provisoria, la ampliación de la etapa de Incapacidad Laboral Temporaria hasta que haya certeza de la disminución de la capacidad laborativa, implica una mejora de las prestaciones dinerarias, en sus aspectos temporales y cualitativos, en los términos del artículo 11, apartado 3) de la Ley N° 24.557.

Que en ese contexto, también resulta necesario regular aspectos vinculados a la referida prolongación del período de Incapacidad Laboral Temporaria, a la base de cálculo a tomar en cuenta respecto de los montos indemnizatorios y a las cuestiones operativas relacionadas con la obligación de pago de la prestación dineraria..."

Dejando de lado las posiciones que advierten sobre la inconstitucionalidad del decreto (ver en esta línea a Schick), lo que es claro, es que la normativa se endereza a acordar tutela inmediata y continua al trabajador que es víctima de un infortunio.

En esta línea, dispone el artículo 2, en el apartado 1: "Considérase que a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 26.773, para las contingencias posteriores a la misma, la Incapacidad Laboral Permanente no tendrá situación de provisionalidad".

Y, en línea conteste, dispone en su apartado 4:



"En los casos en que el daño sufrido por el trabajador le impida la realización de sus tareas habituales más allá del plazo máximo previsto en el artículo 7º, apartado 2, inciso c) de la Ley N° 24.557, y no haya certeza del grado de disminución de la capacidad laborativa del mismo, la Aseguradora solicitará a los organismos competentes el otorgamiento de un nuevo período transitorio de hasta un máximo de DOCE (12) meses. El obligado al pago deberá abonar una prestación dineraria de cuantía y condiciones iguales a la que efectivizaba en concepto de Incapacidad Laboral Temporaria. Durante esta última etapa, el trabajador no devengará remuneraciones de su empleador. Dicho período podrá ser reducido si con anterioridad se hubiese sustanciado el trámite pertinente para establecer la Incapacidad Laboral Permanente ante los organismos competentes.

Si al vencimiento del plazo de UN (1) año antes descripto, **la Aseguradora no sustanció la solicitud de extensión ante los organismos competentes**, se entenderá que poseía suficiente certeza sobre el grado de disminución de la capacidad laborativa del trabajador damnificado. En este caso, además de continuar con los pagos conforme lo establecido en el párrafo anterior, la aseguradora deberá abonar los intereses previstos en el artículo 1º de la Resolución de la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO N° 2.524 de fecha 26 de diciembre de 2005 o la que en el futuro la modifique o complemente, desde el cese de la Incapacidad Laboral Temporaria, por el transcurso del año, hasta la fecha de emisión del dictamen o conclusión médica; respecto de la prestación dineraria de pago único, según el grado de Incapacidad Laboral Permanente que determinen los organismos competentes.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, **la Aseguradora que no sustancie la solicitud de extensión en tiempo y forma** será pasible de las sanciones



previstas en el artículo 32, apartado 1 de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones”.

En el caso que viene a revisión, transcurrido el plazo anual previsto en el artículo 7 (el que -en principio- determina el cese del estado de ILT), la Aseguradora no determinó la incapacidad.

Optó, según su propio relato y la notificación que le efectuara al actor (ver hoja 20 de este incidente), por no determinar el grado de incapacidad permanente y definitiva y considerar que continuaba con incapacidad laboral temporaria, prosiguiendo con las prestaciones dinerarias, que, en los términos del artículo 13, la encuentra como obligada.

Frente a este cuadro de situación, entiendo que el planteo del accionante presenta un fuerte grado de verosimilitud rayana en la certeza (tal como se requiere para acordar una tutela anticipatoria) por cuanto no se ha acreditado (en rigor, siquiera alegado) que se haya sustanciado la solicitud de extensión ante los organismos competentes.

No es lo mismo sustanciar la solicitud ante los organismos competentes, que decidir, por sí y ante sí, prolongar el periodo de incapacidad laboral temporaria.

La regla primaria es que, el estado de incapacidad laboral temporaria cesa, entre otros supuestos, por el transcurso del año contado desde la primera manifestación invalidante. Y la lógica del sistema manda a determinar el grado de incapacidad y abonar las indemnizaciones, cesado que sea tal estado.

Por lo tanto, reitero, vencido el plazo y no surgiendo de las constancias de estas actuaciones que el demandado haya sustanciado la solicitud de extensión ante los organismos pertinentes, se torna operativo el segundo párrafo del inciso 4 del artículo 2: “*Si al vencimiento del plazo de UN (1) año antes descripto, la Aseguradora no sustanció la*



*solicitud de extensión ante los organismos competentes, se entenderá que poseía suficiente certeza sobre el grado de disminución de la capacidad laborativa del trabajador damnificado. En este caso, **además de continuar con los pagos conforme lo establecido en el párrafo anterior...**"*

A partir de esto, el recaudo de verosimilitud del derecho, a mi criterio, se encuentra reunido en este caso.

4. Nótese que la Aseguradora esgrimió que no tiene obligación porque el trabajador no tenía el alta médica y se encontraba en periodo de ILT.

Pero si esto es así, si se encontraba, tal como afirma, en periodo de ILT, conforme al artículo 13, el trabajador no devenga remuneraciones (inc. 3), sino que percibe prestaciones dinerarias, estando éstas a cargo de la Aseguradora, quien como responsable del pago -a partir de los primeros diez días- debía retener los aportes y efectuar las contribuciones.

Porque lo que no se presenta como admisible, es que se pretenda que el trabajador continúe en estado de incapacidad laboral temporaria y no perciba ingreso alguno.

O cesa la incapacidad temporaria, transmutando en permanente y se determina el grado de incapacidad y se abonan las indemnizaciones por incapacidad permanente, o aquélla (ILT) continúa y se abonan las prestaciones dinerarias.

Nótese que, en el planteo de la demandada, el trabajador que ha sido calificado por ella misma como "paciente crónico", debe quedar sin protección alguna: sin percibir prestación dineraria, sin percibir prestación por incapacidad permanente porque no la ha determinado y sin ser dado de alta.

Esto no es admisible: no puede admitirse un estado incierto donde nadie aparezca obligado frente al trabajador.

En este supuesto, en la lógica proteccionista de la LRT, siendo que, al vencimiento del plazo no sustanció la



solicitud de extensión -al menos no surge ello de las constancias obrantes en el estado actual de las actuaciones- asiste razón al peticionante en cuanto a que es operativo el segundo párrafo del inciso 4 del artículo 2 del decreto 472/14.

La urgencia en la medida, huelga señalar, se encuentra dada por el estado de salud del trabajador, cuya magnitud surge de las constancias obrantes en estas actuaciones, traídas por ambas partes.

Es que, como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el caso traído a consideración por el recurrente:

"...9. Que, ante tales afirmaciones, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones -como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar -mediante esa vía- un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el artículo 5, inciso 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

"10. Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

...



"12. Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud– los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado" (cfr. CSJN, "Camacho Acosta c. Grafi Graf SRL y otros").

Vemos, entonces, que la anticipación de la tutela es posible, sólo que se encuentra reservada a supuestos excepcionales y graves, en los cuales la tutela se presente como impostergable: no se trata de apegarse a las reglas tradicionales, sino de efectuar un concreto juicio de atendibilidad.

Este juicio, en términos de Peyrano, "...presupone principalmente, un control axiológico que hasta llega a exigir alguna suerte de clearing o balanceo de los valores jurídicos en danza... El juicio de atendibilidad posee algunas otras características que lo identifican: a) por tender a legitimar una situación excepcional, sólo debe emitirse un juicio positivo cuando inequívocamente deba preferirse determinado valor (el que sustenta una solución excepcional) por sobre el otro valor (el preservado por la solución canónica); b) por estar en juego una situación excepcional que procura legitimar la no aplicación de una solución dogmática recibida y de índole habitualmente amplia, la solución de excepción debe ser cuidadosamente acotada a las circunstancias del caso para, de tal modo, impedir confusiones y equívocos a la hora de citar precedentes..." (cfr. PEYRANO, Jorge W., "Nuevamente sobre usos "no conformes" de la prohibición de innovar y de la medida innovativa", en Revista JA Fascículo 8, 2005-III, del 24/08/2005, citado por Bacarat, Edgar José, en "¿La prohibición de innovar a fin de que no se inicie juicio



ejecutivo?”, Publicado en: Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas 2005 (octubre), 44-DJ 2005-3, 1061).

Y, en este caso concreto, entiendo que la situación denunciada con relación al trabajador incapacitado, exige efectuar este juicio de atendibilidad a favor de la tramitación de la pretensión en términos de cautela anticipatoria: desde el mes de noviembre de 2017 no percibe ingreso alguno, sin tener posibilidad de procurárselo.

Por estas razones, propongo que se haga lugar a la tutela anticipatoria requerida y en consecuencia, se ordene a la ART a que abone las prestaciones dinerarias desde el día 10 de noviembre de 2017 y hasta la fecha de la determinación de la incapacidad permanente, en los términos del artículo 13 de la LRT.

A dichas sumas, deberán adicionarse los intereses, desde que cada una es debida hasta el efectivo pago, los que se calcularán a la tasa activa del BPN (conforme criterio establecido por el TSJ).

Las costas de ambas instancias estarán a cargo de la ART, vencida. **MI VOTO.**

El Dr. **Fernando GHISINI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.-

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 73/76, admitiendo la tutela anticipatoria requerida, ordenando a la demandada Prevención ART SA a que abone a Mariano Ezequiel POBLET las prestaciones dinerarias, desde el día 10 de noviembre de 2017 y hasta la fecha de la determinación de la incapacidad permanente, en los términos del artículo 13 de la LRT, adicionando los intereses desde que cada suma es debida y hasta el efectivo pago, calculados a la tasa activa del BPN.



2.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (art. 17, Ley N° 921).

3.- Diferir la regulación de honorarios hasta la oportunidad de contar con pautas suficientes a tal efecto.

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - JUEZA
Estefanía MARTIARENA-SECRETARIA

Dr. Fernando GHISINI-JUEZ