NEUQUEN, 4 de Julio del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MILLAN ALICIA C/ ASOCIART ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA3 EXP 506040/2015)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **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.- En hojas 226/229 apela la parte demandada la sentencia dictada.

Afirma que resulta incongruente al determinar que el accionante padece una limitación funcional de ambos hombros.

Destaca que en el escrito de inicio la actora refiere expresamente que tenía dolor persistente en su hombro izquierdo, y funda su reclamación en tal limitación.

1.2.- Corrido el pertinente traslado, es contestado por la demandada en hojas 231/232.

Alega que no es cierto lo afirmado por la contraria, respecto de que dicha lesión no resulte de los antecedentes médicos en la presente causa.

Dice que, del alta médica otorgada por la accionada y la historia clínica acompañada por el Sanatorio Río Negro, surge que las Sra. Millan sufrió Omalgía Bilateral Traumática, y que incluso a fs. 134 el propio médico prestador de la ART sugiere la intervención quirúrgica de ambos hombros.

Señala que es la propia ART la que otorga tratamiento de rehabilitación en ambos miembros y jamás rechazó o calificó como inculpable la lesión del hombro derecho.

En definitiva, siendo el objeto de la presente demanda la determinación de la incapacidad sufrida por la Sra. Millan a raíz del accidente denunciado, entiende que no estaría afectando el principio de congruencia, máxime cuando dicha lesión surge de la prueba agregada en la causa.

Destaca que la incapacidad detectada en el hombro derecho no viola el principio de congruencia y no puede valorarse como una lesión apartada del reclamo, ya que se trata de un mismo hecho generador, una solución diferente llevaría al actor a tener que iniciar una nueva acción en procura del resarcimiento de la incapacidad del otro hombro.

Refiere que la contraria tuvo oportunidad de ejercer adecuadamente y con amplitud su derecho de defensa.

Finalmente, señala que el requisito de los hechos que fundamenten la demanda se refiere a los esenciales y no a los meramente circunstanciales o accesorios.

2.- Centrándose el embate en la afectación del principio de congruencia, cabe analizar los términos en que quedó trabado el litigio.

Es en el apartado Hechos (punto IV), donde la parte actora describe la dolencia en virtud de la cual reclama, expresa que «*Debido a que persistía el dolor en su hombro izquierdo la misma solicita la reapertura del siniestro.*

Evaluada por el servicio de traumatología se le solicita una RNM de hombro izquierdo que informa: "Ruptura de espesor completo del tendón infraespinoso. Incremento parcial de la intensidad de señal del tendón infraespinoso y subescapular, signos de tenosinovitis. Mínimo edema óseo en topografía de troquiter.-"

A raíz de su tórpida evolución es derivada a la Fundación Medica de Río Negro, evaluado por el Dr. Fracalozzi, comenzó con rehabilitación Kinésica.

A los efectos de corroborar los importantes daños físicos sufridos por el accidente de trabajo denunciado, la actora, decide hacer interconsulta médica con especialista en medicina laboral, Dra. Gilda Viviana Zalazar, quien luego de realizar un exhaustivo examen médico a la Sra. Flores dictamina que corresponde asignarle un 33% de incapacidad de

carácter permanente por Limitación funcional en el hombro izquierdo a consecuencia del accidente laboral denunciado.

A raíz del importante grado de incapacidad denunciado es que se inicia las presentes actuaciones a los fines de que se le fije la real incapacidad y se le abone indemnización que por ley le corresponde.».

Al contestar demanda, la accionada, en lo tocante a la patología de la actora, expresó: *«Por su parte, la actora omite fundar médicamente su demanda, limitándose simplemente a acompañar un informe médico pericial de parte atribuido a la Dra. Zalazar, el cual ha sido elaborado inobservando el Decreto N° 659/96 y con la parcialidad evidente (recordemos que se ha confeccionado a la medida de lo peticionado por el accionante), todo lo cual le genera a mi mandante serias dificultades para dar una contestación adecuada, en especial en relación al porcentaje de incapacidad reclamado, cuya existencia niego.*

Como consecuencia de la vaguedad con que ha sido concebida la demanda, mi representada carece de elementos concretos que le permitan dar una respuesta adecuada a la misma y una correcta producción de pruebas conducentes, viéndose afectado de ese modo su constitucional derecho de defensa.»

«Podrá apreciar V.S que la demandante ni siquiera se tomó el trabajo de efectuar un detalle de sus supuestas limitaciones en la zona afectada conforme lo exige el Decreto N° 659/96. Simplemente se limita a ofrecer la prueba pericial para subsanar tal grave defecto procesal.»

2.2.- Como puede observarse en los párrafos reseñados, la patología en el hombro derecho de la actora, no fue incluida entre sus pretensiones.

A su vez, de los términos de la contestación de la demanda, no resulta que la accionada se haya expedido al respecto o propiciado su tratamiento.

Contrariamente a lo sostenido por la actora, resulta esencial la descripción del daño que se reclama, no constituyendo un hecho meramente accesorio o circunstancial.

«Al respecto, cabe tener presente que el principio de fondo, en cuya virtud el responsable debe reparar todo el daño causado por el hecho –resarcimiento integral o pleno– sólo funciona en la medida en que el daño sea efectivamente demandado. Ello implica para el actor, la carga de identificarlo con toda claridad.

Por tanto, si bien en ciertos supuestos puede preterirse en la demanda la indicación del monto indemnizatorio, no rige la misma solución para el daño, considerado intrínsecamente. Este y los diversos aspectos que lo integran deben ser individualizados de manera concreta, aludiendo por tanto no sólo a su origen, sino también a su carácter y naturaleza, de manera que permita cabalmente al adversario el ejercicio del poder de contradicción, en el que se expresa la garantía de defensa en juicio.» (Matilde Zabala de Gonzalez– Resarcimiento de daños – Tomo 3– hojas 120/121).

2.3.- En definitiva, no caben dudas sobre la afectación del principio de congruencia en el supuesto traído a resolución.

Es que, en resguardo del derecho de defensa, el principio de congruencia debe regir el proceso: El tribunal no puede apartarse de los términos en que quedó trabado el litigio, porque allí quedan fijados en definitiva los temas de la controversia que no pueden ser luego alterados.

De allí también que *"…la doctrina y jurisprudencia sustenta la necesaria correspondencia entre los hechos articulados y la sentencia con el principio de contradicción según el cual nadie puede ser condenado sin habérselo oído, es una manifestación del principio dispositivo, del derecho de defensa en juicio, de la igualdad procesal, en suma tiene raigambre constitucional pues si la sentencia excede el objeto*

de la pretensión menoscaba el derecho de defensa de la otra parte, quien se ve privada de toda oportunidad procesal para alegar y probar acerca de temas que no fueron objeto de controversia…" (cfr. Beatriz E. Ferdman - Andrea M. Tello, "El principio de congruencia judicial y los hechos relevantes del caso").

La sentencia debe ser un correlato de las pretensiones deducidas; en otros términos, tiene que existir una correspondencia entre lo que es juzgado y lo pretendido en la demanda; la sentencia no puede extralimitarse de los hechos y pretensiones deducidas.

En el caso de autos, en tanto el sentenciante condenó por la incapacidad del hombro derecho que no formaba parte del reclamo, modificó las reglas del proceso, vaciando de contenido la defensa deducida.

Debo destacar que la facultad de fallar extra petita, que se confiere a los jueces en materia laboral, no resulta de aplicación al caso, en tanto lo resuelto por el Juez no se limita al aspecto cuantitativo.

Al respecto se ha expresado*: «No creo que pueda recogerse en el proceso laboral la facultad de fallar extra petita —como lo sugiere el autor citado— ya que la razón para que el juez procediera de esa forma sería la necesidad de suplir las deficiencias de la demanda en consideración de la situación de inferioridad del trabajador. Entiendo que en este planteo se está proyectando —a mi juicio erróneamente— ese desnivel social y económico que fundamenta la introducción de la ley con afán equilibrante, a un terreno en el que concretamente desaparecen esas diferencias toda vez que el trabajador, como cualquier litigante en los tribunales nacionales y locales, debe estar asistido por un abogado, a quien se supone se le ha brindado toda la información necesaria para plantear los reclamos posibles para*

encarrilarlos en las vías que la ley le otorga como a cualquier habitante en un litigio ante tribunales imparciales.

Estimo que la aplicación del principio protectorio no debe alcanzar a convertirse en una implementación de procedimiento inquisitorio apartándose del indispensable equilibrio jurídico entre los litigantes, más allá de los aspectos ya marcados de adopción de un impulso de oficio y otras mecánicas que facilitan la acción del demandante trabajador. Aspirar a que sea el juez quien complete las omisiones en que incurre el demandante de derechos irrenunciables, es confundir los ámbitos de actuación. No plantear inconstitucionalidades de normas que protegen derechos irrenunciables puede ser corregido por el tribunal que actúe aplicando el principio iura novit curia pero lo que no puede hacer es reemplazar el planteo de los hechos que van a enmarcar el litigio. De eso se ha tratado en el caso y a esto no parece que puedan oponerse soluciones como la de que sea el juez quien complete o rectifique el planteo fáctico…" (Cfr. Rodríguez Mancini, Jorge "Congruencia e irrenunciabilidad", Publicado en: DT 2014 (agosto), 2059 LA LEY 19/08/2014, 1 LA LEY 2014-D, 1123 Cita Online: AR/DOC/2465/2014).

Es por ello que, como ya adelantara, entiendo que se ha vulnerado el principio de congruencia, y circunscripto el debate a la incapacidad del hombro izquierdo de la actora, asiste razón al recurrente en su crítica.

3.- No obstante, de lo expuesto no resulta el rechazo de la demanda, puesto que efectivamente se ha dictaminado incapacidad en el hombro izquierdo, y a este respecto no se formularon cuestionamientos, debiendo establecerse la indemnización pertinente.

Es así que, en los términos del decreto 659/96 y conforme la evaluación de movilidad del hombro izquierdo realizada por el perito, la incapacidad correspondiente a este

hombro es la siguiente: abdo elevación 40°= 7%; elevación anterior 70°=5%; elevación posterior 10°= 2%; abducción 30°= 0%; rotación externa 30°= 5%; rotación interna 30°=1%.

Al 20%, que arroja la sumatoria precedente, deben adicionarse los factores de ponderación dictaminados, esto es: Dificultad para las tareas 20%/20 (4%), amerita reubicación laboral 10%/20 (2%), y factor edad 2%. El total asciende a 28%.

En consecuencia, conforme las restantes pautas determinadas en la sentencia, que no han sido objeto de cuestionamiento, la indemnización ascenderá a **$ 179.981,49** (53x $8.956,16x65/48 x 28%).

Dado el porcentaje de incapacidad condenado, no corresponde incluir la prestación adicional de pago único del art. 11 inc. 4 apartado a).

4.- Las costas se impondrán a la parte actora vencida (conf. Art. 17 Ley 921).

4.2.- En cuanto a los honorarios a regularse por los trabajos desarrollados, si bien en otros supuestos hemos tomado como base regulatoria los emolumentos establecidos en la instancia de grado, una relectura del art. 15 de la ley 1.594, en función de los principios generales en materia de honorarios profesionales, hace aconsejable que aquella base regulatoria quede circunscripta al interés económico comprometido en la apelación, ya que de otro modo, la regulación podría ser injusta por desproporcionada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la regulación que ella efectúa no está determinada por los honorarios fijados en las etapas anteriores, sino por el monto disputado ante sus estrados; y que los porcentajes previstos en el art. 14 de la ley 21.839 –norma similar al art. 15 de la ley 1.594- para la regulación por las actuaciones en la Alzada aparecen referidos a la cantidad que "deba fijarse" para los honorarios de primera

instancia, y no a los que, en concreto, se hayan fijado (cfr. "Vigo Ochoa c/ Encotel", 23/10/1986; Fallos 326:4351, citados por Amadeo, José Luis, "Honorarios de abogados (jurisprudencia de la Corte Suprema)", JA 2005-II, pág. 1.433).

Conforme resulta claro de los agravios aquí tratados, el interés económico comprometido en esta instancia, está determinado por la diferencia entre el monto condenado en sentencia, respecto del que resulta aquí reconocido, esto es **$ 432.634,02. MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

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

Por ello, esta Sa**la I**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en su mérito, revocar parcialmente la sentencia, dejando sin efecto la condena respecto de la incapacidad del hombro derecho de la parte actora. En consecuencia, la condena asciende a **$ 179.981,49**, con más los interés respectivos.

2.- Imponer las costas de esta instancia a la parte actora (art. 17, ley 921 y art. 68, Código Procesal).

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado, tomando como base regulatoria el interés económico comprometido en la apelación, conforme lo indicado en el considerando respectivo (art. 15, LA).

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

Dra. **Cecilia PAMPHILE - JUEZA** **Dr. Jorge D. PASCUARELLI-JUEZ**

Estefanía MARTIARENA- SECRETARIA