Comodoro Rivadavia, de Marzo de 2009.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"T. M., G. A. s/ Apelación ley 24557"** – **Expte. N° 135/2008**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Laboral (Expte N° 4575/2007), por haber interpuesto sendos recursos de apelación contra la sentencia definitiva de fs. 174/182, la actora a fs. 183, los letrados representantes de la actora por considerar bajos sus honorarios a fs. 184, y la demandada –M. A. A.R.T. S.A.- a fs. 185.

Expresan agravios a fs. 188/192vta., la parte actora, y a fs. 194/201vta., la demandada. La contestación efectuada por el actor es glosada a fs. 205/206vta.

I. Recurso de la actora:

En su memorial de fs. 188/192vta., se agravia contra la sentencia de primera instancia, que determina que el accidente de trabajo sufrido por el operario le produce una incapacidad parcial y permanente del 15% de la toral obrera.

Entiende que la determinación de la incapacidad es insuficiente e irrazonable, por no haber sido correctamente apreciadas las constancias de autos, la situación actual del actor, edad, capacidad física, actividad que desempeña, que es el único sostén del grupo familiar y que no cubre las expectativas mínimas de vida.

Relata la tarea que debe realizar el actor en su puesto de trabajo, explica con un dibujo el modo en que se efectúa la pesca de arrastre y manifiesta que por las características del accidente es seguro que no podrá ejercer nuevamente sus tareas normales y habituales en los buques pesqueros.

Critica las tablas generales de determinación de la incapacidad, utilizadas en la pericia médica, por no ser adecuada su aplicación a cualquier actividad.

Se agravia porque la Juez a-quo no declaró la inconstitucionalidad de los arts. 14 inc. 2, 39 y 46 de la ley 24.557, toda vez que no le permite acceder a una reparación integral, ni a una indemnización justa. Cita doctrina y jurisprudencia.

II. Recurso de la Aseguradora de Riesgos de Trabajo –M. A. A.R.T. S.A.-:

En su memorial de fs. 194/201vta., la aseguradora sostiene la incompetencia de la jurisdicción y que la sentencia en crisis es manifiestamente arbitraria dado que la magistrada de grado nada dijo con relación a su competencia y no declaró la inconstitucionalidad de ninguna disposición de la ley 24.557, a los fines de entender en los presentes autos.

Asimismo, considera violado el principio de congruencia, toda vez que la única responsabilidad que puede caberle a la aseguradora es la derivada de la ley 24.557 (creadora de las ARTs), y sin embargo, el fallo apelado sin declarar la inconstitucionalidad de la LRT obliga a la aseguradora a cumplir en un marco ajeno a dicha normativa.

Señala que el actor no ha agotado la vía administrativa y alega que el reclamo debió haber sido dirigido en forma previa a la Comisión Médica Central o a la justicia federal, -en lugar del juzgado laboral provincial- y en caso de apelación, ir a la Cámara de Seguridad Social.

Manifiesta que la pericia médica careció de bilateralidad, violando las garantías del debido

proceso y de defensa en juicio.

Explica estudios realizados por diferentes profesionales y concluye en que debe mediar el hecho traumático y elementos previos predisponentes, para que se produzca una hernia de disco.

Resalta que el examen preocupacional es obligación de la empleadora, por lo que su incumplimiento no puede generarle consecuencias jurídicas a la ART.

Hace reserva del caso federal.

A fs. 205/206vta., la actora alega la insuficiencia técnica del recurso impetrado por la demandada, y en subsidio contesta los agravios.

III. De las constancias de la causa surge que el presente proceso se inicia con motivo de la impugnación que realiza el Sr. G. A. T. M., del dictamen de la Comisión Médica N° 19, de fecha 13 de agosto de 2007, en el Expte. N° 019-L-00619/07, a fin que sea revocado, se reconozca que la dolencia padecida en la columna y su gravedad no era preexistente, ordenándose la cirugía recomendada, las prestaciones en especie necesarias y la percepción de los salarios durante la recuperación.

Sustanciado el recurso con M. A. A.R.T. S.A. y producida la prueba de autos, se dicta resolución a fs. 174/182, por la que se hace lugar al recurso del Sr. T. M. y se revoca el dictamen de la Comisión Médica N° 19.

En la sentencia de grado se determina que, a consecuencia del accidente de trabajo sufrido por el actor, el día 08 de diciembre de 2006, el mismo padece una hernia discal en columna lumbo-sacra, consecuencia directa del accidente de trabajo sufrido por el operario, que le produce una incapacidad parcial y

permanente del 15% de la total obrera. No se hace lugar al planteo de inconstitucionalidad solicitado, impone las costas a la aseguradora y regula los honorarios.

IV. Realizada la reseña de los antecedentes del caso y de los agravios, corresponde el tratamiento de los recursos impetrados, los que por guardar cierta relación, serán desarrollados en forma conjunta.

Liminarmente, se advierte que el trabajador solicita se declare desierto el recurso de apelación de la aseguradora. Cabe destacar que esta Cámara ha sostenido invariablemente un criterio moderado respecto a la estrictez de las formas de los recursos. Por lo que, siendo el juez ad-quem el juez del recurso y atento que la declaración de desierto, redundaría en un resultado disvalioso para el derecho de la parte, habiendo la A.R.T. individualizado los agravios, este tribunal opta por mantener la subsistencia del recurso y, así se declara.

En la sentencia impugnada, la magistrada detalla el cuadro clínico del Sr. T. M., estudios realizados, patología que presenta el trabajador, conclusiones médicas, documental tenida en cuenta por la Comisión Médica N° 19, demás actuaciones del expediente administrativo N° 019-L-00619/07 y la pericia efectuada por el médico forense Dr. W., a fs. 170/171vta., constancias todas que llevan a la convicción que se han considerado todas las dolencias que presentaba el actor al momento de determinar el grado de incapacidad resultante del accidente de trabajo sufrido.

Es pertinente señalar que la juez de grado acoge la postura y conclusiones médicas vertidas en la pericia de oficio de fs. 170/171vta., por la que se determina que la patología presentada por el actor con

motivo del accidente de trabajo sufrido, consiste en una hernia de disco con secuelas moderadas. Concluyendo el perito, que el actor presenta una incapacidad parcial y permanente del 15% de la toral obrera, y agrega que no consta documentalmente o en exámenes preocupacionales la presencia de patología previa de columna vertebral, obedeciendo la dolencia presentada por el trabajador al esfuerzo realizado en la concreción de sus tareas laborales.

Centrado el debate en el grado de incapacidad laboral determinado judicialmente y en el origen laboral del infortunio, teniendo presente la pericia médica de fs. 170/171vta., cabe señalar que -sin perjuicio de los límites legales que resultan de la propia normativa- al respecto la jurisprudencia ha sentado el criterio, que al momento de determinar la incapacidad de un trabajador, debida a la ocurrencia de un accidente de trabajo, el dictamen del perito médico forense sobre el mismo debe ser tenido por válido y determinante de la verdad jurídica objetiva, habida cuenta de la seriedad del organismo que emana, la imparcialidad del órgano judicial, fundamentos expuestos y rigor científico y además, que no fue objeto de observación por ninguna de las partes, arts. 472, 473, 477 del CPr. (En este sentido ver: Cám. Fed. Seg. Soc., Sala III, 11/12/2006, "N, D. c/ O. A.R.T.").

Esto es así, pues el informe presentado por el médico forense en su carácter de perito oficial, es por dicha razón fundamentalmente imparcial, siendo éste quien ayuda al juzgador con sus conocimientos científicos específicos, debiendo reflejar en su dictamen una fundamentación objetiva despojada de toda parcialidad, como ocurre en el presente.

De la lectura de la experticia, se observa

que el perito luego de examinar clínicamente al Sr. T. M. y teniendo en cuenta los estudios médicos efectuados, concluye que el paciente tiene una hernia de disco con secuelas clínicas moderadas, que le produce al accionante una incapacidad parcial y permanente del 15% de la toral obrera, debiendo optarse por la opción quirúrgica, por haber fracasado el tratamiento clínico.

Como lo establece la doctrina, no basta la mera discrepancia respecto a los fundamentos del perito, sino que la crítica debe basarse en conocimientos médicos y científicos, enunciando en forma concreta el error o desacierto del informe y sus conclusiones.

No es en vano mencionar que la agregación del dictamen pericial fue ordenada por la juez de grado (fs. 172), y notificada a las partes, conjuntamente con la reanudación del plazo para dictar sentencia, sin que ninguna de ellas efectúe alguna objeción al respecto, resultando las críticas formuladas en los respectivos memoriales sólo opiniones contrarias a la sostenida por el experto y extemporaneos.

Esto es así, pues las quejas se basan en afirmaciones dogmáticas, sin refutar las conclusiones del perito y rigor científico de las mismas, dado que ha quedado acreditado en autos que el damnificado no presentaba patologías como la denunciada previo al accidente de trabajo que sufriera y de los estudios realizados no se evidencian anomalías congénitas; por lo tanto, la A.R.T. podrá discrepar o disentir respecto del criterio del perito en cuanto al origen laboral de la patología, pero ello no alcanza para enervar los fundamentos expuestos en el dictamen médico.

A su vez, la actora podrá observar la forma

de valuar la incapacidad del trabajador, pero de su memorial se evidencia que si bien pretende que el porcentaje de incapacidad sea elevado, no indica a cuánto, y a través de simples afirmaciones dogmáticas sin fundamento científico, concluye que el grado de incapacidad debe ser mayor.

Obsérvese que la normativa dispone para supuestos como el presente, la valuación global de la columna vertebral, aconsejando la buena técnica una valoración integral de la incapacidad presentada y no la mera sumatoria aritmética, pues ello podría llevar como solución en determinados casos, a establecer un porcentaje meramente numérico, pero que no condice con la verdad objetiva de la salud del paciente.

En base a lo expuesto y conforme la normativa aplicable, se concluye que resulta pertinente confirmar el porcentaje otorgado al trabajador aquí apelante en el 15% de la incapacidad de la toral obrera.

Asimismo, a dicho porcentaje se debe le adicionar en razón de la edad un 1% y en razón de la actividad un 0,50%, lo que arroja un porcentaje total de 11,50 % de la t.o. (cfme. art. 8 de la LRT).

La actora en su memoria de fs. 188/192vta., en el punto B) se agravia contra la denegación de inconstitucionalidad de la ley 24557. Manifiesta que la jueza no ha valorado las pruebas colectadas en la causa. Afirma que su parte ha desarrollado los fundamentos del planteo de inconstitucionalidad de los artículos 39 inc 1 y 14 inc 2 de la ley 24557 porque vulneran los derechos del trabajador a peticionar una indemnización integral. Invoca la aplicación de los arts. 14 bis, 16, 17,19 y 28 de la Constitución Nacional y arts 1109 y 1113 del CC. Expone los

perjuicios que la aplicación de los artículos 39 inc 1 y 14 inc 2 de la L.R.T. le causan a su parte. Cita doctrina y jurisprudencia que entiende avalan su postura. Reitera su petición que se declare la inconstitucionalidad de la ley 24557 respecto de los artículos atacados.

A fs. 194/201vta., la aseguradora M. A. ART SA, se opone a la petición de la actora. Señala que la contraria omitió brindar argumento alguno que desvirtúe la constitucionalidad de la ley o artículos criticados. Pondera los beneficios del sistema estructurado por la LRT, defiende sus postulados y la creación y funcionamiento de comisiones médicas. Cita doctrina y jurisprudencia a favor de su postura. Solicita se revoque el fallo impugnado.

De la lectura del recurso interpuesto por el trabajador a fs. 51/61 contra el dictámen de la Comisión Médica no 19 de fecha 13/08/2007, se observa que en forma preliminar peticiona se declare la inconstitucionalidad del art. 46 inc 1 de la ley 24557, a fin que se determine la competencia de los tribunales laborales ordinarios de esta ciudad. Seguidamente, en el punto b) de fs. 57 peticiona se declaren inconstitucionales los arts. 1,2, 6 incs. 1 y 2; 8, 14,15,21,22,39,40,46,49 cláusulas adicionales primera, segunda y tercera, por vulnerar la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales. Ataca de inconstitucional especialmente las disposiciones del art. 6° de la ley citada, respecto a que excluye de resarcimiento alguno las enfermedades que no se encuentren en el listado que elabora el P.E.N. Enuncia los perjuicios que dicha normativa le ocasiona y los derechos y garantías constitucionales vulnerados por la misma. Cita la

doctrina seguida por la CS en el caso " Aquino" entre otros. Ofrece prueba.

Respecto a la inconstitucionalidad del art. 46 inc 1 de la ley 24557 la misma ha sido determinada a fs. 118/119 por la justicia federal, razón por la que se remiten las actuaciones al Juzgado Laboral de esta ciudad. A fs. 124 se avoca el juez laboral provincial, resolución que se encuentra firme y consentida por ambas partes (fs. 125 y 127).

A fs. 134/140vta., al expresar agravios la recurrente en el punto C) de su libelo reitera en su totalidad los argumentos vertidos en su escrito inicial, impugnando las conclusiones y dictamen de la comisión médica no. 19 y los fundamentos contra las disposiciones del art. 6 inc 2 de la ley 24557.

De la reseña efectuada se advierte que el trabajador centra su crítica fundamentalmente en el cercenamiento de sus derechos como consecuencia del listado cerrado de enfermedades profesionales que impone el art. 6 de la LRT, confeccionado de conformidad con las previsiones del art. 40. Respecto de dicha norma cumple con la carga de invocar cual es el perjuicio o agravio que le provoca su aplicación, no así con relación a los demás artículos atacados.

En este sentido, cabe advertir que el anterior sistema de lista cerrada que preveía el art. 6° de la ley, conforme sostuvo la jurisprudencia y doctrina predominante, vulneraba derechos constitucionales en cuanto impedía de manera irrazonable e injusta, la reparación integral del trabajador, al no incluir dentro del listado de enfermedades inculpables sujetas a reparación ciertas patologías que se pueden dar dentro del ámbito laboral. Precisamente, por dicho motivo la norma legal fue modificada en su redacción

original por el decreto 1278/2000 que- complementado con las reglas del artículo 2 del decreto 410/2001- modificó el sistema de lista cerrada, habilitando la posibilidad que otras enfermedades "no listadas" o que aparezcan vinculadas a "otros agentes de riesgo" den derecho a las prestaciones del sistema (Ver: Ackerman Mario- Tosca Diego. Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo VI. Págs. 138/142 y ss. Editorial Rubinzal Culzoni).

A mayor abundamiento, en el particular, el reconocimiento de la patología del actor con derecho a reparación y prestaciones médicas ha obtenido un acogimiento favorable. En virtud de lo expuesto, la declaración de inconstitucionalidad del art. 6 inc 1 y 2 de la ley 24557 -en el particular- deviene inoficiosa y carente de virtualidad jurídica.

Se observa de la lectura del libelo de fs. 188/192vta., que los argumentos expuestos por el recurrente, fundamentando la petición de inconstitucionalidad de los arts. 39 y 14 inc 2) de la LRT por vulnerar derechos y garantías constitucionales, son producto de una reflexión tardía, pues como se señaló precedentemente, en oportunidad de impugnar el dictamen de la comisión médica, como al fundamentar los agravios, no indicó el perjuicio sufrido ni expuso el por qué de la arbitrariedad invocada limitando su crítica a una afirmación meramente genérica en cuanto a la conculcación de derechos y garantías constitucionales.

En este sentido, teniendo presente que la declaración de inconstitucionalidad de la norma constituye la última ratio del ordenamiento jurídico, siendo carga de los accionantes demostrar acabadamente y de manera concreta de que manera se encontrarían

conculcados derechos y garantías constitucionales y los perjuicios que ello ocasiona, carga que en el particular la parte no satisfizo, corresponde rechazar los agravios de la actora en cuanto a la cuestión planteada.

Igual suerte correrá el agravio relativo a la incompetencia de jurisdicción, dado que, tal como expresa la actora en su responde, oportunamente se le notificó a M. A. A.R.T. S.A. el avocamiento de la magistrada (ver fs. 124 y 127yvta.), el que fuera consentido por ella, toda vez que no efectuó objeción alguna al respecto, por lo que mal puede ahora cuestionar la competencia de la juez de grado.

Por aplicación del art. 279 del código ritual, las costas y los honorarios regulados en la instancia de grado deben readecuarse al ser modificada la sentencia de grado.

Por lo expuesto, carece de virtualidad jurídica expedirse sobre la apelación de los letrados de la parte actora respecto de sus estipendios (fs. 184), pero sin perjuicio del mencionado mandato legal, y en virtud que en el estado en que la causa se encuentra, aún no existe "monto del proceso" en los términos de los art. 6° inc. a) y 19 de la citada ley, deberá acudirse a la disposición del art. 20 de la ley arancelaria.

En este entendimiento, y sin considerar que la regulación de honorarios depende en forma exclusiva del monto del proceso, sino de todo un conjunto de pautas previstas en los regímenes respectivos, que pueden ser evaluadas por los jueces con un razonable margen de discrecionalidad, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, la calidad, eficacia y extensión del trabajo, se

colige que los estipendios fijados por la juez de grado, resultan adecuados, por lo que serán confirmados.

Las costas de ambas instancias se imponen a la aseguradora de riesgos de trabajo M. A. A.R.T. S.A., por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPr.), en virtud del modo en que se resuelve la cuestión, la entidad de la misma, la naturaleza del proceso y que la calidad de trabajador del Sr. T. M. no habilitan apartarse del principio mencionado.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1.Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del señor G. A. T. M. y revocar parcialmente la sentencia de fs. 174/182, respecto del punto 1) de la parte resolutiva. Adecuar en consecuencia, el grado de incapacidad establecido en la instancia de grado el que se determina en el 16,50 % de la toral obrera.

2.Rechazar el recurso de apelación de M. A.R.T. S.A. y confirmar la sentencia de fs. 174/182 en lo que fuera materia de agravios.

3.Imponer las costas de ambas instancias a la aseguradora de riesgo de trabajo vencida.

4.Confirmar la regulación de honorarios por la actuación en primera instancia de los Dres. M. A. T.M. y J. L. D., conjuntamente, en la suma de dos mil pesos ($ 2000) y los del Dr. J. M. R., en la suma de doscientos pesos ($ 200).

5.Regular los honorarios por su actuación en la alzada, de los Dres. M. A. T. M., y J. L. D., conjuntamente, en la suma de seiscientos pesos ($ 600)

y del Dr. J. M. R., en la suma de cincuenta pesos ($ 50).-

6.Tener presente la reserva del caso federal de fs. 201yvta.

7.Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Señora Juez de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y concordar en la solución del caso (artículos 1, 2, 3 y 5 de la Ley 4550, modif. de la Ley 1130).

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2009.

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS