Puerto Madryn, de mayo de 2013.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**Legajo de copias en autos: "B., S. E. C/ P. M., M. J. S/ Accidente" Expte. 67 Año 2013**, venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte. Nº 106/2010), por haber interpuesto la demandada a fs. 607 del presente legajo de copias recurso de apelación contra la Sentencia Interlocutoria registrada bajo el Nº 06/2013, dictada a fs. 600/603 (legajo).

I. La juez *"a quo"* en la resolución en crisis decidió hacer lugar al pedido formulado por la parte actora, y en el marco de la medida cautelar dictada en autos, ordenó que el demandado deposite en la presente causa la suma de $32.800, bajo apercibimiento de astreintes. Asimismo rechazó el pedido de levantamiento de la medida cautelar dispuesta con fecha 02 de junio de 2010 realizado por la parte demandada, por entender que toda revisión de la misma debe ser conteste al objeto para el que fuera otorgado.

Destaca que la Ley de Riesgos del Trabajo obliga a los empleadores a afiliarse a una Aseguradora de Riesgos del Trabajo, y dado que el empleador omitió cumplir con su obligación legal de contratación de la ART y de Obra Social conforme surge de las constancias de autos, debe responder directamente por las prestaciones previstas por la Ley.

Asimismo señala que la verosimilitud del derecho del actor de obtener su rehabilitación y el peligro en la demora deviene implícito del grave riesgo a la salud que ocasiona la omisión del tratamiento quirúrgico prescripto hace años.

Contra dicho resolutorio se alza el demandado que apela la sentencia a fs. 607 del presente legajo de copias, fundando sus agravios a fs. 624/632.

Indica el quejoso que la decisión a la que llega la Juez *a quo* merece ser revocada por contradecir lo dispuesto en el art. 204 del CPCC, a la luz de

las constancias de autos y sin perjuicio además de ser contraria a la propia Ley de Riesgos del Trabajo a la cual remite a su decisorio.

Se agravia el demandado debido a que la Magistrada de grado declara que resulta improcedente el pedido de levantamiento de la medida cautelar por encontrase consentida la misma, decidiendo que su subsistencia se relaciona con la afectación de la salud del actor.

Resalta que la circunstancia que se encuentre firme la medida cautelar no es óbice para revisar y en su caso levantar la misma, tal como se solicitó.

Afirma que tratándose la discusión traída al proceso por el actor, de la atribución de responsabilidad al demandado a partir de un hecho que dice como sucedido mientras prestaba labores para el mismo, va de suyo que se transforma en la plataforma fáctica necesaria a partir de la cual se estructura su pretensión.

Señala que no es concebible responsabilizar desatendiendo la existencia o no del hecho o evento del cual se dice consecuencia del daño.

Explica que la calidad de empleador del demandado y la eventual falta de afiliación a una Administradora de Riesgos del Trabajo (ART), y más aun, la ausencia de una obra social, nada traen en lo que le fue dado a decidir, ya que no constituyen el hecho por el cual en el sistema de la LRT ni en el derecho común se convierte al principal en responsable de una lesión calificada como infortunio laboral.

Expresa que la salud del actor y la necesidad de su atención, no constituyen fundamento valedero para mantener una medida cautelar como la que se le impone al demandado, ya que no sólo se desvirtuó la calidad traumática de la lesión columnaria, sino que además éste no acreditó que haya sucedido el hecho a partir del cual dice sufrir un daño.

Destaca que la circunstancia que el empleador haya omitido celebrar un contrato con una ART es irrelevante.

Concluye que se le impone una obligación en base a la medida cautelar decretada, cuando se ha demostrado que no puede subsistir la verosimilitud en el derecho del actor desde que, agotada la prueba idónea, no se llegó a probar que el hecho por el cual acciona haya sucedido.
Cita doctrina y Jurisprudencia. Plantea Caso Federal.

II. Las medidas cautelares tienen una razón de ser en el derecho, una finalidad que constriñe su espíritu, la cual consiste en el resguardo de la pretensión al momento de dictado de la resolución definitiva. Así lo ha entendido la CSJN cuando expresa: *"...la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia..."*(Fallos 314:695 y 711). Por ello, no se exige un grado de certeza acerca del derecho invocado como el que propicia el apelante.
Para acreditarse la verosimilitud del derecho debe probarse (no meramente invocarse) que el derecho que se reclama o invoca, existe real, legal y jurídicamente. Esta afirmación carece de sustento normativo, pues en todo caso la prueba real, legal y jurídica del derecho invocado, va a surgir de la sentencia que pone fin al proceso, y no de la medida cautelar que protege el objeto de la pretensión procesal.
Sobre este punto, es preciso indicar que no debe confundirse la tutela cautelar con la declaración del derecho que se pueda pretender en el proceso principal. Ello es así, por cuanto *"...las providencias cautelares no constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a una ulterior sentencia definitiva. La garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que será la que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho..."* (Sala V, "Correo Argentino S.A. c. EN-PEN s/medida cautelar (autónoma)", del 16/3/01; esta Sala, "Nuñez Daniel Arnaldo c. EN-M° Salud y A - Resol 17/06 (Expte. 13360/03-2) s/amparo ley 16.986", del 21/9/07, entre otros).

Es decir, ellas *"...tienden a impedir que, durante el lapso que "inevitablemente" transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes sus efectos..."* (CNCiv., "Empresa San José SA c. EN-M° Economía - ST - CNRT s/ medida cautelar (autónoma)", del 16/11/06; "Droguería Unifarma S.A. c. EN - M° Salud (Res 17/06) s/amparo ley 16.986", del 18/10/07, entre otros).

El juez para admitir la medida cautelar debe considerar los hechos alegados por el acreedor y las circunstancias propias del proceso y comprobar si están enmarcados en los presupuestos de la norma que se invoca, en caso de concurrir dichos extremos, otorgar la medida aunque manteniendo la facultad de disponer una distinta siempre que garantice de modo suficiente el derecho perseguido por el reclamante, pudiéndose dejar sin efecto la misma si se modifican las circunstancias que llevaron a su fijación.

Conforme lo señalado, teniendo en cuenta el contexto fáctico y normativo en que se dictó la cautelar, no se advierte elemento alguno que habilite la actuación jurisdiccional tendiente a limitar el ejercicio de la pretensión sin entrar a analizar la procedencia del derecho de fondo invocado y la legitimidad o legalidad de la situación fáctica.

Aduna el apelante que no se encuentra demostrado en autos la responsabilidad del empleador en el hecho fuente de la obligación, como así también que el actor no pudo acreditar que el hecho por el cual se acciona ha sucedido.

Resulta necesario acreditar la modificación de la situación que llevó a decretar la medida cautelar dispuesta para poder levantar la misma, más aún si puede advertirse que aquellos que sirvieron de base para su dictado no son tales, ni justifican la misma.

En tales condiciones, corresponde destacar que si bien las providencias sobre medidas cautelares tienen como característica relevante su

provisionalidad (Conf. art. 204 del Código Procesal), para obtener su levantamiento se requiere acompañar nuevos documentos o probanzas que acrediten la variación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su decisión.

Si bien se ha producido la mayor parte de la prueba, según pudo constatarse en el presente legajo de copias, analizar la misma para definir la procedencia o no del levantamiento de la medida cautelar, del modo que lo plantea en su memorial de agravios el demandado, implicaría ingresar y valorar respecto del fondo de la cuestión planteada, por lo cual corresponde sostener la medida cautelar dictada el dos de junio de 2010, copiada a fs. 78 de este legajo, consistente en brindar la asistencia médica y farmacéutica y tratamiento que requiera el actor.

Ello no obsta analizar, en el marco de esa cautelar y que es materia de agravio, la pertinencia de lo dispuesto en la sentencia interlocutoria que impone a la demandada, proveer los fondos necesarios para que se lleve a cabo una intervención quirúrgica en la rodilla derecha del actor, con fundamento en los arts. 20 I y 3 de la LRT.

Sin ingresar a juzgar los argumentos de derecho que sostienen el fallo en este aspecto, la intervención quirúrgica requerida exige la concurrencia de un perjuicio inminente o irreparable que pudiere ocasionarse en la espera de la resolución jurisdiccional. La requirente debe justificar el peligro en la demora, para lo que no es suficiente expresar “dicho galeno le prescribió urgente intervención quirúrgica de rodilla derecha…” (fs.592 vta), pues ello en modo alguno se encuentra debidamente acreditado en autos, ni tampoco se hace referencia a ello en el “presupuesto” de fs. 610 ni es posible inferir del informe pericial médico copiado a fs. 205/ 206 (fs. 227/228 del principal) la urgencia que refiere la parte.

En definitiva no existe en autos dictamen profesional médico que certifique y aporte la información médica necesaria para establecer la gravedad y

urgencia del caso que justifique- en el marco de este proceso alongado-, una respuesta jurisdiccional como la requerida por el actor.

Por todo lo expuesto manteniendo la medida cautelar dictada por la Sra. Jueza de grado con fecha 02 de Junio de 2010, corresponde revocar el punto 1 de la sentencia en crisis en cuanto ordena al demandado la provisión de fondos para llevar adelante la intervención quirúrgica de la rodilla derecha del Sr. B.

III. Conforme el art. 282 del CPCC, corresponde modificar la imposición de costas de la primera instancia para imponer las mismas en el orden causado (art. 72 del CPCC). Los honorarios de los Ab. M. B. I. y L. Á. N. se establecen en el 1,5 % del monto que resulte en definitiva (arts. 5, 6, 32, 38 de la ley arancelaria) más el IVA si correspondiere.

Las costas de esta instancia se imponen por su orden. Regulándose los honorarios del Dr. L. Á. N. en 28% de los que resulten liquidados por esta incidencia, en la etapa de ejecución (arts. 5 y 13 ley arancelaria).

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn

RESUELVE:

1) REVOCAR el punto 1 de la S.I. N° 06/ 2013 en cuanto ordena al demandado M. J. P. M. L., la provisión de fondos para llevar adelante la intervención quirúrgica de la rodilla derecha del Sr. B. y confirmando el manteniendo de la medida cautelar decretada en los autos principales a fs. 100.

2) MODIFICAR la imposición de costas de la primera instancia para imponer las mismas en el orden causado (art. 72 del CPCC), estableciendo los honorarios de los Ab. M. B. I. y L. Á. N. en el 1,5 % a cada uno, del

monto que resulte en definitiva (arts. 5, 6, 32, 38 de la ley arancelaria) más el IVA si correspondiere.

3) IMPONER las costas de esta instancia por su orden. Regulando los honorarios del Dr. L. Á. N. en 28 % de los que resulten liquidados para esta incidencia, en la etapa de ejecución (arts. 5 y 13 ley arancelaria).

3) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.-

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de concordar en la solución del caso y encontrarse en uso de licencia el Dr. Mario Luis Vivas. (Arts. 7 y 8 Ley V N° 17).

Registrada bajo Nº /13 SIL.