--- Trelew, de mayo de 2015.-

--- **Y VISTOS**: La resolución de fs. 51/52vta. de este legajo, el recurso de apelación (fs. 173/vta. del principal) concedido con efecto devolutivo a fs. 53, el memorial de agravios de fs. 56/61vta., la contestación del traslado de fs. 64/65vta, y ----------

---- **CONSIDERANDO**: ----------

------ I.- Que por la resolución de fs. 51/52vta. de este legajo, el juez *a quo* hizo lugar a la medida cautelar requerida a fs. 14/17vta. e intimó a la demandada a continuar abonando al actor los pagos mensuales en concepto de incapacidad laboral temporaria desde diciembre de 2014 inclusive y hasta el plazo máximo de 12 meses en función del Dec. 472/12.----------

--- Para ello consideró, básicamente, la naturaleza del derecho en juego (salud que encuadró en el art. 42 de la Constitución Nacional, citó jurisprudencia sobre la tutela preferente) y el riesgo o peligro en que se encuentra, pues atendiendo las referencias fácticas y la documental que acompañó el actor (informe del Dr. S., informe del Dr. H. del Cuerpo Médico Forense), tuvo por cierto que éste se encuentra transitando los padecimientos que invocó y que la intervención quirúrgica es necesaria para el tratamiento de la lesión. ----------

----- Agregó, en cuanto a la verosimilitud del derecho, que no se encuentra controvertido el accidente que sufrió el actor ni su carácter laboral, y que justificó esta vía la circunstancia de que la ART adoptó una actitud evasiva al dilatar el proceso y agravó con ello el estado de salud y la calidad de vida del actor. Y sobre el peligro en la demora consideró que los certificados e informes médicos agregados dan cuenta de una patología del actor y de su necesidad de someterse a inmediata intervención quirúrgica, y va de suyo en el despacho de la medida por la naturaleza del bien comprometido por el transcurso del tiempo. ---------- El juez de grado consideró también pertinente que la ART demandada continúe con la prestación dineraria mensual conforme el art. 2º, inc. 4º, del Dec. 472/2014 desde que otorgó alta médica, pues si bien asumió que cesó la incapacidad temporaria no se determinó el grado de incapacidad que afecta al actor. El peligro en la demora surge – según señaló el magistrado– de la carta documento por la que se informó al actor el cese de la prestación por incapacidad laboral temporaria por transcurso del año desde el siniestro (12/12/2014).----------

--- II.- Contra esta decisión se alzó la ART demandada (refs. 173 del principal), y concedido que fue el recurso con efecto devolutivo a fs. 53 de este legajo, lo fundó con el memorial de agravios de fs. 56/61vta.----------

-------- En lo conducente sostuvo, bajo el acápite de la arbitrariedad, que la condena a retomar las prestaciones en especie resulta infundada; afirmó que la medida cautelar en feria hizo perder de vista al médico del Cuerpo Forense (criticó el dictamen de esta

operación) y al juez de grado el tratamiento que su parte brindó al actor por la primera medida cautelar, cuya rendición –dijo– se encuentra presentada y pendiente de evaluación. Y por esto se agravió de que el juez considerara evasiva y dilatoria del proceso su actitud. ---------- Cuestionó, en síntesis, la verosimilitud asumida por el juez, pues afirmó que la prueba médica privada del actor y el informe del médico del Cuerpo Forense son –a su criterio– insuficientes. Sostuvo que la historia clínica que aportó su parte cuestiona la legitimidad de la actual intervención; que el caso trata "solamente un síntoma de dolor" (*sic*), subjetivo del actor; y que nada indica –en su idea– que el dedo amputado presente signos patológicos. Y sobre el peligro en la demora afirmó que la nueva cirugía responde a la opinión de un nuevo médico, que no tuvo participación en esta dolencia; que no existía riesgo alguno para la salud del actor esperar el desarrollo del caso, y procurar la evaluación de la medida ya cumplida por su parte. ---------- También, brevemente, se agravió por la condena a prestaciones dinerarias ya cubiertas; sostuvo que ya medió un período de incapacidad transitoria, que cumplió con la norma invocada por el juez, y que ese período se cerró administrativamente antes de la primera medida cautelar por agotamiento del año legal de I.L.T. Esta condena a nuevas prestaciones dinerarias fueron impuestas sin fecha de caducidad y superpuso el inicio del pago (17/11/2014) con períodos ya cumplidos. La medida ahora cuestionada hizo renacer el derecho a estas prestaciones recién a partir del fallo, no se trata de prestaciones debidas. Solicitó la corrección del inicio de los períodos, considerando los cumplidos.-------- Por último, alegó –sumariamente– la nulidad de la resolución en tanto, según entendió, fue modificada a instancia del actor luego de notificada a su parte (se modificó el médico interviniente en la operación), y excedió una aclaratoria. Formalmente –dijo– la medida estaba antes a cargo de los médicos de la ART, y así su parte tenía la oportunidad de cuestionar la medida cautelar y no aconsejar la operación. Realizó luego consideraciones sobre la responsabilidad de los médicos, el juramento hipocrático y las consecuencias que éstos deben asumir. ---------- Finalmente, hizo "reserva" del caso federal; invocó el art. 14 de la Ley 48, la doctrina de la arbitrariedad y los derechos constitucionales que se verían lesionado.---------- III.- A fs. 64/65 luce la contestación del traslado del recurso por parte de la actora. En lo fundamental, sostuvo que el recurrente no atacó la sustancia de la resolución cautelar ni la necesidad urgente de ella. Señaló que el médico interviniente Dr. S. explicó la importancia de preservar la funcionalidad de la mano y que éste determinó el compromiso del nervio medio a nivel sensitivo prescribiendo la cirugía por existir un compromiso vascular de toda la mano. Realizó luego consideraciones sobre qué consideró el juez *a quo* para otorgar la cautelar (el derecho en juego, las pruebas existentes en autos con más la intervención del Cuerpo Médico Forense). La contraria desconoce que toda intervención quirúrgica configura una obligación de medios y no de

resultados. ---------- Descartó los agravios sobre la prestaciones dinerarias ordenadas, en función de lo que dispone el art. 2º, inc. 4º del Dec. 472/14. Del mismo modo rechazó la nulidad de la sentencia, afirmó que las medidas cautelares son dictadas inaudita parte y pueden ser modificadas a pedido de parte; y agregó que la petición de su parte no requiere traslado. --- IV.- Así planteado el caso corresponderá confirmar la resolución de fs. 51/52vta. de este legajo, por las siguientes razones. ---------- ---------- 1. Siendo tales las cuestiones introducidas por el recurrente, corresponde examinar en primer lugar la alegada nulidad de la sentencia, puesto que si fuera tal haría innecesario
tratar los otros planteos.----------

--- En este punto, a tenor de lo invocado (fs. 61, punto IV) y visto las constancias de autos, no asiste razón al recurrente. ----------
------ El criterio de esta Sala en relación con la inclusión prevista por el art. 255 del C.P.C.C., señala que los postulados de trascendencia y conservación del régimen de las nulidades inciden materia recursiva, y que de acuerdo a ellos deben desestimarse los recursos de nulidad cuando el vicio puede remediarse por la apelación también deducida (esta Sala en la c. 449/10, S.D.F. nº 1 de 2011, votos de los Dres. Velázquez y López Mesa, y sus remisiones; conf. Hitters, Juan Carlos, “Técnica de los recursos ordinarios”, Ed. Platense, La Plata, 1985, pp. 518-522; Quadri, "Los recursos ordinarios en el proceso civil…", Ed.
Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 514).----------
--------- Así, con la prevención anterior, debe señalarse que el objeto de este legajo es una medida cautelar (fs. 14/17vta.), a la que hizo lugar el juez *a quo* por la resolución cuestionada (fs. 51/52vta.). El recurrente pide su nulidad porque con posterioridad el sentenciante modificó un párrafo de la parte resolutiva al hacer lugar a la petición de la actora, en relación con el médico interviniente en la operación quirúrgica ordenada (refs. 171/vta. y 172 del principal, donde acusó “error material”). La queja se funda en que si la operación quedaba a cargo del recurrente, éste tenía “la oportunidad de explicar las razones por las que no consideraba atinada la decisión ni aconsejaba la ejecución de esta nueva cirugía” (*sic*, fs. 61, punto IV, párrafo segundo). ----------
------ En este razonamiento soslaya el quejoso –en rigor– dos cuestiones: a) que el magistrado ejerció las facultades que el art. 206 del C.P.C.C. pone en su cabeza como director del proceso (conf. art. 34, inc. 5º, apartados “b” a “e”, C.P.C.C., conc. arts. 19, 71 y 73 de la Ley XIV nº 1; esta Sala en la c. 547/10, S.I.C. nº 03 de 2011; cons. Colombo~Kiper, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, T. II, p. 523; Gozaini, “Tratado de derecho procesal civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, T. I, p. 667) y no hizo más que ajustarse (por congruencia: art. 34, inc. 4º, párr. final, C.P.C.C.) a los términos con que la actora reedito esta nueva cautelar (fs. 14, punto I) antes de su cumplimiento; y b) que la eficacia de esa medida preventiva

no puede quedar sujeta, de ningún modo, a la voluntad del destinatario, quien podrá objetarla –si así lo estima pertinente– por la vía recursiva que corresponde (art. 200, C.P.C.C.; conf. Colombo~Kiper, “Código”, cit., T. II, p. 500; Gozaini, “Tratado”, cit., T. I, p. 666).----------

----- Por lo expuesto, en el contexto de la decisión cautelar el vicio resulta sólo aparente, no hay indefensión y por lo tanto tampoco nulidad (Gozaini, “Tratado”, cit., T. V, p. 254). De modo que no prospera el cuestionamiento en examen y debe estarse, en principio y según lo que surja de los restantes agravios, a la conservación de la resolución cautelar así dictada. ----------

--- 2. Despejado lo anterior, corresponde examinar ahora los restantes agravios planteados en el recurso de apelación de fs. 56/61vta. de este legajo.----------

------- El recurrente critica los recaudos de la medida cautelar así como la condena a cumplir con las prestaciones que establece el Dec. 472/14.----------

---------- 2.1. En relación con la cautelar, se cuestionó tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora. En concreto, el demandado tachó de subjetiva la dolencia, menospreció su entidad y realizó una lectura excluyente de los estudios médicos agregados al proceso. Asimismo, insistió en el alta administrativa del trabajador y cuestionó el rol de los médicos intervinientes, incluso del Cuerpo Médico Forense. En suma, él reprochó arbitrariedad –título en el que englobó los distintos agravios– contra la valoración que el juez *a quo* formuló de los elementos del caso, aparece como una mera discrepancia con el criterio del sentenciante y resulta insuficiente para dejar sin efecto la decisión.----------

---------- Es que, en rigor, el juez *a quo* para hacer lugar a la tutela preventiva valoró que en esta reedición cautelar sigue en juego el derecho a la salud y a la integridad del trabajador (aspecto que no puede soslayarse y condiciona la lectura del caso; doc. C.S.J.N., 24/10/2000, Fallos 323:3229, Consid. 15), y que con esta medida sólo se procura solventar las secuelas traumáticas psicofísicas (no solucionadas) del siniestro laboral (cuya producción no se encuentra controvertida y fundó, también, la primera decisión de fs. 12/13 del 04/07/2014). ----------

----- Consideró en este estado verosímil el derecho del actor a obtener la cobertura necesaria de la ART demandada (toda relación laboral conlleva una obligación preservación, conf. C.S.J.N. 30/03/1982, Fallos 304:415, Consid. 7º), y la necesidad del tratamiento inmediato para evitar que la demora ponga en riesgo la recuperación de la zona afectada, con repercusiones en la persona, en función no sólo de las consideraciones médicas del Dr. S. (tratante del actor) sino, fundamentalmente, el dictamen de los médicos del Cuerpo Médico Forense, Dres. H. (fs. 47, evaluando la intervención quirúrgica anterior) y R. J. (fs. 50, evaluando la necesidad de intervención médica inmediata hasta la resolución definitiva del cuadro). ---------- Con todo,

es criterio de esta Sala que en casos como el presente debe estarse a lo que resulte más favorable al trabajador (sujeto de tutela preferente, conf. c. 37/11, S.I.L. nº 09 de 2011 siguiendo a la Corte Suprema en las causas "A." de 2004, Fallos 327:3753, y "T." de 2009, Fallos 332:709, entre otras), cuando deben atenderse circunstancias urgentes que lo afectan o pueden afectar (doc. art. 9º, ley 20.744, texto ley 26.428; C.S.J.N., 31/10/2002, Fallos 325:2794; íd., 12/03/1987, Fallos 310:558).---------- Corrobora, además, este cuadro interino el informe anticipatorio del médico Dr. R. C. por la ART, quien ya advertía al 08/08/2014 que el actor debía continuar realizando "FKT" con ejercicio de desensibilización, y agregó en esa oportunidad que: "si no hay mejoría requerirá retoque de muñón y nueva neurólisis" (fs. 19); y al 20/10/2014 que, en lo pertinente, el paciente manifestó dolor excesivo, y si bien no presenta signos inflamatorios insiste en dolor del borde radial (fs. 20). Esto es, en suma, un trauma subsistente que requiere atención.---------- De modo que los cuestionamientos dirigidos contra la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, en el caso concreto, no pueden ser atendidos en este estado y corresponde confirmar la intervención quirúrgica en el modo ordenado por la medida cautelar de fs. 51/52vta. de este legajo.---------- 2.2. En cuanto a la prestación dineraria mensual del art. 2º, inc. 4º del Dec. 472/14 que también ordenó el magistrado de grado, el recurrente pretende –básicamente– que cumplió con esa prestación y que agotó su obligación con el alta administrativa del actor. Luego, no obstante lo anterior, el recurrente reconoce que la reedición de la cautelar “ha dado lugar al resurgimiento del derecho a prestaciones dinerarias por incapacidad transitoria” (*sic*, fs. 61, párr. 3º), pero –según asume– desde el dictado del fallo y no superponiéndose con períodos cumplidos.---------- Echa de verse que el pago de las prestaciones en los términos del Dec. 472/14 no puede, por lo tanto, dar lugar a un agravio computable (conf. Peyrano, "Procedimiento civil y comercial", Ed. Juris, Santa Fe, 2003, T. 2, p. 69 y sig.), y que sólo subsiste el cuestionamiento al plazo inicial de aplicación, pues su extensión queda acotada –como lo dispuso el juez *a quo*– al máximo de 12 meses que prevé la normativa citada.---------- En lo conducente, el juez de grado ordenó el pago desde la fecha del alta médica (17/11/2014). El recurrente pretende, por su lado, que el pago comience desde la fecha de la resolución cautelar que se examina. Y si estamos al “resurgimiento” del derecho del actor con la resolución cautelar que se examina, corresponde hacer lugar al agravio por cuanto resulta razonable determinar que el pago de la prestación en cuestión sea exigible desde la fecha de esta resolución cautelar (22/01/2015, fs. 51/52vta.). ---------- V.- En cuanto a la "reserva" del caso federal introducida con el recurso (fs. 61vta., punto V), aún soslayando que esta Sala –con el voto del Dr. López Mesa– ha sostenido que los derechos no se “reservan” sino que se ejercen (sentencias del 15/12/2008, in re "W., S. M. c/ M. L. S. SA s/ Cobro de pesos", expte. nº 22879-2008;

14/04/2009, "P., M. E.c/ A., S. s/ Cobro de pesos", expte. nº 125-2009), cabe precisar que si estamos ante un debido planteo del caso constitucional, la referida "reserva" huelga; y si el planteo concreto y adecuado no existe, la "reserva" no cumple ninguna finalidad útil (esta Sala en la c. 20397/05, S.I.C. nº 148 de 2005). ----------

--- De modo que, considerado el caso concreto se advierte que el recurrente invocó derechos constitucionales por mera implicancia, en forma genérica, y que las cuestiones federales no fueron postuladas expresamente por el interesado (pues no hay desarrollo fundado que vincule la posible solución de la causa como dependiendo de una decisión acerca de la validez de un acto o norma federal, de un acto o norma provincial frente a una norma federal o de la inteligencia que se asigne a esta última (doc. art. 14, Ley 48; cf. S.T.Chubut, 23/09/2011, S.I. nº 25/S.R.O.E./2011; esta Sala en la c. 529/10, S.I.C. nº 73 de 2010, c. 362/10, S.I.C. nº 39 de 2010; conf. López Mesa~Rosales Cuello, "Código procesal civil y comercial de la Nación", AAVV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, T. II, p. 362). ----------

--- En consecuencia, así planteada la cuestión –no obstante la reserva– resulta ineficaz para su examen concreto.----------

----- VI.- Por la forma en que se resuelve el presente, las costas se impondrán al recurrente perdidoso (art. 70, C.P.C.C.). En mérito de la extensión e importancia de las labores desarrolladas, el resultado obtenido en el incidente, así como el carácter con que actuaran, corresponde regular los honorarios de la Dra. M. M. (patrocinante del actor) en la suma de 11,4 Jus ($6.141), y los de la Dra. M. C. (apoderada de la demandada) en la suma de 8 Jus ($4.310) con más el 30% por procuración (arts. 5º, 6º, 6bis, 7º, 8º, 13 y 32, ley XIII nº 4). ----------

----- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ----------

----- Confirmar la resolución de fs. 51/52vta. de este legajo respecto de la intervención quirúrgica a realizar al actor, y modificar la fecha de inicio del pago de la prestación dineraria que prevé el Dec. 472/14 disponiendo su exigibilidad desde el día 22/01/2015.--

--- Imponer las costas al recurrente perdidoso.----------

---- Regular los honorarios de la Dra. M. M. en la suma de 11,4 Jus ($6.141), y los de la Dra. M. C. en la suma de 8 Jus ($4.310) con más el 30% por procuración.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

DR. MARCELO J. LÓPEZ MESA
PRESIDENTE

DRA. NATALIA I. SPOTURNO
JUEZ DE CÁMARA

DR. CARLOS A. VELÁZQUEZ
JUEZ DE CÁMARA

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº _____DE 2015 S.I.L. CONSTE**.----------

JOSE P. DESCALZI SECRETARIO