000315/2020

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia de su titular, Dra. María Fernanda Zanatta, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., M. J. c/ P. A. S.A. s/ Sumario – Accidente de Trabajo (Sistémico)", expte. nro. 315/2020**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 111/2016), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 410), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. María Fernanda Zanatta, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayez y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 359/365? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La Sra. jueza de primera instancia mediante SD N° 35/2020 rechazó la demanda interpuesta por el Sr. M. J. C. contra P. A. SA. Declaró abstracto el tratamiento de las inconstitucionalidades del art. 4 de la Resolución N° 34/13 y art. 2 de la Resolución 3/14, 6/15 y 28/15 de la Secretaría de Seguridad Social del M.T.E. Y S.S.N., Decreto 472/14 reglamentario de de la 26.773, 2do. párrafo del art. 6 de la Ley 24.557, Decreto 659/96

y art. 9 de la ley 26.773; del art. 8 ap. 3 y 4 Ley 24.557 (vía administrativa -Comisiones Médicas-); Arts. 21, 22 y 46 de la L.R.T. y sus normas reglamentarias (en lo relativo a la vía administrativa y competencia) y art. 12 LRT (conf. punto III.B. 2, 3, y 4). Impuso las costas en el orden causado. Reguló honorarios.

1.- Recursos:

Contra la sentencia se alzó la parte actora mediante recurso de apelación interpuesto a fs. 366, concedido a fs. 368; fundado a fs. vta. 369/390 vta. con respuesta de la contraria fs. 397/399 vta. Por otra parte a fs. 367 recurrió la accionada, cuyo recurso fue concedido a fs. 368 y fundado a fs. 391 y vta., respondido a fs. 393/396.

2.- Agravios:

Agravios del actor:

Luego de mencionar los antecedentes del caso, estructuró la crítica en nueve agravios.

Teniendo presente los principios procesales de concentración y celeridad, enunciaré los agravios sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesta en el desarrollo que en cada uno de ellos ha realizado el apelante.

La errada conclusión de la decisión cuanto determinó que no tiene ninguna secuela o consecuencia derivada del accidente laboral sufrido en base a la omisión de valoración de la pericia conjuntamente con las restantes pruebas producidas.

La arbitraria valoración del examen preocupacional y la violación a lo previsto en el art. 3 inc. 3 b) de la ley 24557.

La irrazonable aplicación del límite temporal establecido por el Dec. 49/14.

La omisión de considerar la incapacidad acreditada en la causa.

La falta de reparación de los daños psicofísicos sufridos por el actor como consecuencia del accidente de trabajo.

La consecuente lesión al derecho constitucional de obtener una reparación justa y razonable; el apartamiento injustificado del deber de dar primacía a la realidad y la verdad jurídica objeto; desconocer la aplicación del principio pro operario y pro homine.

La omisión de pronunciamiento sobre la insuficiencia de las prestaciones otorgadas por la ART durante la vigencia de la incapacidad laboral temporaria.

Agravios demandada:

La recurrente en su única queja, cuestionó la imposición de costas.

Dijo que conforme las circunstancias de la causa, resulta inaplicable el criterio sostenido por la magistrada para imponerlas por su orden.

Explicó que previo a la interposición de la demanda, el accionante tenía conocimiento de dos rechazos previos al carácter laboral de su incapacidad; el primero de la ART y luego el rechazo de la Comisión Médica.

Conforme ello afirmó que ninguna razonabilidad tenía la acción para que se determinara una incapacidad laboral.

Con base en lo expuesto afirmó que la decisión de la magistrada luce arbitraria, en tanto sin fundamento lógico se aparta del principio general de la derrota.

Peticionó se revoque el fallo con aplicación del principio general de la derrota consagrado en el art. 69 del CPCCh.

3.-Antecedentes:

El Sr. M. J. C. interpuso demanda con el objeto obtener por parte de P. A. S.A. el pago de las indemnizaciones reparatorias de la LRT 24.557 y 26.773 como así las prestaciones del art. 20 de la ley 24.557 (asistencia médica y farmacológica) por el accidente de trabajo que sufrió el 3/12/2015 cuándo realizó un esfuerzo para cargar un cilindro de gas de 45 Kg. Refirió que sintió un pinchazo en la columna e inmediatamente avisó a la empresa, sin recibir asistencia alguna, y dado el dolor que padeció, el 4 de diciembre presentó la denuncia ante P.N. A. S.A, siendo derivado para su atención a la Clínica del Valle de ésta ciudad, le realizaron estudios médicos y le indicaron 20 sesiones de FKT que completó, no obstante los dolores persistieron. El 07/01/16 le otorgaron el alta médica con retorno a sus tareas habituales; pero en fecha 04/02/16 en virtud del dolor en las piernas y cintura que hasta le impidió estar parado por mucho tiempo, se presentó ante la ART para su reingreso a las prestaciones médicas indicándole otras 10 sesiones de FKT que cumplimentó, y el 29 de marzo de 2.016 la ART nuevamente le dio el alta médica.

Disconforme con el alta otorgada por la ART apeló ante la Comisión Médica n° 19 que con fecha 31/03/16 previo examen físico dictaminó que en los estudios de

diagnóstico obrantes en el expediente se visualizan: Discreta espondilosis, protrusión discal leve paracentral izquierda L1-L2. Pequeño desgarro del anillo fibroso con protrusión discal foraminal y extraforaminal derecha L4-L5". Sin embargo, dictaminó que el trabajador no debe continuar con prestaciones, ratificando el alta médica otorgada por la ART debiendo continuar la atención médica a través de la obra social y/U hospital público por tratarse de una patología inculpable.

Destacó que el siniestro fue aceptado en los términos del decreto 717/96, modificado por decreto 491/97 y sostuvo la existencia de nexo de causalidad entre la patología y las tareas desarrolladas en el ambiente laboral descripto y el accidente de trabajo. Mencionó que las afecciones que padeció producto de los servicios prestados en cumplimiento del débito laboral le provocaron un profundo y permanente dolor, rigidez, calambres y hasta debilidad en las piernas, que no le permite estar parado por un tiempo prolongado.

Estimó la incapacidad en un porcentaje no menor al 30% de la total obrera, que lo incapacitan de modo parcial, permanente y que su situación de incapacitado parcial y permanente es aún más grave si se tiene en cuenta la edad (41 años), que este no posee estudios que le permitan realizar trabajos que no requieran de su físico.

Practicó liquidación arribando a la suma de $983.134, 39, dejando a salvo que dicho importe deberá ser reajustado a lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse. Planteó la inconstitucionalidad del art. 4 de la Resolución 34/2013 y el art. 2 de la Resolución 3/2014, Resolución 6/15 y Resolución 28/15

de la secretaría de Seguridad Social del M.T. y S.S.N; así como también del Decreto 472/2014 reglamentario de la Ley 26.773 para arribar a una liquidación de $4.591.237 más intereses legales hasta su efectivo pago o lo que en más o en menos resulte de la prueba.

Peticionó diferencias en las prestaciones dinerarias de pago mensual (incapacidad laboral temporaria) dado que realizaba horas extras hasta la fecha en que acaeció el accidente de trabajo y asimismo, le pagaban con habitualidad distintos adicionales entre los que puede mencionarse asistencia perfecta, ayuda alimentaria, horas de viaje, etc.

Dijo que durante el período de Incapacidad Laboral Temporaria, es decir, desde el 03/12/2015 hasta el 31/03/2016, el actor percibió la prestación dineraria en menos, en flagrante violación del art. 6 del Decreto 1694/09, puesto que no se incluyó en su cálculo las horas extras y los adicionales recibidos hasta el momento que acaeció el accidente de trabajo.

Estimó la diferencia adeudada en la suma de pesos cuarenta mil ochocientos ochenta y siete ($40.887) solicitó la aplicación de la Resolución 287/01 SRT tasa activa.

Planteó la inconstitucionalidad de la ley 24.557 en los art. 6, 8, 12, 14, 21, 22 y 46; como así también de los arts. 9,17 Inc. 5 y 17 Inc. 3 de la Ley 26.773; art. 6to. 2do. párrafo de la Ley 24.557, Decreto 659/96 y art. 9 de la ley 26.773; y Art. 8 apartados 3 y 4 de la Ley 24.557.

Peticionó la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la Ley 24.557.P. A. SA, solicitó el rechazo de la demanda, con costas. Negó los hechos.

Desconoció la autenticidad de la totalidad de la documental adjuntada por el actor, con excepción de que expresamente reconoce: Dictamen de la Comisión Médica n° 19 y Constancia de las altas médicas emitidas por P. A.;

Brindó su versión de lo acontecido. Explicó que luego de recibida la denuncia del accidente de trabajo aceptó el siniestro, y brindó prestaciones en especie (vgr. resonancia magnética y quince (15) sesiones de kinesioterapia) hasta el alta médica, sin incapacidad de fecha 07 de Enero de 2016.

El 04 de febrero de 2.016, el actor pidió nuevamente la reapertura, por continuar padeciendo dolor, en la cintura y ante esta circunstancia, se aceptó el siniestro y se le brindaron otras diez sesiones de kinesioterapia.

Destacó que en ambos casos, el alta fue otorgada sin secuelas incapacitantes, dándose por concluida en tales supuestos la intervención de la ART. La Comisión Médica N° 19, convalidó la postura que en ambos casos adoptó la ART.

Señaló que el actor padece una enfermedad inculpable, ajena al trabajo. Planteó la inaplicabilidad del Decreto 49/14.

Refirió a la afectación del derecho de propiedad art. 17 de la Constitución Nacional, destacando que las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo son entidades privadas con un objeto único, puesto que solamente les cabe dedicarse a ofrecer las prestaciones contempladas en la Ley de Riesgos del Trabajo y que en el caso de autos, la demandada cumplió con el deber que la ley le establece, otorgando todas las prestaciones en especie

que le correspondían al actor cuando sufrió el infortunio y que P. A. S.A. se liberó de sus obligaciones habiendo cumplido en tiempo y forma con lo que la ley le exigía.

Impugnó la actualización por Ripte Ley 26.773 y refirió a la correcta aplicación del Decreto 472/14; intereses y aplicación del Baremo 1659/96.

Ofreció prueba, fundó en derecho y peticionó.

A fs. 359/365 la sentenciante transcribió partes del informe del CMF suscripto por la Dra. M. F. de fs. 299/302 en el que la perito, teniendo en cuenta los antecedentes del actor, la documentación médica acompañada individualizada fs 299 vta.), el examen médico de ingreso sin preexistencias y el examen clínico que le efectuó al actor, informa que el Sr. C. desarrolló un cuadro de lumbalgia aguda posterior a un esfuerzo físico mientras realizaba las actividades laborales; que de la RNM de columna lumbosacra se le diagnosticó discreta espondilosis, hernia discal derecha en L4-L5,L1 y L2 y que el EMG de miembros inferiores , el 6/6/2017 indicó afección crónica sin signos denervatorios actuales en la raíz de la 5ta lumbar derecha. Presenta marcha eubásica, dolor lumbar al caminar en puntas de pie y en talones, leve contractura muscular y limitación funcional en la movilidad de la columna lumbosacra.

Transcribió el pasaje de la pericia en que la perito informa que según el Baremo de la LRT no amerita incapacidad porque las hernias discales del actor se encuentran en un contexto de patología degenerativa crónica (espondilosis) y podría ser evaluada como enfermedad profesional según el decreto 49/14 pero

destaca que el actor llevaba trabajando dos años al momento del accidente denunciado.

Y luego citó la conclusión de la profesional en el sentido que la patología de base que presenta se puede producir por diferentes factores etiológicos, que las hernias no son derivadas de un accidente laboral y tampoco pueden ser consideradas como enfermedad profesional.

De allí y como consideró que el informe es pormenorizado, sustentado en bases técnicas y científicas le concedió plena eficacia sin que las observaciones de las partes alcanzaran a poner en crisis sus conclusiones, entendió que el actor no tiene ninguna secuela o consecuencia del accidente denunciado y rechazó la demanda.

4.- Análisis:

a.- Antes de avanzar, haré dos aclaraciones preliminares:

En primer término, dejo sentado que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (ver, v. gr., Santiago C. Fassi en "Código procesal...", t. I, pág. 278), y que no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos por ellas invocados (ver v. gr. fallos 258:304 entre muchos), por ello, me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (ver fallos 272:225 entre muchos y CNCiv., sala C, 23/03/2011 – "F. M. SA c. A., J. A. en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61).

Luego, es pertinente señalar que el actor, acusó la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22, 8 ap. 3ero., el art. 46 en cuanto establece la competencia federal, el art. 6 y 8 así como todo lo relativo al establecimiento de una instancia administrativa que determine la incapacidad, el carácter laboral de la misma y la competencia federal. La demandada por su parte no puso en tela de juicio la competencia del Tribunal para entender en la presente causa.

La sentenciante, entendió que devenía abstracto el tratamiento del planteo efectuado por el actor en tanto determinó que el actor no posee incapacidad laboral.

Así las cosas, habiéndose expedido la magistrada sobre el fondo de la cuestión aun cuando es mi entender, que hubiera debido pronunciarse al respecto, por no resultar materia de agravio por parte de la accionadada, se torna inoficioso expedirse sobre la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la ley 24.557.

Solo diré que los arts. 21 y 22 de la LRT al pretender imponer la intervención de organismos de orden federal como lo son las comisiones médicas, afectan las autonomías provinciales en torno a cuestiones de derecho común que están reservadas a las respectivas jurisdicciones a la vez que vulneran la garantía del juez natural y pretenden que comisiones integradas por médicos superpongan la competencia y se arroguen atribuciones de los magistrados del trabajo, de allí que reiteradamente se dijo que representan un avance indebido e inconstitucional sobre las atribuciones judiciales, desde que los profesionales

médicos no se limitarían a asesorar al organismo judicial a través de un dictamen sino que reemplazarían la función decisoria, fijando bases fácticas y jurídicas de absolución o condena, contrariando abiertamente el art. 75 inc. 12 y art. 18 CN.

Por otro lado y en el estado actual del avance doctrinario y jurisprudencial el texto del art. 46 fue desactivado a través diferentes fallos que siguieron los criterios señalados en los casos "C." y "O." de la CSJN, dejando sentado que la habilitación de la instancia judicial no puede quedar supeditada o condicionada al previo cumplimiento de una vía administrativa ante "organismos de orden federal como son las comisiones medicas previstas en los arts. 21 y 22 de la LRT"

Sentado lo anterior, comenzaré el tratamiento de los agravios de la parte actora que pueden agruparse en dos argumentos centrales cuales son que la sentencia concluyó que padece hernia de disco L1-L2 y L4 L5 sin incapacidad laboral por seguir mecánicamente el informe pericial, sin atender a las restantes probanzas y desinteresarse por la primacía de la realidad y el principio protectorio; y que la jueza de grado omitió expedirse respecto a las diferencias en las prestaciones otorgadas por la ART durante la vigencia de la de Incapacidad, Laboral Temporaria.

b.- El primer motivo de queja lo constituye entonces el rechazo del carácter laboral de las patologías sufridas.

La sentenciante con fundamento en el dictamen pericial, concluyó que el actor no tiene ninguna secuela o consecuencia del accidente denunciado.

El actor sostuvo que como consecuencia de las tareas desarrolladas en el ambiente laboral descripto y/o del accidente de trabajo presenta múltiples hernias discales a nivel lumbar L1-L2 lo que le produce profundo dolor y una severa limitación en los miembros. Detalló que además presenta otra lesión sobre la columna lumbar a nivel de L4-L5 que le provoca dolor crónico y parestesias a nivel de los miembros afectados.

La demandada afirmó poder acreditar que el actor padece una enfermedad inculpable, ajena al trabajo y que continúa prestando las mismas tareas que realizara con carácter previo a las denuncias de accidente.

El recurrente critica duramente la ausencia de valoración del informe pericial en atención a la carencia de fundamentos que denuncia. Alega que el informe parte de una premisa errada –la preexistencia- además de resultar contradictorio. Cuestiona que la magistrada de grado, únicamente considerara tal probanza y omitiera valorar correctamente el resto del colecto probatorio, sobre todo el examen médico preocupacional.

Señala P. de P. (DT 2016-septiembre) que el tema es delicado ya que, por un lado, el peritaje médico es un medio de prueba altamente especializado al que, necesariamente, deben recurrir las partes para avalar sus pretensiones o destruir la esgrimidas en la causa (Falcón, "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. II, p. 1.095; Pirolo, "Derecho Laboral", t IV, p. 514) pero, por otro, las conclusiones del experto no dejan de ser apreciaciones científicas en abstracto y compete al juez, en uso de las atribuciones que le confiere el art. 477 del CPCC y de acuerdo a las restantes prueba rendidas en el juicio,

determinar la existencia o no de vinculación entre la patología detectada y las tareas desarrolladas, condiciones ambientales del trabajo y mecánica del siniestro denunciado (CNTrab., sala IV, 26/03/2013, "B., M. c/ C. SA y otro s/accidente-acción civil"; sala IX, 30/09/2004, "G. c. V.", DT, 2005-A-380; íd. 30/09/2004, "F. c/ E. SA", DT, 2005-A-96).

Va a ser el perito médico quien aporte al Juez su saber y mediante un informe debidamente fundamentado, indicará si la enfermedad fue ocasionada por la labor desempeñada por el trabajador, si el accidente padecido ha dejado secuelas incapacitantes y en qué porcentaje se encuentra afectada la aptitud laborativa.

Los peritos médicos cuantifican el daño padecido por el trabajador, para esto utilizan Baremos y colaboran a generar la convicción del Juez, acercando su conocimiento y saber. Sin perjuicio de ello, queda en el órgano jurisdiccional efectuar la valoración de su informe al momento de dictar sentencia, tomando en cuenta las impugnaciones efectuadas oportunamente por las partes del litigio.

Sentado ello y teniendo en cuenta las quejas vertidas, comenzaré por señalar, que la tesis de la enfermedad inculpable que postula la ART es inadmisible.

Del juego armónico de las disposiciones del art. 6 inc. 3 b) de la LRT y del art. 2 la Resolución SRT 37/2010 surge que el examen preocupacional es la única forma legal de probar que la incapacidad es preexistente. Si no se realizó, y la ART lo acepta, es igual a decir que no había preexistencia.

Por otro lado, si el empleador realizó el examen preocupacional como corresponde y no se encontró ninguna

preexistencia, no existe. (Rostagno, Hugo F. “La falacia de la preexistencia en los exámenes preocupacionales” Publicado en: Jurisprudencia Argentina, Cita Online: 0003/402709).

Conforme surge de la documentación obrante a fs. 224/228 el 21/11/2013 se le practicó al actor, examen de ingreso no describiéndose preexistencias y consignándose en el mismo que no tenía hernias. Forzoso es inferir que el reclamante ingresó completamente sano a desempeñarse en beneficio de la empleadora.

Claro, y no desconozco que en un examen médico de ingreso rara vez se realizan RMN de columna y en el caso que hubiera protusiones y prolapsos de discos intervertebrales, ningún médico laboral -que se precie de serlo- lo dejará pasar permitiendo que el empleado realice tareas de esfuerzo, pero las consecuencias negativas de tales faltas, como es de toda obviedad, no pueden ser soportadas por el trabajador accidentado.

Desde este ángulo, ante la imposibilidad de acreditar en la especie la preexistencia de las enfermedades que aquejan al trabajador (cfme. art. 6, ap. 3, b) de la L.R.T.) basta demostrar que el accidente de trabajo ha actuado como un factor concurrente, agravante o desencadenante del estado físico deficitario para que la totalidad de la incapacidad se considere indemnizable.

Preguntada sobre la relación de causalidad entre las patologías denunciadas y el accidente sufrido, la perito dijo que el actor desarrolló un cuadro de lumbalgia aguda posterior al esfuerzo físico mientras realizaba sus tareas laborales. Luego dijo que las hernias discales se pueden producir por diferentes

factores: mecánicos, constitucionales, metabólicos bioquímicos, degenerativos.

El actor y los testimonios del Sr. P. y C. dieron cuenta que el actor sufrió un fuerte dolor luego de un esfuerzo físico realizado en el trabajo.

Es decir existió un cuadro de lumbalgia posterior al esfuerzo físico mientras realizaba las tareas laborales.

Tales tareas, según el testigo C. consistían en la parte de obras civiles, servicios generales, conducir vehículos, llevar y traer mercaderías, cargar y descargar caños, a veces soldar. La tarea era full time. Como eran servicios generales donde necesitaban algo iba la cuadrilla. Tratábamos de reparar todo lo que ocurría. El Sr. C. hacia "manta", "manteo", el levantaba una garrafa de 45 kg., en ese entonces se usaban mantas. Tenía que mantear todos los caños, cuando ocurrió eso –refiriéndose al accidente– él estaba haciendo justamente una tarea que no tenía que haberla hecho con inseguridad, pero por orden de la gente que está en grado más arriba de una persona, "te decía que o haces la tarea o terminabas quedando cesante".

Preguntado el testigo sobre lo sucedido el día 3/12 dijo que justamente estábamos haciendo la tarea nosotros. Ese día el Supervisor dijo que había que mantear una caño de 80 pulgadas, estábamos en la cuadrilla M., yo y J. y lo hicieron levantar a él, que él tenía que llevar, transportar con una manta que pesaba lo mismo, yo era el encargado de proveerle los materiales. Bajando de esa tarea fue que el dijo que se había lesionado, parece que me golpee la columna, me esguince la columna, o sea la lumbalgia, porque sentí

un tirón muy grande. Después le dijo no te hagas drama, seguí trabajando y siguió trabajando pero para eso el dolor ya lo había sentido “cuando se agachó y sintió el tirón”.

El Sr. P. dijo que el actor ayudada a levantar tacos, los caños los levantábamos nosotros mismos porque la empresa no tenía las máquinas para trabajar. Los elementos de protección eran limitados, porque te daban los guantes, los cascos, las botas, los botines. Pero cuando se nos rompía algo teníamos que andar rogando.

Frente a tal colecto probatorio entiendo que asiste razón al recurrente.

El magistrado debe meditar el dictamen pericial y precisar su fuerza probatoria teniendo en consideración la competencia de las personas que efectúan los mismos, los principios en que puedan fundarlos y la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás elementos de convicción que la causa ofrece.

Las constancias de la causa permiten afirmar que el actor sufrió un accidente de trabajo en oportunidad en que levantó un cilindro de gas de 45 kg. sintiendo un fuerte pinchazo en la columna. Se efectuó la denuncia ante la aseguradora y asi fue aceptado por la misma y luego de brindadas las prestaciones por lumbalgia aguda, fue dado de alta con fecha 29/03/2016 dictaminando que se trataba de una patología preexistente e inculpable.

No se trata de tener por acreditada debidamente la existencia de nexo causal entre la prestación de tareas y el daño como si se tratara de otorgarle a las hernias de disco carácter de enfermedad profesional.

Aquí existió un accidente de trabajo con las características de súbito y violento porque el

accidente y su consecuencia, el fuerte tirón y la lumbalgia, quedaron acreditadas con el tratamiento médico que le brindó la ART. No se discutió aquí que el trabajador hizo el esfuerzo al levantar el cilindro de gas y que fue a partir de ese episodio que apareció el dolor en la zona de la columna lumbar. Ese dolor tampoco estuvo presente antes, pues no existen otros antecedentes al respecto en la causa.

En tales condiciones, la lógica, la experiencia y el sentido común permiten afirmar que el gran esfuerzo realizado para levantar la carga ha sido la causa eficiente – aunque pudo no ser la única- del resultado dañoso debiendo la ART otorgar las prestaciones e indemnizaciones correspondientes por aplicación de la llamada "teoría de la indiferencia de la concausa" como adelanté (ver Ramírez, Luis Enrique "Hernia abdominal" ¿accidente de trabajo o enfermedad inculpable?, DT 1999-A-46).

Los razonamientos efectuados demuestran que resulta irrazonable asumir jurisdiccionalmente la conclusión de la médica que desconoce la cuestión jurídica relevante, pues determinar la ajenidad de la causa con el trabajo, en el contexto descripto, resulta arbitrario y ajeno a las constancias de la causa y la realidad que se acreditó. Es al órgano jurisdiccional a quien le corresponde efectuar la valoración del informe pericial al momento de dictar sentencia e interpretar la ley y ajustar el caso a sus previsiones.

Es dirimente en la cuestión el examen preocupacional, pues para escindir la lumbalgia post esfuerzo de la hernia de disco, como dos patologías sin conexión entre si, y asignar a la primera nexo causal

con el hecho accidente y a la segunda el carácter de enfermedad inculpable, se hace imprescindible contar con elementos probatorios que lo acrediten, y el medio adecuado para determinar la preexistencia de la lesión al momento del esfuerzo que realiza el trabajador en la ejecución de sus tareas, y así excluirla del ámbito de la LRT, es el examen preocupacional, tal como expresamente lo dispone el art. 6 inc. 3 b) de la Ley 24557 y la Resolución 37/2010. Por lo tanto no acreditada la supuesta preexistencia de la hernia de disco del actor, la aptitud para producirla del esfuerzo realizado por el trabajador en ocasión del trabajo con las características de súbito y violento lo encuadran en el art. 6 ap. 1 de la Ley 24557.

Por último y a mayor argumento es dable señalar que si no puede demostrarse científicamente una relación causal o concausal entre las hernias aparecidas luego del preocupacional y las tareas de esfuerzo desarrolladas, pero entre las incidencias no se descarta los factores mecánicos (fs. 300 vta. punto d) es claro que la sentencia decidió en perjuicio del trabajador en seguimiento automático de la pericia y en pugna con el art. 9 de la LCT.

Por otro lado, ninguna reflexión mereció que la pericia diera cuenta de la existencia de hernias discales determinarían eventualmente que no pudiera sortear favorablemente un examen de ingreso preocupacional para un trabajo que implique movilizar peso o levantar cargas sin que mereciera.

Por todas estas razones, entiendo que corresponde acoger el agravio y revocar la sentencia en cuanto

determinó la falta de secuelas o consecuencia del accidente denunciado.

En lo tocante al porcentual de incapacidad computable, corresponde determinarlo teniendo en cuenta el dec. 49/14 que incorpora las hernias de disco en las incapacidades laborales y que resulta aplicable a las de origen traumático como consecuencia de un accidente de trabajo como sucedió en el presente.

En tal sentido advierto que para las hernias de disco con secuelas clínicas y electromiografías leves el porcentaje de incapacidad oscila entre el 10% y el 15% en caso que fueran operadas.

En el presente corresponde ponderarla en el 10% habida cuenta el rango señalado y en comparación con los baremos de uso en la justicia civil que establecen un 15% sin factores de ponderación y toman en cuenta la reparación integral del daño, extremo que en el sistema de la LRT estará dado por el adicional del art. 3 de la ley 26773.

Luego y conforme el art. 8 ap. 3 de la LRT se debe ponderar: a) la edad del actor al momento del accidente era de 40 años corresponde el 0,2%; b) el grado de dificultad para desempeñar la tarea habitual la ponderaré como intermedio, habida cuenta que la limitación para movilizar peso o levantar cargas pero puede realizar otras actividades por lo que asignándole el 0,15% y c) amerita recalificación por tales razones en el 1%.

Sumados los factores alcanzan el porcentual de 2,7%, resultando una incapacidad del 12,7% de la total obrera.

c.- Determinado lo anterior corresponde ahora ingresar en el análisis de las distintas inconstitucionalidades planteadas por el actor.

Art. 12 LRT:

El actor, peticionó la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 LRT sosteniendo por una parte que la equivalencia del esquema que establece dicha norma se diluyó a partir del año 2002, dando lugar a notorias diferencias entre el salario del dependiente activo y el valor mensual del ingreso base. Argumentó que continuar con la fórmula en que se calcula el IMB hace que el trabajador accidentado perciba como reparación una suma que no se corresponde con la real contraprestación que percibe como consecuencia de poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador. Adujo que ello vulnera lo normado por el art. 14 bis, 17 y 19 de la Constitución Nacional como así los arts. 21 inc. 2, 26 y 29 de la CADH. Solicitó la aplicación del art. 208 LCT a efectos del cálculo del ingreso base.

Por otra parte, planteó la inconstitucionalidad de toda normativa en tanto excluya los rubros "no remunerativos", aduciendo que dicha exclusión importa menguar sobremanera la base del cálculo.

La demandada por su parte sólo se limitó a negar la procedencia del pedido de inconstitucionalidad y el ingreso base mensual postulado por el actor (fs. 148 vta.).

Conforme a este encuadre de la litis, cabe recordar que es criterio sentado de por nuestro Superior Tribunal de Justicia provincial in re "P.", la necesidad de demostrar -a efectos de la declaración de inconstitucionalidad- que las sumas calculadas conforme

art. 12 LRT no constituyen una reparación adecuada y, por ende, afectan el derecho de propiedad del peticionante (SD N° 21/SRE/2018) recordando que la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 247:121 y sus citas) .

Procederé entonces a calcular en primer término el IBM conforme la normativa aplicable para luego verificar si en la especie existe agravio constitucional.

A tal fin, cabe señalar que dada la fecha del accidente 03/12/2015 corresponde aplicar el art. 12 de la ley 24557 -texto art. 4 del Dto. N° 1278/2000-, el que toma como punto de partida para la determinación del IBM el concepto de salario previsional con el tope que surge de lo dispuesto en los arts. 9 de la ley 24.241 y 10 de la ley 26.417.

En este contexto, entre diciembre de 2014 y noviembre de 2015, el monto de la base imponible fue fijado por las Resoluciones ANSES N° 449/14 y 44/15 y 396/15, entonces, para determinar el ingreso base mensual del actor, no deberían ser consideradas sumas que excedan los topes previstos por ellas.

Efectuado el cotejo, surge que aun computando sumas remunerativas y no remunerativas, no se supera dicho tope en ninguno de los periodos a considerar.

Practicada la operación conforme art. 12 de acuerdo a las constancias de autos (recibos fs. 5/37) el IBM

calculado sobre los salarios percibidos durante los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante (excluyendo las sumas consignadas como no remunerativas), asciende a la suma de $ $16.083,02 y computando el haber bruto conforme lo efectuó la perito contadora teniendo en cuenta los informes de AFIP y recibo de sueldo el IBM asciende a $33.156,34.

De lo expuesto se desprende la existencia de una diferencia de $17.073,32, es decir del 51% entre ambos IBM y el mismo no supera el tope fijado por las resoluciones de ANSES (449/14, 44/15 Y 396/15).

Dicho de otra manera la exclusión de sumas no remunerativas afecta en 51% al IBM, proporción que se trasladará a la indemnización a calcular por aplicación de la fórmula del art. 14. 2 a) LRT superior a la pauta brindada por la CSJN para descalificar por inconstitucional la base salarial prevista a los fines indemnizatorios (Fallos: 327:3677) por ser confiscatoria.

Se deriva así la falta de adecuación de la norma (art. 12 LRT vigente al momento del accidente) con el objetivo reparador que pregona en consonancia con los principios y derechos que la Constitución Nacional ordena respetar, proteger y realizar en el caso concreto.

Por tales razones, procede en el caso la declaración de inconstitucionalidad de la norma por falta de adecuación a la finalidad que ella misma persigue y que ordena la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de los que la Nación es parte.

2. El actor peticionó, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 4 de la Resolución N°

34/13, y del art. 2 de la Resolución 3/14, 6/15, y 28/15, así como también del Decreto 472/14 reglamentario de la 26.773, la aplicación del índice RIPTE al capital de la reparación tarifada de conformidad a lo establecido en el art. 8 de la Ley 26.773.

Argumentó que las resoluciones cuya inconstitucionalidad postula, vulneran los art. 28, 14 bis, 16, 31 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional y contravienen lo dispuesto por la Ley 26.773 en su art. 8 al proceder a actualizar restrictivamente solo los "pisos mínimos" con valores expresados en cifras numéricas, omitiendo establecer el coeficiente que deberá aplicarse al resultado de la indemnización tarifada.

Dijo que el art. 8 de la Ley 26.776 resulta claro en el sentido de que los conceptos que deben actualizarse bajo el índice RIPTE son los importes por incapacidad permanente previstos en las normas que integran el régimen de reparación, por lo que en el caso debe de aplicarse sobre las prestaciones dinerarias por incapacidad definitiva del art. 14 LRT.

En cuanto al Decreto 472/14 peticionó la declaración de inconstitucionalidad por excluir todas las situaciones que no fueran los pisos mínimos del dec. 1694/09 y los adicionales de pago único (art. 11 LRT) como la de autos correspondiente a la prestación del art. 14 inc. 2) ap a LRT.

El punto, ha sido ya dirimido hace tiempo por la Corte Suprema de Justicia in re "E." y que luego fuera seguido por nuestro Superior Tribunal de Justicia in re "E.".

Como lo he sostenido en otras oportunidades (SD "L" Nro. 42/18, 7/20 y 10/20) en el precedente "Esposito", concretamente en el considerando 8 la Corte Nacional señaló con alcance general, que las prestaciones en dinero por incapacidad permanente previstas en la Ley 24.557 y sus modificatorias, sujetas a la actualización mediante el Decreto 1694/2009 y el índice RIPTE, se refieren a los importes de las prestaciones adicionales de suma fija incorporadas por el Decr.1278/00 y de los pisos mínimos establecidos por el Decr.1694/2009 y el artículo 3 de la Ley 26773 (CSJN, 7/6/2016 en autos "E., D. L. c/ P. A. S.A. s/accidente – ley especial").

Tal criterio, aún con la disidencia del Dr. R., fue reafirmado el 27/09/2018 en la causa "P. A., M. y otro c/ A. A. S.A. y otro s/indemnización por fallecimiento", en el que el cimero Tribunal dejó sin efecto la sentencia a Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que había declarado de oficio la inconstitucionalidad del Dec. 472/2014, "pues tal extrema medida se apoya en una interpretación que no se ajusta a los criterios establecidos en el precedente dictado por esta Corte en "Espósito" (Fallos: 339:781).

La decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha sentado doctrina y ha sido seguida por nuestro Superior Tribunal de Justicia impone el seguimiento de la misma.

Idéntico criterio ha sido seguido por numerosos tribunales entre ellos, la Suprema Corte de Buenos Aires en "G., P. D. contra P. A. S.A. Diferencia indemnización" del 05/04/2017 (elDial.com - AA9E68)

que en relación a esta misma cuestión dijo que: "los conceptos que están sujetos a la aplicación del índice previsto por dicha normativa entiendo como razonable lectura de los preceptos en juego que el parámetro de ajuste debe operar sobre: (i) los valores mínimos establecidos en los arts.3 y 4 del decreto 1694/09 para las indemnizaciones de los arts. 14 ap. 2 y 15 ap. 2; (ii) las compensaciones adicionales de pago único previstas en el art. 11 ap. 4 (en igual sentido, conf. Ackerman, Mario E., Ley de Riesgos del Trabajo, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 98; v. CNAT, Sala IV, in re "G. c. L. C. A. SA", sent. def. N° 98.528, del 4-XII-2014; "C. R. c. L. C.A. SA", sent. def. N°99.069, del 29-V-2015); (iii) los "pisos" fijados para la reparación adicional del art. 3 de la Ley 26.773.

Señaló allí el Juez Pettigiani que la referencia contenida en el art. 8 con relación a los "importes por incapacidad laboral permanente" conduce a la hermenéutica de que esa expresión lingüística hace alusión a los montos mínimos garantizados por el decreto 1694/09 y a las sumas que en concepto de adicionales de pago único contemplaba el sistema especial. Agrego a ello, asimismo, los valores de base establecidos para el resarcimiento adicional del art. 3 de la Ley 26.773. Estos ítems son los que constituyen los importes establecidos en el marco de la legislación de riesgos del trabajo, quedando excluidas de esa definición las reparaciones obtenidas a partir del uso de las ecuaciones o fórmulas polinómicas previstas en la Ley 24.557.

En términos claros se ha dicho que "Se advierte una voluntad legislativa de ajustar las indemnizaciones previstas en la ley 24.557, dec. 1278/00 y dec.1694/09, que no eran objeto de actualización desde el año 2009, pero mediante el ajuste de los importes contemplados en los artículos 11, 14 parr.3 y 15 de la ley 24.557, garantizando así adicionales de pago único y pisos mínimos de indemnización actualizados semestralmente, y no mediante la actualización de la indemnización resultante de la fórmula prevista en el art. 14 párr. 2 inc. a) de la Ley 24.557,la cual, superado el piso mínimo, resulta debida y oportunamente actualizada, en cada caso concreto, a través de la tasa de interés, que no sólo compensa la falta de uso del dinero retenido, sino que además expresa la expectativa inflacionaria del mercado" y agrega que el decreto 472/14 aclara el art. 17.6 de la ley 26.773 en el sentido expuesto, de conformidad con la intención del legislador. (Cámara Nacional Apelaciones del Trabajo, Sala IX, 23/10/2017, en autos "G.,H.D. c/G. A. SA s/ accidenteley especial" voto del Dr. Mario Fera).

Y si bien "no existe ninguna norma escrita que consagre la obligación formal de los tribunales inferiores de acatar la jurisprudencia de la Corte, ni el art. 16 del C.C., incluye a la jurisprudencia como fuente del derecho, ha reiterado que carecen de fundamentos sentencias de los tribunales que se apartan de los "precedentes" de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el alto tribunal en su carácter de intérprete supremo de la constitución y de las leyes dictadas en

su consecuencia" (SD 15/SRE/2007 y 4/SRE/10 entre otras).

Es que como ha señalado la jurisprudencia, la insistencia en un criterio no convalidado por la Corte

Suprema de Justicia es pasible de generar un "dispendio jurisdiccional del cual resultará afectado en última instancia el accionante, quien resulta ser sujeto de preferente tutela" ya que "vería dilatado en el tiempo el cobro de su indemnización" (Cámara Nacional Apelaciones del Trabajo, Sala III, 28/4/2017, en autos O.,P. N. c/P. A. SA s/ accidente ley especial", DT 2017,agosto 1660).

En tales entendimientos, pese al esfuerzo argumentativo del actor recurrente, se evidencia que le planteo resulta improcedente y corresponde rechazarlo.

Igual suerte adversa tiene el planteo de inconstitucionalidad de las normas de la ley 23928 ley 25561, las razones dadas eximen de otra respuesta.

En base a las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda entablada por el Sr. M. J. C. y condenar a P. A. a abonarle la prestación por ILP del art. 14, inc. 2 a) y art. 3 de la ley 26.773.

Teniendo en cuenta un IBM establecido de $33.156,34 establecido en el punto d) de la pericia contable de fs. 333/334 se determina una prestación dineraria en concepto del art. 14 ap. 2 inc a) de $352.617,01 que con el agregado del adicional establecido por el art. 3 de la Ley 26773 de $70.523,40 asciende a un total de $ 423.140,41.

d) Omisión de pronunciamiento sobre la insuficiencia de las prestaciones otorgadas por la ART durante la vigencia de la incapacidad laboral.

Dijo el actor, que durante el periodo de la incapacidad laboral temporaria, entre el 3/12/2015 y el 31/3/2016 percibió en menos la prestación porque no se incluyeron en el cálculo las horas extras y adicionales recibidos. Prometió acreditarlo con la pericia contable y en tal sentido ofreció el punto de pericia pertinente.

Sin embargo, frente al dictamen pericial que no contestó el punto correspondiente por no contar con copia del recibo de sueldo de la 2da. quincena de marzo de 2016 nada dijo.

En la liquidación que practicara a fs. 123 tampoco discriminó ni explicó cómo arribó a la suma reclamada de $40.887.

Por ello, la pretensión debe desestimarse, toda vez que justamente en el mes de marzo de 2016 en que la perito establece una diferencia en el pago, no existe el recibo de la segunda quincena imposibilitando efectuar el promedio requerido por la norma del art. 208 LCT.

De allí que el reclamo por diferencias salariales debe ser rechazado toda vez que el accionante no efectuó precisión alguna en el escrito de demanda respecto a cuál era el promedio de los rubros variables de su remuneración que se le debió abonar, ni a cuánto ascendió el monto que se le abonó por tal rubro ni cuál era la diferencia entre lo que se le debía abonar y lo que abonado, siendo que debía brindar una descripción claramente expuesta de los hechos cuyo encuadre jurídico pretende.

Cuando en el escrito inicial se peticiona algo (cosa demandada) deben describirse los hechos (y las omisiones o hechos omisivos) que, previstos por las normas con efectos jurídicos, hagan operarla regulación jurídica del caso, pues no basta invocar simplemente el marco jurídico de una situación, sin explicar los hechos cuyo encuadre legal se pretende.

Jurisprudencialmente se ha hecho hincapié en que el reclamante tiene la carga de invocar claramente los hechos en los que funda su pretensión, haciendo una exposición circunstanciada de los hechos configurativos de la relación jurídica en que se basa la petición judicial (conf. CNAT, Sala VII, 28/04/1993, DT, 1994532; Sala VIII, 20/04/1995, DT, 1995-1978).

En definitiva, el accionante debe brindar una descripción claramente expuesta de los hechos cuyo encuadre jurídico pretende, lo que, a mi modo de ver, no aparece cumplido en la especie (SD “L” 11/19, 21/18 entre otras).

Intereses:

El capital condenado devengará intereses a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento de documentos desde la fecha de producción del daño, esto es 3/12/2015 (conf. el art. 2 de la Ley 26773 y Resolución N° 414/99 SRT (texto según resolución 278/01 SRT)

5. Costas y Honorarios:

En atención a como se resuelve, corresponde adecuar costas y honorarios por imposición del art. 282 del CPr. por eso carece de virtualidad analizar el recurso fundado a fs. 391 por la demandada Las costas de ambas

instancias, se imponen a la demandada vencida conforme el principio objetivo de la derrota.

Los honorarios correspondientes a la labor desarrollada en la primera instancia, deben ser regulados teniendo en cuenta las pautas de los arts. 5 a 9 y 10 que prevé el supuesto de litisconsorcio de la Ley XIII-4 DJPCh.

En consecuencia, regularé a favor del Dr. E. T. 20% y los de los Dres. E. M. A. y G. S. conjuntamente en el 18%, en ambos casos a calcular sobre el monto del proceso y con mas la alicuota del IVA si correspondiere.

Los honorarios de los peritos intervinientes, los fijaré de conformidad con las pautas establecidas en los arts. 5 y 60 de la ley arancelaria vigente y art. 22 Ley XIII-18 DJPCH. En consecuencia, a favor de la perito contadora M. A. C. F. en el 4% y a la Dra. M. F. en el 2% del monto de la condena

Por la tarea profesional desarrollada en esta instancia propongo regular los honorarios del Dr. E. T. en el 35 % y los del Dr. G. S. en el 25%, porcentajes a calcular sobre los que les fueron regulados por su actuación en primera instancia.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Formula postulatoria:

1.- Admitir el recurso interpuesto por el actor a fs. 366 contra la sentencia de fs. 359/365.

2.- Revocar la sentencia de fs. 359/365 y declarar la inconstitucionalidad del art. 12 LRT (T:o. Dec. 1278/00).

3.- Establecer que el Sr. M. J. C. padece una incapacidad parcial y definitiva del 12,7% de la total

obrera como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el día 3 de diciembre de 2015.

4.- Condenar a P. A. S.A. a abonar al Sr. M. J. C. la suma de $ $ 424.577 con más los intereses a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos desde el día 3/12/2015.

5.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida

6.-Regular los honorarios de los profesionales en la forma propuesta.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 366, agravios fs. 369/390) y por la parte demandada (fs. 367, agravios fs. 391). Corrido el traslado de los agravios, recibieron respuesta en tiempo oportuno (fs. 393/396 y fs. 397/399).

I. Antecedentes

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que el Sr. M. J. C. promovió demanda contra P. A.SA en procura de las indemnizaciones reparatorias de la LRT 24.557 y 26.773 como as las prestaciones que establece el art. 20 de la Ley 24.557 (asistencia médica y farmacéutica, rehabilitación). Reservó el derecho de ampliar demanda contra cualquier aseguradora de riesgos del trabajo que resultare responsable del siniestro. Y también, para el caso de insolvencia, se amplíe la acción a los efectos de percibir las prestaciones de la Ley 24.557 en especie y dinerarias del Fondo de Reserva que prescribe el art. 34 de la Ley 24.557, debiéndose declarar en estos obrados dicho estado de insuficiencia

patrimonial y gestionar el respectivo cobro. Relató hechos. Estimó porcentaje de incapacidad. Practicó liquidación estimando un valor de pesos novecientos ochenta y tres mil ciento treinta y cuatro con treinta y nueve ctvs. ($ 983.134,39), ello con más o en menos las pruebas que se produzcan e intereses, más las costas. Planteó inconstitucionalidad de los arts. 6, 8, 12, 14, 21, 22 y 46 de la Ley 24.557 como también de los arts. 9, 17 inc. 5 y 17 inc. 3 de la Ley 26.773, art. 4 Res 34/13 y art. 2 Res 3/14, Res. 6/15 y Res 28/15 de la Secretaria de Seguridad Social del MTE y SSN, como asimismo de los Dec. 659/96 y 472/14 reglamentario de la Ley 26.773. Reclamó las diferencias en las prestaciones dinerarias de pago mensual durante la incapacidad laboral temporaria, las que estimó en pesos cuarenta mil ochocientos ochenta y siete ($ 40.887) o lo que en más o en menos resulte de las probanzas, con más sus intereses. Solicitó al respecto la aplicación de la Res. 287/01 SRT tasa activa. Ofreció prueba. Hizo reserva del caso federal. A su turno se presentó la accionada. Cumplió el imperativo procesal negando hechos. Desconoció parcialmente la documental aportada por la contraria. Ofreció prueba. Reservó el caso federal. Pidió se rechace la demanda, con costas. Proveída la prueba ofrecida y producida aquella que fuera pertinente, pasaron los autos a despacho para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado rechazó la demanda interpuesta por el Sr. M. J. C. contra la demandada P. A. SA. Declar abstracto el tratamiento de las inconstitucionalidades del art. 4 de la Resolución N° 34/13 y art. 2 de la Resolución 3/14, 6/15

y 28/15 de la Secretaría de Seguridad Social del M.T.E. Y S.S.N., Decreto 472/14 reglamentario de de la 26.773, 2do. párrafo del art. 6 de la Ley 24.557, Decreto 659/96 y art. 9 de la ley 26.773; del art. 8 ap. 3 y 4 Ley 24.557 (vía administrativa -Comisiones Médicas-); Arts. 21, 22 y 46 de la L.R.T. y sus normas reglamentarias (en lo relativo a la vía administrativa y competencia) y art. 12 LRT. Impuso las costas por el orden causado, en atención a que el accidente aconteció efectivamente por lo que encontró razonable el derecho de ejercer la acción por parte del trabajador a los fines de determinar su eventual capacidad, con independencia de que la pericia médica arrojara 0% incapacidad laboral. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Agravios. Tratamiento y solución

El decisorio fue apelado por ambas partes. El actor cuestionó la sentencia bajo los siguientes acápites: 1. La errada decisión sobre que el actor no tiene ninguna secuela o consecuencia derivada del accidente laboral que ha sufrido, 2. La arbitraria valoración del examen preocupacional. La violación de lo previsto por el art. 6° inciso 3) punto b) de la Ley N° 24.557. La censurable aplicación de la carga de la prueba respecto a dichas circunstancias, 3. La irrazonable aplicación en el caso del límite temporal establecido por el Decreto N° 49/14, 4. El error de ceñirse a una pericia cuando debió haberse apartado por su falta de fundamentos científicos y porque existen en el proceso otros elementos probatorios provistos de mayor valor convictito, 5. La omisión completa de considerar la incapacidad acreditada en la causa, 6. La censurable falta de reparación de los daños

psicofísicos sufridos por la actora con motivo del accidente de trabajo infringe las prestaciones legales consagradas en la Ley N° 24.557 y normativa complementaria: La ausencia de resarcimiento lesiona el derecho constitucional y convencional a la integridad de la persona del actor y a obtener una reparación plena, justa, razonable y equitativa por el accidente de trabajo que ha padecido. La violación al principio de indemnidad, 7. El apartamiento injustificado del deber de dar primacía a la realidad, la verdad jurídica objetiva e impedir su ocultamiento ritual, 8. La inaplicación del principio in dubio pro operarii en un supuesto que puede interpretarse que ha quedado planteado un estado de duda sobre cuestiones vinculadas con la apreciación de las pruebas. La violación del principio pro homine y, 9. La omisión de pronunciamiento sobre la insuficiencia de las prestaciones otorgadas por la ART durante la vigencia de la incapacidad laboral temporaria. Por su parte, la accionada se quejó por la forma en que fueran impuestas las costas del proceso.

Adentrándome entonces en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, suelo reiterar en mis votos que, tal como lo tiene dicho nuestro máximo tribunal, “los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos, 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:836), y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (301:970 y 311:1191)”.

Anticipo que, atendiendo al detallado relato que comprende tanto la plataforma fáctica del caso como los principales argumentos que componen la queja de los apelantes y que son desarrollados en el voto de la señora camarista que me ha precedido en el orden de votación, me eximiré de incurrir en reiteraciones innecesarias que entiendo sólo dilatarían la extensión de mi juzgamiento, atendiendo a los principios de celeridad y economía procesal.

Por último, independientemente del modo en que han sido planteados los agravios por parte de los recurrentes - puntualmente la parte actora - efectuaré su tratamiento en conjunto en lo pertinente, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347-209; 345-154; 347-197 entre otros).

Aclarado ello, advierto que la queja central, que es expuesta en primer lugar por el accionante – aunque luego retiterada - apunta al rechazo que en la sentencia se efectuara respecto del carácter laboral de la dolencia denunciada. Frente al agravio mencionado, adelanto desde ahora que habré de coincidir con la extensa crítica que efectúa el recurrente. Explicaré porqué.

De las constancias obrantes en autos, se desprende que al momento de ingresar a laborar, fue efectuado al actor en debida forma el examen médico preocupacional (fs. 224/228), el que arrojó como conclusión una calificación de “apto” para el cargo, a la vez que expresamente se consignó allí “sin preexistencias para la tarea requerida”.

No se me escapa que a la hora de sustentar su decisión, la señora juez de grado hizo pie en el dictamen médico pericial (fs. 299/302). Sin embargo, no habré de coincidir con la magistrada en tanto sostuviera que el informe individualizado resulta preciso e inequívoco. Por el contrario, advierto en el mismo evidentes contradicciones.

Destáquese, en tal sentido, que la propia experta manifiesta – como antes señalé - que en el examen médico preocupacional del Sr. C. no se describieron preexistencias (pregunta a. fs.300). Ello equivale a afirmar que ingresó a trabajar sano.

Sin embargo, pondérese que aún así, se informó (pregunta g. fs. 301) *"con la nueva patología columnaria que presenta actualmente el actor, no podrá sortear favorablemente un examen preocupacional"*.

Más tarde, y cuando se le solicita que informe respecto de la relación de causalidad entre la patología denunciada y el accidente de trabajo sufrido y /o las tareas realizadas (pregunta d. fs. 300vta.), la perito indica *"El Sr. C. desarrolló un cuadro de lumbalgia aguda posterior a un esfuerzo físico mientras realizaba sus actividades laborales…"*, para luego agregar *"En relación a la patología columnaria que presenta, las hernias discales se pueden producir por diferentes factores etiológicos: mecánicos, constitucionales, metabólicos, bioquímicos, degenerativos."* Es decir, a pesar de que la dolencia se exteriorizara luego de un esfuerzo físico puntual, la médica – aparentemente - no puede determinar la causa exacta de la misma en virtud de que puede ésta derivar de distintos factores.

Es por ello que llama la atención que luego sostenga (pregunta e. fs. 301vta.) *"No presenta incapacidad por secuelas derivadas de una accidente laboral debido a que las hernias discales que presenta el Sr. C. se encuentran en un contexto de patología degenerativa crónica (espondilosis)…"*, cuando, como se dijo, pocos párrafos atrás no podía determinar el origen de la dolencia.

Por las incongruencias señaladas, es que no puede aceptarse con el mínimo sentido de justicia que la experta basara además sus conclusiones en el tiempo que el actor tuviera laborando, diferenciando entre los 2 años y los 3 que prevé el Dec. 49/2014.

Esta Alzada tiene dicho que "Si del examen preocupacional surge que el trabajador, al momento de ingresar se encontraba apto, no puede luego la empleadora valerse de la prueba pericial médica producida en autos, en cuanto de ella surge lo contrario de lo oportunamente determinado por médicos de su propia confianza" y "De acuerdo a la teoría de los actos propios a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, por lo que el hecho de que la empleadora hiciera oportunamente el examen preocupacional y determinara que el trabajador se encontraba apto sin manifestar reserva alguna, no la exime de los efectos futuros que sobre tal conclusión pudieran recaer, siendo su conducta anterior relevante, eficaz y vinculante, puesto que revela una posición frente a una situación determinada". (Sala A, "G., J. Carlos c/ B. R. e H. SA s/ Sumario", 26-09-2001). Bajo tales premisas es que haré lugar al planteo, revocando la sentencia en el punto.

Respecto del porcentaje de incapacidad que las secuelas el accidente han provocado al actor, corresponde determinarlo en orden a las previsiones del Decreto 49/2014 antes individualizado. Se establece allí que para las hernias de disco con secuelas clínicas, como es el caso, el porcentaje a fijar debe situarse entre el 10% y el 15%. Entiendo que corresponde aquí tomar el menor valor en virtud de demás baremos de aplicación en el ámbito civil los que establecen el mayor de los porcentajes sin factores de ponderación, debiendo adicionarse lo dispuesto en la Ley 26.773 (art. 3).

Corresponde así tener en cuenta la letra del art. 8 inc. 3 de la Ley 24.557 que dispone "El grado de incapacidad laboral permanente será determinado por las comisiones médicas de esta ley, en base a la tabla de evaluación de las incapacidades laborales, que elaborará el Poder Ejecutivo Nacional y, ponderará entre otros factores, la edad del trabajador, el tipo de actividad y las posibilidades de reubicación laboral."

Así por aplicación de la tabla de evaluación de incapacidades laborales en la cual se establecen los factores de ponderación para las tres variables señaladas, corresponde asignar prudentemente un coeficiente del 2,7%, producto de la suma de cada factor (0,2 %-edad 1,5%- tipo de actividad a realizar- y 1% posibilidad de reubicación laboral). Luego, sumado ello al 10% determinado inicialmente en el caso, se obtiene un 12,7 % de porcentaje de incapacidad.

Ingresando ahora a los pedidos de inconstitucionalidad efectuados por el actor, abordaré primero el que se vincula con el art. 12 LRT.

En tal sentido, he tenido oportunidad de expedirme en casos anteriores (“P., D. O. c/E. A. SA s/ Sumario – Accidente de Trabajo (Sistémico)” Expte. N° 692/2018, entre otros) por lo que en lo pertinente habré de reiterar conceptos que allí vertiera. En tal inteligencia, destaqué en la oportunidad que la República Argentina adhirió al Convenio N° 95 de la OIT, el cual establece que - con independencia de su denominación - debe entenderse por salario o remuneración aquella cantidad de dinero en efectivo que recibe un empleado como consecuencia de la concreción de la obligación principal que el contrato de trabajo pone a su cargo.

La Corte Suprema, en el célebre precedente de “P. c/ D.” tuvo oportunidad de comentar dicha norma y sostuvo que “el art. 1° del citado convenio, si bien "no tiene el propósito de elaborar un 'modelo vinculante' de definición del término 'salario'", sí tiene como objeto "garantizar que las remuneraciones reales de los trabajadores, independientemente de su denominación o cálculo, serán protegidas íntegramente en virtud de la legislación nacional, respecto de las cuestiones que tratan los artículos 3 a 15 del Convenio". Acotando que, "como lo demuestra la experiencia reciente, en particular con respecto a las políticas de 'desalarización', practicadas en algunos países, las obligaciones derivadas del Convenio en materia de protección de los salarios de los trabajadores, no pueden eludirse mediante la utilización de subterfugios terminológicos". Por el contrario "es necesario que la legislación nacional proteja la remuneración del

trabajo, cualquiera sea la forma que adopte, de manera amplia y de buena fe".

Siguiendo esta línea argumental, he de señalar que la relevancia del ingreso base mensual se encuentra en la circunstancia de ser este uno de los elementos a tomar en cuenta para el cálculo de la indemnización de quien ha visto disminuida -como consecuencia de un accidente o de una enfermedad-, su capacidad para trabajar; esto es, la única mercancía que puede ofrecer en el mercado para obtener su sustento y el de su familia.

Es decir, el salario del trabajador puede ser analizado desde distintos puntos de vista. Por un lado, es el precio de la fuerza de trabajo puesta a disposición de otro; por otro, es fuente de sustento; pero también, es una de las variables a tener en cuenta, por imperio legal, para calcular el monto al que debe ascender la indemnización cuando se sufre un siniestro encuadrado en el artículo 6 de la Ley 24557.

Queda en evidencia, de este modo, que la protección jurídica que se le debe dar al salario debe extenderse al IBM; puesto que, de lo contrario, quien ve disminuida su única fuente de ingreso, en vez de obtener la correspondiente indemnización, recibiría una cifra simbólica.

He sostenido en anteriores fallos sobre el tema puntual, evidenciando mi postura, que respecto de lo decidido en relación con el acuerdo paritario, debe ponderarse que la tutela del salario se haya consagrada en el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna (principio protectorio), así como en otros instrumentos internacionales de jerarquía constitucional tales como

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (a XIV), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), el Pacto Internación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 6° y 7°), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (a 5°, inc. e) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11, inc. l°.d), recordando asimismo que la preocupación de la comunidad internacional en la materia se remonta al propio acto de creación de la Organización Internacional del Trabajo y se expresa en los numerosos convenios y recomendaciones adoptados en el seno de esa institución.

Comparto el pensamiento por el que se sostiene que la tutela que emana de aquél principio rector y de las normas internacionales mencionadas perdería buena parte de su sentido y efectividad si no expresara una conceptualización del salario que permitiera su adecuada identificación. En efecto, los artículos 6° y 7° del P. proporcionan pautas decisivas para esclarecer dicho concepto al señalar que el derecho a trabajar comprende la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo y calificar como "salario" o "remuneración" la prestación debida por el empleador cuando ese trabajo es prestado en relación de dependencia.

Así, y como lo refiriera ya nuestro más alto Tribunal en los mencionados ya autos “P. c/ D.”, resulta inadmisible colocar fuera de la conceptualización de "salario" prestaciones que han constituido una "ganancia" para el trabajador, y que sólo encontró motivo o resultó consecuencia del contrato de trabajo.

Es preciso reconocer, agrega, que "toda ganancia que obtiene el trabajador del empleador con motivo o consecuencia del empleo resulta un salario, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa".

Es claro que, frente a tales definiciones, la noción de remuneración que se aplique en manera alguna podría entenderse de alcances menores a la acuñada por el artículo 1° del Convenio 95 de la OIT, razón que junto con demás fundamentos del fallo citado, hiciera que aquél concluyera declarando la inconstitucionalidad del artículo 103 bis, inciso c, de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según ley 24.700).

En el voto concurrente de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay se señaló, además, que el artículo 103 bis inciso c) de la LCT, afecta los principios constitucionales de retribución justa en correlación con el de protección contra el despido arbitrario, al excluir indebidamente de la base de cálculo de la indemnización por despido conceptos que se encuentran dentro de la noción de salario recogida en las normas internacionales ratificadas por el país. De esta manera se altera el debido sinalagma, la razonable proporción que debe guardar la indemnización por despido arbitrario con uno de los elementos de su cálculo como es la contraprestación salarial que recibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo.

Como se puede apreciar, ante la relevancia que reviste la indemnización por accidente o enfermedad, la determinación del contenido del ingreso base mensual, trae profundas consecuencias para el trabajador, su familia y su proyecto de vida. Ello justifica en

principio la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 LRT, que dicho sea de paso solo permite computar lo rubros renumerativos componentes del salario.

Más, asimismo, y aún con los antecedentes señalados, voy a tener presente para resolver el criterio sentado por nuestro más alto Tribunal provincial, el cual habré de seguir, (P., V. D. c/E. A. S. A. s/Accidente de Trabajo (sistémico) (Expte. N° 235/2017). Recuerdo que la disputa giraba allí sobre el concepto del ingreso base mensual (IBM) y su cálculo, más frente a las posiciones diversas de las partes se ponderó en la solución que en la demanda el actor "…no discute la utilización de sumas depreciadas, de un salario previsional o de valores congelados, no invoca la existencia de un contexto inflacionario ni pretende acreditar el daño que genera la utilización de la fórmula propuesta por la Ley de Riesgos del Trabajo. Mucho menos objeta que la norma orden considerar "remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones" ni confronta los topes del art. 9 de la ley 24.241. No hace ninguna referencia a ellos…". Vale decir, se tuvo en cuenta la carencia argumental del demandante respecto de la pretendida inconstitucionalidad del art. 12 LRT que había requerido fuera decretada.

Póngase de resalto sobre ese piso de marcha, y siguiendo el razonamiento citado, que en el caso en tratamiento la parte actora formuló puntual referencia al mentado perjuicio que provocaría la aplicación de la norma cuya inconstitucionalidad dejó solicitada (fs. 116vta), ello a pesar de que no planteara en forma concreta la dimensión del daño invocado.

Entonces, si se sigue la doctrina sentada por nuestro STJ en el referido precedente "P.", a la hora de fijar el correcto valor del IBM, debe estarse en principio a la fecha del accidente- 3-12-2015, momento en que se encontraba en vigencia la norma atacada.

Téngase presente que a esa fecha el monto de la base imponible se encontraba fijado por las Res. ANSeS 449/14 y 396/15, luego para la determinación del IBM se deben tener en cuenta los topes allí establecidos, los que en el caso, aún computando todos los ingresos-remunerativos y no – no resultan superados.

Entonces, a la hora de practicar el cálculo de acuerdo con los parámetros del art. 12 impugnado, y cotejando los recibos de haberes agregados en autos (fs. 5/37), deben considerare los 12 salarios anteriores a la primera manifestación invalidante, lo que arroja una suma de $ 16.083,02.-, más si a ello le adicionamos las demás sumas que integran el haber se obtiene una suma de $ 33.156,34.- (ver pericia contable fs. 334). Ello importa una diferencia que asciende al 51% y que resulta por tanto confiscatoria en orden a la doctrina sentada por nuestro Superior Tribunal en la jurisprudencia citada. Luego, no cabe duda que la declaración de inconstitucionalidad solicitada resulta procedente en el caso particular.

Atendiendo a los parámetros señalados y a la fórmula del art. 14 de la LRT (53 x VMIB x porcentaje de incapacidad x 65/edad a la PMI) corresponde 33.156,34 x 53 x 12,7% x 65/41 a la que corresponde adicionar a su vez el 20% (art. 3 Ley 26773), lo que arroja un monto de **$ 424.577.**-, monto al que se sumarán los intereses desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago a

la tasa activa del Banco de la Nación Argentina (Res. 414/99, Res. 278/01 SRT).

Respecto ahora de los restantes pedidos de inconstitucionalidad (art. 4° Res 34/13, art. 2 Res. 3/14, 6/15 y 28/15 - fs. 117, y Dec. 472/14 – fs. 119).

Sobre la cuestión, ya he tenido oportunidad también de expedirme en anteriores ocasiones en virtud de la restricción que impone el Dec. 472/14 sobre las previsiones de la Ley 26.773. Reitero así mi criterio en lo que interpreto como la justa composición de los intereses del trabajador, y que conducirían al eventual decreto de inconstitucionalidad solicitado en autos. Aún frente a mis convicciones sobre el particular, puestas por cierto a la limitación impuesta sobre el espíritu de la ley por una norma de menor jerarquía, en rigor de verdad y como lo dijera entonces, debe ponderarse con el debido respeto el criterio distinto de nuestro Superior Tribunal (caso "E.") y asimismo lo expuesto por la CSJN (caso "Espósito"). En tal sentido, sin perjuicio de dejar clara mi opinión, nuevamente no me parece ajustado a derecho someter al trabajador a la continuidad del litigio, conociendo de antemano que en otras instancias se vería frustrada su pretensión. Lo expuesto me conduce asimismo a rechazar los planteos sobre la inconstitucionalidad de las leyes 23928 y 25561.

En última instancia y en referencia a la pretendida omisión de pronunciamiento sobre la insuficiencia de las prestaciones otorgadas por la Aseguradora durante la vigencia de la incapacidad laboral, no surge de la pericia contable que se haya probado la falta de pago de las horas extras y demás adicionales (ver fs.

334vta.). A ello se suma la imprecisión en relación con las supuestas sumas reclamadas, deficiencia que se observa en el libelo por el que se impetrara la acción (fs. 123), lo que impide ir más allá en el planteo ocasionando su rechazo.

Las modificaciones propuestas a la sentencia provocan la readecuación de costas y honorarios en razón de la letra del art. 282 del ordenamiento ritual, por lo que pierde virtualidad el tratamiento del recurso de la parte demandada. Propongo en atención a como se resuelve imponer las costas de ambas instancias a la accionada en su carácter de vencida (art. 69 CPCCh). Difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al Acuerdo la siguiente fórmula.

Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, estableciendo que el Sr. M. J. C. padece una incapacidad parcial y definitiva del 12,7% de la total obrera como consecuencia del accidente de trabajo que sufriera el día 3 de diciembre de 2015, según considerando respectivo.

1)Decretar en el caso particular la inconstitucionalidad del art. 12 LRT.

2)Condenar a P. A. SA a abonar al actor Sr. M. J. C. la suma de $ 424.577.-, monto al que se adicionarán los intereses desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, según considerando respectivo.

3)Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 69 y 282 CPCCCh).

4)Diferir la regulación de los honorarios profesionales para el momento del Acuerdo.

5)En este estado, y de conformidad con lo establecido en los artículos 274 y 275 del CPCC, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. García Blanco no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocar la sentencia en crisis.

2) Declarar para el caso la inconstitucionalidad del artículo 12 de la L.R.T. –T. O. Dec. 1278/00- y, en consecuencia, condenar a P. A. S.A. a abonarle al actor, dentro del plazo de diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 424.577; con más intereses.

3) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida.

4) Regular los honorarios del Dr. E. T., letrado de la parte actora, por la labor profesional cumplida en la instancia de grado, en la suma de pesos equivalente al 20% del monto del proceso; los honorarios de los Dres. E. M. A. y G. S., letrados apoderados de la demandada, en conjunto, por la labor profesional cumplida en la instancia de grado, en la suma de pesos equivalente al 18% del monto del proceso; los honorarios de la perito contadora M. A. C. F., en la suma de pesos equivalente al 4% del monto del proceso y los honorarios de la Dra. M. F., en la suma de pesos equivalente al 2%

del monto del proceso. En todos los casos, más I.V.A. de corresponder.

5) Regular los honorarios del Dr. E. T., letrado de la parte actora, por la labor profesional cumplida en esta instancia, en la suma de pesos equivalente al 35% de lo indicado en su favor en el punto precedente, y los honorarios de los Dres. E. M. A. y G. S., letrados apoderados de la demandada, en conjunto, por la labor profesional cumplida en esta instancia, en la suma de pesos equivalente al 25% del monto del proceso de lo indicado en su favor en el punto precedente. En todos los casos, más I.V.A. de corresponder.

6) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL NRO. DEL AÑO 2021
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

Marcelo Andrés Nicótera
Secretario de Cámara