



NEUQUEN, 22 de octubre del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**PARADA JAVIER ALEJANDRO C/ TORMEC NEUQUEN S.R.L. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO SIN ART**", (JNQLA1 EXP N° 502887/2014), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I.- Contra la sentencia definitiva dictada el día 4 de abril de 2019 (fs. 173/175), apela la parte actora a fs. 184/186 en memorial que no es contestado por la contraria.

En su primer agravio, la recurrente considera que el juez de grado ha omitido valorar la historia clínica acompañada por el actor fechada el 25/03/2014 y suscripta por el Dr. Monetti, como tampoco el alta médica de CEMELAR del 30/12/2013, las cuales no fueron desconocidas por la demandada.

Señala que dichos documentos dan cuenta de que el actor concurrió al Centro de Medicina Laboral SRL el día 30/08/2013 a las 14:42 horas a los efectos de recibir asistencia médica refiriendo que el día 30/08/2013 a las 14:00 horas estaba plegando cuando se le resbala una chapa y le corta el 5° dedo de la mano derecha.

Asimismo, agrega que el alta médica corrobora los datos del empleador, fecha de siniestro y lesión.

Luego, al citar parte del escrito de responde, interpreta que la empleadora ha reconocido el acaecimiento del hecho generador del reclamo demostrando palmariamente que el siniestro aconteció y se generó mientras el actor desarrollaba sus tareas habituales.



Afirma la actora que el accidente laboral se encuentra reconocido por Tormec SRL en los términos del art. 356 del CPCyC y acreditado por la prueba documental aportada, por lo que corresponde revocar el fallo apelado con costas al demandado.

En segundo lugar, se agravia la recurrente porque el a quo omitió proveer la prueba informativa dirigida a la Comisión Médica N°9.

Refiere que su parte lo solicitó al contestar a fs. 78 y que el sentenciante no dispuso la producción de dicho medio probatorio a pesar de solicitarlo en el escrito de demanda como prueba informativa en subsidio.

Al respecto, señala la actora que el juez de grado rechazó la demanda por orfandad probatoria cuando omitió (denegó) proveer la prueba informativa a la Comisión Médica, vulnerando su derecho de defensa.

En consecuencia, solicita se dicte una medida para mejor proveer y se disponga el libramiento del oficio en cuestión en la Alzada.

En tercer lugar, se queja por la interposición de costas judiciales dispuesta en la sentencia de grado.

Con relación a ello, explica que la demandada fue quien la obligó a iniciar las actuaciones judiciales por no haberle abonado la indemnización correspondiente al porcentaje de incapacidad ponderado por la Comisión Médica N°9 por lo que debe revocarse la sentencia en un todo y disponer que las costas sean soportadas por TORMEC NQN SRL.

Finalmente, acompaña nueva documental, esto es el Dictamen de la Comisión Médica solicitando su agregación y requiriendo en subsidio para el caso de desconocimiento se libre oficio a la mentada comisión.



II.- Ingresando al tratamiento del recurso observo que, a pesar de resultar escueta la descripción de la prueba rendida, el juez de grado ha valorado correctamente la historia clínica acompañada por el actor como también el alta médica emitida por CEMELAR.

Ello así, de la sentencia apelada surge que efectuada la compulsa del trámite no surge prueba alguna tendiente a demostrar la ocurrencia del hecho conforme lo sostenido por el trabajador.

Al respecto, debo destacar que el punto central es si el accidente denunciado por el Sr. Parada ocurrió en ocasión del trabajo, como para tornar operable el reclamo impetrado.

Ahora bien, con relación al agravio, cabe señalar que el juez de grado sólo se ha detenido a transcribir parte de la pericia médica (fs. 97/100) la cual afirma la existencia de la relación causal entre el hecho y la lesión.

Sin embargo, tal como el a quo lo expone en el decisorio, dicha afirmación no tiene otro respaldo más que los propios dichos del actor.

Y esta circunstancia se repite a lo largo del juicio, en tanto la documental acompañada -incluso la incorporada conjuntamente con el escrito de apelación- registra datos que fueron suministrados únicamente por el Sr. Parada.

Incluso se observa que en el Informe de Cemelar (fs. 2) menciona que era él mismo quien estaba plegando cuando se resbaló la chapa y se cortó, es decir, afirmó haber estado sólo al momento del hecho.

A pesar de ello, tanto en el informe médico de parte, en el de la Comisión Médica y en el escrito de demanda,



el actor refiere que al ocurrir el accidente, se encontraba trabajando con un compañero al que se le resbaló la chapa y por eso se cortó.

Sin perjuicio de la contradicción mencionada, no se aportaron pruebas que demostraran dicha circunstancia a fin de acreditar que el siniestro tuvo lugar en ocasión del trabajo.

En efecto, el accionante no ofreció a dicho compañero como testigo, no mencionó su nombre ni el de ningún otro compañero o jefe que haya estado presente o lo haya auxiliado cuando se produjo el corte en la mano.

La demandada, contrariamente a lo afirmado por el actor, jamás reconoció que el accidente se haya producido en el lugar de trabajo.

En consecuencia, corresponde analizarse si existe el necesario nexo causal entre el accidente y el trabajo, es decir, como acontecimiento súbito y violento con motivo o en ocasión del cumplimiento de sus tareas (art. 6 L.R.T.), ello teniendo en cuenta que es a cargo del actor demostrar la existencia de la relación causal o concausal entre la minusvalía que lo afecta y que el accidente sea de naturaleza laboral.

Cabe asimismo considerar que la asistencia médica brindada por el empleador constituye una obligación que pesa sobre éste ante el requerimiento del trabajador y se funda en lo normado por los arts. 75 y 77 de la LCT, no pudiendo interpretarse como reconocimiento del accidente.

Hechas estas aclaraciones, analizando la prueba ut supra detallada, surge en primer lugar de la pericia médica rendida en autos la existencia de la dolencia que denuncia el trabajador y su vinculación con la mecánica del accidente que



el actor relata, como asimismo la incapacidad laboral devenida de la misma.

Pero en cambio no ha quedado demostrado a mi entender, que el mismo haya ocurrido en el lugar de trabajo.

Como se mencionara precedentemente, llama la atención que no ha habido testigos del hecho, en principio, sus propios compañeros de labor.

Luego, tal como lo afirma el sentenciante, todas las afirmaciones que relacionan causalmente al accidente con las lesiones partes de la versión ofrecida por el Sr. Parada sin obrar en autos prueba alguna que demuestre que el siniestro ocurrió en ocasión del trabajo.

Y esta omisión y descuido en la ausencia de la probanza, sellan la suerte del proceso puesto que, cualquiera sea la vía elegida, el hecho indemnizable surge siempre de la comprobación de un engarce adecuado entre el accidente - incapacidad - trabajo, lo que en el caso concreto no es posible verificar.

Como lo expresa Brebbia: "se está aquí ante la aplicación lisa y llana del principio de que el cargo de la prueba de los hechos constitutivos del derecho invocado, corresponde a quien lo hace valer" (La relación de causalidad en el derecho civil, pag. 117).

Como se indicara más arriba, el presupuesto fáctico para caracterizar el accidente, está dado por la necesaria presencia de un acontecimiento súbito y violento y que sea con motivo o en ocasión del trabajo.

Así, comentan Corte-Machado, que la utilidad práctica de esta norma es determinar como accidente todo fenómeno que por su modo de manifestación sea compatible con su verificación rápida y certera; esto es, que el propio



empleador, los compañeros de trabajo u otros terceros presentes, quienes ocurran en auxilio inmediato del accidentado o a su asistencia médica posterior puedan dar cuenta de la ocurrencia del evento, o que, en defecto de todo ello, la mecánica del siniestro pueda ser posteriormente reconstruida al punto de no dejar dudas sobre su origen laboral (Siniestralidad laboral-Ley 24.557, pags. 276 y sigs.). Todo lo cual aparece de imposible logro en el supuesto en examen, cerrando a todo evento la posibilidad de una reparación desprendida del sistema legal vigente.

En definitiva, falta en el caso la comprobación de la *situación de hecho* que le ocasionara la incapacidad al actor y su conexión con el trabajo realizado, que es precisamente un recaudo inexcusable para la viabilidad de la reparación de daños a cargo del empleador, ya sea plena o tarifada.

Por lo expuesto corresponde rechazar el agravio incoado y confirmar la sentencia en este punto.

Luego, en cuanto al segundo de los agravios relacionado con la denegatoria de la informativa en subsidio y la medida para mejor proveer solicitada, el mismo resulta improcedente.

Reiteradamente se ha sostenido que la apertura a prueba en la Alzada: *"...es de carácter excepcional y su interpretación es restrictiva..."* (PS. 1986 -II-235/236; PS.1988-I-98/99, Sala II; PS. 1991 -III-561/564, Sala I; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal", IV-365). *El replanteo de prueba en la Alzada no debe ser instrumento del descuido, demora, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno o el diligenciamiento de los medios probatorios perdidos, de modo que sólo tendrán cabida cuando la decisión que denegó la prueba se deba a un error, negativa*



injustificada o negligencia decretada inoportunamente. (JUBA7-NQN- Q0002).

En el mismo sentido, debo afirmar que la procedencia de producción de prueba en segunda instancia, es excepcional y se funda, principalmente, en que el Juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada.

El a quo denegó la producción de la informativa subsidiaria porque la actora la ofreció en forma genérica sin precisarla.

Luego, a fs. 83 solicitó su diligenciamiento en virtud del desconocimiento efectuado por la demandada.

Si bien dicha petición no fue receptada por el a quo, lo cierto es que dictado el auto de integración de prueba donde no se le hizo lugar (fs. 119/120) el mismo quedó firme.

Pero además, analizando la prueba pretendida y los documentos acompañados, sin perjuicio de que la Comisión Médica N°9 haya calificado el siniestro como "Accidente de Trabajo" lo cierto es que ante la ausencia de ART la información otorgada al organismo provino únicamente del actor, es decir, como en los demás documentos, fue respaldada por los dichos del Sr. Parada.

En consecuencia, dicho agravio también será desechado, debiendo confirmarse la sentencia de grado en todas sus partes, estableciendo las costas por su orden por no haber mediado intervención de la contraria.

Asimismo, propongo que los honorarios de los letrados intervinientes se fijen en el 30% del monto regulado en la instancia de grado.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- He de disentir con la opinión del señor Vocal que ha emitido su voto en primer lugar.



Analizadas las constancias de la causa, entiendo que la ocurrencia del accidente de trabajo se encuentra reconocida por la demandada.

Para así concluir tomo en cuenta que nos encontramos en el marco de una acción sistémica de la ley 24.557. En ese marco legal, la demandada es un empleador no asegurado -circunstancia irregular desde el momento que es obligación de todo empleador comprendido en el ámbito de aplicación de la ley (y la demandada lo está)- celebrar un contrato de afiliación con una aseguradora de riesgos del trabajo (arts. 3, inc. 3, y 27, inc. 1, LRT).

Mario E. Ackerman sostiene que, así como la posición exigida por la LRT es la del empleador asegurado y la permitida es la de autoasegurado, el sistema considera en falta al empleador que omite asegurarse o afiliarse a una aseguradora (cfr. aut. cit., "Ley de Riesgos del Trabajo comentada y concordada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017, pág. 552).

El art. 28 inc. 1 de la ley 24.557 determina que si el empleador no incluido en el régimen de autoseguro omitiera afiliarse a una ART, responderá directamente ante los beneficiarios por las prestaciones previstas en la ley.

II.- Ahora bien, de los términos de la contestación de la demanda (fs. 71), al realizar la demandada el relato de los hechos, reconoce que el día 30 de agosto de 2013, "al ingresar a realizar sus tareas habituales el Sr. Parada refiere a mi mandante que presenta un corte en su dedo meñique de la mano derecha, y ésta inmediatamente lo lleva al Centro de Medicina Laboral CEMELAR S.R.L., sin detenerse a inquirir sobre el origen de la herida o especulando si era su responsabilidad o no otorgarle la urgente atención médica".



Esta herida que presentaba el demandante no era un simple rasguño, sino que, de acuerdo con el informe del Centro de Medicina Laboral de fs. 2 -no impugnado por la demandada-, era una herida cortante que requirió de sutura y radiografías.

Esto quiere decir que difícilmente el trabajador haya llegado hasta su trabajo con una herida de esa gravedad, para informársela a su empleador, sino que razonablemente la herida se produjo en el lugar de trabajo, le fue informada al empleador y éste brindó las prestaciones previstas por la ley 24.557.

Más aún, si aceptáramos que el empleador llevó al trabajador a la prestadora de asistencia médica por motivos de solidaridad y sin indagar sobre cómo se produjo la herida, y luego duda sobre si se trató de un accidente laboral, tal asistencia se hubiera limitado a los primeros auxilios, pero surge de la prueba documental que la demandada se hizo cargo de todo el tratamiento del trabajador hasta el alta laboral (fs. 2 y 5/8).

Y este tratamiento, de acuerdo con el informe del Centro de Medicina Laboral requirió de ecografía, exámenes pre quirúrgicos, internación para realizar una neurolisis, controles médicos, retiro de puntos, y rehabilitación con terapia ocupacional.

Insisto en que ningún empleador que entiende que no ha existido el accidente de trabajo se haría cargo de tal tratamiento, cuando el actor contaba con obra social (ver recibos de haberes de fs. 44/64) o tenía a su disposición el sistema público de salud.

Es la conducta de la demandada la que acredita que los hechos sucedieron como relató el demandante, y que el



accidente sufrido por el trabajador ocurrió en el lugar de trabajo, tratándose, entonces, de un accidente de trabajo.

III.- Sentado lo anterior corresponde determinar si el actor presenta incapacidad como consecuencia del accidente de trabajo.

De acuerdo con la pericia médica de fs. 97/100, el trabajador presenta una incapacidad del 15,75%, con diagnóstico de limitación funcional de dedo meñique derecho, y lesión de resto de colaterales. Por adición de los factores de ponderación, tal incapacidad se eleva al 17,82%.

Si bien la parte demandada requirió explicaciones a la perito médica, las aclaraciones brindadas por la experta a fs. 109/110 resultan satisfactorias, surgiendo de este último informe que la limitación funcional del dedo meñique de la mano derecha es causada por la cicatriz quirúrgica; que al momento del examen el demandante presentó cierre completo insuficiente de la mano derecha, a nivel del meñique derecho, secuela debida, en opinión de la perito, a que el trabajador no recibió prestaciones suficientes de rehabilitación; además de limitación funcional de la articulación metacarpo falángica.

Consecuentemente, entiendo que la pericia médica se encuentra convenientemente fundada, debiendo estarse, entonces, a sus conclusiones.

En lo que refiere al aspecto psicológico, la pericia en la materia ha determinado que el actor presenta RVAN Fobia Grado I, asignando un 5% de incapacidad (fs. 127/129). Lo actuado por la perito no se ajusta al baremo legal, por cuanto éste para el RVAN Grado I determina 0% de incapacidad, sin que permita graduar la incapacidad entre 0% y 10%, conforme lo ha hecho la experta.



Lo dicho importa que el actor no presenta incapacidad psíquica como consecuencia del accidente de trabajo de autos.

Fijada la incapacidad final del demandante debo proceder a liquidar la prestación dineraria debida por la demandada.

De acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (autos "Espósito c/ Provincia ART S.A."), tal liquidación debe hacerse de acuerdo con lo previstos en la ley 24.557 y su complementaria ley 26.773, dado que el accidente de trabajo acaeció el día 30 de agosto de 2013, siendo aquella la normativa vigente al momento del accidente.

De conformidad con los recibos de haberes de fs. 46/57, el IBM del trabajador de autos es de \$ 3.937,02.

La edad del actor, al momento del accidente, era de 33 años (fs. 5), por lo que el coeficiente de edad es 1,86.

Por aplicación de la fórmula del art. 14 inc. 2 apartado a) de la ley 24.557, la reparación dineraria correspondiente al actor es de \$ 69.161,46 ($\$ 3.937,02 \times 53 \times 1,86 \times 17,82\%$). Pero esta reparación es inferior al piso mínimo vigente a la fecha del hecho dañoso, el que era de \$ 74.299,25 ($\$ 416.943,00 \times 17,82\%$, conforme resolución SSSN n° 34/2013), por lo que la prestación dineraria debida al trabajador es esta última.

A dicha suma debe sumarse el adicional previsto en el art. 3 de la ley 26.773, que asciende a \$ 14.859,85, por lo que el capital de condena se fija en la suma de \$ 89.159,10.

Esta indemnización devengará intereses desde la fecha del hecho dañoso (art. 2, ley 26.773 y doctrina del



Tribunal Superior de Justicia plasmada en autos "Mansur c/ Consolidar ART S.A.") -30 de agosto de 2013- y hasta su efectivo pago, los que se liquidarán de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

IV.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y revocar el resolutorio recurrido.

Recomponiendo el litigio, se hace lugar a la demanda, condenando a la demandada a pagar al actor en el plazo previsto en el art. 51 de la ley 921 la suma de \$ 89.159,10, con más sus intereses conforme lo establecido en el Considerando pertinente.

Las costas por la actuación en ambas instancias son a cargo de la demandada perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor en la primera instancia, en el 22,4% de la base regulatoria (compuesta por capital de condena más intereses) en conjunto para los Dres..... y, ambos en doble carácter por la parte actora; 10,08% de la base regulatoria para el Dr....., en doble carácter por la demandada; y 5,6% de la base regulatoria para la Dra....., patrocinante de esta última parte; todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594.

Los honorarios de las peritos que han actuado en autos, médica y psicóloga, se regulan en el 4% de la base regulatoria para cada una de ellas, teniendo en cuenta la labor cumplida y la adecuada proporción que debe guardar la retribución de los profesionales auxiliares con la de los abogados de las partes.



Por la actuación en segunda instancia, se regulan los honorarios del Dr. en el 7,84% de la base regulatoria (art. 15, ley 1.594).

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **el Dr. Jorge Pascuarelli, quien manifiesta:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la **Dra. Patricia CLERICI**, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II por mayoría**

resuelve:

I.- Revocar la sentencia de fs. 173/175 y recomponer el litigio, condenando a la demandada a pagar al actor en el plazo previsto en el art. 51 de la ley 921 la suma de \$ 89.159,10, con más sus intereses conforme lo establecido en el Considerando pertinente.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la labor en la primera instancia, en el 22,4% de la base regulatoria (compuesta por capital de condena más intereses) en conjunto para los Dres..... y, ambos en doble carácter por la parte actora; 10,08% de la base regulatoria para el Dr....., en doble carácter por la demandada; y 5,6% de la base regulatoria para la Dra....., patrocinante de esta última parte; y los de las peritos médica y psicóloga, se regulan en el 4% (arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594).

IV.- Fijar los emolumentos por la actuación en segunda instancia, del Dr. en el 7,84% de la base regulatoria (art. 15, ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dra. Patricia Clerici - Dr. José Noacco - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Micaela Rosales - Secretaria