

// General Roca, 29 de Junio 2.021.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: “**QUIROGA, CARLOS C/ PROVINCIA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (I)**” (Expte. N° **RO-07050-I-0000 / H-2RO-2755-L2016**).-

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaria, corresponde votar en primer término al **Dr. Nelson Walter Peña** quien dijo:

I.- RESULTANDO: Se inician los presentes actuados con la demanda incoada por Carlos Quiroga contra Provincia ART S.A., persiguiendo la suma de \$358.504,67 en concepto de prestaciones dinerarias del sistema de la Ley de Riesgos de Trabajo (art. 14 ap. 2 inc. b) Ley 24.557 y art. 3 Ley 26.773) y daño punitivo, con más intereses, costos y costas.

Plantea la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la Ley 24.557 en cuanto establece la competencia federal de las causas en materia de accidentes de trabajo.

Manifiesta que la ART no le brindó prestaciones dinerarias de la LRT invocando a tal fin la rescisión del contrato de afiliación con la empleadora por falta de pago, con fundamento en el art. 18 del Decreto n° 334/96. Plantea la inconstitucionalidad de dicha norma por excluir prestaciones dinerarias, en términos opuestos a la generalidad de la ley que no la limita. Asimismo, porque el decreto incurre en exceso reglamentario y en alteración del orden de prelación de las normas. Cita el fallo "Carrizo Carlos c/ Liberty ART SA" de la CSJN en el que se expidió al respecto.

Señala además, que desconoce que la ART haya realizado el trámite para desvincularse del contrato con la empleadora. Cita el fallo "Remulcao Héctor Fabián c/ Ortega Francisco y otros s/ Accidente de Trabajo" (Expte.1CT- 22203-10) de esta Cámara Laboral Sala I.

En el presente caso la ART reconoció el siniestro y brindó prestaciones, por lo que considera que quedó extinguido el plazo para rechazar la cobertura. Solicita se aplique sanción punitiva en los términos de art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor, toda vez que invoca un accionar malicioso de la

ART por privarlo del pago de la indemnización por incapacidad de manera arbitraria. Peticiona se aplique una sanción de no menos de \$100.000.

Dice que desde el 19-01-1.987 se desempeña bajo la dependencia de Zetone y Sabbag S.A., trabajando dentro del galpón de empaque en la categoría de embalador de primera.

Afirma que el día 14-07-2.015 sufrió un accidente en su lugar de trabajo, oportunidad en la que dirigiéndose al baño se resbaló por el piso mojado, cayendo con el brazo derecho abierto y golpeándose con el borde de la pileta. Producto del golpe sufrió una lesión en el hombro derecho, distensión y fuertes dolores.

Se procedió a realizar la denuncia del accidente de trabajo y fue asistido por prestadores de la ART; se le practicó RMN, siendo diagnosticado de omalgia derecha, desgarro completo (subescapular) e inserción distal supraespinoso. Luego el último dictamen médico informó que presentó traumatismo de manguito rotador con lesiones en los ligamentos del hombro derecho. Recibió tratamiento médico y al no resultar eficaz fue sometido a una posterior intervención quirúrgica por parte de la ART.

Agrega, que fue dado de alta médica el 04-03-2.016, sin perjuicio de continuar con fuertes dolores y con limitación funcional.

Posteriormente, firmó un acuerdo en disconformidad, por necesitar el dinero y fue reubicado en tareas livianas debido a los fuertes dolores que presentaba. Con posterioridad solicitó la intervención de la Comisión Médica en el expte. n° 114824/16, llevándose a cabo una audiencia el día 21 de junio de 2.016.

Dice que la ART reconoció el accidente de trabajo, inclusive que presentaba incapacidad, aunque un porcentaje que no era el real.

Afirma que antes del evento traumático no presentaba enfermedad ni preexistencia alguna; que por su condición socio-económica depende de su físico para trabajar y que su estado actual lo limita en su inserción laboral,

no pudiendo realizar tareas que antes efectuaba con normalidad, ni puede levantar pesos, ni siquiera livianos.

Sostiene que presenta una incapacidad laboral del 25%, peticionando que su minusvalía se fije por especialista en la materia

Plantea la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 24.557, refiriendo al numerus clausus para enfermedades profesionales y al procedimiento determinado para la inclusión de enfermedades no listadas (decreto 1278/00) para el supuesto de que las lesiones que determine el perito no se encuentren incluidas en el listado de la LRT.

Practica liquidación considerando un IBM de \$15.258,71, la edad de 61 años y una incapacidad del 25%.

Funda su reclamo en derecho, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y peticiona se dicte sentencia haciendo lugar a lo peticionado, con intereses y costas.

A fs. 46 se ordenó correr traslado de la acción.

A fs. 53/58 Provincia ART S.A. contestó la demanda, solicitando el rechazo de la misma en todas sus partes.

Solicita el rechazo de los planteos de inconstitucionalidad efectuados por el actor, con fundamento en que los mismos resultan dogmáticos y de ninguna manera demuestra el perjuicio concreto que le ocasiona la aplicación de las normas.

Reconoce haber emitido contrato de afiliación a favor de Zetone y Sabbag S.A., instrumentado mediante póliza n° 136926, con vigencia desde el 01-08-2.012 al 29-06-2.015, fecha esta última en la que se dio de baja el contrato por falta de pago. Aclara que el asegurado continúa con cobertura hasta 60 días luego de haberse dado de baja el contrato y es por esto que se le brindaron las prestaciones que se mencionan, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 24.557, sus reglamentaciones y los contratos de afiliación aprobados por las resoluciones 39/96 y 47/96 de la SRT.

Negó fecha de ingreso, tareas, categoría, CCT, remuneraciones y demás circunstancias referidas a la relación laboral. De igual modo negó que Quiroga haya sufrido infortunio laboral y en las condiciones que lo describe en la demanda; que padezca incapacidad alguna; que su parte haya incumplido las obligaciones como aseguradora de riesgos de trabajo; que adeude prestaciones médicas y dinerarias derivadas del presunto hecho

denunciado por el actor; que sea de aplicación al caso la jurisprudencia invocada; que adeude la liquidación practicada; que fuere correcto el IBM, la incapacidad y la edad allí consignadas; y que corresponda aplicar al caso el art. 3 de la Ley 26.773. Desconoce la documental acompañada con la demanda.

Afirma que en todo momento cumplió con sus obligaciones, que desde que el actor formuló la denuncia del accidente fue atendido por el personal médico de sus prestadoras y se llevaron a cabo todos los estudios, análisis y tratamientos necesarios para la debida atención del mismo. Luego de la finalización de las prestaciones pertinentes, se le otorgó el alta médica el 04-03-2016, con indicación de que en caso de discrepancia concurriera a la Comisión Médica, a la que el actor no concurrió.

Por todo lo expuesto, considera que la pretensión del accionante resulta infundada y carente de sustento, habiendo en todo momento actuado de conformidad con las obligaciones que le son legalmente impuestas.

Ofrece prueba, hace reserva del caso federal y peticiona el rechazo de la demanda, con costas al accionante.

A fs. 63 se ordenó la producción de la prueba pericial médica, la cual fue agregada a fs. 80/96, corriéndose traslado a las partes a fs. 97.

A fs. 98 fue impugnada la pericia por la demandada, brindando explicaciones el perito a fs. 100/101.

A fs. 110 obra acta de audiencia de conciliatoria en la que consta la presencia de los letrados de las partes y la imposibilidad de arribar a acuerdo alguno.

A fs. 111/112 se proveyó el resto de la prueba y se fijó fecha de audiencia de vista de causa.

A fs. 117/217, 219/223 y a fs. 230/237, se agregaron los informes de la Comisión Médica n° 35, de Afip y de la Clínica Humana de Imágenes, respectivamente.

A fs. 240 luce el acta de la audiencia de vista de causa en la cual consta la presencia del actor, la de su letrado apoderado, la del letrado de la demandada, el desistimiento de la confesional por ambas partes, el desistimiento de la testimonial por parte del actor, la remisión de la parte actora a la documentación incorporada con la demanda, sin objeciones de la demandada al respecto, la producción de sus respectivos alegatos y el decreto del Tribunal que ordenó el pase de los autos al acuerdo para dictar

sentencia definitiva.

II.- CONSIDERANDO: Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 53 inc. 1 de la ley 1504, los que a mi juicio son los siguientes:

1. Que el actor comenzó a trabajar bajo las órdenes de Zetone y Sabbag S.A. el 19 de enero de 1.987, desempeñándose en la categoría de embalador de primera en el marco del CCT n° 01/76 (conforme surge de los recibos de haberes de fs. 11/27 y de la informativa suministrada por la Afip a fs. 219/223).
2. Que el 14 de julio de 2.015, siendo las 11:30 horas, en circunstancias en que el actor se encontraba cumpliendo sus tareas habituales, sufrió un accidente al caerse en el baño por el piso mojado, golpeándose el brazo derecho y sufriendo lesión en la articulación del hombro derecho (formulario de denuncia de accidente obrante a fs. 130, hecho sobre el cual las partes se encuentran contestes).
3. Que el empleador Zettone y Sabbag S.A. se encontraba asegurado con Provincia ART S.A. (póliza n° 136926) por las contingencias derivadas del sistema de riesgos del trabajo, dando por extinguido el contrato la aseguradora el 30-06-2.015 por falta de pago (hecho afirmado por la demandada acreditado mediante constancias de fs 174/176 remitidas por SRT).
4. Que a raíz de la denuncia del accidente, la aseguradora procedió a la apertura del siniestro n° 1306009-1-0 y a otorgarle las prestaciones en especie, tales como asistencia médica, intervención quirúrgica del hombro y posterior rehabilitación (contestes las partes y acreditado mediante constancias de fs. 130/139, 153/163 y 189/197 acompañadas por SRT).
5. De lo obrante en el expediente, surgen las siguientes constancias médicas: a) Informe de ECOGRAFIA DE PARTES BLANDAS de fecha 20-07-2.015, el cual muestra *"ruptura del tendón supraespinoso , cuyo extremo proximal se ubica en hora 1 de la cabeza humeral. El resto de los tendones del manguito rotador presenta conformación y ecogenicidad conservada. -- La porción larga del tendón del biceps no presenta alteraciones.--- Signos degenerativos a nivel acromio-clavicular.-Pequeña colección líquida en la brasa subacromial- subdeltoidea. No se observa incremento significativo del líquido intraarticular"* (a fs. 231). b). RMN DE HOMBRO DERECHO de fecha 27-07-2.015 evidencia *"desgarro en espesor completo que compromete al margen anterior de la inserción distal del tendón del músculo supraespinoso. El tendón del*

músculo subescapular se muestra engrosado e hiperintenso en T2, compatible con desgarro intersticial en sus fibras. El resto de los tendones del manguito rotador presenta conformación e intensidad de señal conservadas. La porción larga del tendón del biceps es de aspecto normal... No se observan colecciones líquidas en las brusas subacromio-subdeltoidea, subescapular ni subcoracoidea" (a fs. 232). Informes remitidos por la Clínica Humana de Imágenes a fs. 230/237.

6. Que en fecha 12-01-2.016 la ART le otorgó el alta médica al actor, lo que fue modificado por la Comisión Médica n° 035 el 20-01-2.016 que ordenó a la aseguradora el reingreso al tratamiento en el Expte. n° 8914/16. Posteriormente, en fecha 04-03-2.016 se determinó el cese de la ILT por fin de tratamiento, otorgando el alta médica la ART desde aquel día (acreditado mediante constancias de fs. 122, 143/144, 169 vlta/170).

7. Procedimiento llevado ante la Comisión Médica en el expediente n° 114824/16:

a). Que en el dictamen de fecha 22-06-2.016, la Comisión Médica n° 35 indicó que en el examen físico practicado había constatado: *"...cicatrices una de 3 cm longitudinal y 3 portales artroscópicos consolidados. No se observan signos de flogosis, ni edema. Temperatura, tono y trofismo muscular conservado. Sensibilidad conservada y fuerza contra resistencia disminuida. Perimetría de brazos a diez centímetros por encima del pliegue del codo: lado derecho 33 centímetros, lado izquierdo 32 centímetros. Movilidad: Abdoelevación: 0°-100°. Aducción: 0°-20°. Elevación anterior: 0°-120°. Elevación posterior: 0°-40°. Rotación Interna: 0°-40°. Rotación externa: 0°-50°...". En cuanto al diagnóstico indicó: "...Traumatismo del tendón del manguito rotatorio del hombro. Lesión manguito rotador hombro derecho...". En sus conclusiones señaló: "...Contingencia definida al momento de dictaminar: Accidente de Trabajo...Que esta comisión Médica realizó el examen físico detallado ut supra . Que de los estudios obrantes surge: Lesión supraespinoso hombro derecho. Visto los elementos obrantes en el expediente y el examen físico realizado en audiencia, esta Comisión Médica concluye y dictamina: que corresponde fijar el grado de incapacidad resultante, de acuerdo a lo normado por el Baremo de la Ley*

24.557, en base a las secuelas detectadas en el trabajador, consecuencia del presente siniestro...". Y en base a las limitaciones funcionales constatadas "...Lesión: Hombro derecho limitación funcional abducción 100° 4% - aducción 20°1%- elevación anterior 120° 2%- rotación ext 50° 4%..." determinó una incapacidad pura del 11%, y una incapacidad definitiva de 12,71% por aplicación de factores de ponderación (acreditado mediante dictamen de la Comisión Médica 35 obrante a fs. 171/172). **b).** Que en fecha 27-06-2.016 la ART apeló el dictamen de la Comisión Médica invocando extinción del contrato en fecha 30-06-2.016 (conforme constancias documentadas obrantes a fs 174/176 acompañadas por la SRT informativa de fs. 117/217); y **c).** Que en fecha 29-06-2.016, la Comisión Médica revocó su dictamen anterior por contrato rescindido el 29-06-2.016 (a fs. 183/184 dictamen acompañado por SRT con informativa de fs. 117/217).

8. Que el perito médico designado en autos Dr. Néstor Andrada, en oportunidad de examinar al actor en su hombro derecho constató que presenta "...dolor permanente, elevación anterior 90°, lateral 90° y posterior 10°...". Agregó que: "...El actor ha padecido a lo largo de su período laboral lesiones por esfuerzos repetitivos del hombro derecho los que fueron revelados por el episodio traumático descripto. Al asirse del borde de la pileta y caer produce estiramientos de partes blandas componentes del hombro derecho (músculos, tendones, capsulas, nervios, arterias, venas y linfáticos. Lesión que debió ser reparada quirúrgicamente . En el caso de marras y como ocurre en este tipo de lesiones, el actor no puede peinarse, no puede lavarse la cara, a expensas de su disminución de la abducción y flexión del hombro; a expensas de la disminución de la extensión del hombro no puede tocarse la espalda, no puede asearse y no puede vestirse. Esto se agrava si tiene que efectuar los movimientos del hombro con un objeto o peso en la mano...". Afirma el perito que existe nexo cronológico entre el accidente y las lesiones producidas lo que se configura por el estado de salud práctica de que gozaba que le permitían realizar sus tareas de forma normal, no constando exámenes preocupacionales ni periódicos y que además las afecciones que presenta son consecuencia directa del traumatismo sufrido, observando abducción dolorosa a 45°,

elevación anterior 90° y dolor difuso permanente.

Concretamente, establece como diagnóstico: disminución de la movilidad del hombro derecho 60° más lesión del supraespinoso por traumatismo agudo, con proceso inflamatorio crónico periarticular, lesión del manguito rotador, cervicobraquialgia, complejo regional doloroso fase I (pericia de fs. 80/96).

Finalmente, determina una incapacidad laboral, parcial, permanente y definitiva del 41,58% de la VTO.

9. Que en el año anterior a la primera manifestación invalidante (14-07-2.015), el actor percibió los haberes que surgen de los recibos obrantes a fs. 11/27 y del informe evacuado por Afip a fs. 219/223.

10. Que a la fecha de la primera manifestación invalidante (14-07-2.015) el actor contaba con años 61 de edad (nacido el 30-10-1953 según consta en la copia de su DNI obrante a fs. 123 y 149 y demás constancias obrantes en el expediente administrativo).

III.- Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver el presente litigio (art. 53 inc.2 Ley 1504).

1. Inconstitucionalidad art. 46 LRT.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Castillo" (07/09/04) resolvió la inconstitucionalidad del art. 46 apartado 1 de la LRT en cuanto estableciera la competencia federal para entender en acciones judiciales derivadas de accidentes de trabajo, "en razón de vulnerar las autonomías provinciales a la luz de lo normado por el art. 75 inc. 12 CN, por trasuntar conflictos entre privados, y no resultar por la materia ni las personas, cuestión o agravio federal alguno", por lo que las mismas deben ventilarse ante los tribunales laborales locales.

Este criterio fue seguido por el STJRn en "Denicolai" (10/11/04), entre muchos otros, y que determinan la competencia de este tribunal para entender en la acción planteada.

2. Defensa de Falta de Cobertura (Rescisión por Falta de Pago). Puesto en estas condiciones a resolver, corresponde en primer término expedirme respecto del planteo defensivo de la demandada en cuanto invoca la rescisión del contrato de seguro por falta de pago y el límite de sus obligaciones a las prestaciones en especie.

El actor por su parte, plantea la inconstitucionalidad del art. 18 del Decreto n° 334/96, citando al respecto el fallo "Carrizo Carlos c/ Liberty ART SA" de la CSJN, por excluir prestaciones dinerarias en sentido opuesto a lo establecido por la ley. Afirma que la norma incurre en exceso reglamentario y en alteración del orden de prelación de las normas. Y finalmente, también desconoce que la ART haya realizado el trámite para

desvincularse del contrato que la ligaba con la empleadora. Cita el fallo “Remulcao” y solicita la aplicación del criterio allí sostenido.

Cabe destacar, que el art. 28 LRT inc. 4 de la LRT establece que *"si el empleador omitiera -total o parcialmente- el pago de las cuotas a su cargo, la ART otorgará las prestaciones, y podrá ejecutar contra el empleador las cotizaciones adeudadas"*. Dicho artículo fue reglamentado por el art. 18 inciso 2 del Decreto 334/96, disponiendo que *"La omisión por parte del empleador del pago de DOS (2) cuotas mensuales, consecutivas o alternadas, o la acumulación de una deuda total equivalente a DOS (2) cuotas...facultará a la Aseguradora a extinguir el contrato de afiliación por falta de pago"*, normando los incisos subsiguientes el trámite a seguir para lograr el efectivo deslinde de responsabilidades, determinando que: *"...A partir de la extinción el empleador se considerará no asegurado..."* y que *"...Sin perjuicio de ello, la Aseguradora deberá otorgar prestaciones en especie, con los alcances previstos en el capítulo V de la ley 24.557, por las contingencias ocurridas dentro de los DOS (2) meses posteriores a la extinción por falta de pago, siempre que el trabajador denunciara la contingencia hasta transcurridos DIEZ (10) días de vencido dicho plazo....La Aseguradora podrá repetir del empleador el costo de las prestaciones otorgadas conforme lo dispuesto en el párrafo anterior."*

En el presente caso la ART se ajustó a dicha normativa, es decir, brindó prestaciones en especie al actor, consistente en atención y tratamiento médico, intervención quirúrgica y rehabilitación, desde la fecha del accidente de trabajo -el 14-07-2.015- hasta el alta médica definitiva -de fecha 04-03-2.016-, y a partir de allí desconoció la obligación a otorgar las prestaciones dinerarias por incapacidad definitiva con fundamento en la rescisión del contrato de afiliación con la empleadora por falta de pago.

De acuerdo a la información suministrada por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (fs. 174/185) el contrato asegurativo entre Prevención ART S.A. y Zetone y Sabbag S.A., se había extinguido el 30 de junio de 2.015, es decir 14 días antes del acaecimiento del accidente del actor (14 de julio de 2.015), por lo que de acuerdo al inciso 3 del art. 18 del Dec. 334/1996, las únicas prestaciones a las que estaba obligada la ART eran las previstas en el Cap. V de la LRT (prestaciones en especie).

Cabe agregar, que tengo por acreditado el cumplimiento del procedimiento formal del Decreto n° 334/1996 previo a la extinción del contrato asegurativo a partir del Dictamen de la Comisión Médica n° 035 de fecha 29 de junio de 2.016 (fs. 183/184) que verificó que la rescisión del contrato se había registrado efectivamente en el sistema de la SRT y

de la información que surge en el instrumento de fs. 175 vta. de la SRT.

Sin embargo, el inciso 3 del art. 18 del Dec. 334/1996 fue declarado inconstitucional por la CSJN en los autos "Carrizo Carlos Alberto c/ Liberty ART S.A. s/ Accidente" (Sentencia del 23 de febrero de 2.010), doctrina que fue seguida por este Tribunal en el caso "Remulcao Hector Fabian c/ Ortega Francisco, "Consortio de Propietarios Brasil Soc. Civil", Etia S.A., Albeniz Juan Carlos y Di Rocco Maria Beatriz s/ Accidente de Trabajo" (expte. n° 1CT-22203-10), mediante sentencia de fecha 05-02-2.015. En dicha oportunidad se resolvió oficiosamente la inconstitucionalidad del art. 18 inc. 3 del Decreto n° 334/96, y se condenó a la ART a brindar las prestaciones dinerarias previstas en el art. 11 ap. 4 inc. b y 15 ap. 2 de la LRT.

La CSJN en "Carrizo" sostuvo que: *"En efecto, la norma impugnada regula sobre el contenido material de las prestaciones previstas legalmente reduciéndolas al pago en especie y sin motivo, causa o justificación, anula las prestaciones dinerarias previstas por la ley, todo lo cual, en definitiva, resulta perjudicial para el trabajador damnificado."* *"De esta manera se introduce una separación donde la ley no disgrega, actividad que no resiste la regla reconocida por V.E. que establece que donde la ley no distingue, no cabe distinguir (Fallos 304:226) y por ende torna inconstitucional por exceso reglamentario y alteración del orden de prelación de las normas de rango superior (arts. 31, 99, incisos 2°, de la C.N.). La cuestionable reglamentación mencionada introdujo modificaciones al régimen de prestaciones de la ley de riesgos de trabajo, cuyas facultades excedieron de las previstas por la Constitución Nacional, pues suprime beneficios legalmente reconocidos y por lo tanto corresponde la declaración de inconstitucionalidad del art. 18.3 del decreto n° 334/96."* A su vez la Dra. Elena Highton de Nolasco, agrego en su voto: *"el art. 18, punto 3 del decreto 334/96 es inconstitucional por exceso reglamentario y alteración del orden de prelación de las normas de rango superior en cuanto, desde el inicio, viene a desconocer directamente lo establecido por el art. 27, apartado 4, de la ley 24.557: "La rescisión del contrato de afiliación estará supeditada a la firma de un nuevo contrato por parte del empleador con otra ART o a su incorporación en el régimen de autoseguro"*.

El Dr. Mario Ackerman al respecto señaló que: *"...En el artículo 18 del Decreto 334/96, so pretexto de reglamentar la regla del apartado 4 del artículo 28 de la ley, se crea una norma cuyo contenido no sólo es distinto, sino, antes aun, contradictorio con lo preceptuado por ella ... Más allá de que estas reglas no hacen sino confirmar la*

caracterización del sistema como de responsabilidad individual con seguro obligatorio y la condición de tercero del trabajador –quien ni siquiera debe ser notificado de la extinción-, no puede dejar de observarse la manifiesta contradicción de las reglas del artículo 18 del Decreto 334/96 con las de los apartados 2 y 5 del artículo 27 y 4 del artículo 28 de la ley 24557, lo que configura así un nuevo supuesto de inconstitucionalidad indirecta, descalificación está que luego de una inicial recepción jurisprudencial por Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza fue luego parcialmente acogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Carrizo” (cfr. “Ley de Riesgos de Trabajo Comentada”, Edit. Rubinzal-Culzoni).

Que el reproche constitucional del art. 18 inc. 3 del Decreto 334/96 de algún modo fue luego subsanado mediante la incorporación del inc. 6 al art. 27 de la LRT, según lo dispuesto por el art. 12 de la Ley 27.348, norma que resulta aplicable a contingencias cuya primera manifestación resulte posterior a su entrada en vigencia (B.O. 24/02/2017). Con lo que claramente esta reforma no resulta de aplicación al presente caso.

El autor citado, al referirse a los apartados 2 a 6 del art. 18 del Decreto 334/96, señala que: “...En razón de no haber sido derogados en forma expresa,...debería entenderse que ellos han perdido vigencia a partir de la incorporación del apartado 6 del artículo 27...y las reglas del art. 44 de la Resolución SRT 298/2017...” (conf. Ackerman, Mario E., Ley de Riesgos del Trabajo, Comentada y Concordada, Actualizada con Ley 27.348 y Resolución SRT 298/2017, págs. 552).

En estas condiciones, teniendo particularmente en cuenta la normativa vigente a la fecha de ocurrencia del accidente de autos (14-07-2.015), siguiendo los fundamentos dados en el fallo “Carrizo” de la CSJN y “Remulcao” de esta Cámara Laboral, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 18 inc. 3 del Decreto n° 334/96, debiendo Provincia ART S.A. responder en los términos de la LRT por el siniestro ocurrido el 14-07-2.015, debiendo brindar las prestaciones dinerarias de los arts. 14 ap. 2 inc. b) Ley 24.557 y art. 3 Ley 26.773, tal como más adelante se señalará.

En este sentido corresponde rechazar la pretensión del accionante al pago de sanción punitiva, ello en virtud de que la ART justificó su accionar de no abonar prestaciones dinerarias por el siniestro de autos a partir de lo normado por el art. 18 inc. 3 del Decreto 334/96, correspondiendo exclusivamente a esta instancia jurisdiccional expedirse sobre la inconstitucionalidad del precepto normativo.

3. Accidente de Trabajo. Grado de incapacidad.

No se controvierte en autos el episodio denunciado como accidente de trabajo sufrido por el actor el 14-07-2.015, ni tampoco las lesiones sufridas como consecuencia del mismo (lesión en hombro derecho), toda vez que la ART aceptó el siniestro y brindó prestaciones en especie, otorgando el alta médica definitiva el 04-03-2.016.

La controversia se circunscribe en determinar el grado de incapacidad que padece Quiroga, así mientras en la demanda se reclama por un 25% de minusvalía, en la contestación de demanda se rechaza ese porcentaje y se niega que padezca de incapacidad alguna.

Desde ya se anticipa que la Comisión Médica n° 035 en el dictamen de fecha 1° de junio de 2.016 (fs. 171 vta./172) había constatado limitaciones funcionales del hombro derecho del actor que específicamente detalló (abducción 100° 4% - aducción 20° 1% - elevación anterior 120° 2% - rotación ext 50° 4%) y que tuvo en cuenta a fin de determinar el 12,71% de incapacidad definitiva con factores de ponderación incluidos.

Por su parte, el perito médico designado en autos fijó como diagnóstico: disminución de la movilidad del hombro derecho 60° más lesión del supraespinoso por traumatismo agudo, con proceso inflamatorio crónico periarticular, lesión del manguito rotador, cervicobraquialgia, complejo regional doloroso fase I, determinando una incapacidad laboral, parcial, permanente y definitiva del 41,58% de la VTO (pericia de fs. 80/96).

Cabe agregar, que la pericia fue impugnada por la aseguradora a fs. 98, solicitando que el experto rectifique el valor asignado a la minusvalía, toda vez que el porcentaje no se corresponde con las limitaciones funcionales constatadas. Así, de acuerdo al Baremo, la Abdo - Elevación 90° es un 4%, Elevación Anterior 90° 4% y Elevación Posterior 10° 2% con lo que se obtiene un resultado de 10%, en vez del 30% consignado por el perito. A fs. 100/101 el experto respondió, sosteniendo que la misma ley 24.557 dice que todos los baremos contienen evaluaciones o grados de los efectos patológicos anatómicos o funcionales de accidentes o enfermedades expresados en porcentajes de la capacidad teórica de un sujeto de capacidad y eficiencia "normales". No obstante ningún baremo puede cubrir todas las lesiones posibles por lo que el médico evaluador tendrá un papel esencial en la determinación exacta de la magnitud del daño anatómico y funcional. Cita en apoyo de su postura lo resuelto por el STJ en los autos "Coyamilla".

Pues bien lo que primero se avizora es que la patología en su conjunto o secuelas definidas en el diagnóstico practicado por el perito en su pericia, no encuadran

específicamente en ninguna previsión del Baremo n° 659/96. De allí que el 30% de incapacidad pura determinada por el experto no tenga una correspondencia específica con secuelas incapacitantes previstas en el Baremo. Tampoco el perito explica de qué manera arribó a ese porcentaje ni qué procedimiento utilizó, con lo que la estimación de la minusvalía aparece hecha en forma global, impidiendo de esa manera verificar si la misma se ajusta o no al Baremo de la LRT. Por tales razones me apartaré del porcentaje de incapacidad fijado por el perito médico.

A fin de determinar la minusvalía, voy a estar a las limitaciones funcionales de los rangos de movilidad del hombro constatadas por el perito y que informa en su dictamen y también a las que omite pero surgen de las verificadas por la Comisión Médica n° 035, tales como la rotación externa y aducción.

Se detallan a continuación los rangos y limitación de movilidad del hombro derecho, y incapacidad de ello resultante, según el Baremo Dec. 659/96:

Pericia Médica:

Elevación anterior (extensión) 90°

----- 4%

elevación posterior (flexión) 10°

----- 2%

elevación lateral (abducción) 90°

----- 4%

Comisión Médica:

Aducción 20°

----- 1%

Rotación externa del hombro 50°

----- 4%

Subtotal

----- 15%

Miembro hábil (5% de 15%)

----- 0,75%

Total inc.pura

-----**15,75%**

A su turno corresponde la aplicación de los factores de ponderación en los términos asignados por el perito, en mérito a las específicas tareas que desempeñaba con anterioridad al accidente ("embalador") y que ya no podrá realizar. A saber: alta dificultad para realizar tareas habituales (20% del 15,75%) 3,15%; amerita recalificación (10% del 15,75%) 1,57% y 0,6% por factor edad; todo lo cual arroja una ILPP del **21,07%**.

El STJRN ha dicho que “... *El perito simplemente asesora y explica. Su tarea no es decidir, para eso está el Tribunal que debe realizar un análisis crítico de la prueba y no limitarse a recibir el informe como verdad revelada (...) Con relación a la pericial médica, es dable señalar que esta*

no es vinculante para el magistrado, pues la incapacidad laboral, al igual que la relación de causalidad entre daño y trabajo, no son conceptos netamente médicos, sino también jurídicos, en los cuales interviene el criterio del sentenciante formado a la luz de todas las constancias de la causa (Cf. CNAT. En Pais c/ Sala Asist. Médica Gral Urquiza del 16-06-90)“.- STJRNS3. Se. 121/08 “Railaf” - STJRN S3 Se. 51/11 “Da Silva” (Voto del Dr. Mansilla sin disidencia). STJRN: se 24/18 “ T., S.P. C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ACCIDENTE DE TRABAJO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY” (Expte. N° CS1-362- STJ 2017///29248/17-STJ), (09-04-2018)“.

Asimismo, se ha dicho que: "...Para apartarse de la valoración del perito médico, el juez debe encontrar sólidos argumentos, ya que se trata de un campo del saber ajeno al hombre del derecho, y aunque no son los peritos los que fijan la incapacidad, sino que ella es sugerida por el experto y determinada finalmente por el juzgador, basándose en las pruebas que surgen del expediente y las normas legales de aplicación, su informe resulta el fundamento adecuado para la determinación de la minusvalía que se ordena reparar...." (C.N.A.Trab., Sala I, 21-12-2012, “Medina, Oscar Eduardo c. La Segunda A.R.T. S.A. s. Accidente -Ley especial-", Boletín de Jurisprudencia de la C.N.A.T., RC J 4979/13).

Así es que concluyo que el accionante padece de una incapacidad laboral parcial permanente y definitiva del 21,07% ILPPD, en un todo de conformidad con el Decreto n° 659/96.

Al amparo de los lineamientos expuestos supra, tratándose de una contingencia cubierta por la LRT y acreditado que las secuelas incapacitantes constatadas por el perito guardan debida relación de causalidad con el accidente sufrido el 14-07-2015, de conformidad con la minusvalía acreditada a consecuencia del infortunio, corresponden hacer lugar a las prestaciones dinerarias previstas en el art. 14 ap. 2 inciso a) de la Ley 24.557 y art. 3 de la Ley 26.773.

3.- Sobre la determinación del IBM. Determinación de la indemnización ILPP.

A continuación abordaré el análisis sobre las distintas variables que prevé la fórmula destinada a determinar el quantum indemnizatorio del cual resulta acreedor el accionante.

Cabe destacar, que a los efectos de determinar el ingreso base mensual según los términos del art. 12 de la Ley 24.557, se debe considerar la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, devengadas en los doce (12) meses anteriores al accidente de trabajo, multiplicando ese resultado por el coeficiente 30,4 para así obtener el valor mensual del ingreso base (inc. 2 art. cit.).

Que en tal sentido y a fin de establecer qué conceptos integran las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino al S.I.J.P. debe estarse a lo dispuesto por el art. 6 de la ley 24.241. Así, la norma de mención dispone que "...Se considera remuneración, a los fines del SIJP, todo ingreso que percibiere el afiliado en dinero o en especie susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo de su actividad personal, en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, comisiones, participación en las ganancias, habilitación, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que tengan el carácter de habituales y regulares, viáticos y gastos de representación, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, y toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia...".

A su turno, el art. 7 Ley cit. determina que no se consideran remuneraciones a las asignaciones familiares, las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo, por vacaciones no gozadas y por incapacidad permanente provocada por accidente del trabajo o enfermedad profesional, las prestaciones económicas por desempleo, ni las asignaciones pagadas en concepto de becas. Tampoco se consideran remuneraciones las sumas que se abonen en concepto de gratificaciones vinculadas con el cese de la relación laboral en el importe que exceda del promedio anual de las percibidas anteriormente en forma habitual y regular.

Bajo tales parámetros corresponde sea determinado, computando no sólo las sumas remunerativas que percibía el trabajador sino también los adicionales incluidas las "sumas no remunerativas".

Ello así, no sólo por lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la Ley 24.241, a lo que remite la norma del art. 12 Ley 24.557, sino también porque por su naturaleza resultan

remuneratorios, en tanto integran la contraprestación que recibe el trabajador por su tarea, en forma normal y habitual. Todo lo cual los define más allá de la denominación asignada, tal como lo resolviera la C.S.J.N. en los bien conocidos precedentes "Pérez c. Disco" 01/09/09, "González c. Polimat" del 19/05/10, y más recientemente in re "Díaz c. Cervecería Quilmes" del 04/06/13, con especial consideración del Convenio 95 del O.I.T.

El sueldo anual complementario debe ser tenido en cuenta para la determinación del ingreso base previsto por el art. 12 de la LRT, (cfr. "Valenzuela Mirna Susana c/ QBE ART S.A. y Fruticultores Reginenses S.A. s/ Reclamo" (Expte. N° 1CT-21811-09), y más recientemente el STJRN en "Pascal Matías c/ Asociart ART S.A. s/ Sumario" del 05/10/16).

Desde otra perspectiva debe señalarse, con apoyo en los recibos de haberes, que el accionante prestó tareas de forma permanente, siendo sus haberes liquidados a destajo, trabajando en algunos periodos el mes completo y en otros solo algunos días. Por lo que en tal supuesto, a los fines de la determinación del ingreso base deben computarse los días de efectiva prestación de servicios (arg. art. 3, párrafo tercero, del Decr. Nro. 334/96) (conf. esta Sala in re "Espósito Angela c/Provincia A.R.T.", Expte. 1CT-22831-10, Se. del 27/10/14).

De conformidad con lo expuesto habré de determinar el IBM, considerando el período comprendido en los últimos doce meses anteriores a la fecha del accidente sufrido por el actor (14-07-2.015). En el mes de julio 2.015, mes de ocurrencia del accidente, si bien se cuenta con el ingreso bruto percibido por el trabajador a partir del informe de AFIP de fs. 219/223, lo cierto es que no consta en el expediente la cantidad de días trabajados. Por tal motivo habrá de tomarse como referencia lo percibido en el mes anterior y los días trabajados, a fin de determinar el importe de los 10 días de trabajo, que fueron los días hábiles desde el 1° al 14 de abril 2.015 (día de ocurrencia del accidente).

A saber: julio/2014, \$ 1.549,52 (5,5 días) -fs. 12-; agosto/2014, \$600,21 (0,5 días) -fs.11-; septiembre/2014, \$3.005,83 (11 días) -fs. 13-; octubre/2014, \$6.012,27 (15,5 días) -fs. 14-; noviembre/2014, \$5.228,46 (15 días) fs. 15- ; diciembre/2014, \$11.867,16 (27,75 días) -fs. 16/18-; enero/2015, \$5.078,38 (12 días) -fs. 19/20-; febrero/2015, \$12.284,77 (30 días) -fs. 21-; marzo/2015, \$15.983,85 (31,5 días) -fs. 22/23-; abril/2015, \$7.522,39 (16,5 días) -fs. 24-; mayo/2015, \$8.353,64 (17 días) -fs.25- ; junio/2015, \$12.314,80 (22,5 días) -fs. 26/27- y julio/2015, \$5.486,25 (10 días). Así, en dicho período el actor percibió la suma de \$ 95.287,53, el cual dividido por 214,75 días

trabajados, obtenemos un resultado de \$443,71, el que multiplicado por 30,4 se obtiene un IBM de \$13.488,90.

	Periodo	Días Trabajados	Remuneración	IBD	IBM
2014	Julio	5,5	1549,52		
	Agosto	0,5	600,21		
	Septiembre	11	3005,83		
	Octubre	15,5	6012,27		
	Noviembre	15	5228,46		
	Diciembre	27,75	11867,16		
2015	Enero	12	5078,38		
	Febrero	30	12284,77		
	Marzo	31,5	15983,85		
	Abril	16,5	7522,39		
	Mayo	17	8353,64		
	Junio	22,5	12314,8		
	Julio	10	5486,25		
		214,75	95287,53	443,71	13488,90

Que según ya se ha dicho el actor contaba a la fecha del siniestro laboral (14-07-2.015) con la edad de 61 años (nacido el 30-10-1953) por lo que el coeficiente por edad resulta en el presente caso de 1,0655.

En consecuencia, la prestación dineraria por incapacidad laboral permanente, parcial y definitiva a valores históricos asciende a **\$160.498,28** (\$13.488,90 x 53 x 1,0655 x 21,07%) (art. 14 apartado 2 inc. a de la Ley de Riesgos del Trabajo). Más, la indemnización adicional de pago único del 20 % del art. 3 Ley 26.773 de **\$32.099,65**, con lo cual se arriba a la suma de **\$192.597,93**.

Que la indemnización arribada cubre el monto mínimo indemnizatorio fijado por la ley a modo de piso, valor actualizado semestralmente según Ripte, conforme a lo dispuesto por la ley 26.773 (arts. 8 y 17 inc.6). El monto mínimo según la Resolución N° 06/2015 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, vigente a la fecha de la contingencia denunciada, "...para el período comprendido entre el 01/03/2015 y el 31/08/2015 inclusive, la indemnización que corresponda por aplicación del artículo 14, inciso 2, apartados a) y b), de la Ley 24.557 y sus modificatorias, no podría ser inferior al monto que resulte de multiplicar \$ 713.476) por el porcentaje de incapacidad.

4.- Intereses. Que el monto indemnizatorio impago debe integrarse con los **intereses moratorios** (conf. arts. 508 y 622 Cód. Civil, vigentes al tiempo de operarse la mora - arts. 767, 768 y cc del Código Civil y Comercial-).

Cabe destacar, que a partir de la sanción de la Ley 26.773 ha quedado zanjada toda discusión en cuanto al inicio del cómputo de intereses. Así, el art. 2° de la mencionada ley establece: "El derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso o se determinó la relación causal adecuada de la enfermedad profesional".

Al respecto, Juan Formaro, Ed. Hammurabi, "Riesgos del Trabajo" pág. 232, dice que: "...si el derecho se computa desde que acaeció el evento dañoso, es la fecha del hecho la que indudablemente genera el crédito resarcitorio, que como bien dice la ley, es independiente del momento en que se determine su procedencia (se admita la naturaleza laboral y la inexistencia de causales de exclusión) y alcance (el porcentaje de incapacidad). A partir de allí se adeudan los intereses, pues sólo así quedará justamente compuesta la situación. Si al trabajador no se le abona el capital con más los intereses desde que sufrió el daño, el imperativo constitucional permanece violado (pues no puede la ley crear, arbitrariamente, momentos de mora distantes del efectivo acaecimiento del perjuicio).

"...Los intereses devengados deben ser abonados juntamente con la prestación dineraria que corresponda percibir al trabajador siniestrado o a sus derechohabientes, según el caso (conf. art. 3°, res. 414/99 SRT). Aclaramos que el pago de intereses como accesorio de la indemnización principal se debe aunque el trabajador haya percibido el capital sin hacer reserva alguna sobre los mismos. La percepción por el obrero del valor nominal de la indemnización pertinente, aun sin reserva, no implica que el deudor deba considerar extinguida la obligación, ya que no se configura el efecto liberatorio del pago desde que el mismo ha sido parcial al no abonarse íntegramente con intereses, pues en materia laboral debe estimarse sólo como entrega a cuenta del total adeudado (art. 260, LCT)".

Que tal la única interpretación válida, toda vez que las sentencias judiciales poseen efecto declarativo y no constitutivo de los derechos que reconocen. De modo que al efecto del cómputo de los intereses debe estarse al 14 de julio de 2.015, fecha en que tuvo lugar el accidente de trabajo del actor.

Que en orden a la tasa de interés aplicable deberá estarse a la doctrina legal obligatoria (art. 42 L.O.P.J. N° 5.190). En efecto, a partir del 14 julio de 2.015 y hasta el 22 de

noviembre de 2015 la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. S.T.J. in re "LOZA LONGO"); desde el 23 de noviembre de 2015 a la tasa para préstamos personales libre destino - operaciones de 49 a 60 meses- del Banco de la Nación Argentina (conf. S.T.J. in re "JEREZ", Expte. N° 26.536/13-STJ, sentencia del 23 de Noviembre de 2.015); a partir del 1° de septiembre de 2.016 hasta el 31 de julio de 2.018 a la tasa del Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino en operaciones de hasta 36 meses (conf. S.T.J. in re "GUICHAQUEO", Expte. N° 27.980/15-STJ, Sentencia del 18 de Agosto de 2016); y desde el 01 de agosto de 2.018 en adelante la tasa del Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor (conf. S.T.J. in re "FLEITAS", Expte. N° 29.826/18-STJ, Sentencia del 03 de julio de 2.018), sin perjuicio de los que se devenguen a esta última tasa ("Fleitas") hasta el momento del pago efectivo.

LIQUIDACIÓN: que siguiendo los parámetros expuestos practico planilla de liquidación al 31 de mayo de 2.021:

1. Prestación dineraria art. 14 ap. 2. ILPPD.....	\$ 160.498,28
2. Prest. art. 3 de la Ley 26.773.....	\$ 32.099,65
-Subtotal al 14-07-2.015.....	\$ 192.597,93
-Intereses moratorios desde el 14-07-2015.....	\$ 531.165,17

TAL MI VOTO.

Los **Dres. José Luis Rodríguez y Paula Inés Bisogni**, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.-

Por todo lo expuesto, **LA CÁMARA PRIMERA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL, CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD, RESUELVE:**

I.- Declarar la inconstitucionalidad del art. 46 de la Ley de Riesgos del Trabajo y del art. 18 inc. 3 del Decreto 334/96, conforme los argumentos expuestos en el considerando.

II.- Hacer lugar a la demanda y en consecuencia condenar a **PROVINCIA ART S.A.**, a abonar al actor **CARLOS QUIROGA**, en el plazo DIEZ DÍAS de notificado, la suma de **PESOS SETECIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES con DIEZ CENTAVOS (\$ 723.763,10)** en concepto de diferencia indemnizatoria por prestaciones dinerarias del art. 14 ap. 2 inc. a) de la Ley 24.557 y del art. 3 de la Ley 26.773 y del art. 20 LRT. Importe que incluye intereses hasta el 31 de

mayo de 2.021, habiéndose aplicado a partir del 14 julio de 2.015 y hasta el 22 de noviembre de 2015 la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. S.T.J. in re "LOZA LONGO"); desde el 23 de noviembre de 2015 a la tasa para préstamos personales libre destino - operaciones de 49 a 60 meses- del Banco de la Nación Argentina (conf. S.T.J. in re "JEREZ", Expte. N° 26.536/13-STJ, sentencia del 23 de Noviembre de 2.015); a partir del 1° de septiembre de 2.016 hasta el 31 de julio de 2.018 a la tasa del Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino en operaciones de hasta 36 meses (conf. S.T.J. in re "GUICHAQUEO", Expte. N° 27.980/15-STJ, Sentencia del 18 de Agosto de 2016); y desde el 01 de agosto de 2.018 en adelante la tasa del Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor (conf. S.T.J. in re "FLEITAS", Expte. N° 29.826/18-STJ, Sentencia del 03 de julio de 2.018), sin perjuicio de los que se devenguen a esta última tasa ("Fleitas") hasta el momento del pago efectivo.

III.- Con costas a cargo de la demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. Arturo Enrique LLANOS, en su carácter de letrado patrocinante del actor en la suma de \$123.040 (m.b.\$723.763,10 x 17%), los del Dr. Néstor Hugo REALY en calidad de apoderado y patrocinante de la demandada, en la suma de \$ 111.459 (M.B. \$723.763,10 x 11% + 40%) (Arts. 6,8,10 y 40 Ley de Aranceles) y los honorarios del perito interviniente Dr. Néstor ANDRADA en la suma de \$37.039 (cfr. ley 5069, 5% para cada uno de ellos).

IV.- Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos.

V.- Una vez que se encuentre firme la presente Sentencia, por Secretaría practíquese planilla de impuesto de justicia, sellado de actuación y contribuciones al Colegio de Abogados y Si.Tra.Ju.R.-

VII.- Regístrese, notifíquese, y cúmplase con la Ley 869.-

Con lo que terminó el Acuerdo, firmando los Sres. Jueces Dres. Nelson Walter Peña, José Luis Rodríguez y Paula Inés Bisogni, por ante mí que certifico.-

Dra. Paula Inés Bisogni Dra.

-Presidenta-

Dr. Nelson Walter Peña Dr. José Luis Rodríguez
-Vocal- -Vocal-

Ante mi: Dra. Marcela B. López
-Secretaria-