

//neral Roca, 11 de febrero de 2019.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "FASANO HUGO DANIEL C/ PROVINCIA ART S.A. y GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (I)" (Expte.Nº H-2RO-2180-L2015- H-2RO-2180-L2-15).-

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 a la Dra. Gabriela Gadano, quien dijo:

RESULTANDO: A fs. 24/40 Hugo Daniel Fasano con apoderada y patrocinante, promueve demanda contra PROVINCIA ART SA y MAPFRE ART SA, persiguiendo el cobro de \$ 1.532.301,05 en concepto de indemnización por ILPP. Dice que la competencia del Tribunal esta dada por el art. 6.1.a) de la ley 1504 por ser una materia de derecho común. Que PROVINCIA ART es legitimada porque es quien tiene la póliza vigente con la patronal y que MAPFRE ART deberá asumir la responsabilidad que en el caso le corresponda de conformidad con el art. 18 Dec. 334/96.

El actor se desempeña en relación de dependencia con la empresa Remo Fiordelli como repartidor, ayudante y chofer repartidor, con fecha de ingreso 2/5/1996, cumpliendo una jornada de 8 horas diarias, encontrándose en perfecto estado de salud a su ingreso. Su tarea consiste en la carga inicial y manual de los cajones de soda y bidones de agua, cuyo peso estimativo ronda entre 10 y 20 kgs y que baja la cantidad de piezas requeridas al arribar a cada domicilio, sumándose a ello la conducción del camión, recorriendo por día aproximadamente unos 100 a 120 domicilios. Ello así por 19 años en forma continua e ininterrumpida, haciendo tal tarea siempre solo, sin ayudante auxiliar.

Comenzó a sentir molestias en la zona de cintura, espalda, brazo y hombro derecho, lo que puso en conocimiento de la patronal, para que realizara la denuncia ante la ART, sin perjuicio de lo cual realiza una serie de estudios y tratamientos, hasta que en 23/4/2014 se le diagnostica discopatía lumbar múltiple, con radiculopatía L4-L5 bilateral que ocasiona dificultad para la marcha.

En 30/4/2014 y considerando que la patronal nada había dicho respecto a su situación a la ART remite TCL a PROVINCIA ART SA en la que detalladamente describe los estudios hechos desde el 26/9/2013 y la conclusión médica, intimando a que le brinden las prestaciones médicas, recibiendo como respuesta un turno para interconsulta y estudios. Mediante CD se rechaza la cobertura porque a la fecha del infortunio, no había contrato de afiliación y la denunciada reviste el carácter de enfermedad inculpable.

En 10/7/2015 remite TCL a MAPFRE ART SA, en idénticas condiciones al enviado a PROVINCIA ART SA, intimando a que se le otorguen prestaciones médicas, siendo devuelto con constancia de aviso de visita, remitiendo uno nuevo en 5/8/2015.

Al promover demanda contaba con el rechazo de PROVINCIA y el silencio de MAPFRE.

Encuadra la dolencia como una enfermedad profesional, por haber sido contraída como consecuencia del ejercicio de su ocupación y responde a un riesgo específico de ella, según lo descripto como tarea cumplida. Agrega el informe médico del Dr. Gustavo Aristan, quien estima su incapacidad en el 56% y que por aplicación del Dec. 49/2014 se vincula al agente carga, posiciones forzadas y gestos repetitivos de la columna vertebral lumbosacra.

Sin perjuicio de ello, pide se declare la inconstitucionalidad del Dec. 49/2014 y arts. 6 y 40 de la LRT. El primero porque habilita la Hernia Discal Lumbosacra, exceptuando las cervicales, incluyendo dentro de las primeras solamente aquellas que afectan solo un disco, con lo que quedaría afuera la patología laboral del actor, siendo discriminatorio ya que da un tratamiento totalmente diferente a personas en idéntica situación. Respecto de los arts. 6 y 40 LRT, por la limitación de enfermedades no incluidas en el listado y en el ap. 2 del art. 6 por la exigencia de que el trabajador transite por las CM para que se declare la apertura y se extienda la cobertura y resarcimiento a la lesión que padece.

Concluyendo en la incapacidad del 56% pide las indemnizaciones previstas por el art. 14 ap 2 incs a y b, con aplicación del índice RIPTTE mas el adicional del art. 3 de la ley 26773.

Practica liquidación y ofrece prueba.

A fs. 56/75 contesta demanda mediante apoderado GALENO ART SA. Reconoce que al momento del siniestro denunciado, tenía contrato de afiliación a favor de Remo Fiordelli.

Opone falta de legitimación pasiva y denuncia no cobertura de enfermedades inculpables no incluidas en el listado del Dec. 658/96, cuyos factores de atribución son necesarios para que haya una enfermedad profesional. Dice que a partir del Dec. 1278/00 se permite al trabajador o sus derechohabientes iniciar trámite ante las CM con el objeto de demostrar que la patología que denuncia encuentra su origen en las tareas prestadas para su empleador y que su existencia deberá estar suscripta por un médico especialista en medicina del trabajo o medicina legal y contener todos los elementos probatorios que permitan establecerlo. Que de comprobarse en este caso la existencia

del agente, la exposición, la enfermedad invocada y relación de causalidad adecuada, debe considerarse incluida entre las “enfermedades profesionales”, tampoco está cubierta la indemnización que se pretende por lo que reproduce la falta de legitimación pasiva.

Solicita que se habilite la repetición del eventual monto de las prestaciones a cargo de la ART, del fondo fiduciario de enfermedades profesionales aunque, insiste, se trata de una enfermedad inculpable. Para el hipotético caso que se pronunciara negativamente sobre la competencia de las Comisiones Médicas, y se determinara como enfermedad profesional en sede judicial, entiende que se lo pondría en situación de no poder destinar el Fondo Fiduciario a la finalidad para la cual fue creado, provocando un perjuicio patrimonial a GALENO ART SA, obligándola a brindar las prestaciones con dinero de su propio peculio. Eventualmente pide que se la habilite a hacer frente y en los límites previstos normativamente, el dinero depositado en el Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales, tal como lo dictaminara la Procuración del Tesoro de la Nación. (fs. 61 vta).

Opone también excepción de falta de acción, al no haber transitado el procedimiento administrativo con control judicial que ésta última indica y que excluye la competencia de los Tribunales Ordinarios. En tanto no existe fundamento jurídico que obligue a otorgar las prestaciones dinerarias, cuando la evaluación de las secuelas, así como el grado de incapacidad son determinadas por órganos distintos de aquellos que la ley establece y que, para el caso, debe ser efectuada por las CM.

Sobre la inconstitucionalidad del art. 6 LRT dice que el Decreto 658/96 es el resultado de un profundo estudio técnico en el que han participado, en etapas previas, representantes de la Organización Panamericana de la Salud y representantes de empleadores y trabajadores, con el listado de agentes de riesgo de la OIT, con lo que queda descalificada la tacha que se formula.

En relación al índice RIPTE pide que se incrementen las prestaciones de pago único, tal como lo dispone el Dec. 472/14.

Niega los hechos denunciados, las labores descriptas, la jornada, la remuneración y los tratamientos y diagnósticos. También la incapacidad reclamada y que le corresponda indemnización alguna.

Dice que el actor alude haber sufrido una serie de enfermedades que no fueron denunciadas a su mandante. La cobertura asegurativa no se extiende al supuesto planteado por el actor. Impugna el monto de reclamación y dice que es improcedente la

aplicación de intereses, sino a partir de que la ART incurra en mora.

Pide la aplicación de leyes 24307 y 24432 y Decreto 1813/92 para el cálculo de los honorarios.

Ofrece prueba.

A fs. 77/78 contesta la actora excepción de falta de legitimación pasiva y de falta de acción. Dice que el actor no se encuentra obligado a dar inicio al tedioso y burocrático trámite previsto por LRT para el caso de enfermedades profesionales que no se encuentren en el listado de la ley, quedando la posibilidad de recurrir a instancia judicial, evitando tener que involucrarse en el sistema previsto por las CM, donde el trabajador camina solo, sin asesoramiento alguno ni control externo que garantice la protección de sus derechos laborales. Cita en su favor el precedente "Castillo" de la CSJN de fecha 7/9/2004.

A fs. 89/101 contesta demanda mediante apoderado, PROVINCIA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO SA. Reconoce expresamente haber suscripto con Remo Fiordelli el contrato de afiliación con vigencia entre 1/3/2014 y 28/2/2017. Plantea como defensa de fondo la prescripción, pues el actor alega portar enfermedades laborales originadas en supuestas tareas desempeñadas desde hace 19 años y la ley establece que las acciones derivadas de la LRT prescriben a los dos años a contar de la fecha en que la prestación debió ser abonada o prestada. El actor no ha denunciado la fecha de toma de conocimiento de las supuestas patologías. También opone excepción de falta de legitimación pasiva por inexistencia de cobertura al tiempo de ocurrencia del infortunio, en tanto la presunta enfermedad por la que se acciona habría tenido su primera manifestación invalidante en 23/9/2013 y a ese momento no existía amparo asegurativo de su parte, el que comienza en 1/3/2014, por lo que, al no existir relación jurídica sustancial que habilite la pretensión en su contra, debe ser rechazada la demanda a su respecto. Pide la aplicación del art. 18 del Dec. 334/96.

Destaca el incomprensible comportamiento del accionante que pretende la inconstitucionalidad parcial de la LRT, al tiempo que demanda por prestaciones dinerarias por ella previstas, sin poner en marcha por propia desidia, salvo por la denuncia formulada, el procedimiento legalmente previsto. En su opinión Fasano ajustó su conducta sometiénose al sistema y recibiendo la totalidad de sus prestaciones en especie. Luego, como el supuesto accidente que lo afectó fue en 23/9/2013, rechazó la cobertura toda vez que a esa fecha, no se encontraba vigente ningún contrato de afiliación, y amplió su rechazo a una dolencia de carácter inculpable. El paso siguiente

en defensa de los derechos conculcados debió ser continuar el trámite administrativo legalmente previsto y deducir los recursos pertinentes. Introduce la doctrina de los actos propios. En la cuestión relativa a la determinación de la incapacidad del trabajador, para el caso de que se discrepara con lo dictaminado por la ART, se traslada a las Comisiones Médicas, y el actor promovió esta demanda. Se escapa así de un sistema complejo que exige de la ART que le brinde lo mejor que la medicina permite dar en el momento de que se trate y, en su caso, si hubiera una discrepancia entre el damnificado y la aseguradora, dar lugar a la intervención de una CM, de modo que, de haberse suscitado alguna diferencia respecto de las prestaciones brindadas o las altas médicas, el afectado tenía a su alcance el procedimiento especial, que no usó.

Contestando demanda en subsidio, niega que exista responsabilidad alguna por las afecciones que el actor dice portar, que guarden relación causal adecuada con el accidente denunciado, que adeude prestaciones dinerarias, que se desempeñara en relación de dependencia de Fiordelli, su categoría y tareas, fecha de ingreso y condiciones de estado de salud a su ingreso. En particular niega la totalidad de los hechos invocados y que deba abonar la indemnización que se le reclama.

Dice que el reclamo busca la reparación de una artrosis a nivel columnario, producto de presuntos repetidos y constantes esfuerzos y flexoextensiones del tronco, y al efecto, remite al dictámen del Cuerpo Médico Forense de Capital Federal, emitido en autos "Ayala c/ Molinos Río Negro s/ accidente" Juzgado Nacional N° 16 de Capital Federal, que fundara el fallo recaído en 15/11/1993, el que explicaría que la lesión bioquímica inicial y progresiva de la artrosis junto a factores endócrinos y vasculares, que actúan como coadyuvantes, derivan de una alteración genética del tejido articular. De allí que concluye que la patología columnaria se compadece con un proceso artrósico generalizado, es decir, una afección que resulta propia de la edad del accionante. Hace al respecto un extenso desarrollo clínico acerca de las artrosis vertebrales.

Contesta planteos de inconstitucionalidad. Sobre el Decreto 659/96 entiende que no corresponde la aplicación parcelada que se pretende del sistema integral de LRT y que los percentiles determinados por el baremo legal, vienen de la mano de un criterio de responsabilidad objetiva, indemnizaciones tarifadas, presunciones probatorias e inmediatez en el pago de las prestaciones, que solo es posible de obtener admitiendo la totalidad de la regulación en cuestión, y no como persigue la contraria, receptando las porciones que le resultan satisfactorias. Debe tenerse en cuenta que ha sido una decisión legislativa el encuadre de la definición de las enfermedades profesionales en una lista,

que no responden a criterios caprichosos sino a sustentos científicos, tomando la lista de agentes propuesta por la OIT. La delimitación precisa de las enfermedades resarcibles se compensa con la elastización del elenco de dolencias consideradas profesionales, en comparación con otros antecedentes. Remite a tal fin a "Rodríguez c/Buenos Aires Catering" fallado por la SCBA en 23/10/2002, en el que se explica el sistema que consagra la ley como de total coherencia. Agrega que el sistema instaurado incorporó mediante DNU 1278/00 una salida a los sistemas cerrados de listado, dejando sin sustento la crítica de hermeticidad, siempre que se demuestre en cada caso particular los extremos impuestos por la ley, con garantía del derecho de defensa y debido proceso en favor del trabajador, a fin de demostrar la viabilidad de su reclamo. Ello deja sin soporte la pretensión de que se declare la inconstitucionalidad de esta parcela del sistema de la LRT ya que no se está de frente a un sistema hermético.

Denuncia la errónea e infundada modalidad de aplicación del RIPTE al caso de autos. Cita la Resolución 34/13 de la Secretaría de Seguridad Social del MTESS fechada en 16/12/2013 y la 472/2014 de la SRT. La primera estableció los valores y la modalidad de aplicación del ajuste previsto en el art. 8 de la ley 26773 para los períodos 27/10/2012 al 28/2/2013, 1/3/2013 al 31/8/2013 y 1/9/2013 al 28/2/2014 y la segunda aclarando que la regla del art. 17 ap. 6 mejora las prestaciones dinerarias en base a la variación que experimentaron los valores remunerativos medidos por el RIPTE, postulando que no ajusta las prestaciones adeudadas, sean de nacimiento anterior al 26/10/2012 ni posteriores y que únicamente ha dispuesto que los valores mencionados en el art. 11 ap 4 y los mínimos de los arts. 14 y 15 sean mejorados en forma periódica y automática.

Solicita la aplicación de la ley 24432.

Ofrece prueba.

A fs. 103/104 la parte actora rechaza la excepción de prescripción denunciando que no es cierto que el actor no haya denunciado la fecha de toma de conocimiento de las patologías que sufre, siendo tal como se narra en la demanda en 26/9/2013. Que mediante misiva que se remitió al empleador en 30/4/2014 con pedido de realizar la denuncia a la ART a fin de que le brinden las prestaciones se suspende el término de la prescripción. En cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva remite a lo dispuesto por el art. 47 LRT y a que en atención a la primera manifestación invalidante a que alude el artículo citado, no aclara si hace referencia a la toma de conocimiento, exteriorización o denuncia, por lo cual se trata de una cobertura claims made o conocida

frecuentemente como cobertura por fecha de reclamo. Es decir, que se cubren exclusivamente los reclamos efectuados durante la vigencia de la póliza, aunque el hecho generador haya ocurrido antes del inicio de la vigencia. O sea que, habiendo comenzado el contrato de afiliación entre Provincia ART y Fiordelli en 1/3/2014 ella es responsable.

A fs. 105/106 se abre a prueba, produciéndose a fs. 126/138 informativa de Anses, a fs. 141 la de Imagen, a fs. 143/152 la de Correo Oficial, a fs. 153/158 la de Instituto Radiológico General Roca SRL, a fs. 160 y 163 la de Clínica Central SA, a fs. 185/186 la del Dr. Gustavo Aristan, a fs. 188/196 la de AFIP, a fs. 201/203 la de MTEySS, a fs. 205/207 el dictamen médico del Dr. Pablo Rafael Miranda, el que es impugnado a fs. 209/210 por PROVINCIA ART SA, y a fs. 212/213 por MAPFRE ART SA, y que son respondidas a fs. 217. A fs. 219 PROVINCIA ART SA ratifica su impugnación y solicita la nulidad absoluta del informe por no estar probada la relación de causalidad con el hecho denunciado. A fs. 224 informa Clínica Radiológica del Sur, a fs. 226 lo hace el Dr. Federico Ginnobili, a fs. 248 el de Remo Fiordelli y a fs. 272 audiencia de vista de causa en que se llaman autos para dictar sentencia.

CONSIDERANDO: I.-Excepción de falta de acción y legitimación pasiva:GALENO ART SA opone excepción de falta de acción, al no haber transitado el procedimiento administrativo con control judicial que ésta última indica y que excluye la competencia de los Tribunales Ordinarios.

Ya este Tribunal se ha expedido en relación al tema al fallar en 6/10/2015 en autos caratulados:"PERNICH GUILLERMO" en el que, sintetizando sus fundamentos se dijo: 1-En el presente caso, el actor no ha seguido el procedimiento establecido por el art. 6 apartado 2 b), i) e ii) de la Ley 24.557, a efectos de que su patología sea declarada enfermedad profesional. Tampoco este trámite llega a estos estrados por vía de apelación del art. 46 de la LRT, en una instancia revisora de un dictamen emitido por la Comisión Médica, pero ello no impide que obtenga la tutela de sus derechos directamente en vía judicial. 2-En este contexto, y teniendo en miras que la reparación que busca el trabajador es dentro del marco sistémico, donde la patología que denuncia no se encuentra en el listado de enfermedades profesionales que el sistema cubre automáticamente...resulta oportuno hacer algunas consideraciones puntuales, que muestran la sin razón de la defensa esgrimida por la ART. Si bien la reforma introducida al art. 6 apart. 2 de la LRT por el decreto 1278/2000, atenúo la rigidez que implicaba la existencia de un listado cerrado para la identificación de las enfermedades

profesionales, pasando a prever un régimen de admisión de cobertura en situaciones individuales de enfermedades no listadas mediante un procedimiento a seguir en esfera administrativa, lo cierto es que este procedimiento especial requiere que sea impulsado por el trabajador o sus derechohabientes, impulso que no es obligatorio para el trabajador de acuerdo a la reglamentación, y que no obsta a que promueva su reclamo directamente ante la justicia laboral local mediante un procedimiento que guarda mayores garantías para el trabajador, y que en definitiva tiene ciertas analogías en cuanto a producir las medidas de prueba necesarias, un peritaje con rigor científico, demostrar la concurrencia de los agentes de riesgo, exposición, cuadros clínicos y actividades con eficacia causal directa respecto de la dolencia, a fin de determinar si se trata de una enfermedad profesional incapacitante y por ende resarcible. 3-...al no haberse requerido el patrocinio jurídico obligatorio para transitar estos procesos, se configura una omisión inadmisibles, pues se deja a los trabajadores en una situación de inferioridad y desigualdad que resulta violatoria de expresas garantías constitucionales...De acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema, esta intervención de la Justicia de Trabajo puede producirse cuando haya, o no, un procedimiento previo de la Comisión Médica. ...Es decir que al amparo de la nueva jurisprudencia, la Justicia laboral de cada jurisdicción será competente para dirimir la declaración de contingencia cubierta por las prestaciones de la LRT, no debiéndose iniciar el engorroso e inseguro trámite ante las comisiones médicas...4-En conclusión resulta admisible en el caso de enfermedades listadas o no listadas, que el trabajador damnificado accione judicialmente contra la ART por las prestaciones dinerarias del sistema e, incluso, reclamar la incorporación de la afección para el caso concreto, como enfermedad profesional. Asimismo tiene derecho también a accionar contra su empleador por enfermedades no listadas, sobre la base del derecho civil (CSJN en caso "Silva")... 5-Si el Decreto 1278/00 le otorga a la Comisión Médica Central la posibilidad de incluir, según el caso concreto, a determinadas afecciones entre las resarcibles, con mayor razón ostenta tal facultad el juez laboral...Pudiendo solicitar la inconstitucionalidad del art. 6 apart. 2 LRT, y demandar directamente ante la justicia de trabajo a fin de obtener la reparación dentro de los límites del sistema, el que a la par posibilita, en caso de liquidación de la ART o insolvencia patronal, recurrir a los fondos de garantía...". Anticipo que este criterio podría ser modificado bajo la vigencia de la ley 27348, que cubre garantías procesales de trámite y competencia, inexistentes en el sistema originario de la ley 24557, Decreto 1278/2000, Decreto 1694/2009 y Ley 26773.

GALENO ART SA opone falta de legitimación pasiva y denuncia no cobertura de enfermedades inculpables no incluidas en el listado del Dec. 658/96, cuyos factores de atribución son necesarios para que haya una enfermedad profesional. La cuestión será tratada con los aspectos de fondo en los que se analizarán si estamos ante una enfermedad profesional o no.

II.-Excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por PROVINCIA ART SA: la opone por inexistencia de cobertura al tiempo de ocurrencia del infortunio, en tanto la presunta enfermedad por la que se acciona habría tenido su primera manifestación invalidante en 23/9/2013 y a ese momento no existía amparo asegurativo de su parte, el que comienza en 1/3/2014. Cita en su defensa el art. 47 LRT.

La parte actora responde que el art. 47 LRT no aclara si hace referencia a la toma de conocimiento, exteriorización o denuncia, por lo cual se trata de una cobertura por fecha de reclamo. Es decir, que se cubren exclusivamente los reclamos efectuados durante la vigencia de la póliza, o sea que, habiendo comenzado el contrato de afiliación entre Provincia ART y Fiordelli en 1/3/2014 ella es responsable

Se cuenta en autos con el texto de la denuncia formulada por el trabajador mediante TCL de fs. 4 que dice: "...Habiendo en reiteradas ocasiones puesto en conocimiento de mi empleador, Fiordelli Remo, que me encuentro atravesando una situación grave respecto de mi estado de salud, siendo consecuencia directa de las tareas laborales que desempeño hace dieciocho años (18) como Repartidor y Chofer Repartidor, y que al día de la fecha no me ha brindado respuesta alguna respecto de la denuncia a la ART correspondiente...,vengo por la presente a realizar formal denuncia conforme lo establecido por Dec. Nº 717/96. Que conforme estudios realizados, el Dr. Javier M. Villagra Dischereit en fecha 26/9/13 ha realizado el siguiente diagnóstico médico...Se hace saber que se encuentran a su entera disposición los estudios y certificados médicos en mi domicilio de calle...Atento lo cual intimo a Uds. en el término de cuarenta y ocho horas (48 hs) de recibida la presente misiva, brinden las prestaciones médicas en forma urgente, siendo que los dolores persisten y aumentan con el transcurso del tiempo y las demás prestaciones previstas en el art. 20 de la ley 24557, bajo apercibimiento de poner en conocimiento su conducta ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo...", lo que acontece en 30/4/2014, cuando ya era la ART de la empleadora desde dos meses antes.

PROVINCIA ART SA toma la denuncia, atiende a la actora e, inmediatamente notifica el rechazo de la cobertura advirtiendo que a la "...fecha del citado hecho no se encontraba vigente ningún contrato de afiliación que pudiera haberse celebrado entre la

empresa empleadora y Provincia ART SA..." (documental de fs. 9 acompañada por la actora), con lo que quedó advertida de que no se daban los lineamientos normativos para asumir la responsabilidad del caso.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 47 LRT: "Las prestaciones serán abonadas, otorgadas o contratadas a favor del damnificado o sus derechohabientes, según el caso, por la aseguradora de riesgos del trabajo a la que se haya efectuado o debido efectuarse las cotizaciones a la fecha de la primera manifestación invalidante. Cuando la contingencia se hubiera originado en un proceso desarrollado a través del tiempo y en circunstancias tales que se demostrara que hubo cotización o hubiera debido haber cotización a diferentes aseguradoras de riesgos del trabajo, la ART obligada al pago según el párrafo anterior podrá repetir de las restantes los costos de las prestaciones abonadas u otorgadas a los pagos efectuados, en la proporción en la que cada una de ella sea responsable conforme al tiempo e intensidad de exposición al riesgo...". La categoricidad de la norma, lejos de tratarse de un caso de cobertura por fecha de reclamo, está indicando que la pauta temporal es de la esencia del sistema y qué debe evaluarse para establecer la obligación de responder.

Ergo, se impone hacer lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva de PROVINCIA ART SA, por lo que asimismo, quedo eximida de tratar la excepción de prescripción por ella opuesta.

Sin perjuicio de todo lo dicho, la denuncia formulada a MAPFRE ARGENTINA SEGUROS ART SA en 10/7/2015, en idénticos términos que la de fs. 4 a PROVINCIA ART SA, hecha mediante TCL obrante a fs. 6, no tiene efectos jurídicos, por cuanto el informe de Correo indica que la ART se mudó del lugar, ergo, nunca recibió la comunicación (constancias de fs. 7), con lo cual no es cierto lo expresado, en el sentido de que, a pesar de estar notificada, omite contestar.

III:Enfermedad Profesional: 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 1.504, los que a mi juicio son los siguientes:

1-Que el Sr. Fasano trabaja en relación de dependencia para Remo Fiordelli en una distribuidora domiciliaria y comercial de agua de mesa y soda desde 2/5/1996 (recibo de haberes de fs. 20/23 e informe de AFIP de fs. 188/196).

2-Que en el marco de esa tarea, su función diaria consistía en la carga del camión de reparto y la entrega a los clientes de bidones de agua de aproximadamente 20 litros por unidad y cajones de sifones de soda, además de packs de cerveza y gaseosa, lo que

supone ergonómicamente tomar los bidones y cajones del piso para subirlos a la unidad y acomodarlos, con un movimiento que comprende colocarlos a la altura de su vista y en estantes que superan su propia altura, para luego bajarlos en cada domicilio o comercio, y en el caso de los bidones colocarlos en dispenser. En mi experiencia, esos bidones se cargan en el hombro, en el camino que va desde el camión al domicilio particular hasta ubicarlos en el dispenser. Si bien los packs de vino, gaseosa y cerveza se subían con autoelevador, ellos debían ser bajados a mano para colocarlos sobre el carrito con ruedas y dejarlo en el comercio.

No hay constancias de que el empleador haya entregado los elementos de seguridad, ni que ninguna de las ART que tuvo Fiordelli en todos aquellos años, los haya impuesto al empleador.

Declararon al efecto, un compañero de trabajo y un cliente. Francisco Andrés Barra fue compañero de trabajo del actor en Remo Fiordelli. Trabajó entre 2001 y 2004 y cuenta que Fasano ya estaba en la empresa, y que eran 3 repartidores de soda y agua mineral. El actor le mostró la zona, pero el reparto lo hacía cada uno individualmente. El actor hacía reparto en zona de chacras en Huergo, Godoy, Regina y Chichinales. Por ese tiempo recién se largaba con el reparto de bidones de agua que pesan unos 22 kg. Debía bajarse cada bidon y colocarlo en el dispenser. Llevaban también 6 sifones de 2 litros por canasto y no contaban con cargador con ruedas. Se movían de 40 a 60 cajones diarios normalmente y en verano duplicaba. Se trabajaba entre las 8 y las 19 horas y al volver se preparaban los pedidos para cargar al día siguiente. Lo único que se cargaba con autoelevador era la cerveza y gaseosa que venían paletizadas. Ya en el comercio se desarmaban los palets y se bajaban los cajones en carrito. Los packs según sean de vino a gaseosas pesan entre 14 y 24 kilos. Cuando compraron los camiones "Tata" que son específicamente de reparto, había 3 estantes para levantar los bidones y empezaron a dar elementos de protección en el último tiempo. En el tiempo que el estuvo no le dieron instrucciones sobre levantamiento de peso y tuvo una hernia inguinal de la que debió operarse.

Miguel Angel Lucero, trabajó con Fassano en galpón de empaque y aserradero de Moño Azul. Es cliente de Fiordelli porque le dejan el agua. El actor era repartidor su barrio en Villa Regina. Lo hacía él solo. Reparte en un camión desde donde tiene que bajar los bidones, ingresarlos al domicilio donde los deja y colocarlos en el dispenser. Se trata de bidones que pesan entre 18 y 20 kgs. El recibe el agua todos los días jueves. Entre las 16 y 17 horas de los jueves llega a su casa. Los bidones en el camión están a 1,60

metros de altura. La carga y descarga es manual.

3-El perito médico oficial explica a fs. 205/207 que Fasano "...comienza durante el año 2013 con dolor en la zona lumbar, cervical y hombro derecho...Concurre a la consulta, le brindan tratamiento médico, kinésico y estudios. RMN 23/9/13 deshidratación discos D12-L1, L4-L5, L5-S1; EMG (electromiograma) radiculopatía L4-L5 bilateral, RMN 19/5/14 pinzamiento C5-C6 con protrusión, C4-C5 protrusión, hombro derecho y cambios edematosos, cambios degenerativos acromio claviculares, edema de cápsula articular, bursitis, tendinosis supaespinoso. Examen físico: Hombro derecho, Aducción 30°, Elevación anterior 90°, Elevación posterior 30°, Abdoelevación 90°, Rotación interna 60°, Rotación externa 70°, Hernia discal lumbar no operable con radiculopatía. Lesiones sufridas: limitación funcional hombro derecho, hernia discal lumbar no operable L4-L5. Porcentaje de incapacidad...38%"... Las lesiones y dolencias sufridas pudieron ser provocadas y/o agravadas en las tareas que el actor desempeñaba diariamente...Quedan encuadradas como enfermedad profesional, por tareas repetitivas de carga moderada mas vibración de cuerpo entero..."

Ingresando de pleno en el ensamble de lo que considero acreditado, concluyo en que las patologías descriptas por el médico oficial que padece el Sr. Fasano tienen plena vinculación con su trabajo. Me refiero a que durante 17 años, el desarrollo de los movimientos físicos pesados, reiterados día tras día, con maniobras repetitivas de flexiones y extensiones máximas, y el peso a que estaba sometido su hombro derecho en el que cargaba los bidones que bajaba y colocaba en cada domicilio, a lo que debemos sumar la vibración del camión transitado por caminos rurales, explica objetivamente su estado actual de salud del trabajador.

El dictamen fue cuestionado mediante impugnación de fs. 209/210 por PROVINCIA ART SA, con serias observaciones a la génesis de las discopatías y afecciones columnares, pues en su opinión, en ellas intervienen múltiples factores además de los mecánicos tales como la edad, factores bioquímicos, metabólicos y la genética. Sobre el hombro doloroso expresa que el motivo del reclamo responde a un síntoma que es el dolor, que desde el punto de vista conceptual es subjetivo y que no existe datos objetivos que avalen la justificación del mismo, derivado de una enfermedad profesional. Además refiere que no se puede admitir que los peritos de oficio apliquen arbitrariamente su criterio personal sin parámetro alguno ni cumplimiento científico técnico dentro de la LRT y Decreto 659/96.

La actora formula observación a la pericia médica porque se ha omitido responder a 3

de los puntos puestos a su consideración, mas luego no notifica al perito, ni mantiene su pedido.

A fs. 212/213 impugna GALENO ART SA porque el médico oficial no describe examen físico de columna lumbar, ni determina limitación funcional. Que diagnostica la hernia como inoperable, pero no dice el motivo de ello, y que sobrevalora la incapacidad o secuela, cuando la patología discal es una enfermedad consistente en un proceso degenerativo crónico, que se inicia con una alteración de los tejidos constitutivos de dichos órganos y cambios bioquímicos, tales como reducción del grado de hidratación, lo que hace que se vaya deteriorando paulatinamente su estructura, llevando a una progresiva debilidad del anillo fibrocartilaginoso que la rodea, y que contiene el núcleo pulposo. De allí que la hernia de disco es una complicación o consecuencia del proceso degenerativo discal, que siempre es previo y lleva años en desarrollarse. Ergo, en su opinión son patologías inculpables. Que se trata de enfermedades que no están contempladas en el listado de Enfermedades Profesionales que solo contiene la espondiloartrosis lumbar y calcificación de los discos intervertebrales, en relación a actividades que expongan a vibraciones de cuerpo entero para la conducción de vehículos pesados, operadores de grúas y equipos pesados.

A fs. 217 el especialista responde ratificando el dictamen y explica que, si bien las secuelas presentadas podrían ser consecuencia de una agravación provocada por el tipo de labor, constan lesiones agudas como la bursitis y el edema articular, lesiones discales que comprometen el saco dural, produciendo una manifestación radicular. Agrega que el actor se encontraba expuesto a vibración de cuerpo entero y tareas de carga repetitiva, que son posibles agentes causantes y/o agravantes de cualquier proceso agudo en base de un proceso degenerativo y, en consecuencia, afecciones producidas por el trabajo.

Si tomo a pie juntillas los planteos impugnativos, en los cuales se pretende que el proceso patológico es lento y se desarrolla con el tiempo, producto de un degeneramiento crónico, justamente puedo sostener que la suma de traumatismos recibidos a partir de los 37 años en el actor, incidieron sostenidamente para llevarlo al desgaste que hoy exhibe. Estamos hablando de que aun cuando pudiera haber un terreno físico predisponente (siempre lo hay en una enfermedad profesional), claramente en el contexto reseñado, el trabajo en las condiciones de exigencia que tenía, contribuyó a la degeneración que los estudios realizados denotan y que, con algunas pocas diferencias, exhiben tanto el dictamen privado de fs. 2/3, como el del médico oficial. Tal como lo prevé el Decreto 49/2014 para considerar una hernia de disco (en este caso con

compromiso radicular) como enfermedad profesional el agente requiere de actividades laborales que exijan movimientos repetitivos y/o posiciones forzadas de la columna vertebral lumbosacra que en su desarrollo suponga levantar, trasladar, mover o empujar objetos pesados.

Merece destacarse que el Decreto 658/96 indica que para que exista una enfermedad profesional debe haber: a) un agente en el ambiente de trabajo que por sus propiedades puede producir un daño a la salud; b) exposición (demostración que el contacto entre trabajador y el agente o condiciones de trabajo nocivas sea capaz de provocar un daño a la salud); c) enfermedad; y d) relación de causalidad que permitan establecer una asociación de causa efecto entre la patología y la presencia en el trabajo de las condiciones.

En consecuencia concluyo que, la exposición sostenida a los agentes nocivos descriptos, fueron eficientes para causar el daño que hoy padece o agravar el proceso degenerativo si ya hubiera comenzado, tal como lo explican el perito de parte y el oficial. Debo evaluar que al no contar con un examen preocupacional que indique que el físico del Sr. Fasano presentaba alguna alteración en las zonas lesionadas, a los 37 años cuando ingresó a prestar servicios para Fiordelli, se encontraba en condiciones óptimas para hacer las tareas que se le requirieron, y en consecuencia que su dolencia comenzó con el trabajo.

IV.-Quien debe responder: GALENO ART SA solicita que se habilite la repetición del eventual monto de las prestaciones a cargo de la ART, del fondo fiduciario de enfermedades profesionales. Para el hipotético caso que se pronunciara negativamente sobre la competencia de las Comisiones Médicas, y se determinara como enfermedad profesional en sede judicial, entiendo que se lo pondría en situación de no poder destinar el Fondo Fiduciario a la finalidad para la cual fue creado, provocando un perjuicio patrimonial a GALENO ART SA, obligándola a brindar las prestaciones con dinero de su propio peculio.

Vale consignar que el dictado del decreto de necesidad y urgencia 1278/2000 rompió la impermeabilidad del Listado de Enfermedades Profesionales, nacido con el art. 6 de la ley 24557, habilitando el derecho de los interesados a plantear la petición ante las Comisiones Médicas para que comprueben que, en su caso particular, la patología que portan ha sido provocada en forma directa e inmediata por el empleo, reglamentando luego el Decreto 410/2001 la vía de acceso al régimen especial.

También debemos recordar que ello no afectó el negocio de las aseguradoras, porque

dispuso que las enfermedades profesionales no serían sufragadas por aquellas, sino con cargo al Fondo Fiduciario especialmente creado al efecto, dejando a salvo el patrimonio de las ART para no afectar la previsibilidad ni la viabilidad del negocio.

Sin embargo, como en el caso, GALENO ART SA no citó como tercero al Fondo Fiduciario, a fin de que la sentencia le afecte como a las partes, será la ART quien acompañando esta decisión jurisdiccional deberá presentarse a hacer valer sus derechos en el marco legal indicado.

De conformidad con los antecedentes agregados a fs. 88 por la codemandada Provincia ART SA, desde el 1/7/1996 al 31/12/1999 Fiordelli fue asegurado por ASOCIART ART, entre 1/1/2000 y 31/8/2004 por LA SEGUNDA, entre 1/9/2004 y 31/5/2007 por PREVENCIÓN, entre 1/6/2007 y 21/12/2002 por HORIZONTE, entre 1/1/2013 y 28/2/2014 por MAPFRE/GALENO y solo a partir del 1/3/2014 por PROVINCIA ART SA, de modo que es GALENO ART SA, en razón de ser la aseguradora de riesgo a la que se han efectuado las cotizaciones a la fecha de la primera manifestación invalidante y tratarse de una contingencia originada en un proceso desarrollado a través del tiempo, quien debe responder por la indemnización que se dispone en autos, de conformidad con lo dispuesto por el art. 47 de la ley 24557.

V.-Incapacidad: El especialista oficial, asigna limitación funcional del hombro derecho con un 11% y hernia discal lumbar no operable con un 20%, ambos en concepto de incapacidad pura, lo que suma un 31%. El factor edad está erróneamente evaluado por cuanto el porcentaje aplicable del 2% es directo (y no sobre el porcentaje de incapacidad pura) y se le suma el 3,1% de dificultad intermedia para la tarea, y 3,1% por ameritar recalificación, por lo que el porcentaje final es del 39,2% y no del 38.

VI.-IBM-Indemnización resultante: la parte actora agregó recibos de haberes de un período posterior al previsto por el art. 14.2.a de la LRT que remite al art. 12 que dispone: "...A los fines del cálculo del valor del ingreso base, se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengado -de conformidad con lo establecido por el art. 1 del Convenio 95 de la OIT- por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor...".

A tal fin se tomará el promedio anual previsto por el CCT 152/91 en la categoría chofer de reparto sin ayudante para la rama aguas gaseosas en sus escalas salariales previstas para mayo a agosto/ 2013, setiembre a diciembre/2013 y enero a abril/2014, con un salario mínimo garantizado de \$ 5.971, incentivo por asistencia y puntualidad de \$ 574,

suma remunerativa acuerdo 2011 de \$ 149 y antigüedad del 1% por cada año de \$ 955,36 para el período mayo-agosto/2013; con un salario mínimo garantizado de \$ 6.413, incentivo por asistencia y puntualidad de \$ 617, suma remunerativa acuerdo 2011 de \$ 125 y antigüedad del 1% por cada año de \$ 1.026,08 para el período setiembre-diciembre/2013; y con un salario mínimo garantizado de \$ 7054, incentivo por asistencia y puntualidad de \$ 679, suma remunerativa acuerdo 2011 de \$ 115 y antigüedad del 1% por cada año de \$ 1.199,18 para el período enero-abril/2014. A ello hay que adicionar el incentivo anual del art. 143 inc b del CCT de \$ 1.357. De ello resulta un haber anual de \$ 100.867,48 mas 8.402,26 de SAC lo cual da un total de \$ 109.269,74 del que resulta un IBM de \$ 9.227,22.

El índice de edad es de 1,2264 considerando que el actor contaba al momento de la primera manifestación invalidante con 53 años, por ende la cuenta final es la que sigue:
 $9.227,22 \times 53 = \$ 489.042,66 \times 39,2\% = 191.704,72 \times 1,2264 = 235.106,67 \times 20\%$ (\$ 47.021,33 -art. 3 ley 26773)= \$ 282.128,00 mas intereses desde el 30/4/2014 \$ 453.109,78= \$ 735.237,78.

Se aplicaron sobre el capital los intereses de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Loza Longo" dictado en 27-05-2010, esto hasta el 24-11-2015; a partir del 25-11-2015 la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses conforme criterio sentado por el STJRN en la causa: "Jerez Fabián Armando c/ Municipalidad de San Antonio Oeste" (Expte. LS3-11-STJ2015), Sentencia del 24-11-2015 hasta el 31-08-2015, a partir del 01-09-2016 con la tasa de Banco Nacion para las nuevas operaciones de préstamos personales libre destino, consistentes en operaciones a un plazo máximo de 36 meses, de acuerdo a la causa "Guichaqueo Eduardo Ariel c/ Provincia de Río Negro (Policía Río Negro) s/ Accidente de Trabajo s/Inaplicabilidad de Ley", (Expte. 27980/15- STJ) Sentencia del 18-08-2016 y a partir del 01/08/2018, la tasa prevista por el reciente fallo del STJRN en la causa "Fleitas Lidia Beatriz c/ Prevención ART S.A. s/ Accidenet de Trabajo s/ Inaplicabilidad de Ley" (Expte. N° H-2ro-2082-L2015//29826/18-STJ), Sentencia del 04/07/2018, en la que el máximo Tribunal adopta con carácter de Doctrina legal a partir del primer día del mes siguiente al dictado del fallo, la tasa establecida por dicha institución oficial para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor. En este caso, los intereses judiciales se calculan al 20/12/2018, aclarando que seguirán devengándose

hasta el efectivo pago.

VII.-Costas judiciales: Finalmente las costas que deberán ser soportadas por GALENO ART SA por aplicación del principio objetivo de la derrota de los arts. 25 de la ley 1.504 y 68 del C.P.C.C. Sin perjuicio de lo expresado, se imponen las costas a la parte actora al hacerse lugar a la falta de legitimación pasiva de PROVINCIA ART SA, toda vez que en la etapa extrajudicial ya había anoticiado que carecía de responsabilidad por la enfermedad profesional en función de los datos puntuales que la misma reclamante había dado, y que reproduce al momento de promover esta acción.

Propongo regular los honorarios de la Dra. Lorena Koltanski (apoderada) y Hernán E. Mones (patrocinante) en \$ 41.175 y \$ 102.935 (a cargo de GALENO ART SA), los del Dr. Damián Leonart en \$ 123.520 (a cargo de GALENO ART SA) y los del Dr. Fernando Detlefs en \$ 143.695 (a cargo de la parte actora)- Monto base: \$ 735.237,78, arts. 6, 7, 8, 10, 38 y 40 de la ley 2212- y los del perito médico Pablo Rafael Miranda en \$ 36.760. TAL MI VOTO.

Los Dres. Edgardo Juan Albrieu y María del Carmen Vicente, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, LA CÁMARA SEGUNDA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD;

RESUELVE: 1) Hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por PROVINCIA ART SA, y en su consecuencia rechazar la demanda en su contra promovida por HUGO DANIEL FASANO, con costas al actor, regulando los honorarios del Dr. Fernando Detlefs en \$ 143.695.

2) Rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva y falta de acción opuesta por GALENO ART SA;

3) Hacer lugar a la demanda instaurada por el actor: HUGO DANIEL FASANO contra la codemandada: GALENO ART SA, y en consecuencia condenando a ésta última a pagar al primero, en el plazo DIEZ DIAS de notificada, la suma de \$ 735.237,78 en concepto de indemnización por enfermedad profesional, importe que incluye los intereses explicados en el considerando calculados al 20/12/2018, que seguirán devengándose hasta el efectivo pago. Con costas a cargo de GALENO ART SA, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de la Dra. Lorena Koltanski (apoderada) y Hernán E. Mones (patrocinante) en \$ 41.175 y \$ 102.935, los del Dr. Damián Leonart en \$ 123.520 (Monto base: \$ 735.237,78, arts. 6, 7, 8, 10, 38 y 40 de la ley 2212) y los del perito médico Pablo Rafael Miranda en \$ 36.760 (art. 18 ley 5069).

- 4) 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.
- 5) Oportunamente, firme que se encuentre la presente, por Secretaría practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones, la que deberá abonarse en boleta de deposito bancario, a los quince días de notificada bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 18 de la Ley 2716. Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DRA. MARÍA DEL CARMEN VICENTE

-Presidente-

DRA. GABRIELA GADANO DR. EDGARDO JUAN ALBRIEU

-Juez- -Juez-

Ante mí: DRA. MARCELA LOPEZ

-Secretaria Subrogante-