

//neral Roca, 31 de mayo de 2012.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "AROCA CLAUDIO EDUARDO s/ APELACION LEY 24557" (Expte.Nº 2CT-23582-10).-

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. Diego Jorge Broggin, quien dijo:

RESULTANDO: 1.- Que Claudio Eduardo Aroca solicitó la intervención de la Comisión Médica Nº 18 de la ciudad de Viedma (Pcia. de Río Negro), iniciándose el 24/09/2001 el Expediente Nº 018-L-00398/01 (fs.1), con motivo de la divergencia mantenida con Consolidar A.R.T –aseguradora del empleador Cerámica Cunmallen S.A.- respecto de las prestaciones debidas por el accidente de trabajo denunciado como ocurrido el 9/8/2001, en circunstancias en que trabajando en la fábrica, "...al agacharse para levantar bandeja, siente un tirón en la espalda a la altura de la cintura...", diagnosticándosele en la ocasión una "lumbociatalgia".

Celebrada la audiencia prevista por el art.13 del Decreto 717/96 (fs.10/11), ocasión en la que se agregan las pruebas documentales aportadas por el damnificado y la aseguradora, el organismo administrativo emite dictamen el 24/10/2001 (fs.22/24).

Se describe allí el siniestro explicando que el actor "...mientras realizaba las tareas habituales, al agacharse para levantar una bandeja, siente un tirón en la espalda, a la altura de la cintura...", recibiendo por ello tratamiento médico y farmacéutico durante siete días.

Se señalan como preexistencias "...Vértebra transicional lumbosacra articulada bilateralmente. Disminución a la altura del espacio entre las dos últimas vértebras lumbares y entre la 5ª lumbar y la transicional, en el sector posterior de los mismos. Curva lumbar de convexidad derecha. Según informe radiológico de fecha 13/8/01, firmado por el Dr. Faintein Day...".

Se relatan las conclusiones del examen físico llevado a cabo el 12/10/2001, expresándose que "...columna dorsolumbar: en eje. Movilidad: flexión 90°, extensión 30°, inclinaciones derecha e izquierda: 30°, rotaciones derecha e izquierda: 30°. Lasegue negativo bilateral. Reflejos osteotendinosos presentes y simétricos. No puede caminar en puntas de pie ni adoptar la posición de cuclillas por referir dolor en la cara posterior de la pierna derecha..."; como que la dificultad para realizar la tarea habitual radica en el "...dolor lumbar...".

En tales condiciones se concluye en que el actor sufrió un accidente de trabajo; que la

aseguradora otorgó por ello las prestaciones en especie en debido tiempo y forma y que la sintomatología residual advertida en el examen médico obedece a una patología de carácter inculpable, que como tal no amerita la determinación de incapacidad dentro del sistema de la Ley de Riesgos del Trabajo, por lo que en definitiva se resuelve en el sentido de su inexistencia (0%).

Contra ello el accionante deduce por vía epistolar el recurso de apelación previsto en el art. 46 de la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, lo que determina la remisión de las actuaciones al Juzgado Federal de esta localidad, donde como primera providencia se intima al empleador y a la ART a comparecer a estar a derecho y al recurrente a expresar agravios.

Mediante presentación de fs.37 se hace parte la firma Cerámica Cunmalleu S.A., con el patrocinio de los Dres. Pablo Joaquín González y Fernando Enrique Detlefs, en tanto que Consolidar ART S.A. hace lo propio a fs.56, bajo el apoderamiento de la Dra. Adriana Rodríguez Carriquiriborde y el patrocinio letrado del Dr. Roque Lapusata.

A su turno y a través del libelo que se agrega a fs.40/42 el actor expresa sus agravios contra el dictamen de la Comisión Médica, cuestionando concretamente la conclusión de inexistencia de incapacidad y la negativa al otorgamiento de las prestaciones, por considerar que ello no condice con la realidad, sino que traduce sólo el voluntarismo del organismo, fundamentalmente -expresa- ante la inexistencia de los exámenes preocupacionales y periódicos de carácter obligatorio de los que pudiera resultar el carácter extralaboral de las dolencias que se sostiene.

Ello no obstante las dificultades funcionales e intensos dolores verificados en el examen cumplido ante la Comisión Médica, quien de esa manera -expresa- ha omitido toda consideración seria de las reales secuelas incapacitantes que el infortunado sufre en su columna vertebral, con irradiación neurológica hacia los miembros inferiores, generando una marcada minusvalía laborativa que en los hechos hace imposible el trabajo.

A todo evento deduce planteo de inconstitucionalidad del art.6º de la Ley de Riesgos del Trabajo y Decretos Reglamentarios 658/96 y 659/96, en cuanto el baremo y listado de enfermedades que respectivamente instituyen no consideran, entre otras patologías, las que presenta el actor, sin explicación medico-científica ni jurídica alguna que sirva de fundamento a la exclusión y con grave lesión a garantías y derechos de raigambre constitucional con fuente en las normas de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que cita.

Ofrece prueba.

Corrido a fs.57 traslado de la expresión de agravios del actor, sólo la aseguradora contesta a fs.60/65, solicitando el rechazo de la pretensión por considerarla carente de la fundamentación necesaria para desvirtuar la conclusión de la Comisión Médica, que comparte, solicitando por ello la declaración sin más de desierto del recurso.

A la vez que se opone al planteo de inconstitucionalidad, por considerarlo abstracto, infundado y por el hecho de que el accionante no puede objetar la validez de un sistema al cual en su momento se sometió voluntariamente y sin cuestionamientos, por la sola circunstancia de enfrentarse ahora con una solución adversa a sus intereses.

Para luego explayarse en consideraciones en favor de la constitucionalidad de la norma. Mediante providencias de fs.75, 87 y 89 se dispone la apertura a prueba de la causa, designándose perito médico al Dr. Carlos Argañaraz, quien cumple con su cometido a través del informe que se agrega a fs.151/161, siendo objeto de pedido de aclaración por el actor a fs.166 y de impugnación por la aseguradora fs.167, ambos contestados por el auxiliar a fs.174/177.

Concluida la etapa probatoria, siempre en la sede judicial federal, la aseguradora formula alegato a fs.183 y el recurrente a fs.184, ordenándose por providencia de fs.185, del 13/7/2006, el pase de los autos para dictar sentencia.

Mediante resolución de fecha 30/9/2010 el Juez Federal Subrogante resuelve declarar la incompetencia para entender en las actuaciones con argumento en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los autos "Castillo" y "Fiseres", ordenando la remisión a este Tribunal, quien por providencia de fs.195, de acuerdo con los fundamentos del precedente "Correa, Carlos s/ Recurso de Apelación - Art.46 Ley 24.557", asume la competencia para finalmente ordenar a fs.210 el pase de los AUTOS al ACUERDO para dictar sentencia.-

CONSIDERANDO: Planteado el conflicto en los términos reseñados, el conocimiento de este Tribunal habrá de circunscribirse a revisar la decisión de la Comisión Médica N° 18 que luce a fs.25/26, puntualmente en orden a establecer, en principio, si el accidente de trabajo que el actor sufrió el 9/8/2001 –reconocido por el organismo y no refutado por las partes de estos autos- ha generado o no una secuela invalidante que deba ser resarcida con las prestaciones previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo.

De manera que para ello corresponde ante todo ingresar en las conclusiones a que sobre el punto arriba el perito médico designado por el Tribunal, en el informe que luce a fs. 151/161 con más sus aclaraciones de fs.174/177.

Allí el Dr. Daniel Ambroggio, luego de reseñar las constancias médicas adunadas a la causa relata el resultado del examen practicado al damnificado en oportunidad de la entrevista, explicando que en la región afectada "...Columna Lumbar: Cicatriz quirúrgica lineal mediana de 8 cm de longitud sin alteraciones en el sector lumbar, que se extiende desde L2 hasta L5, dolorosa a la comprensión en su extremo superior. Exploración funcional: Movimiento flexión, valor normal hasta 90°, limitación 90°; Movimiento extensión, valor normal hasta 20°, limitación 20°; Movimiento inclinación lateral derecha, valor normal hasta 30°, limitación 20°; Movimiento inclinación lateral izquierda, valor normal hasta 30°, limitación 30°; Movimiento rotación interna, valor normal hasta 30°, limitación 30°; Movimiento rotación externa valor normal hasta 30°, limitación 30°. Caderas: sin alteraciones Muslos: Hipotrofia derecha de 2 cm. respecto al contralateral (47 cm y 50 cm respectivamente, medidos a 10 cm de la rótula). Tono y fuerza muscular bilateral levemente disminuidos, a predominio izquierdo. Marcada hipoestesia izquierda. Reflejos osteotendinosos (patelar derecho e izquierdo; aquiliano derecho e izquierdo: todos positivos. Signo de Lasegue: negativo bilateral. Rodillas: Sin alteraciones. Piernas: Hipoestesia izquierda. Dilataciones venosas pierna izquierda. Marcha con balanceo por descenso de pelvis al apoyar el miembro inferior izquierdo. Marcha en Puntillas: Limitada al apoyar el miembro inferior izquierdo..."

Se expone sobre las conclusiones que extrae de la documentación médica obrante en la causa y la producida para la realización de la pericia.

Refiere a renglón seguido, como consideraciones médico legales, que "...analizada cronológicamente la secuencia evolutiva del caso, sus manifestaciones mórbidas, diagnósticos, tratamientos, certificaciones médicas y los estudios realizados obrantes en autos se infiere que el actor: Trabajó para la empleadora realizando tareas de peón vario con una antigüedad de 14 años en el puesto laboral. Según refiere el actor, además de los accidentes del 2000 y 2001 obrantes en el Expte. de autos: Ha sufrido otros dos accidentes laborales con lesiones de columna lumbar realizando tareas de esfuerzo: en 1990 con asistencia médica cubierta por la empresa y en febrero de 2004 con asistencia médica y cirugía de columna cubierta por su Obra Social. Posteriormente a que la ART interrumpiera las prestaciones asistenciales del accidente del año 2001 persistió con la dolencia lumbar irradiada a sus miembros inferiores. En el año 2004 sufrió otro accidente laboral que le produjo lumbalgia y que no fue reconocido por la ART, debiendo recibir tratamiento médico y quirúrgico por su Obra Social y que a partir de ese año, la empresa le otorgó cambio de puesto laboral de Peón general al de pañolero,

realizando desde entonces y hasta la fecha tareas sin esfuerzos acordes a sus posibilidades físicas. Según la documentación adjunta al Expte presentó: En el año 2000 y 2001 sendos accidentes laborales, lumbalgias de esfuerzos con similares características en su evolución clínica, cobertura asistencial por ART y diagnóstico de Patologías inculpables - Sin incapacidad, consignándose como preexistencia 3 (tres) hernias discales lumbares por RNM realizada en 1998 por dictámenes respectivos de las Comisiones Médicas N°009 y 018 a las que recurriera el actor..."

Asimismo que examinado clínica, anatómica y funcionalmente se constatan las siguientes alteraciones y secuelas: "...1.- Anátomo-morfológicas: Cicatriz quirúrgica en columna lumbar de L1 a L5, dolorosa a la compresión en su extremo superior. Hipotrofia de muslo derecho. Anomalías congénitas en la 5ta. vértebra lumbar. Hernia discal en el espacio intervertebral L1-L2 posteromedial y posterolateral izquierda, con compresión del saco dural. Discopatías degenerativas con protusiones discales en L4-L5 y L5-S1 posteromedial y bilateral con ligero predominio derecho. 2.- Funcionales: Hipoestesia en miembro inferior izquierdo. Disminución de la fuerza y resistencia muscular, a predominio izquierdo. Alteración de la marcha habitual y limitación para la marcha en puntillas al apoyar el miembro inferior izquierdo. 3.- Económico sociales: Dificultad para continuar cumpliendo con tareas inherentes a su profesión de albañil que desarrollaba hasta la fecha del accidente, como aquéllas que demanden esfuerzos y movimientos de columna lumbar y empujar, arrastrar y transportar pesos. Imposibilidad de competencia en el mercado laboral ante un examen preocupacional..."

En base a todo lo cual brinda las siguientes conclusiones: "...1. El Sr. Claudio Aroca de 44 años discapacitado por sordera bilateral congénita y dislexia secundaria, trabaja como peón vario para la empleadora con 14 años de antigüedad al momento del accidente. 2. No existen antecedentes de legajo médico personal, examen preocupacional y/o exámenes periódicos en el Expte. (y no fueron adjuntados los solicitados para esta pericia a la empleadora y ART), de que esta patología vertebral se manifestara clínicamente y/o le produjera limitaciones funcionales previamente a la fecha del 1º accidente (10/07/00). 3. Según la documentación de autos, presentó en los años 2000 y 2001 sendos accidentes laborales, evaluados por las Comisiones Médicas 009 y 018 con diagnóstico de lumbalgia de esfuerzo-enfermedad inculpable-sin incapacidad, consignando como preexistencia hernias discales lumbares por RNM desde 1998. 4. Presenta antecedentes patológicos de espondilo-discartrosis lumbar degenerativa con hernias lumbares múltiples, tratamiento quirúrgico en 2004. 5. Los

estudios diagnósticos actuales por RNM evidencian hernia discal en L1-L2 con protrusiones discales en L4-L5 y L5-S1, y el EMG: radiculopatía L5 izquierda crónica (más de 6 meses) y aguda sobre-impuesta (menos 3 meses). 6. El examen clínico demuestra secuela del compromiso neuroradicular en sus miembros inferiores (hipotrofia de cuádriceps derecho, hipoestesia del izquierdo, etc.). 7. Las alteraciones certificadas en los diagnósticos y las secuelas consignadas en examen clínico y actuales son expresión de la cronología evolutiva del caso; coexistiendo signología lesional de distinta data (desde 1998) en distintos estadios evolutivos. 8. El mecanismo lesional traumático lumbar producido por los esfuerzos realizados en los reiterados accidentes laborales del caso de autos: Pudo haber causado dolencias lumbares agudas transitorias, en ausencia de patologías discales previas. Carece de eficiencia lesiva para producir hernias discales lumbares en ausencia de patologías discales previas. Pudo desencadenar y/o exacerbar signo-signomatología lumbar actuando sobre las hernias lumbares preexistentes, con la consecuente limitación funcional antálgica que persistente le impidiera continuar desarrollando tareas que cumplía previamente. 9. Las secuelas incapacitantes son de orden: Anatómico, funcional y económico social 10. Estas secuelas le producen una incapacidad parcial y permanente. 11. Según Baremo Dec. 659/96 para las secuelas lumbares del accidente laboral: Lumbociatalgia con alteraciones clínicas, radiográficas y/o electromiográficas leves o moderadas: 5 - 10%. Hernia discal operada con secuelas clínicas y EMG. leves: 10 a 15%. 12. Relación de causalidad: Existe relación concausal con el trabajo pero, no se configuran los nexos etiológicos, necesarios para establecer relación de causalidad entre los traumatismos lumbares de los accidentes laborales y las lesiones discales lumbares, según lo requerido por V.S. '\todo de acuerdo a la tabla de incapacidades aprobada por decreto 659/96 y/o el listado de enfermedades profesionales aprobado por Decreto 658/96\': 13. Consecuentemente no se establece incapacidad laboral de causal laboral...".

En respuesta al pedido de aclaración del actor y la impugnación de la aseguradora, insistió en que la evaluación de la incapacidad laboral secuelar al accidente de autos fue realizada en un todo de acuerdo a la tabla de incapacidades aprobada por Decreto 659/96, a la par que explicó que las denuncias por accidente que efectuó el actor (doce en total) "...sin haber conseguido un solo grado de incapacidad referidas a una patología en ausencia de neurosis de renta, sugiere la persistente realización de tareas sin contar con aptitud física acorde a las exigencias del puesto laboral, pero no es vinculante al resultado de esta pericia...".

Formulada de tal modo la reseña de la materia probatoria del pleito, la solución a que se arribe lo será por vía de la consideración de las conclusiones que aporta el perito médico, habida cuenta que su labor cumple suficientemente con las pautas que impone el art. 472 del C.P.C.C. y con ello el informe aporta plena eficacia probatoria en los términos del art.477 del mismo cuerpo legal, ambas normas aplicables a este procedimiento laboral por mandato del art.59 de la ley 1.504.

Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, la pericia es una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial, por un tercero imparcial respecto de las partes en el proceso especialmente calificado por su versación en los aspectos técnicos y/o científicos de la cuestión en debate, siendo su función suministrar al Juez las razones para la formación de su convencimiento, sobre aspectos cuyo entendimiento o percepción escapan a las aptitudes del común de la gente.

De allí que toda impugnación que se haga a su labor debe contar con la fuerza y fundamento que evidencie la falta de idoneidad en la valoración o exposición de los puntos científicos en que se funda el dictamen, ya que quien pretende apartarse de tales conclusiones, debe a su vez sustentar su posición sobre bases sólidas demostrativas de la equivocación del idóneo, a través de una objeción que contenga fundamentos válidos que formen convicción en el juzgador sobre la procedencia de las impugnaciones (Cfr. este Tribunal en autos "Garrido Lagos, José Luis c/ Asociart S.A. ART s/ accidente de trabajo" Expte N° 2CT19516-07, Sentencia del 27/11/2009; "Gallegos Delgado, Sergio Hernán s/ apelacion ley 24557" (Expte.N° 2CT-23538-10, Sentencia del 20/4/2012, entre otros).

Nada de lo cual se ve satisfecho en los cuestionamientos formulados contra la pericia, particularmente por la aseguradora, por lo que en tales condiciones resulta materia comprobada que el accionante es portador actual de una incapacidad laboral producto de una patología diagnosticada como lumbociatalgia con alteraciones clínicas, radiográficas y/o electromiográficas leves o moderadas, que ha operado sobre una hernia discal cuya data precede al accidente denunciado como ocurrido el 9/8/2001 e incluso a uno anterior, también denunciado, cuyas constancias obran en el expediente a fs.18/21, del 10/7/2000.

Correspondiendo ergo admitir la presencia de un vínculo entre los traumatismos lumbares y la minusvalía corroborada, no de carácter causal directo, pero sí de tipo concausal, relacionado tanto con dichos sucesos puntuales, como con el hecho general de haber prestado tareas a lo largo de un extenso período sin la aptitud física adecuada.

Luego, los eventos en cuestión tampoco ameritan en rigor la calificación de accidentes de trabajo en la acepción que recepta la normativa especial, pues los hechos consistentes en haber sentido un "...intenso tirón en la cintura irradiado a la pierna derecha y posteriormente a las dos piernas..." cuando trasladaba una cantera el 10/2/2000 (fs.19) y de haber sentido un tirón en la espalda a la altura de la cintura al agacharse en la fábrica para levantar una bandeja el 9/8/2001 (fs.23), pueden en el mejor de los casos cuadrar en el atributo de súbitos, mas no tan claramente en el de violentos.

Pero de lo que no caben dudas es que en ambos casos se trató de hechos disparadores de una sintomatología patológica, en la que el trabajo tuvo la incidencia que sostiene el perito.

Con lo que es bajo tales condiciones que corresponde dilucidar la pertinencia o no del derecho al resarcimiento que se pretende como obligación en cabeza de la aseguradora y dentro de la arquitectura sistémica de la Ley de Riesgos del Trabajo, ya que en el caso no se ha ejercido petición de otra naturaleza.

Así, se impone recordar que la norma asigna carácter de contingencia cubierta por un lado a los accidentes de trabajo, definidos en el art.6º, primer párrafo, como "...todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo..." y, por el otro, a las enfermedades profesionales que, de acuerdo con el párrafo segundo de la misma disposición, son "...aquéllas que se encuentran incluidas en el listado que elaborará y revisará el Poder Ejecutivo..." excluyéndose de la calificación sólo a "...los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales causados por dolo del trabajador o fuerza mayor extraña al trabajo..." (inc.a del párrafo tercero) y a "...las incapacidades del trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditadas en el examen preocupacional..." (inc.b del mismo párrafo).

Vale decir que para la atribución de responsabilidad en el esquema en análisis es requisito ineludible que el trabajador se haya incapacitado a raíz de un evento ocurrido por el hecho o en ocasión (en cuanto a tiempo y lugar) del cumplimiento de las tareas, o como consecuencia de una enfermedad de las incluidas en el listado aprobado por el Decreto 658/96 o considerada como profesional por la Comisión Médica (esto último desde la reforma operada por el Decreto 1278/00), contraída durante la vigencia de la relación laboral.

Cabe entonces preguntarse qué solución aporta tal esquema, en un supuesto como el del caso donde a partir de la conclusión pericial aceptada entra en escena el concepto de la

concausalidad.

En el meduloso trabajo "Hernia abdominal: ¿accidente de trabajo o enfermedad inculpable? (cfr.DT 1999-A, pág.46 y ss), Luis Enrique Ramírez sostiene que la denominada teoría de la indiferencia de la concausa "...fue una creación pretoriana que comenzó a ser aplicada a partir de la década del '40..."; que se vio incluso convalidada por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia de 1945, en autos "Tomellieri, Teresa L. y otros c/ Gobierno Nacional" y que "...gozó de buena salud hasta que entró en vigencia la ley 24.028 cuyo art.2º pretendió extenderle el certificado de defunción...", al disponer que "...en caso de concurrencia de factores causales atribuibles al trabajador y factores causales atribuibles al trabajo sólo se indemnizará la incidencia de estos últimos...".

Sin embargo -sostiene el autor- "...la ley 24.557 no contiene ninguna disposición similar...", desde que "...si analizamos las contingencias cubiertas y el régimen de reparación de daños, veremos que no existe ninguna directiva del legislador que pueda ser un obstáculo para la aplicación...", pues "...hay que tener en cuenta que en el ordenamiento causal que finaliza en una incapacidad laboral existen, por decirlo gráficamente, dos tramos. Uno es el que va de la(s) causa(s) del daño a la víctima y, el otro, el que va de la víctima a la minusvalía sujeta a resarcimiento económico. En ambos tramos pueden aparecer (y en la práctica así ocurre) causas concurrentes, pero en orden a la reparación o a la cuantificación del perjuicio indemnizable, la teoría es aplicable en el segundo. Por eso la jurisprudencia generada en torno a la ley 9688 decía que no importaba el mayor o menor grado en que hayan influido para la agravación del mal, las condiciones personales en que se encontraba el trabajador...".

A renglón seguido y en el análisis de las contingencias cubiertas por la LRT refiere que en la definición de los accidentes de trabajo que hace el art.6º, fácil es advertir que "...no hay ningún elemento que permita limitar el resarcimiento del daño a lo que la ley 24.028 llamaba '\factores atribuibles al trabajo\''. Perfectamente puede ocurrir que un accidente actúe como factor desencadenante o agravante de una patología del trabajador, o que las condiciones personales de éste colaboren para incrementar la incapacidad resultante...".

Mientras que respecto de la restante contingencia, esto es la enfermedad profesional, "...el legislador omite una definición, ya que lo único que exige es que esté incluida en un listado cerrado, pero sí da claras directivas respecto a los elementos que hay que tener en cuenta para confeccionarlo: que se identifiquen agentes de riesgos y

actividades, \en capacidad de determinar por sí la enfermedad profesional\ "...". Se trata -afirma- "...de la aplicación de la teoría de la \causa eficiente\, o sea que el factor laboral debe tener la capacidad suficiente como para provocar la enfermedad, aun sin la concurrencia de otros factores...". Pero ello "...no nos permite descartar que las condiciones personales de la víctima actúen como causa concurrente para provocar un daño mayor que el que normalmente debía producirse...". Y aquí "...tampoco encontramos en la ley alguna disposición que nos habilite para rechazar la aplicación de la teoría de la indiferencia de la concausa. Que la causa sea \suficiente\ no significa que deba ser \excluyente\ "...", como que "...tampoco encontramos obstáculos a su aplicación en el régimen indemnizatorio de la LRT, en el cual se habla del \daño sufrido por el trabajador\ (p. ej. art.8º, apart.1), sin distinguir entre \incidencia\ de factores laborales y de factores personales, como sí lo hacía la ley 24.028...".

En función de todo lo cual concluye en que "...podríamos afirmar que la entrada en vigencia de la LRT crea las condiciones para el renacimiento de la teoría de la indiferencia de la concausa...".

En igual sentido Mario Ackerman y Miguel Ángel Maza, para quienes "...la ley sobre riesgos del trabajo ... al vincular el daño con el trabajo, pero mediatizado por un accidente de trabajo, o una enfermedad profesional, es decir por contingencias que son las que tendrán que poseer una relación directa (con las matizaciones que surgen del art.6º en orden a la causación) con aquél, muestra una primera y necesaria segmentación del nexo causal en dos tramos: - el que va del trabajo al accidente de trabajo o la enfermedad profesional, y - el que de éstos se proyecta sobre el daño...". Respecto del primer tramo, "...la vinculación causal -en términos de causa/consecuencia- no es significativa para configurar el accidente de trabajo, en cuanto presupuesto de atribución de responsabilidad, ya que bastará para ello la ocasión del trabajo, en cuanto circunstancia de tiempo y lugar...". Distinto el caso de las enfermedades profesionales, donde sí parece exigirse una relación causal, toda vez que "...la actividad desarrollada por el trabajador deberá ser la ocasión -o circunstancia- en la que actuará el agente de riesgo (o agente o factor dañoso) y éste, a su vez, deberá ser la causa de la enfermedad o cuadro clínico...". Sin embargo, "...el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, finalmente, serán las causas que darán paso al segundo tramo -tercero en las enfermedades- que podrá culminar o no en la incapacitación o la muerte del trabajador, y que serán, a su vez, los daños a la persona que darán derecho a las prestaciones en dinero...". Empero, "...nada dice el artículo 6º en sus apartados 1 y 2 -que no reclaman

que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional causen la incapacitación o la muerte del trabajador- y tampoco se hace ninguna referencia a una vinculación con aquellas contingencias en los arts. 7º a 10 que se ocupan de los diferentes supuestos de incapacidad laboral...”.

Motivos que -a criterio de los autores- permitirían “...afirmar que en el segundo tramo del nexo causal opera con amplitud la regla de la indiferencia de la concausa, lo que abriría así la posibilidad de que el trabajador por sus derecho habientes sean acreedores de las prestaciones dinerarias aun cuando la incapacidad o la muerte sean consecuencias mediatas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, con independencia de la previsibilidad de aquellas...” (cfr. “Daño y relación causal en el sistema de la ley sobre riesgos del trabajo”, en DT-1999-B, pág.1251 y ss.).

Conceptos estos que han sido receptados por el Superior Tribunal de Justicia, cuando en autos "Fernández, Alejandro c/ Prevención A.R.T. s/ apelación Ley 24.557 s/ inaplicabilidad de ley", Sentencia Nº 31 del 19/4/2012, con cita de la misma doctrina, sostuvo que "...cuando nos encontramos frente a un reclamo derivado de un siniestro laboral con fundamento en la LRT -tal el caso de autos- la responsabilidad de las ART comprende tanto la incidencia dañosa provocada por el accidente en la salud del trabajador, con la consecuente incapacidad para desempeñar su labor, como todas las secuelas que el infortunio pone en ejecución, acelerando o agravando lesiones ignoradas u ocultas...".

Añadiendo que "...sobre el particular cabe traer a colación la siguiente cita: \\'las secuelas de un accidente de trabajo médicamente determinadas son las que deben ser indemnizadas y es irrelevante que esas secuelas incluyan patologías que no pueden ser consideradas \'enfermedades profesionales\' por carecer de los atributos de la triple columna requerida por la ley de riesgos, ya que aquí el hecho causal determinante es un accidente de trabajo y todas sus consecuencias disvaliosas deben ser reparadas, pues de lo contrario se podría llegar al absurdo de sostener que un trabajador que padece de un accidente que le deja severas lesiones en su columna vertebral no obtendría reparación alguna porque en la tarea que estaba desarrollando al momento del accidente no estaba previsto como enfermedad profesional ninguna afección columnaria (ver Carlos Alberto Toselli: \\'Oh! que será, que será -a propósito de la reparación sistémica en la Ley de Riesgos del Trabajo -III\', en particular pág. 85)\'...".

De modo que no existen dudas sobre el derecho resarcitorio en los supuestos de accidentes de trabajo, es decir, cuando las consecuencias del hecho súbito y violento se

ubicar no como la causa excluyente, pero sí como coadyuvante con otras, para la determinación de la minusvalía laborativa que en las condiciones reseñadas habrá de merecer en toda su extensión la reparación que brinda el sistema.

Máxime teniendo en cuenta que en función del citado art.6º, acápite 3º, de la LRT, las causales de exclusión de la obligación de cobertura son puntualmente dos, una de ellas las incapacidades preexistentes, que empero, por el modo en que la cuestión resulta tratada y ante la falta de aporte del examen preocupacional, tal destaca el perito, por más verificadas que resulten (vgr. las hernias que han actuado como factor predisponente de la ulterior dolencia y sus efectos consecuentes), no podrían en el caso ser consideradas.

Así lo sostuvimos al resolver en autos "García, Ramón Eugenio c/ Horizonte A.R.T. Compañía de Seguros Generales S.A. y Saint Martín S.A. s/ reclamo" (Expte.Nº 2CT-17546-05, Sentencia del 24/6/2010), expresando que para que la incapacidad preexistente exima de responsabilidad debe ser previa al inicio de la relación laboral y acreditada a través del examen preocupacional efectuado según las pautas establecidas por las Resoluciones Nº 196/96 y 43/97 de la SRT.

En tanto, tal se ha dicho en doctrina, "...la ley otorga la calidad justificatoria señalada a las preexistencias definidas en el artículo 6º y sólo cuando reúnan las condiciones de validez determinadas por la reglamentación específica. Con lo que es posible calificar a las mismas como `preexistencia jurídica`. En un sentido amplio, admitimos que hay dolencia, enfermedad o incapacidad previa al inicio de la relación laboral toda vez que pueda demostrarse que tal situación se ha manifestado con estas características en el tiempo indicado, esto es, antes del nacimiento de vínculo contractual ... Pero la preexistencia será además `jurídica` y con ello causa de eximición suficiente sólo cuando se exteriorice respetando las pautas estrictamente establecidas en la resolución de la SRT antes citada. Es posible subsumir al resto en lo que denominamos `preexistencias médicas`, pero advirtiendo que sólo las jurídicas tienen virtualidad excluyente de protección..." (Cfr. "Realidad de cobertura con el sistema actual de las aseguradoras de riesgos del trabajo", Adriana Chiuchquievich, DT-2000-A-64). Agrega la autora que "...esta diversidad conceptual trasciende sus efectos respecto de la conducta que asuman los operadores del sistema. Así, cuando las aseguradoras de riesgos del trabajo o las Comisiones Médicas rechacen una contingencia invocando como causa la preexistencia de una enfermedad en clara alusión a las que definimos como médicas pero no jurídicas, incurrirán en una distorsión que podrá ser imputable o

no, según su accionar se encuadre en el severo régimen de sanciones previsto por la ley sobre riegos del trabajo...”.

También para Juan. J. Formaro, “...acreditada la preexistencia, la aplicación de esa disposición abrirá dos posibilidades: que no exista examen preocupacional o que el realizado no reúna los recaudos expresamente indicados por la ley, hipótesis en la cual opera la indiferencia de la concausa y por la que el trabajador tendrá derecho a recibir las prestaciones en especie y dinerarias en su totalidad; o que se cuente con el examen preocupacional llevado a cabo con arreglo a la legislación vigente, supuesto en el que deberá \resarcir la porción de daño que se agregue a la preexistente en conexión con el accidente o las condiciones laborales...” (cfr. “Juicio por accidentes y enfermedades del trabajo”; Buenos Aires, Hammurabi, 2008, pág.93).

Ahora bien, en el caso el problema se plantea en relación con una enfermedad como la de tipo columnario que afecta al actor, la que aún admitiendo su origen en el trabajo de modo concausal con las otras dolencias predisponentes e inculpables, halla un valladar legal para la reparación que se pretende en la ausencia dentro del mentado listado de enfermedades profesionales.

Habida cuenta que éste contempla como dolencia resarcible la espondiloartrosis de la columna lumbar, para supuestos de exposición al agente allí establecido (vibraciones de cuerpo entero, producidas principalmente en actividades como conductores de vehículos pesados y operadores de grúas y equipos pesados), lo que no es el caso comprobado del recurrente, quien se desempeña como peón vario en una empresa dedicada a la fábrica de cerámicos (cfr.fs.1 y 157).

Como venimos observando, a la falta de una definición en el texto legal vigente a la época de la manifestación sintomatológica sobre las enfermedades profesionales y la remisión con carácter exclusivo y excluyente a la inclusión en el listado a cargo del Poder Ejecutivo, con manda de ponderar las consideraciones ya expuestas (vgr. agente de riesgo, cuadros clínicos, exposición y actividades en capacidad de determinar por sí la enfermedad), se suma la expresa aclaración sobre que “...las enfermedades no incluidas en el listado, como sus consecuencias, no serán consideradas resarcibles...”, con la sólo excepción de “...aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine...”, siempre y cuando sean “...provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo...” (cfr.art.6º, acáp. 2º, ptos.a) y b) del texto según Decreto 1278/00).

Lo cual habla a las claras de un sistema cerrado, que sólo admite derecho a resarcimiento ante una enfermedad de las taxativamente enumeradas, contraída en el ejercicio de una actividad capaz de exponer al trabajador a los efectos del agente considerado nocivo.

Donde así como por un lado, para sostener que se trata de una enfermedad profesional basta al damnificado con demostrar que padece una patología de las contempladas y que se desempeña en un ámbito laboral con capacidad para provocarla, por el otro ninguna chance de resarcimiento existe si la dolencia no figura en el mentado listado ni ha sido contraída por la directa ocasionalidad con el específico trabajo.

Rigidez que en nada se vio morigerada por la incorporación del apartado b) al acápite segundo del art.6° de la LRT, con la sanción del Decreto 1278/00, toda vez que las pautas que inspiran el procedimiento a seguir a efectos de obtener el reconocimiento de la calidad profesional de una enfermedad por parte de la Comisión Médica Central, no difieren de la manda impuesta en el apartado a) al Poder Ejecutivo, al imponerse al trabajador la obligación de demostrar "...la concurrencia de los agentes de riesgos, exposición, cuadros clínicos y actividades con eficiencia causal directa respecto de su dolencia...". Y como impedimento insoslayable, que "...en ningún caso se reconocerá el carácter de enfermedad profesional a la que sea consecuencia inmediata o mediata previsible, de factores ajenos al trabajo o atribuibles al trabajador; tales como la predisposición o labilidad a contraer determinada dolencia..." (cfr. punto ii, último párrafo).

En resumidas cuentas, en el caso que nos ocupa una interpretación ceñida al esquema legal reseñado no puede sino conducir al rechazo de la pretensión resarcitoria, habida cuenta que la Comisión Médica y el perito designado en esta sede judicial, coinciden en la existencia en el actor de una patología que por el modo en que ha sido contraída no admitiría reparación.

Desde que la primera se abstiene de cuantificar la minusvalía resultante solo por considerar su carácter inculpable, mientras que para el auxiliar del Tribunal existe una disminución de la capacidad laborativa, no empero con causa exclusiva en los hechos que suscitaron la tramitación, sino desencadenando y/o exacerbando éstos la signo-sintomatología lumbar "...actuando sobre las hernias lumbares preexistentes, con la consecuente limitación funcional antálgica que persistente le impidiera continuar desarrollando tareas que cumplía previamente..." (fs.157).

Afirmación esta última que conduce a sostener que la afección de Aroca se corresponde

con el tipo de las denominadas "enfermedad accidente", es decir las que no siendo efecto exclusivo del trabajo fueron influenciadas por éste en su desarrollo.

Descriptas en doctrina como "...comunes incapacitantes, en las que el trabajo o el ambiente laboral habían actuado como factor desencadenante o agravante...", aceptándose "...que fueran indemnizadas, en la medida que se pudiera acreditar que el trabajo -de alguna manera- había colaborado con su aparición, desarrollo o agravación..."; primigeniamente de concepción pretoriana, recibiendo consagración legislativa con la ley 23.643, posteriormente limitada la responsabilidad por la ley 24.028 -cuyo art.2º disponía contabilizar únicamente el porcentaje de incapacidad atribuido al trabajo- y actualmente desterradas del ámbito de protección legal, por la ya analizada exclusión que en el art.6º, acápite 2º, último párrafo, de la ley 24.557 se hace de las patologías no listadas (cfr. Luis Enrique Ramírez, "Riesgos del Trabajo - Manual Práctico", Buenos Aires, Editorial B de F, 2003, pág.57).

Por lo que en el contexto dado, verificada la patología de un modo "no contemplado", en la que la actividad laboral ha tenido incidencia como factor agravante para arribar al daño comprobado, la suerte de la pretensión indemnizatoria dependerá de la solución que se brinde al planteo de inconstitucionalidad impetrado por el recurrente contra la norma que establece el impedimento.

El que se adelanta deberá tener para este votante favorable acogida, sin posibilidad alguna de atender el argumento que introduce la aseguradora en relación con el avenimiento del damnificado al régimen que ahora cuestiona, por ser inaplicable para esta materia, en razón de la nota de irrenunciabilidad de los derechos e intereses involucrados (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Cachambí, Santos" y "Llosco, Raúl" del 12/6/2007).

Siendo además la vía necesaria y adecuada para suprimir el obstáculo legal que impide la consolidación de un derecho a la reparación que se avizora pertinente, dentro del sistema especial y sin necesidad de acudir a las soluciones que hoy podrían hallarse en el ejercicio de pretensiones fundadas en el derecho común, que aquí no han sido formuladas.

Digo ello por cuanto como explica Horacio Schick, desde la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A.", sentencia del 18/12/2007 (Fallos 330:5435), "...ha quedado consolidada la doctrina de que las enfermedades laborales que afecten a los trabajadores que no se encuentren en el listado incluido en el decreto 658/96 o que hayan sido

rechazadas por los operadores del sistema (ART y comisiones médicas), dan derecho a los damnificados a la reparación integral sobre la base del derecho civil, en la medida que exista un nexo de causalidad adecuada entre la afección constatada y la actividad laborativa prestada a favor del empleador..." (cfr.. "Riesgos del Trabajo – Temas Fundamentales", Cuarta Edición Actualizada y Ampliada, Editorial David Grinberg – Libros Jurídicos; 2011, Tomo 1, pág.158).

Solución que a todas luces va de la mano de la aceptación del concepto de resarcimiento integral bajo los parámetros del derecho común, producto de la tacha de inconstitucionalidad que el mismo Alto Tribunal había dispuesto contra la prohibición del art.39 inc.1º de la LRT en autos "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.", sentencia del 21/9/2004 (Fallos 327:3753).

Conforme sostiene Mario E. Ackerman, de acuerdo con la doctrina del Alto Tribunal, debería entenderse que "...las enfermedades sufridas por el trabajador como consecuencia del cumplimiento de su débito laboral que no estuvieran incluidas en el listado de enfermedades profesionales aprobado por el decreto 658/96, o en las que no concurren los tres requisitos exigidos para el caso en ese listado o no hayan dado derecho a las prestaciones del sistema por el procedimiento establecido en los incisos b a d, del apartado 2º del artículo 6º de la ley 24.557, y en cuanto se acrediten los presupuestos de responsabilidad civil, dan derecho, a aquél o a su derechohabientes, a una reparación plena con fundamento en las normas del Código Civil a cargo del empleador...". Ello bajo las reglas de la causalidad que surgen de los arts.901 a 904 del Código Civil, "...lo que abre la posibilidad de que frente al rechazo de la cobertura de una enfermedad por aplicación del artículo 6º, apartado 2, inciso b, acápite ii, aquél sea considerado civilmente responsable...", mas sin ponerse en cuestión la validez constitucional de la norma ni abrirse la posibilidad "...de que se recree la figura de la enfermedad-accidente y, en consecuencia, este pronunciamiento en nada afecta los derechos y deberes de las aseguradoras de riesgos del trabajo o en el de la extensión de sus obligaciones en orden a la reparación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y sus consecuencias..." (cfr. "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo VI – Riesgos del Trabajo, Actualización normativa y jurisprudencia (2007-2009); Decreto 1649/09 y fallos de la CSJN; 2009, pág.52 y ss).

Claro que una respuesta que por tallar en tales conceptos negara aquí la pretensión en razón del modo y fundamentos con que ha sido ejercida, lejos estaría del más elemental sentido de justicia, ante todo frente al hecho irremediable de hallarnos en la instancia

resolutoria final de una acción promovida judicialmente en el mes de noviembre de 2001 (cfr.fs.27), que llegó a este Tribunal luego de haber cursado íntegramente su trámite en la sede federal y como consecuencia de la insólita decisión de quien la titularizara por subrogancia, en el sentido de declarar su incompetencia más de cuatro años después de entrar en situación de dictado de sentencia.

Habiendo este Tribunal asumido la intervención no tanto por corresponder técnicamente, sino por el compromiso, en su oportunidad declarado, de evitar la demora del trámite por más tiempo hacia su fin natural que es la sentencia, en la medida que nos consideramos apegados al verdadero sentido de la alta función que nos ha sido encomendada y la consecuente necesidad, especialmente frente a pretensiones de índole alimentaria, de dar prevalencia a la respuesta que el justiciable espera por sobre los vericuetos que ofrece un concepto burocrático del ejercicio de la magistratura judicial (cfr. "Correa, Carlos s/ Recurso de Apelación - Art.46 Ley 24.557", Expte. N° 2CT-22284-10, Sentencia Interlocutoria del 14/5/2010).

Consecuentes con ello, mal podríamos ahora reprochar al damnificado no haber transitado un camino hoy en día absolutamente aceptado a partir de la jerarquía de su fuente, pero que en aquella época, como bien sabemos, se hallaba en su génesis conceptual y distaba de ser pacífico.

Sin embargo y en la visión que adelantáramos el óbice que ello podría suponer no es en definitiva tal, por cuanto sin perjuicio de los márgenes que delimitan la cuantía del resarcimiento según la LRT, la exclusión del art.6° es en sí misma inconstitucional.

En efecto, la materia atinente a la reparación de los infortunios laborales posee una inocultable impronta constitucional, ante todo por la jerarquía de que gozan los derechos de los trabajadores a partir del art.14 bis de la Carta Magna y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incluídos en la enumeración del art.75 inc.22; puntualmente el art.23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en orden al derecho de toda persona a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y el art.7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el reconocimiento del derecho de toda persona a la seguridad y la higiene en el trabajo.

Conforme destacara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado precedente "Aquino", "...el trabajo humano tiene características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia ... normativamente comprendidos en la Constitución Nacional ... Y ello sustenta la obligación de los que utilizan los

servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan...”.

Añadiéndose a ello la directiva del art.22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en orden a que toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales “...indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad...”, terreno en donde cobra una especial relevancia la protección de la fuerza de trabajo como herramienta del hombre para la prosecución de su subsistencia y el logro de sus fines más esenciales, con la consecuente necesidad de brindar un adecuada e integral respuesta en los casos en que de su puesta a disposición en favor del empleador pudiera seguirse un daño.

Todo de consuno con el principio señero de la Justicia Social, inserto tanto en la Constitución Nacional como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que al decir del Alto Tribunal, “...cobra relevante aplicación en el ámbito del derecho laboral a poco que se advierta que fue inscripto, ya a principios del siglo pasado, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, como un medio para establecer la paz universal, pero también como un fin propio. Entre otros muchos instrumentos internacionales, los Preámbulos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su turno, no han cesado en la proclamación y adhesión a este principio, que también revista en el artículo 34 de la antedicha Carta (según Protocolo de Buenos Aires)...”.

Sólo en tal entendimiento puede tornarse operativo el resarcimiento entendido como un derecho indiscutiblemente comprendido –además- en el concepto de propiedad del art.17 de la Constitución Nacional.

La Ley de Riesgos del Trabajo buscó en principio erigirse como un sistema autosuficiente y hermético, con los abarcativos propósitos de reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo y de reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, incluyendo la rehabilitación del trabajador damnificado (cfr.art.1º incs.a y b).

A la par de establecer un amplio ámbito de aplicación personal, comprensivo de funcionarios empleados del sector público nacional; provincias; municipios; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; trabajadores en relación de dependencia del sector privado; personas obligadas a prestar un servicio de carga pública, etc., para todos los cuales la norma se declara aplicable imponiendo la obligación al dador de trabajo de la contratación de un seguro obligatorio o del autoseguro (cfr.arts.2º y 3º).

Mas impuso luego un estrecho universo de contingencias cubiertas, junto con un rígido abroquelamiento jurídico a través de la exención de la responsabilidad civil (cfr.art.39 inc.1º) y la manda de derivar al sistema, de modo exclusivo, el tratamiento de todos los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo (cfr.art.75 de la LCT, texto incluido por el art.49 -disposición adicional primera- de la LRT).

De todo lo cual resultó un exiguo compromiso legal en cabeza de los sujetos obligados - en primer lugar las aseguradoras de riesgos del trabajo y tras ellas el Estado, a través de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo que fiscaliza y supervisa su funcionamiento (cfr.art.36, inc.b, LRT)- quienes salvo los puntuales supuestos en los que ha sido dable extenderles responsabilidad sustentada en el derecho común, a consecuencia de un obrar comprobado como culposo o negligente en el cumplimiento de las directivas legales de control y prevención (cfr. CSJN en autos "Torrillo, Atilio Amadeo c/ Gulf Oil S.A. y otro", sentencia del 31/3/2009, en Fallos 332:709), sólo concurren por un deber que no traspasa esos acotados límites sistémicos.

De modo que a la postre, el grueso del mandato reparador, en el grado pleno que trasunta el principio constitucional del "alterum non laedere" y el deber de indemnidad del trabajador, termina derivado al empleador, aun cuando éste haya cumplido con la contratación de un seguro y con la consiguiente incertidumbre jurídica que ello acarrea para el damnificado o sus causahabientes, que no siempre se hallarán en condiciones de plantear su reclamo a dadores de trabajo con la suficiente capacidad económica para responder, siendo como bien sabemos frecuentes las situaciones en las que la expectativa sobre la legítima reparación termina lisa y llanamente frustrada.

De ahí que sin negar el inocultable impacto y trascendencia de los avances logrados por los fallos "Aquino", "Silva" y todos aquellos -incluso de este Tribunal- que han receptado su doctrina, no considero estar frente a soluciones que satisfagan del todo el tratamiento que merece una problemática que excede los alcances de la responsabilidad individual, en el caso del empleador.

Coincido en las apreciaciones de Diego Barreiro, cuando expresa que "...desafortunadamente la Corte nacional se inclinó por una '\solución\' que no logró poner las cosas en su debido lugar. Ya que si bien despejó dudas acerca de la reparabilidad de los daños laborales excluidos del sistema de la LRT, no logró ir al fondo de la cuestión...". Desde que -afirma- la teoría de los "daños extrasistémicos" ha tenido buenas intenciones e incluso "...en su momento apareció como una solución para

sortear el grave estado de cosas que existía cuando, apenas vigente la LRT (con una justicia que no daba las garantías que da actualmente), la única salida era intentar la reparabilidad por medio de una demanda de daños y perjuicios eludiendo cualquier intento de impugnar la ley especial, porque las posibilidades de lograrlo eran nulas. Pero hoy día no podemos conformarnos con esa solución de corto plazo; debe insistirse con la protección disponible, mínima e irrenunciable que prevé la LRT aun en aquellas enfermedades no listadas...". En tanto "...si se entiende que el régimen legal de '\daños laborales\' los quiere excluir, corresponde la solución de declarar la inconstitucionalidad por irrazonable (art.28, Const. Nacional) de la norma y debe ser procesada de la misma manera que cualquier siniestro laboral...". Lo cual, "...no impediría al trabajador acumular a su pretensión sistémica, la pretensión de plena reparabilidad tal como se ha venido reconociendo desde el caso '\Aquino\'..." (cfr. "Las enfermedades del trabajo '\no listadas\' o éxtrasistémicas'", en Jurisprudencia Laboral, Tomo 2, dirigido por Juan J. Formaro, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2012, pág.106 y ss).

De no ser así, permanecería a mi modo de ver ahondada una irritante injusticia, en la que -forzoso es decir- ambas partes de la relación laboral se ven perjudicadas, descripta con notable elocuencia por Miguel Angel Maza, cuando sostiene que "...quienes crearon el régimen de la ley 24.557 no pensaron en la protección de los trabajadores sino en regular un negocio aseguraticio que fuese previsible y rentable y así lo confesaban sin el menor pudor...", siendo esa la razón por la cual "...hicieron decir al sumiso Congreso Nacional de 1995 que los infortunios laborales no serían cubiertos por el Derecho Civil, salvo que mediare delito; que sólo serían indemnizables con la tarifa de la ley 24.557 los accidentes que fuesen '\súbitos y violentos\' (ocurridos con motivo de o en ocasión del trabajo o en el trayecto) y las enfermedades que alguien con la suma estática del conocimiento médico legal considerase '\profesionales\' en un Listado de Enfermedades Profesionales...". En el que "...no basta encontrar mencionada la enfermedad que se padece, porque el sistema se basa en una múltiple coincidencia de '\cuadros clínicos\'', '\agentes de riesgo\'', '\grado de exposición a éstos\' y '\actividad laboral\' reconocida con eficacia causal directa para provocar la enfermedad...". De modo que "...tanta exigencia, muy parecida a la que requiere una máquina tragamonedas, es la que ha provocado el fenómeno de que nuestro país tenga una alta tasa de ausentismo laboral por enfermedades pero registre un número de enfermedades reconocidas como profesionales inferior al de Alemania...". Como que "...desde esa concepción y para conjurar cualquier duda humanista o legalista, en el artículo 6º, apartado 2, de la LRT se

aclaró, según el texto originario, que las enfermedades no previstas en ese listado, así como sus consecuencias, en ningún caso serían consideradas resarcibles...”. Destacando sin embargo que “...gracias a la Constitución Nacional y a que muchos jueces han cumplido con su deber aun en estas dos décadas de anomia, desapego a las leyes y olvido a los principios del Derecho, ese castillo de naipes se derrumbó y la jurisprudencia relleno el esquema de la ley 24.557 y sus decretos reglamentarios con las reglas básicas del Derecho nacional e internacional, haciendo que hoy ese sistema normativo luzca como un horrendo Frankenstein pero, al menos, ya no sea tan injusto, inequitativo y mezquino como lo concibieron sus creadores y como lo sancionara el Congreso Nacional en 1995...” (cfr. “Procedimiento a seguir en las peticiones de cobertura de enfermedades provocadas por el trabajo pero que no están previstas en el listado de enfermedades profesionales”; en Revista de Derecho Laboral – 2010-I; Ley de Riesgos del Trabajo III; Rubinzal – Culzoni Editores, pág.65 y ss).

Todo en miras de un concepto categóricamente expuesto en el voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi de autos “Silva”, cuando, en tren de abonar la solución de inconstitucionalidad con la que aquí se concuerda, hacen mérito en que “...la dignidad, justicia y protección del trabajador, que deben regir las relaciones laborales según lo ordena la norma jurídica de la cual esta Corte es su garante final, vale decir, la Constitución Nacional, exigen que la medida de los derechos humanos no esté dada ni por las llamadas leyes del mercado (Vizzoti, cit., ps.3691/3692, considerando 11), ni por intereses crematísticos, siempre secundarios: \el trabajo humano tiene características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia normativamente comprendidos en la Constitución Nacional\ (Mansilla, cit., p.421, considerando 7º y su cita)...”.

En suma, es fácil advertir la vulneración a cuantiosos principios constitucionales que irroga la preceptiva en análisis, al dejar fuera de reparación una situación de minusvalía física, por el solo designio del legislador y no obstante hallarse verificada la vinculación que, aunque concausal, ha sido gravitante para la causación de un resultado representado, ni más ni menos, que por el daño que afecta al trabajador como consecuencia de la puesta a disposición de su fuerza de trabajo, vale decir del principal y preciado bien que aporta al sinalagma laboral.

Soslayando así un principio básico, imperativo y de raigambre superlativa, cual es el reconocimiento del derecho del trabajador a la reparación de todo daño a su integridad

psicofísica que guarde un nexo causal adecuado con el trabajo, fuese éste el factor exclusivo, directo o inmediato, o no; lo cual lleva a la necesaria inclusión en el ámbito de tutela de los supuestos en que por razones laborales se viese agravada o acelerada una enfermedad que ya padecía el trabajador, o para cuya adquisición se encontraba predispuesto.

Bajo un postulado de base, cual es que todos los daños padecidos por el trabajador en el marco del contrato de trabajo, sea por causalidad (directa indirecta), ocasionalidad o concausalidad, son responsabilidad del patrono con fundamento en la obligación de seguridad y con una noción de infortunio comprensiva de los accidentes de trabajo y de las enfermedades estrictamente profesionales o por cualquier razón laborales, donde la reparación que pudiera resultar de la aplicación del Derecho Civil -acreditados sus presupuestos-, debe serlo con carácter complementario, en aras, si cabe, de una mayor integralidad, mas nunca como una solución de escape frente a la omisión de lo que se supone es la legislación específica para la materia.

Pues resulta una flagrante incongruencia de la LRT sostener como postulado inicial el objetivo de reparación de los daños derivados de las enfermedades profesionales, para luego restringir el concepto que a éstas se asigna, dejando de lado situaciones en las que el trabajo aparece involucrado y con él la necesidad de observar sus principios rectores fundamentales.

Concretamente la prohibición para todos los hombreS de perjudicar los derechos de un tercero con toda la amplitud que ello amerita y evitando la fijación de límites que alteren los derechos constitucionales; el principio “pro homine” y en lo específico el principio protectorio, del que se deriva la regla que pone al trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional (cfr. CSJN en los fallos “Vizzoti, Carlos A.”, “Aquino, Isacio”, “Ferreyra, Gregorio”, “Silva, Facundo”, “Gentini, Jorge”, “Torrillo, Atilio”, “Alvarez, Maximiliano”, entre otros), siendo esa la causal que torna imperativo el aseguramiento de las condiciones dignas, justas, equitativas y satisfactorias del trabajo, para lo cual es deber de los Estados garantizar en sus legislaciones nacionales “la seguridad e higiene en el trabajo” (cfr. art.7º del Protocolo Adicional a la Convencion Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador).

Amén obviamente del derecho a la salud y su nexo inescindible con el derecho a la vida, resaltado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Campodónico de Beviacqua”.

Nada de lo cual puede tan siquiera un ápice ser obviado en un catálogo legal cuyo sentido inspirador, trasuntado en el mensaje de elevación suscripto por el entonces Poder Ejecutivo (del 4/11/1994), ponía énfasis en el propósito superador del régimen precedente, "...que había demostrado su '\incapacidad\' para incentivar el mejoramiento de las condiciones y el medio ambiente laboral y reducir la frecuencia y gravedad de los siniestros, y su '\fracaso\' para proveer una reparación integral y oportuna...", respondiendo el nuevo sistema –siempre en términos del mensaje- a un "propósito protectorio integral".

Empero, nada más distante de ello, en una norma que, entre otras falencias notables, desoye los postulados de la Recomendación 121 de la OIT, del año 1964, cuando en su punto 7 se expresa que "...cuando en la legislación nacional exista una lista en la que se establezca el presunto origen profesional de ciertas enfermedades, se debería permitir la prueba del origen profesional de otras enfermedades o de las enfermedades incluidas en la lista cuando se manifiesten en condiciones diferentes de aquellas en que se haya establecido su presunto origen profesional...".

Además del disvalioso retroceso –muy propio del contexto histórico en el que la Ley de Riesgos del Trabajo vio la luz-, respecto de un extenso y rico ciclo evolutivo en favor de un concepto amplio de reparación de los infortunios laborales, el cual, como reseñan los Dres. Fayt y Petracchi en el ya citado voto de "Silva", se remonta en sus orígenes a mediados del siglo pasado y del que fue parte una basta jurisprudencia de los tribunales de diversas provincias y del orden nacional, al reconocer "...la responsabilidad del empleador en los casos de las llamadas '\enfermedad accidente\'', vale decir, en términos generales, las enfermedades del trabajo no incluidas en la lista indicada en el ya citado originario art. 22 de la ley 9688, o que eran consecuencia de factores laborales aunque no de manera exclusiva, tendencia en la que pueden inscribirse, incluso, precedentes del Tribunal (vgr. Polo c. Nación Argentina, Sentencia del 10 de diciembre de 1948, Fallos: 212:408)...".

Fallo éste en el cual –se insiste, en el año 1948- el Alto Tribunal sostuvo que "...aun cuando fuera exacto que la hernia no hubiera sido exclusivamente provocada por la caída a que se le atribuye, no cabría excluir como causa de su aparición el género de las tareas ... y las condiciones en que se realizan, lo que con arreglo a la jurisprudencia citada basta para configurar el accidente indemnizable dada la comprobación del hecho desencadenante de la lesión –Fallos: 192,489- y también la aptitud física del actor acreditada en ocasión de su ingreso al servicio...".

Época además en la cual el recordado maestro Mario Deveali ya predicaba la dificultad de negar que “...también las enfermedades que no podían ser consideradas típicamente profesionales, encontraban la causa o la ocasión de su desarrollo en el ámbito de la fábrica o en la situación fisiológica...”, advirtiendo sobre la injusticia y repugnancia receptadas en doctrina y jurisprudencia, en cuanto al otorgamiento o negativa de la indemnización por invalidez o muerte, según se distinguiera “...entre las enfermedades expresamente previstas, por ser las más frecuentes en una determinada rama de actividad, y las que si bien no se presentan con tal frecuencia, podían explicarse como ocasionadas con el trabajo...”. A lo que añadía que “...tanto la jurisprudencia como la doctrina fueron perdiendo paulatinamente de vista la causa del accidente y de la enfermedad profesional –o sea, la máquina y el ambiente de la fábrica- para fijar su atención, cada vez más, en las consecuencias que el mismo produce, o sea, la situación en que viene a encontrarse el trabajador inválido o la familia del trabajador fallecido...” (cfr. “Lineamientos de Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, TEA, 1948, ps.365/366).

La suma de tales ideas obtuvo consagración legislativa en primer lugar a través de la ley 18.913 de año 1970, por la que se sustituyó la modalidad del originario art. 22 de la ley 9688 que aludía al listado taxativo de enfermedades profesionales, por la consideración como tal de “...toda aquélla que sea motivada por la ocupación en que se emplee al obrero o empleado...”. Para luego la ley 23.643 de 1988 apuntar directamente al “...agravamiento de una enfermedad causada por razones laborales...” y luego la ley 24028 de 1991, considerar las “...enfermedades cuyo origen o agravamiento se imputen al trabajo...” y en las que concurren “...factores causales atribuibles al trabajador y factores causales atribuibles al trabajo...”.

Ahora bien, Deveali también enseñaba, largo tiempo atrás, que “...la jurisprudencia más reciente ha ampliado notablemente el concepto de enfermedad-accidente, hasta llegar a esta conclusión: que para invocar la enfermedad profesional, expresamente prevista por la ley, es necesario demostrar que ella fue el efecto exclusivo de la clase de trabajo realizado y que no existía con anterioridad a la relación de trabajo...” mientras que “...en el caso de las enfermedades no profesionales, o enfermedad-accidente, corresponde la indemnización aun en el caso de faltar uno o ambos requisitos, y así también cuando el trabajo haya obrado simplemente como una concausa y se trate de una enfermedad preexistente...”. No se privaba de sostener que ello importaba una subversión de los criterios de la ley que incluso traía como consecuencia que “...casi todas las empresas industriales, antes de contratar a los trabajadores, los someten

actualmente a una rigurosa revisión médica, y aceptan solamente a aquéllos que se encuentren en perfectas condiciones de salud...”; con el resultado práctico de que “...por un lado, unos pocos casos, de trabajadores que han obtenido indemnización por una enfermedad que tiene una relación sólo muy indirecta con el trabajo; por el otro lado, una muchedumbre de trabajadores que por padecer una enfermedad no tan grave como para impedirles la posibilidad de trabajar, pero que puede agravarse por efecto del trabajo, se encuentran en la imposibilidad de ganarse un salario con el trabajo...”. Descripción que lo llevó a sostener la necesidad de buscar el amparo para estas situaciones mayoritarias “...mediante un conveniente sistema de seguros sociales, tal como existe ya en la mayoría de los países...” pues “...al pretender lograr mediante la ley de accidentes, aquel amparo que debería ser otorgado por los seguros sociales, no solamente se desvirtúa dicha ley, si no que se ocasionan nuevos inconvenientes, mas graves aun que aquellos que se intenta subsanar...” (cfr. “Amparo Social y Necesidades Individuales” en DT 1945, pag. 339).

He aquí la verdadera clave de bóveda del problema, pues al margen de las marcadas transgresiones a postulados fundamentales del Derecho del Trabajo, el punto es que el dispositivo en análisis muestra también profundos déficits en su confronte con principios de igual raigambre propios de la Seguridad Social e igualmente ineludibles.

En tanto es esa la real esencia de la materia concerniente a la prevención y reparación de los infortunios laborales, habida cuenta que éstos conforman el tipo de eventos susceptibles de producir en el sujeto afectado una reducción o supresión de la actividad y consecuente posibilidad de generar ingresos, con impacto económico por la limitación en la capacidad de proveerse el sustento o por el aumento de gastos que insume la atención; vale decir contingencias sociales.

Sin que tal calificación irroque hoy duda alguna en la doctrina y la jurisprudencia, amén de hallarse receptada asimismo en incontables preceptos normativos. Por citar alguno, el Convenio de la OIT N° 102 sobre la Seguridad Social (norma mínima), de 1952 pero recientemente aprobado por la República Argentina mediante ley 26.678 (B.O. 12/5/2011), el cual les da en esa condición expreso tratamiento en su parte VI (arts.31 a 38), con el carácter suprallegal en nuestro ordenamiento, de acuerdo con el art.75, inc.22, primer párrafo, de la Constitucional Nacional.

De hecho, la propia ley 24.557, en una primera lectura que hace foco en los apuntados propósitos de prevención y reparación integral, junto con un esquema que recepta el concepto de seguro social y la concepción de las aseguradoras de riesgos del trabajo

como sujetos a cargo de la gestión financiera y el otorgamiento de las prestaciones del sistema, bajo la supervisión y fiscalización del Estado a través de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, muestra la recepción de esa impronta seguralista que Deveali propiciaba cincuenta años atrás.

Surge así plasmada en el citado mensaje de elevación, donde se sostiene que “...según surge de los lineamientos generales expuestos, la LRT se inserta como un subsistema de la seguridad social que se integra armónica y complementariamente con otros institutos -fundamentalmente la legislación de higiene y seguridad en el trabajo y el sistema de jubilaciones y pensiones- con el objeto de proveer al trabajador una protección integral frente a los riesgos del trabajo...”.

Desde que según explica Bernabé Chirinos, la repercusión económica que significa infortunio laboral “...no solamente está dirigida hacia la propia víctima y menoscaba el interés del empleador, en cuanto a que un dependiente suyo no produce lo que pudo haber programado, sino que también se proyecta hacia la propia sociedad que, en definitiva, es la responsable de tales resarcimientos, ya sea en forma indirecta, porque soporta los mayores costos de los productos que adquiere –los que a priori están gravados por la incidencia de estos resarcimientos-, o en forma más directa, a través de la responsabilidad contributiva para los regímenes de seguridad social...”. Con lo que “...esta teoría explica que la obligación de la sociedad es la de mantener el mismo grado de dignidad de la persona del trabajador, de tal modo que, si acaso existe alguna consecuencia dañosa física, ésta deba ser sustituida por el conjunto de prestaciones que le permitan seguir viviendo dignamente, no obstante su posible disminución física...”, siendo esa la razón de la protección por el Derecho de la Seguridad Social, a raíz de la aceptación del concepto de socialización del riesgo y por ende de la reparación (cfr. “Tratado de la Seguridad Social”, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2009, Tomo II, pág.179 y ss).

Ello en rigor como parte de la definición que el autor postula del Derecho Social –con cuya trascendencia comulgo plenamente, por no ser ni más ni menos que la recepción del principio de Justicia Social-, regulador de las relaciones humanas no ya como individuos, sino como integrantes de lo social, en un proceso de “...socialización de la actividad privada, unido al rol que tiene el Estado y a la circunstancia de que los titulares de derecho sean las personas físicas no frente a otro particular o individuo, sino ante la sociedad en cuanto tal o a través de la actividad del Estado...”. Éste con una presencia activa frente a los particulares y con la obligación de “...efectuar un constante

diagnóstico de la realidad para dictar normas de adecuación permanente de los derechos y obligaciones a las mutantes realidades sociales y económicas; al ejercicio del poder de policía, aun respecto del accionar de los particulares encargados de prestaciones sociales...”. En definitiva, se recoge una noción de “hecho social” que “...tuvo su manifestación concreta en el ámbito de las relaciones laborales y también en el de la seguridad social, razón por la cual para hablar de Derecho Social, ciertamente se deben tener presente estas dos ramas del derecho por su interconexión y por las características comunes que tienen ambas...” (cfr.op.cit, Tomo I, pág.89 y ss.).

Volviendo a la Ley 24.557, también señala Carlos Etala que “...incorporó de lleno la prevención y reparación de los daños causados por los riesgos del trabajo en el campo del derecho de la seguridad social ya que puso en vigencia un sistema de prestaciones dinerarias y en especie otorgadas a los trabajadores, principalmente por entidades de derecho privado, denominadas ‘aseguradoras de riesgos del trabajo’ (ART), que tienen a su cargo la gestión del sistema, contratadas por los empleadores mediante el pago de una cuota mensual, bajo la supervisión y fiscalización de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), una entidad autárquica que funciona en jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social...” (cfr. “Derecho de la Seguridad Social”, Buenos Aires, Astrea, 2000, pág.194 y ss).

De modo que hubiera sido lógico que un sistema de tal naturaleza previese la mayor extensión posible en el diseño de contingencias resarcibles bajo el rótulo de infortunios labores, teniendo por tales –como señaláramos- todas aquéllas en las que la incidencia del trabajo o las condiciones de su prestación operase causal o concausalmente en la producción del daño, concepto que necesariamente incluye tanto las enfermedades profesionales listadas y no listadas, como las enfermedades accidente.

En tanto sólo de esa forma hubiesen quedado verdaderamente plasmados los principios que Chirinos considera inspiradores de la estructura general del sistema, cuales son la universalidad y la integralidad, por cuyo medio es deber del legislador atender a los mecanismos de protección para la mayor cantidad posible de personas y respecto del mayor número de contingencias.

Tratándose obviamente de mandatos también constitucionales o supralegales, a partir de la directiva del art.14 bis de la Constitución Nacional en cuanto a otorgar el Estado los beneficios de la Seguridad Social con carácter integral e irrenunciable; el art.22 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; los arts.2 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las disposiciones del

citado Convenio de la OIT N° 102 sobre la Seguridad Social (norma mínima), de 1952. Lamentablemente, tan loables y avanzados propósitos instados por los propios autores de la Ley de Riesgos del Trabajo, quedaron a mitad de camino por la exclusión, asaz incongruente, de un inmenso grupos de infortunios indiscutiblemente laborales a través de la norma que aquí se objeta, como así también por la impronta consecuente que adquirió el sistema a poco de su ejercicio práctico, todo lo cual llevó a afianzar una idiosincrasia en cuyo mérito la cobertura tiene mucho de '\seguro\' y poco de '\social\'.

Más que elocuente es en ese sentido el trabajo de Luis Enrique Ramírez (“Los riesgos del trabajo como contingencias de la seguridad social - La importancia practica del tema”, publicado en el Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Editorial La Ley, Tomo I, pág. 95, donde el autor destaca que “...el legislador de 1995 fue claro y explicito: la ley de Riesgos del Trabajo (LRT) había nacido para crear un subsistema de la seguridad social. Seguía así el criterio de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T), que define a la Seguridad Social como la protección que la sociedad provee a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas contra la necesidad económica y social que se produce por la cesación o sustancial reducción de sus ingresos, motivada por ciertas contingencias que aquéllos pueden sufrir. Entre éstas la OIT menciona expresamente a los riesgos del trabajo...”.

Sin embargo -explica- “...lo cierto es que la LRT creó un sistema dotado de una lógica que lo llevó a funcionar a contramano de los principios básicos de la Seguridad Social...”, pues al colocar “...como principal operador a un sujeto, cuyo objeto social es el lucro, la LRT planteó una tremenda contradicción al interior del sistema, generando tensiones que lo han llevado prácticamente a su destrucción...”.

Frente a ello, hace énfasis en que la Seguridad Social “...es la respuesta que las sociedades modernas pretenden dar frente a las contingencias que afectan a los individuos y que les provocan la pérdida o disminución de sus ingresos económicos, quedando en una situación imposible o difícil de superar mediante el esfuerzo individual...”, apoyada en cuatro pilares fundamentales: “...los principios de universalidad, integralidad, igualdad y subsidiariedad...”, reflejando particularmente los dos primeros la vocación por la inclusión dentro de sus fronteras, de la mayor cantidad de contingencias y de personas tuteladas y, dentro de la funcionalidad del sistema y de sus capacidades técnicas y económicas, del mayor alcance de la protección...”, de consuno con una naturaleza expansiva e inclusiva.

De ahí que “...la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado en sus fallos una

doctrina, que es el reflejo de los principios aludidos precedentemente. Ha dicho nuestro máximo Tribunal que las normas de la Seguridad Social deben interpretarse teniendo en cuenta que su finalidad esencial es cubrir riesgos de subsistencia (Fallos 312:787; 312:802; 313:1005, etc.), lo que descalifica una interpretación restrictiva (Fallos 311:1937), que lleve a la pérdida de algún derecho (Fallos 311:1937)...

En opinión del autor –que no puedo sino compartir- la cuestión del encuadramiento de la LRT en la Seguridad Social no es un tema menor y, partiendo de tal premisa, es fácil advertir “...que su reglamentación, pero fundamentalmente su interpretación por parte de ART, Comisiones Médicas y algunos tribunales, es errónea, ilegal y, por ende, inconstitucional...”, desde que “...la exclusión de patologías directamente vinculadas con el trabajo y el desconocimiento de las reagravaciones, por dar un ejemplo, es incompatible con la naturaleza jurídica de un subsistema de la Seguridad Social, ya que llevan a la desprotección y a la marginación...”. Como que “...definir a la LRT como un subsistema de la Seguridad Social y plantear la existencia de enfermedades vinculadas con el trabajo, no amparadas en él, es –como vimos– una contradicción...”.

Por lo tanto –concluye- el listado que la norma impone “...debía incluir todas las patologías relacionadas con el trabajo, con un criterio amplio y generoso para evitar dejar contingencias sin tutelar. Si, tal como ocurrió, el listado es mezquino y restrictivo, marginando del sistema a numerosas enfermedades derivadas del trabajo, significa que estamos ante una norma inconstitucional por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria (Constitución Nacional, art. 99, inc. 2)...”.

Con arreglo a las consideraciones precedentes, abundan las razones para concluir en que el art.6º, acápite 2º, último párrafo, de la ley 24.557 es incompatible con el orden constitucional y supralegal enunciado, al negar todo tipo de reparación al trabajador víctima de una enfermedad que guarda relación de causalidad adecuada con el trabajo, por el sólo hecho de no resultar en sus términos calificada de enfermedad profesional y con ello eximir a las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo del deber de cobertura, en relación con una patología que, por su indudable calidad de infortunio laboral, jamás debió ser marginada del conjunto de contingencias resarcibles.

Siguiendo la línea de solución que aportan los Dres. Fayt y Petracchi en “Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A.” y también la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los fallos “Buticce, Carlos A. c/ Du Pont Argentina S.A” del 17/12/2008 y “Greco, Esteban c/ Hilandería Villa Ocampo S.A. y otra s/ daños y perjuicios” del 21/12/2011.

En el último de los cuales se concluyó que frente al verificado e indebido detrimento a la capacidad laborativa del trabajador –configurativa de su patrimonio- “...una exclusión como la contenida en el art.6.2 de la ley 24.557, colisiona con el principio de no dañar a otro, contenido en el art.19 de la Constitución Nacional, lo que deriva entonces en la inconstitucionalidad del referido precepto legal, al provocar una restricción irrazonable de los derechos y garantías consagrados por la Carta Magna Nacional y en Pactos Internacionales...”. De suerte que superado así el valladar y “...a fin de cumplir el objetivo de reparación declarado en el art.1.2.b. de la ley 24.557, corresponde incorporar el daño padecido por el reclamante...” (en ese caso derivado de las afecciones vinculadas a la lumbociatalgia y várices bilaterales) “...en el marco tutelar de dicho ordenamiento legal...”; correspondiendo ergo “...a la aseguradora de riesgos del trabajo ... otorgar las prestaciones allí establecidas, pues ésta no ha de quedar relevada del cumplimiento de las obligaciones que ha contraído en el marco de la ley especial...”, a fin de poder cumplirse, además, “...el propósito de que el empleador encuentre protección en la medida de su aseguramiento...”.

Por lo expuesto, corresponderá revocar la resolución adoptada por la Comisión Médica N° 18 de la ciudad de Viedma en su dictamen del 24/10/2001 del Expediente N° 018-L-00398/01, estableciendo que Claudio Eduardo Aroca posee una incapacidad laboral resarcible bajo los parámetros de la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo -en su texto reformado por el Decreto 1278/00, vigente a la fecha de la manifestación invalidante que suscitó esta intervención-, que en función de los datos que aporta el Perito Médico, las disposiciones de la Tabla de Evaluación Incapacidades Laborales aprobada por el Decreto 659/96 que impone el método de capacidad restante y las particulares circunstancias del trámite, corresponde que sea fijada en su cuantía precisa por el Tribunal en el 23,50% de carácter físico (15% + 10% de 85%) y que sumados los porcentajes correspondientes por los factores de ponderación (15% por dificultad intermedia para la realización de las tareas habituales; 10% por ameritar recalificación laboral y 2% por la edad), hace un total de 31,50% (23,50% + 6% + 2%).

La que de acuerdo con las disposiciones de los arts.8° y 9° de la LRT resulta de tipo permanente, grado parcial y carácter definitivo, siendo en tal medida acreedor de parte de Consolidar A.R.T. S.A., aseguradora del empleador Cerámica Cunmalleu S.A., de la prestación prevista en el art.14.2.a, cuya cuantía será igual a 53 veces el valor mensual del ingreso base, multiplicado por el porcentaje de incapacidad y por un coeficiente que resultará de dividir 65 por la edad del damnificado a la fecha de la indicada

manifestación invalidante.

A cuyo fin y toda vez que el único recibo de sueldo que se acompaña resulta insuficiente para la determinación del Valor Mensual del Ingreso Base del modo previsto por el art.12 de la LRT, para el cálculo de la prestación debida y su efectiva cancelación, corresponderá a la parte actora practicar liquidación acompañando en la oportunidad las constancias documentales que justifiquen los parámetros numéricos que habrá de emplear, debiendo hacer lo propio la ART en caso de mediar discrepancia.

Sin perjuicio de dejar en este acto establecido que la suma a que se arribe devengará intereses desde el 24/11/2001 (vgr. treinta días posteriores a la fecha del Dictamen de la Comisión Médica N° 18), a la tasa mix (promedio activa-pasiva) del Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Calfin c. Murchinson" hasta el 27/5/2010 y a partir del 28/5/2010, hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, según lo dispuesto por el STJRN en "Loza Longo". Todo de acuerdo con el criterio sentado por este Tribunal en autos "Aroca, Claudio José c/ Fernández, Mario Sebastián y Mapfre Argentina Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente de trabajo" (Expte.N° 2CT-22.088-09, Sentencia del 8/5/2012), a cuyos fundamentos cabe remitir en homenaje a la brevedad.

Las costas generadas por el vínculo procesal entre el accionante y la ART serán soportadas por esta última, por aplicación del principio objetivo de la derrota (arg. arts. 25 de la ley 1504 y 68 del C.P.C.C.) y por haber sido su desconocimiento del derecho del damnificado, lo que ha obligado a éste a transitar este extenso trámite en procura de satisfacer su legítimo interés resarcitorio. En tanto que la participación del empleador, ceñida a la presentación de fs.37, no amerita imposición de costas.

Sin perjuicio de lo precedente, los honorarios correspondientes a la representación y asistencia letrada del recurrente y la ART serán regulados al momento de quedar firme la liquidación que determine su base cierta.

TAL MI VOTO.-

Los Dres. Nelson Walter Peña y Gabriela Gadano, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, LA SALA II DE LA CAMARA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD;

RESUELVE: I.- HACER LUGAR al recurso de apelación deducido por CLAUDIO EDUARDO AROCA en los términos del art.46 de la ley 24.557 y en su mérito

REVOCAR la resolución adoptada por la Comisión Médica N° 18 de la ciudad de Viedma en su dictamen del 24/10/2001 del Expediente N° 018-L-00398/01, estableciendo que el nombrado posee una incapacidad laboral resarcible bajo los parámetros de dicho cuerpo legal -en su texto reformado por el Decreto 1278/00, vigente a la fecha de la manifestación invalidante que suscitó esta intervención-, del orden del 31,50%, que de acuerdo con las disposiciones de los arts.8° y 9° resulta de tipo permanente, grado parcial y carácter definitivo, siendo en tal medida acreedor de parte Consolidar A.R.T. S.A., aseguradora del empleador Cerámica Cunmalleu S.A., de la prestación prevista en el art.14.2.a, calculada en la forma dispuesta en el Considerando. A efectos de determinar su cuantía y cálculo de los intereses debidos conforme lo allí establecido, practique el actor planilla de liquidación.

II.- Con costas a cargo de la ART, en la forma expuesta en el Considerando, difiriendo la regulación de los honorarios correspondientes a la representación y asistencia letrada del recurrente y la aseguradora para el momento de quedar firme la liquidación que determine su base cierta.

III.- Firme que se encuentre la presente sentencia, por Secretaría practíquese planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por las demandadas condenadas en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal.

IV.- Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DRA.GABRIELA GADANO

-Vocal de Trámite- Sala II

DR.DIEGO JORGE BROGGINI DR. NELSON WALTER PEÑA

-Vocal - Sala II -Vocal -Sala II-

Ante mi:

DRA.ZULEMA VIGUERA

-Secretaria-