

General Roca, 12 de octubre de 2.023.

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "**CARCAMO MARIO C/ DURLOCK S.A.; GALENO ART Y PROVINCIA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (L)**" (Expte. N° RO-04902-L-0000).

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

I. RESULTANDO: Se inician los presentes actuados con la demanda incoada por Mario Cárcamo contra Durlock S.A., Galeno ART S.A. y Provincia ART S.A. por la suma de \$ 1.796.620,90 en concepto de daños y perjuicios por reparación integral de las dolencias de lumbociatalgia y en ambos oídos.

Manifiesta que hombreaba bolsas en las instalaciones de la empresa demandada y que el esfuerzo que realizaba a tal fin era desmedido.

Que la primera manifestación invalidante acaeció el 31 de enero de 2.012, cuando hombreando una bolsa de 40 kg de yeso sufrió en fuerte dolor en la zona lumbar que lo inmovilizó. A raíz de ello fue tratado y luego dado de alta médica.

Señala que nuevamente fue denunciada esta situación el 16 de septiembre de 2.013 y que luego del tratamiento brindado fue dado de alta sin incapacidad. Sin embargo considera que producto de esta lesión padece de un 20% de incapacidad.

Por otro lado, afirma que presenta una disminución en su sistema auditivo, debido al estridente ruido de la maquinaria que soporta desde enero de 2.004. Que la máquina embolsadora de cemento trabaja en base a compresión de aire.

Agrega que como operario de la máquina ponía a mano la bolsa dentro de la máquina y luego la misma se cargaba y se armaba el pallets con un total de 9 unidades aproximadamente.

Dice que lo más relevante de lo señalado es que al trabajar con aire, esta máquina a través de pistones despiden un sonido muy fuerte, ensordecedor y repetitivo, de modo que la prolongada exposición a ello genera problemas auditivos.

Que esta situación se agravó porque desde su inicio los trabajadores no contaban con los elementos de seguridad, tales como mamelucos, botas y obviamente protectores auditivos.

Afirma, que cuando la empresa Durlock S.A. comenzó con la explotación de la fábrica -tres años antes de la interposición de la demanda- se implementaron medidas de seguridad y les entregaron mamelucos y botines pero no les entregaron protectores

auditivos.

Que su situación auditiva se agravó, por lo que el 9 de septiembre de 2.013 remitió telegrama CD390785170 por el que intimó a la empleadora a que realizara la denuncia correspondiente ante la ART por su problema auditivo. Sin embargo como respuesta, el día 25 de octubre de 2.013 la empresa lo despidió ante escribano público, dejándolo sin trabajo.

Asegura que de un oído ha perdido totalmente la audición y del otro escucha aproximadamente el 30%, por lo que estima una incapacidad auditiva del 60%.

Teniendo en cuenta las dos afecciones, la columnaria y la auditiva, reclama por una incapacidad del 80%.

Pide que se cite a Galeno ART S.A. y Provincia ART S.A., porque al momento en que se produjo el accidente y la primer manifestación invalidante, la empleadora que se encontraba asegurada en dichas compañías.

Plantea la inconstitucionalidad del art. 46 apartado 1° de la Ley 24.557, Decreto 410/01 y Resolución SRT n° 305/01 y del apartado 14.1 Capítulo 7 Anexo I de la Resolución n° 45/97, en cuanto disponen la competencia federal para el conocimiento de las cuestiones debatidas en autos. También del art. 6 de la LRT por contradecir los arts. 14 bis y 19 de la C.N. al establecer un sistema cerrado de enfermedades profesionales que se encuentran incluidas en el listado del Decreto n° 659/96 y que resultan ser las únicas susceptibles de reparación, dejando sin resarcimiento otras en que el trabajo haya sido su causa.

Asimismo, plantea la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 39 de la LRT. Respecto del último artículo mencionado; señala que al eximir al empleador de responsabilidad civil frente el daño sufrido por el trabajador, contraría sin más el principio de igualdad y justicia social como así también los arts. 14 bis, 16, 17, 18 19 y 28 de la CN, citando al respecto el fallo Aquino de la CSJN.

Finalmente, solicita se disponga el pago único de las prestaciones dinerarias pertinentes, solicitando se declaren inconstitucionales los arts. 14 ap. 2 inc. b), 15 ap. 2 inc. a) y 18 de la Ley 24.557 y art. 5 ap. 5 y 6 del Decreto n° 334/96 .

Hace referencia a la fórmulas Vuotto y Méndez y cuantifica los daños por la incapacidad física en la suma de \$ 1.496.620,90 y por daño moral en la suma de \$ 300.000.

Ofrece pruebas, hace reserva del caso federal y solicita que oportunamente se haga lugar a la demanda, con costas.

A fs. 57 se ordenó correr traslado de la acción.

A fs. 71/91 Provincia ART S.A. contestó la demanda, solicitando el rechazo de la misma en todas sus partes, con costas.

Reconoce que oportunamente suscribió con Durlock S.A. contrato de afiliación n° 57279 con vigencia desde el 1° de septiembre de 1.998 hasta el 30 de abril de 2.013, por el que se obligó a dar cumplimiento a todas las obligaciones que le impone la Ley 24.557 y normas reglamentarias.

Manifiesta que formalizada la denuncia por accidente de trabajo con fecha 31 de enero de 2.012, procedió a abrir el siniestro n° 1022705 y luego de los exámenes de rigor procedió a rechazar el origen laboral de las patologías denunciadas.

Que de haber existido algún motivo el actor pudo haber solicitado la intervención de la Comisión Médica jurisdiccional y su resolución podría haber sido apelada a la Comisión Médica Central o ante el Juzgado Federal. Que al deducir la presente acción planteando la inconstitucionalidad de la normativa a la que voluntariamente se sometió recibiendo la totalidad de las prestaciones legales, viola la doctrina de los actos propios.

Remarca que sólo ha otorgado cobertura para aquellas contingencias previstas en la Ley 24.557, esto es, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales que se hallan enumeradas en el listado aprobado por el Poder Ejecutivo. Esos son los riesgos por los cuales se ha abonado prima y sólo cuando se está en presencia de uno de ellos debe las prestaciones legales. No ampara otras contingencias y menos aún los reclamos con soporte en derecho común. Por ello, solicita que lo expuesto sea considerado como una defensa de falta de legitimación pasiva.

Que no resulta responsable de la reparación integral reclamada porque no se le imputa en concreto ninguna omisión que a su vez tuviera relación causal con la dolencia sufrida. Asegura que su parte no ha incumplido obligación legal alguna que pesara sobre su cabeza por lo que no puede ser declarada responsable con fundamento en el art. 1074 del CC.

Sostiene que en el caso no se verifica insuficiencia de déficit resarcitorio, ni siquiera puede hablarse de desproporción o irrazonabilidad de las prestaciones a cargo de la ART en un juicio que ni siquiera se ha abierto a prueba, siendo un supuesto totalmente diverso al de "Aquino", en el que sólo se admitió el apartamiento de los preceptos de la Ley 24.557 cuando los medios que arbitran no se adecúan a los fines cuya realización procuran.

Negó que que el actor trabajara para Durlock S.A.; que hombreara bolsas en dicha

empresa; que fuera cierta la edad y la remuneración denunciada; que las patologías invocadas tengan relación con las tareas desarrolladas; que la primera manifestación invalidante acaeciera el 31 de enero de 2.012; que hombreando una bolsa de yeso de 40 kg. haya sufrido un dolor en la zona lumbar; que el actor haya quedado con secuelas; que por la patología columnaria padezca del 20% de incapacidad; que el actor presente signos de disminución en su sistema auditivo; que las máquinas hicieran un ruido estridente; que el actor por la supuesta patología auditiva padezca de un 60% de incapacidad; que fuera cierto el intercambio epistolar invocado en la demanda; que adeude suma alguna por responsabilidad extrasistémica; que correspondiera indemnización alguna en concepto de daño emergente, lucro cesante, incapacidad física, lesión estética, daño moral y daño psicológico; que su parte hubiera incumplido con su obligación de controlar la ejecución de los planes de mejoramiento y denunciar los incumplimientos de la empleadora a la SRT; que fueren procedentes los planteos de inconstitucionalidad efectuados en la demanda; y que fuere procedente toda pretensión de actualización monetaria con posterioridad al 31 de marzo de 1991 en virtud de lo dispuesto por la Ley 23.928.

Realiza una defensa de la constitucionalidad del sistema de la LRT, citando al respecto el fallo "Gorosito" de la CSJN y el voto del Dr. Pettigiani de la SCBA en los autos "Romero, Enrique Alberto", para finalmente solicitar que se rechacen los planteos de inconstitucionalidad formulados por la parte actora.

Solicita la aplicación de la Ley 24.432, ofrece pruebas y peticiona que oportunamente se rechace la demanda, con costas.

A fs. 115/119 Durlock S.A. contestó la demanda, solicitando el rechazo de la misma en todas sus partes, con costas.

Negó todos y cada uno de los hechos que no fueran expresamente reconocidos. En particular, negó que el actor sufriera de lumbalgia y de lumbociatalgia; que padezca de una lesión en ambos oídos; ; que continúe padeciendo la pérdida gradual de la audición; que hombreara bolsas en la empresa realizando esfuerzos desmedidos; que el 12 de enero de 2.012 el actor haya sufrido dolores lumbares; que denunciara esta situación el 16 de septiembre de 2.013; que a consecuencia de ello haya quedado con secuelas que no le permitan trabajar actualmente; que las lesiones que describe el actor se encuentren reconocidas por la ART; que padezca de un 20% de incapacidad; que sufra disminución en su sistema auditivo a consecuencia del ruido de la maquinaria de la empresa; que trabajara en la empresa desde el 2.004; que la máquina embolsadora

haga un ruido ensordecedor; que la prolongada exposición a la máquina mencionada produzca a la larga problemas auditivos; que los trabajadores de la empresa no cuenten con mamelucos, botas y protectores auditivos; que haya remitido telegrama a la empresa para que se denuncie a la ART la pérdida de su audición; que la empresa como respuesta lo despidiera; que el actor haya perdido totalmente la audición de un oído y que del otro escuche un 30%; que padezca de una incapacidad auditiva del 80%; que sea aplicable la fórmula del fallo Méndez; y que correspondan y se ajusten a derecho las sumas reclamadas.

Manifiesta que la Compañía Corral Micsa hoy Durlock S.A. es una empresa que tiene más de 100 años en la actividad de fabricación de yeso en su planta de Stefenelli de esta ciudad.

La empresa ha cumplido con todas las normas de seguridad e higiene y siempre otorgó los medios de protección.

Asegura que no existe una cosa riesgosa capaz de producir un daño en la fábrica si fue usada u operada con la diligencia del caso.

Que el sector de embolsado, donde el actor relata que transcurrió su mayor prestación en sus últimos años, no es un sector ruidoso y además, se encontraba al aire libre bajo techo lo que disipa cualquier tipo de ruido.

Afirma que no ha existido negligencia ni culpa alguna de su parte, ya que siempre actuó con la diligencia requerida en el control a los operarios para su capacitación y la constante y permanente inspección e higiene mediante profesionales contratos al efecto.

Dice que el actor nunca denunció la existencia de una enfermedad profesional. Sólo denunció problemas en su espalda y columna, por los que recibió atención médica adecuada y sus riesgos fueron cubiertos por la ART contratada.

Que durante toda la relación laboral, el actor nunca acompañó un certificado médico que haga referencia a un problema auditivo. Y desconoce qué actividad laboral desarrolló el actor con posterioridad a la desvinculación y si la que realizó pudo ocasionarle algún problema auditivo.

Reitera la negativa de las patologías denunciadas, las minusvalías estimadas y las indemnizaciones reclamadas.

Pide que se cite como terceros a Prevención ART S.A., Galeno ART S.A. y Provincia ART S.A. en virtud de que durante el tiempo en que el actor se desempeñó en la empresa, los riesgos laborales fueron cubiertos por dicha asegurados.

Funda en derecho, ofrece pruebas y solicita que oportunamente se rechace la

demanda, con costas.

A fs. 142/149 se presentó Prevención ART S.A. e interpuso excepción de falta de legitimación pasiva.

Sostiene que nunca tuvo vinculación con Durlock y por lo tanto el actor nunca tuvo cobertura de su parte.

Que tal como lo señala el actor, a la fecha de acaecimiento del accidente y del dictamen de la Comisión Médica n° 009 de fecha 29/03/2012, la ART interviniente en el caso fue Provincia ART S.A., lo que la exime de mayores comentarios en orden a la improcedencia de su citación.

Contesta los planteos de inconstitucionalidad solicitando que se rechacen toda vez que luego de haber recepcionado voluntariamente las prestaciones en especie y dinerarias que prevé la LRT se presenta en sede judicial a pedir su descalificación constitucional, violando abiertamente la teoría de los actos propios.

Defiende la constitucionalidad del sistema de pago de renta periódica y la forma de determinar el IBM.

Sostiene que conforme lo dispuesto por el inc. 6 del art. 17 de la Ley 26.773 sólo deben ajustarse por el índice RIPTTE las prestaciones únicas del art. 11 de la LRT y los pisos mínimos de las indemnizaciones. Para el caso que no se resuelva de ese modo, plantea la inconstitucionalidad de dicho artículo por considerar que se violan el derecho de propiedad y los principios de legalidad, razonabilidad, seguridad e irretroactividad.

Negó que adeude al actor la suma de \$ 1.796.620,90; que la lesión denunciada tenga relación con el trabajo; que se encuentre en situación de sordera y que la misma tenga relación con las tareas desarrolladas; y que padezca de una incapacidad gradual del 80%.

Remarca que entre "Prevención ART S.A. y Durlock no existió póliza alguna, de modo que mal se puede pretender que se brinde cobertura.

Ofrece pruebas, hace reserva del caso federal y solicita que oportunamente se rechace la demanda, con costas.

A fs. 169/185 Galeno ART S.A. contestó la demanda, solicitando el rechazo de la misma en todas sus partes, con costas.

Reconoce que emitió contrato de afiliación n° 192688 a favor de Durlock S.A. por los riesgos derivados del trabajo con vigencia al momento del siniestro denunciado (16-09-2013).

Opone excepción de prescripción con fundamento en que desde la fecha del

infortunio (16-09-2.013) a la fecha de interposición de la demanda, habían transcurrido en exceso el plazo bianual establecido por el art. 44 inc. 1 de la LRT.

Asimismo, opone excepción de falta de acción por no existir causa legal ni contractual que permita condenarla por el reclamo judicial interpuesto y por no haberse transitado previamente el procedimiento administrativo previsto en la Ley.

Señala que más allá de negar las supuestas secuelas que menciona el actor, no existe relación de causalidad entre éstas y el accidente. Que deben existir pruebas de orden clínico, patológico, epidemiológico consideradas aisladas o concurrentemente que permitan establecer una asociación causa-efecto entre la secuela y el desenvolvimiento de los hechos en torno al accidente, cosa que en el presente caso no existe.

Defiende la constitucionalidad de los arts. 21 y 22 y 46 de la LRT, sosteniendo que no se viola la garantía del Juez natural.

Afirma que la aplicación del índice RIPTE fue prevista por el legislador para los montos adicionales de pago único del art. 11 y para ser aplicada a los pisos mínimos de los arts.14 y 15 de la LRT, pero en modo alguno fue pensado para ser aplicado sobre el resultado de los fórmulas de los dos últimos artículos. Ello fue luego reafirmado con el dictado del Decreto n° 472/14 publicado en el B.O. el 11 de abril de 2.014.

Negó la fecha de ingreso, jornada, labores, tareas, categoría y remuneración descripta en la demanda. Asimismo, negó la mecánica del accidente; que el accidente revista carácter laboral; que el actor padezca de incapacidad; que le corresponda indemnización alguna; que fuera auténtica la documentación acompañada; y que la aseguradora tuviera responsabilidad alguna.

Manifiesta que una vez recibida la denuncia del accidente sufrido el 16 de septiembre de 2.013, procedió a a dar ingreso al siniestro y a brindar la atención médica del caso. Que tras la realización de un diagnóstico integral y estudios complementarios, el 10 de octubre de 2.013 se le otorgó el alta médica.

Que su parte cumplió acabadamente con las obligaciones que le impone la Ley 24.557, de modo que solicita se rechace la demanda.

Negó el IBM denunciado; la edad que se señala en la demanda; y que el actor presente patología o enfermedad alguna que le ocasione incapacidad.

Plantea la improcedencia de la aplicación de intereses porque su parte no ha incurrido en mora, según las Resoluciones n° 104/98 y 414/99. Sólo se devengarían intereses una vez transcurridos 45 días de la fecha en que se notificara la sentencia judicial y que quedara firme.

Pide que se aplique las Leyes 24.307 y 24.432 y Decreto 1813/92 en lo que respecta a la regulación de honorarios.

Ofrece pruebas, hace reserva del caso federal y peticiona que se rechace la demanda, con costas.

A fs. 188 se ordenó la producción de la pericial médica.

A fs. 199/204 se agregó la pericia médica y se ordenó correr traslado de la misma a fs. 205.

A fs. 206 la parte actora solicitó que se amplíe la pericia y se expida sobre la dolencia en la columna vertebral y a fs. 213 el perito solicitó la realización de una RMN de columna lumbosacra sin contraste a los fines de responder respecto de la patología de columna.

A fs. 207 la pericia fue impugnada por Provincia ART S.A. y el perito respondió las observaciones a fs. 211.

A fs. 214 Prevención ART S.A. solicitó que se cite al perito a la audiencia de vista de causa a fin de que se explaye sobre la hipoacusia conductiva.

A fs. 216 se ordenó intimar a las demandadas a que arbitren los medios necesarios para la realización del estudio solicitado por el perito.

A fs. 227 se agregaron los estudios solicitados por el perito.

A fs. 228/249 se incorporó la ampliación de la pericia médica.

A fs. 251 Provincia ART S.A. impugnó la ampliación de pericia y a fs. 255/257 el perito respondió las observaciones.

El 05 de noviembre de 2.020 se llevó a cabo la audiencia de conciliación en la que consta la presencia de las partes y la imposibilidad de arribar a acuerdo.

El 5 de noviembre de 2.020 se celebró la audiencia de conciliación continuatoria, dejándose constancia de la imposibilidad de arribar a conciliación alguna.

El día 18 de febrero de 2.021 se proveyó el resto de la prueba y se fijó audiencia de vista de causa.

El día 31 de marzo de 2.021 se agregó la pericia contable practicada por el contador Carlos Eduardo Zarasola, corriéndose traslado de la misma en fecha 08 de abril de 2.021.

En fecha 21-02-2.021 se homologó el desistimiento formulado por la co-demandada Durlock respecto de la citada en garantía Prevención ART S.A..

El día 23 de marzo de 2.022 se agregó la pericia en Seguridad e Higiene practicada por el Ingeniero Hugo Donald Castro, corriéndose traslado a las partes.

En fecha 1° de noviembre de 2.022 se llevó a cabo la audiencia de vista de causa con la presencia de las partes. En dicha oportunidad, las partes desistieron de la prueba confesional, declararon los testigos Víctor Salazar y Marcelo Flores, se produjeron los alegatos y el Tribunal resolvió el pase de autos al acuerdo para dictar sentencia definitiva.

II. CONSIDERANDO: Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 55 inc.1° de la Ley 5631, los que a mi juicio son los siguientes:

1. Que el actor comenzó a trabajar bajo las órdenes de la empresa Durlock el 27-01-2.004, en la categoría de operador V en la actividad extractiva de la minería, bajo la modalidad de contratación a tiempo completo indeterminado (conforme surge de los recibos de haberes adjuntados por el perito contador con su informe en fecha 31-03-2.021).

2. Que la empleadora Durlock S.A. se encontraba amparada por las contingencias derivadas del sistema de riesgos del trabajo mediante la suscripción de los siguientes contratos: a) Contrato de afiliación n° 57279 suscripto con Provincia ART S.A., con vigencia desde el 01-09-1998 al 30-04-2.013; b) Contrato de afiliación n° 192688 suscripto con Galeno ART S.A., vigente desde el 01-05-2.013 (conforme surge de la impresión de pantalla del Registro de Contratos de la SRT acompañada por prevención ART S.A. a fs. 141, y surge del reconocimiento de las demandadas, a fs. 71 por Provincia ART S.A. y a fs 169 vlta. por Galeno ART S.A.).

3. Que el 31-01-2.012 el actor sufrió un accidente de trabajo, presentando lumbalgia de esfuerzo al levantar una bolsa de yeso para acomodarla, con diagnóstico de lumbociatalgia- rotura discal. Que Provincia ART aceptó el siniestro y le brindó prestaciones hasta que le otorgó alta médica el 12-03-2.012 por considerar que presentaba una dolencia de naturaleza inculpable (a fs. 04, 06/07 y conforme surge de la carta documento de notificación del alta médica que obra como documentación

acompañada al expediente por la demandada Provincia ART S.A. en fecha 22-02-2.021).

4. Que en fecha 29-03-2.012 se solicitó la intervención de la Comisión Médica n° 9, la que el 14-04-2.012 dictaminó en los siguientes términos: *"DIAGNOSTICO: LUMBALGIA POST-ESFUERZO... CONCLUSIONES:... Que corresponde caracterizar a la contingencia que figura en el diagnóstico como Accidente de Trabajo; que la ART brindó las prestaciones en tiempo y forma para la atención del evento doloroso agudo y que al momento de este Dictamen, se consideran suficientes; Que se fija como fecha de cese de la ILT, al 12/03/12, en coincidencia con el alta médica otorgada por la ART; Que la contingencia no presenta secuelas, que por sí mismas o por su limitación funcional generen incapacidad laboral de tipo permanente, en el marco de la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo"* (conf. documentación acompañada al expediente por la demandada Provincia ART S.A. en fecha 22-02-2.021).

5. Que en fecha 16-09-2.013 la empleadora formuló denuncia de accidente de trabajo ante Galeno ART, describiendo que al subir las escaleras, sintió un tirón en la cintura (región lumbosacra), diagnosticándose lumbociatalgia (a fs. 09). Que en fecha 10-10-2.013 la ART otorgó el alta médica al trabajador, bajo el diagnóstico lumbalgia indicándose el pase de atención a través de obra social (a fs. 05 y surge de lo invocado por galeno ART S.A.).

6. Que en fecha 19-09-2.013 el actor remitió telegrama laboral a la empresa Durlock S.A., intimándola a la realización de la denuncia de siniestro por el cual perdió la audición completa de un oído y parcial del otro, presentando asimismo problemas en el ciático derivado de las tareas en la Yesera Corral donde realizaba tareas de peso y como operario con maquinarias pesadas (conf. pieza postal obrante a fs. 11).

7. Constancias médicas obrantes en el expediente (conf. documentación acompañada al expediente por la demandada Provincia ART S.A. en fecha 22-02-2.021): **a)** Informe de RMN de fecha 17-02-2.012, que refiere *"El examen realizado muestra rectificación de la lordosis lumbar fisiológica. Los cuerpos vertebrales presentan conformación e intensidad de señal conservada. Deshidratación y protrusión posterior y bilateral con ocupación de ambos recesos laterales, del disco L5-S1..."*; **b)** Informe de RMN de fecha 15-07-2.019, que refiere: *"Se reconoce rectificación de la lordosis lumbar fisiológica en la posición de examen... Los cuerpos de la región en estudio conservan la altura habitual, sin desalineaciones somáticas posteriores. Leve reducción en la intensidad de señal de los discos intersomáticos en*

relación a fenómenos degenerativos leves. En los niveles L3-L4 y L4-L5 se describe hipertrofia del anulo fibroso, que compacta con la cara anterior del estuche dural, con leve repercusión neuroforaminal bilateral. --- En el nivel L5-S1 se observa abombamiento discal central y subarticular bilateral, a predominio derecho, que impronta y y deforma la cara anterior del estuche dural, con repercusión neuroforaminal bilateral, a predominio de ese lado. Se asocian cambio ecogénicos de Modic tipo II a los platillos vertebrales confrontados.--- Cono medular y raíces de la cola de caballo de características RM habituales".

8. Que el perito médico designado en autos, Dr. Néstor Fernando Andrada, informa sobre las secuelas incapacitantes que presenta el actor.

Sobre la Hipoacusia (informe pericial obrante a fs.199/204): señala que el actor trabajaba en una cantera de yeso, embolsando yeso desde el 2.004; que en el lugar se desarrollan altos niveles sonoros producidos por maquinaria pesada en transporte de carga, minería (explosiones), tractores; es decir exposición e intensidad sonora de 85 decibeles de sonido continuo; es decir persona expuesta a ruidos desde el 94 hasta el 2.003, presentando hipoacusia perceptiva. Afirma que el actor le refirió que no le entregaban elementos de seguridad, como auriculares.

Alude que en el expediente obran: registro de fecha 30-05-2.014 de audiología de Adanil, que da cuenta de la pérdida de audición bilateral, audiograma de fecha 27-08-2.014 donde consta igual patología, certificado de discapacidad con diagnóstico de hipoacusia mixta conductiva y neurosensorial bilateral y estudio de fecha 11-09-2.014 con igual resultado audiométrico.

Describe que las formas clínicas en que se presenta el trauma acústico son por trauma craneano, trauma acústico agudo y trauma acústico crónico. Sostiene que estas diversas formas se pueden dividir en diferentes tipos (tipo I a tipo VI) según como se presenten, describiendo cada uno de ellos. Formula consideraciones sobre las formas del trauma acústico.

Refiere que en lo que aquí interesa, **en cuanto al trauma acústico crónico -daño auditivo inducido por ruido (DAIR)- afirma que se corresponde con la pérdida auditiva continua y permanente (hipoacusia neurosensorial) que se desarrolla en forma gradual a lo largo de los años como consecuencia de la exposición al ruido ambiental; que habitualmente es bilateral y simétrica** (el subrayado me pertenece).

Dijo que "La exposición a un ruido intenso, ya sea repetida o de cierta duración da lugar a una lesión del oído interno originando una pérdida auditiva sensorineural.

Tanto la lesión coclear, como el cambio de umbral resultante, pueden ser temporales, durante minutos, horas, días, luego cesado el estímulo".

Que cuanto mayor sea la duración del estímulo, menor será la posibilidad de recuperación y si la exposición es repetitiva, la lesión del oído interno puede producir una pérdida auditiva permanente (PTS).

Afirma que determinar la causa de la variación del umbral auditivo en periodos mayores a un año es muy compleja, porque el ruido no es la única causa de la pérdida auditiva permanente (PTS). Por eso el término "inducido por ruido" solo debería aplicarse si se puede demostrar indiscutiblemente que no existe ningún otro motivo que haya provocado el cambio de umbral. Postula que cualquier pérdida auditiva permanente (PTS) es el resultado de la interacción de Presbiacusia, Nosiacusia y Socioacusia, más la exposición a ruidos industriales. La "presbiacusia" es la pérdida de la audición por la edad, la "nosiacusia" las variaciones del umbral causada por patología que no sea ruido o edad y la "sociacusia", a aquellas causadas por ruidos diarios, no industriales (música, autos, etc).

Describe que los ruidos por debajo de los 80 dB durante 8 horas. no son peligrosos y solo pueden generar una fatiga auditiva sin secuelas permanentes.

Que "La intensidad sonora de un ambiente dado está sujeta a diversos factores, entre los que se destacan: número de elementos mecánicos en actividad, el volumen de los espacios, los materiales empleados en la construcción, las formas de las paredes, etc. Por todo lo mencionado es posible que una industria que genere ruidos menos intensos cause a los operarios más traumatismos... En los casos de intensidad sonora constante el deterioro aumenta a medida que es mayor el tiempo de exposición... Los ruidos continuos son menos perturbadores que los intermitentes, ya que la impedancia auditiva puede modificarse, posibilitando una adaptación que no existe para los segundos".

Asegura que aunque el nivel máximo debería ser de 80dB durante 8 horas, se puede tolerar intensidades mayores sin consecuencias siempre que las mismas sean ocasionales, esporádicas e interrumpidas por tiempo de recuperación; afirma que lo importante para evitar el daño auditivo inducido por ruido (DAIR), es que al comenzar el día no exista fatiga auditiva residual.

Que "...Por lo anteriormente expuesto se deduce que el actor al haber estado por más de diez años con trauma acústico ha desarrollado una hipoacusia bilateral la que le produce importantes alteraciones psíquicas trastornos en su vida de relación..."

Dice que en autos no existen pruebas de preexistencia de las lesiones diagnosticadas, las cuales considera compatibles en ser causadas por el trauma laboral según la demanda.

Determina que el actor presenta 42% de incapacidad por hipoacusia total por exposición a ruidos, conforme el Decreto n° 659/96.

Sobre la Dolencia Columnaria (a fs. 228/247, ampliación de pericia): Señala el perito que estamos en presencia de un actor que desde el año 2.004 viene realizando tareas de esfuerzo, cargando y manipulando bolsas de más de 40 kgs, por lo que se infiere que ha padecido lesiones por esfuerzos repetitivos.

Que la RMN de fecha 15-07-2.019 (estudio complementario requerido por el experto), se informó que el actor presenta "*...Rectificación de la lordosis lumbar fisiológica. Protrusiones de anulus fibroso L3-L4-L5 que contacta con el saco neural y neuroforamen bilateral. En espacio L5 S1 se observa protrusión que deforma el saco neural...*".

Dice que el actor ha efectuado esfuerzos repetitivos en columna lumbar, y que este tipo de esfuerzos se caracterizan por afectar tendones, vainas sinoviales, músculos, nervios, fascias, ligamentos de modo aislados o asociado.

Que las lesiones por esfuerzos repetitivos responden al uso repetido de grupos musculares, al uso forzado de grupos musculares y en posturas no ergonómicas, lo que se traduce en lesiones por esfuerzos repetitivos de la columna lumbar, los que han sido revelados por los eventos laborales descriptos.

Que el actor manifiesta que actualmente siente dolores lumbares permanentemente que se exacerban inmediatamente luego de esfuerzos.

Alude a que no obran en autos exámenes preocupacionales ni periódicos que indiquen preexistencia.

Agrega: pruebas funcionales de Lasague para miembro positiva, maniobra de Growers Bragard positiva para ambos miembros. Marcha en talones dolorosa en ambos miembros, más acentuada en miembro inferior derecho.

Afirma que presenta rectificación de la lordosis lumbar. En este sentido describe que la columna lumbar tiene una curva convexa, hacia ventral, denominada lordosis fisiológica, la cual por razones traumáticas y por contractura dolorosa de los músculos paravertebrales, se rectifica, como sucede en el caso.

Explica en qué consiste la hernia de disco, su origen, evolución y mecanismos de acción.

Asegura que las personas normales no presentan degeneración discal congénita ni en edades tempranas. Que la ciencia médica, respaldada en investigaciones multicéntricas ciertas y no especulativas, con estudios prospectivos y seguidos paso a paso en cada proceso, ha demostrado que el uso mecánico de las articulaciones es la causa principal de su desgaste y patología.

Que el hallazgo de discopatías en la franja etaria que va desde los 30 a los 50 años de edad, en el más alto porcentaje se debe a traumatismos y microtraumatismos comprobados.

Destaca que hay que aceptar el peso de las estadísticas empíricas que muestran, en una amplia casuística, que las discopatías y hernias discales emergen tras un hecho traumático y se manifiestan como secuelas postraumáticas.

Lo cierto es que no hay descritas malformaciones congénitas como hernias discales, ni genes productores de hernias ni cromosopatías hereditarias. No hay infecciones ni otros factores etiológicos que produzcan hernias de discos, salvo factores traumáticos (micro traumatismos y microtraumatismos); tal el caso de marras que fue revelado por el trauma agudo. Afirma que *"La degeneración discal es un signo, no es un síndrome y mucho menos una enfermedad"*.

Considera que es inválido el argumento de que estaríamos ante una enfermedad degenerativa inculpable; el proceso degenerativo es una secuela consecutiva al traumatismo, no una entidad nosológica en sí.

Describe que los microtraumas se refieren a los cambios bioquímicos microscópicos que operan en la degeneración cartilaginosa como estadio preclínico de la artrosis (preartrosis). Los factores mecánicos que provocan microtraumatismos son la presión y compresión (contusión intraarticular) continua provocadas por hiperfunción y sobrecargo articular; microtraumatismos repetitivos: vibraciones, movimientos reiterados, etc.

En lo laboral son lesiones que afectan las articulaciones óseas y tejidos blandos periarticulares; son producidas por agentes que causan vibraciones locales o de todo el cuerpo; posiciones viciosas forzadas o sostenidas, movimientos o gestos repetitivos de las articulaciones (mecanismo por hiperflexiones, hiperextensiones, flexoextensiones, rotaciones, flexorrotaciones forzadas, etc. que lleven más allá del límite normal del desplazamiento de una articulación); cargas ponderales que por sobrepeso provoquen fuerzas axiales compresivas de huesos y tejidos. Asimismo determinadas contusiones y conmociones (elongamientos bruscos, sobrepesos que se cargan para transportar o

sostener pasivamente en brazos o con el cuerpo) pueden provocar microtraumatismos en tejidos y órganos (microhemorragias, microdesgarros, microelongaciones) como el caso de autos.

Concluye en que estamos en presencia de un adulto de 36 años que aparentemente no ha presentado observaciones en su examen de ingreso ni periódicos, que durante largos periodos de tiempo ha efectuado la misma tarea con movimientos y esfuerzos repetitivo, por lo que ha producido microtraumatismos reiterados en su columna vertebral, lesiones por esfuerzos repetidos a lo que suma el trauma descrito que se considera brusco y súbito.

Que padece enfermedad postraumática diagnosticada como hernia de disco L4-L5 y L5-S1, quedando incapacitado de forma permanente y total para sus tareas habituales, con consiguiente dificultad para su vida de relación. Debe cambiar o recalificar para otras tareas.

Postula que la aseveración de que toda hernia discal es operable es una falacia, por lo cual se han establecido los criterios médicos que indican cuando una hernia es operable y cuando no lo es. Así asevera que habrá indicación quirúrgica en los siguientes casos: síndrome de la cola del caballo, retención urinaria, progresión del déficit neurológico en forma patente (EMG que cambia cada 6 semanas clínica progresiva), síntomas articulares con evolución refractaria a medicamentos y de más de 6 a 12 semanas de duración, cuadros recurrentes de ciática o cervicobraquialgia que afectan la calidad de vida por paresias graves. Por su parte los criterios de inoperabilidad de una hernia son: ausencia de síntomas muy graves, protrusión discal simple (hernia de disco simple que no padece extrusión o secuestro), ausencia de cola de caballo. Postula que se confunden los criterios médicos generales para desaconsejar una cirugía con los criterios de operabilidad de una hernia discal. Estos últimos no dependen del criterio del médico ni del estado general del paciente, sino de condiciones particulares de la hernia. Afirma que la hernia del actor esta dentro de los criterios de inoperabilidad.

Postula que la hernia es indemnizada por el daño del disco en sí y nada más, daño que provoca limitación funcional importante e inestabilidad de la columna.

Asimismo refiere que otra cosa es el daño neurológico; que el nervio o su raíz es otro órgano anatómico lesionado distinto al órgano denominado disco intervertebral. La ley paga por separada el daño osteoarticular del disco y el daño neurológico bajo forma

de lumbalgia o lumbociatalgia.

Determinación de la incapacidad (a fs. 228/247 ampliación de pericia). De conformidad con el Decreto n° 659/96, el perito informa al actor la siguiente incapacidad:

Hipoacusia total por exposición al ruido: 42%

Hernia de disco inoperable: 30% de CRR del 58% = 17,40%.

En estas condiciones, arriba al 66,34% de incapacidad permanente luego de aplicar factores de ponderación (dificultad para las tareas habituales 10% de 59,40% = 5,94%; no merita recalificación; edad del damnificado 1%).

9. Que de la pericia en Seguridad e Higiene del Ing. Hugo Donald Castro, surge que se constituyó en el domicilio industrial de la demandada DURLOCK S.A., siendo atendido por el Gerente -Sebastián Peruzzi- y el responsable de la administración. Que requirió registros de acciones de higiene y seguridad (las que detalla y adjunta con el informe) y que recorrió la planta industrial tomando fotografías ilustrativas. Los registros exhibidos son actuales.

Afirma que el gerente y el responsable administrativo le expresaron que no existe documentación y registros relativos a higiene y seguridad laboral de la época en que trabajaba el actor.

Describe el perito que los registros relativos a la higiene y seguridad en el trabajo responden a las normas vigentes a la fecha; son numerosos y se agregan como documentación anexa.

Que a la fecha de la pericia, en el establecimiento, en términos generales se cumple la normativa vigente en materia de higiene y seguridad laboral. **Pero reitera que los responsables informaron que no existen registros ni constancias de las condiciones en que operaba la planta a la época de trabajo del actor.**

Señala que respecto de las constancias de visitas de la ART, recomendaciones, reubicación, recalificación y rehabilitación de trabajadores: se exhibió constancia de la visita – industria de Provincia ART, de fecha 24-02-22, firmada por Ing. Agr. Sigliano (ART) y Téc. Hig. y Seg. Verdecchia (empresa); y que la visita está registradas en el Libro Especial de Seguridad e Higiene por el profesional responsable del Servicio. Dice que ese documento, en el título observaciones, la ART especifica “que concurre al establecimiento a fin de verificar las medidas solicitadas en la evaluación de verosimilitud”.

Dice que en el mismo constan incumplimientos relativos a protección contra incendio (sistema de detección de incendio), sustancias peligrosas (duchas y lavaojos), riesgo eléctrico (medición de PAT), iluminación y color (medición niveles e identificación cañerías), y el cumplimiento respecto de ruido (medición), vibraciones (medición). En cuanto a riesgo eléctrico se cumplió con la medición como menciono en f) así como también de vibraciones, ruido, con mediciones en agosto 2021.

También se cumple con los exámenes médicos periódicos realizados entre diciembre 2021 y febrero 2022 conforme resulta del informe de la ART de fecha 28/06/22.

Los exámenes realizados se condicen con los riesgos higiénicos de la planta informados en el RAR: ruido-audiometría, sustancias sensibilizantes de las vías respiratorias-espirometría, vibraciones-examen osteoarticular/neurológico; los resultados informados son normales excepto para 10 de los 12 operarios cuyas audiometrías resultaron “anormal inculpable” con una exposición promedio declarada por el empleador en el RAR de 22 años.

Reitera el perito que no se exhibió documentación alguna de la época en que trabajaba el actor en el establecimiento. Que el servicio de higiene y seguridad actualmente es prestado para Durlock S.A. desde 2.017 por la Lic. Gladys B. Hernández como indica la carátula del Libro Especial de Seguridad e Higiene Res. 555/10 de la Secretaría de Trabajo de Río Negro. En el mismo libro, con 39 folios usados a la fecha de asistencia a la planta industrial, consta un registro mensual de las actividades del servicio de 2.017 a diciembre 2.021.

Requerido al perito que informe sobre los estudios y exámenes de salud realizados al actor, reiteró que las personas responsables dijeron no contar con documentación al respecto.

Y finalmente, solicitado al perito que informe sobre la provisión de elementos de protección y ropa de trabajo reglamentarios, afirma que se le informó que no se dispone de registro alguno de la época en que laboraba el actor en ese establecimiento.

10. Que del informe pericial contable del Cdor. Carlos Eduardo Zarasola surge que se reunió con el Gerente de la sucursal de Durlock S.A. de General Roca -Sr. Sebastián Peruzzi- quién puso a disposición copias de escritura donde consta la fusión entre "Cía Corral Minera Industrial y Comercial S.A." y Durlock S.A., que se fusionaron con fecha 29-04-2.010 y que el 30-08-2.010 se firmó el acuerdo definitivo de

fusión por incorporación y disolución de la Cía. Corral S.A.C.I..

Dice que conforme la documentación acompañada por el abogado de Durlock, existió en el año 2.007 un contrato entre Prevención ART y Cía. Corral, pero la actual administración no tiene ninguna referencia del mismo. Que a fs. 114 la demandada presentó fotocopia de un informe de accidente de trabajo en Prevención ART a nombre de Compañía Corral MICSA del contrato n° 100517 con fecha 03-09-2.007 correspondiente al Sr. Cárcamo Mario. Que a fs. 109 la demandada presentó fotocopia de un informe de accidente de trabajo en Provincia ART a nombre DURLOCK S.A. (contrato n° 57279) con fecha 31-01-2.012 correspondiente al actor; y a fs. 112 fotocopia de constancia médica por fin de tratamiento de Galeno ART a nombre DURLOCK S.A., con fecha 10-10-2.013 correspondiente al actor; que de ninguna de dichas constancias surge informado a las ART el problema de sordera del actor.

11. Que desde junio a diciembre de 2.011 el actor percibió las remuneraciones que surgen de los recibos de haberes acompañados por la demandada y agregados al expediente en fecha 04-03-2.021.

12. Que a la fecha de la primera manifestación invalidante de la incapacidad -31-01-2.012- el actor contaba con 43 años de edad (nacido el 29-12-1.968, conf. surge de la copia de DNI que obra a fs. 54 acompañada como prueba documental).

13. Que en fecha 29-04-2.010 se realizó la Fusión por Incorporación de la sociedad "Cía. Corral Minera Industrial y Comercial S.A. con Durlock S.A. (conforme surge de la pericia contable acompañada al expediente en fecha 31-03-2.021, a la cual se halla adjunta parte de la escritura de fusión).

En la audiencia de vista de causa celebrada el día 01-11-2.022, el testigo **Víctor Manuel Salazar** dijo que conoce al actor, que tienen una amistad y que se conocieron en el trabajo. *"...Trabajé para Durlock, ya no, tengo juicio pendiente. Yo trabajé 8 años; dejé de trabajar hace 9 o 10 años. Yo trabajaba en la parte de mantenimiento, la planta esta en Stefenelli. El actor era embolsador. Había tres turnos de 8 horas, salvo los embolsadores que eran de 6 horas porque era insalubre. La planta funciona las 24 horas. En turnos rotativos se trabajan las 24 horas, se paraba el sábado al medio día y se arrancaba el domingo a la noche. Los embolsadores trabajan de a dos, uno pone la bolsa en la boquilla y activa la máquina, cuando se llena la bolsa, la lleva hasta el palets y van rotando. Las bolsas son de 40 kilos. La máquina corta el llenado por peso. Habían dos máquinas embolsadoras, a veces estaban las dos activas otras veces solo una. Es una máquina ruidosa por el sistema de aire que tenía, más allá de que la planta*

es ruidosa por la molienda. Cuando yo entré a trabajar, el actor ya estaba. Yo estuve 8 años y todos, salvo el último tiempo lo sacaban al actor por sus problemas de salud. Yo en ese entonces ya estaba como delegado. El actor tenía problemas de espalda y de audición. Lo mandaban a trabajar a los molinos al actor. Después implementaron un sistema donde ya no se levantaba la bolsa, pero el actor no lo alcanzó a usar. Cuando a mi me despidieron el actor continuó trabajando. En un turno, los embolsadores sacaban 6 u 8 palets, en los palets entran unas 40 bolsas de 40 kg. más o menos". Se le exhiben fotos, pero son posteriores a cuando trabajaba el actor. "...Yo estaba en el taller que está bastante lejos de la embolsadora, unos 60 o 70 metros y escuchaba el ruido. Los embolsadores al principio casi no tenían elementos de seguridad, después con Durlock se comenzó con seguridad, barbijos, protectores de oídos, gafas. Cuando yo ingresé era Cia. Corral y era muy precario. Con el tiempo le dieron todos esos elementos de seguridad. Yo calculo que después de 4 años desde que entré se comenzó de a poco con los elementos de seguridad. El embolsado y los Molinos eran tareas insalubres y por eso tenían una jornada más corta...".

A su turno, el testigo **Claudio Marcelo Flores** declaró que: conoce al actor, "...fuimos compañeros de trabajo en la demandada. Me echaron y no hice juicio. Yo entré a trabajar en octubre de 2.004, cuando yo entré el actor ya estaba y estuve hasta el 2.014; cuando yo me fui el actor ya no estaba. Yo arranque trabajando en la ventonita, embolsaba y después cuando compré Durlock solo trabajamos yeso. Ya ahí me pasaron al horno en la parte de calcinación. El actor embolsaba, estaba cerca de mi puesto de trabajo, a veces coincidíamos en los turnos. Los turnos eran rotativos. Yo en calcinación hacia 8 horas y ellos en embolsado hacían 6 horas porque era insalubre. El embolsado consistía en meter la bolsa a la maquina hasta que se llena de yeso y de ahí se va paletizando, se trabajaba de a dos y van rotando. Las bolsas pesaban 40 kg. Los pales se cargan con 45 bolsas como 9 filas. Cuando yo entré el actor ya estaba en la embolsadora. Cuando estaban los trenes, entraban y les cargaban las bolsas de yeso para Buenos Aires; en ese tiempo se cargaba en vagones. Cuando compré Durlock ya no se cargaban vagones en los trenes. Durlock compró en el 2007 o 2.008. Y no cambió mucho; cambiaron la maquinaria que era más nueva, largaba bolsas más rápido. Las máquinas de embolsado eran ruidosa porque eran a aire. El actor tuvo problemas de cintura y yo lo atribuyo a la carga de bolsas. Cuando compré Durlock nos dieron fajas. En un turno hacían 700, 800 o 1000 bolsas de yeso. Al actor lo echaron, cuando yo me fui el actor ya no estaba; me parece que había estado con la ART y cuando volvió lo

*echaron. A veces me daban barbijos, gafas, fajas, protectores auditivos (tapones y después los de copa), cascos, botines, ropa. Yo estuve como 10 u 11 años. Todo el tiempo salvo a lo último el actor estuvo en la embolsadora. **Sabe que el actor tuvo problemas de oído, nosotros le teníamos que gritar para que escuchara. Gustavo Hegen también tuvo problemas de oído, también embolsador y también estuvo muchos años. A lo último daban unas charlas de seguridad. Nadie controlaba que usaras los elementos de seguridad. Nadie te decía nada...**". Se le exhiben fotos y lo reconoce como el lugar de trabajo. "...Pero los últimos años pusieron la paletizadora. Yo fui embolsador, con los tapones el ruido se escucha igual..."*

De las declaraciones testimoniales recibidas, extraigo las siguientes conclusiones:

- a)** Que los testigos fueron compañeros de trabajo del actor, en la explotación de propiedad de Durlock S.A. y anteriormente en Compañía Corral;
- b)** Que las tareas desempeñadas por el actor implicaban realizar movimientos repetitivos, y levantamiento y traslado de cargas;
- c)** Que en cada jornada el actor, junto con otro compañero, hombreaban bolsas de 40 kgs de yeso, hasta completar 8/9 palets, con capacidad de entre 40/45 bolsas cada uno de ellos;
- d)** Que en las instalaciones había ruido provenientes de la maquina embolsadora y porque la planta en sí era ruidosa por la molienda;
- e)** Los testigos declararon que conocían que el actor presentaba problemas de salud, que tenían que hablarle fuerte porque no escuchaba bien;
- f)** Existían más trabajadores -aparte del actor- con problemas auditivos en las instalaciones donde laboraban;
- g)** Que al principio no se le entregaba ningún elemento de protección personal; pero que desde que Durlock comenzó con la explotación se empezó a proveer de EPP y a brindar alguna charlas de seguridad.

III. Corresponde a continuación expedirnos sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 55 inc 2 Ley 5631).

1. a). Inconstitucionalidad arts. 21, 22 y 46 LRT. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Castillo" (07/09/04) resolvió la inconstitucionalidad del art. 46 apartado 1 de la LRT en cuanto estableciera la competencia federal para entender en acciones judiciales derivadas de accidentes de trabajo, "en razón de vulnerar las autonomías provinciales a la luz de lo normado por el art. 75 inc. 12 CN, por trasuntar conflictos entre privados, y no resultar por la materia ni las personas, cuestión o agravio federal alguno", por lo que las mismas deben ventilarse ante los tribunales laborales locales.

Este criterio fue seguido por el STJRN en "Denicolai" (10/11/04), entre muchos

otros, y que determinan la competencia de este tribunal para entender en la acción planteada.

De igual modo resultan inconstitucionales los arts. 21, 22 de la LRT en cuanto imponen el paso previo por las Comisiones Médicas, y el procedimiento administrativo allí regulado el cual resulta optativo para el trabajador, que no puede ver cercenado el acceso de su litigio al juez natural, que resulta el juez laboral provincial, tal como lo entendiera la CSJN en el citado fallo "Castillo", y ratificado en "Venialgo", "Marchetti" y "Obregón", y por el STJRN en "Denicolai", "Durán", y otros.

De conformidad con ello, corresponde rechazar la excepción de falta de acción interpuesta por las aseguradoras. Asimismo corresponde rechazar la excepción de incompetencia planteada también por la aseguradora, pues este Tribunal cuenta con aptitud para entender en autos, según lo dispuesto por el art. 6 ap. I inciso a) de la Ley 1.504 -vigente a la época de iniciación y sustanciación del pleit- y art. 7 ap- I inc. a) de la ley 5631.

b). Planteo de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la LRT. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se expidió al respecto en la causa "Aquino", considerando que dicha norma resultaba inconstitucional por estar en contradicción con los arts. 14 bis, 16, 17, 19 y 28 de la C.N. y de los tratados incorporados por el art 75 inc. 22 de la CN.

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia en la causa "QUEVEDO ESTEFANÍA FABIANA C/PARMALAT ARGENTINA S.A. S/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-15660-03) señaló que: "...No obstante lo expuesto, las argumentaciones por las que transitó el Alto Tribunal en el caso A. ya citado, a las que se suman los considerandos 7 a 11 de la causa V. y 5 y 6 de la causa M., me llevan a la convicción de que el precedente "Gorosito" ha quedado definitivamente atrás. Dejo a salvo los supuestos típicamente laborales como el accidente i.i. o los producidos por culpa del propio trabajador que sólo tendrán adecuada protección bajo el régimen de la LRT, por lo que habrá de distinguirse en cada caso si realmente se produce una desigualdad de trato con el deber de reparar integralmente el daño causado a cualquier ciudadano (art. 19 C.N.), sin descartar el supuesto de que en algunas situaciones la ley especial 24.557 pueda satisfacer con automaticidad y celeridad -según la terminología de Belluscio y Maqueda- las prestaciones aseguradas y constituir una reparación justa. Quiero señalar por último que a mi juicio es trascendente que la Corte en el caso A. nos remita a principios del derecho constitucional como el "alterum non laedere" y a los propios del

derecho del trabajo y de la seguridad social que surgen del art. 14 bis de la C.N. Además sistematiza otros principios y garantías que deben tenerse en cuenta al tiempo de resolver como el de razonabilidad y el de progresividad en la medida de lo exigible, para finalmente rescatar al hombre y su dignidad frente a la garantía de igualdad ante la ley y a los principios específicos de interpretación de las leyes del trabajo conforme lo legislado en el art. 11 de la LCT, sin perjuicio de la ya citada normativa supranacional. Así expuesto, el caso A., que permite estatuir una regla general para la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1, se erige en un precedente trascendente porque cambia fundamentalmente el razonamiento judicial partiendo del derecho sin descuidar la subsistencia de la ley especial que, en lo demás, sigue vigente hasta tanto se dicte una nueva legislación en la materia" (in re: "SAN MARTIN", Se. N° 27/05 del 2-03-05)..."

En consecuencia, en consideración a los términos en que ha sido planteada la demanda y la fecha de las manifestaciones de la dolencia del actor, a fines de ingresar al análisis de la pretensión, corresponde en el caso declarar la inconstitucionalidad del art. 39 LRT.

2. Pretensión de daños y perjuicios con fundamento en el Código Civil. Presupuestos de la Responsabilidad Civil.

La Controversia. Puesto en la labor de determinar la responsabilidad civil de las demandadas, como punto de partida cabe circunscribir los extremos de la pretensión del accionante, quien concretamente sostiene que las tareas desarrollada como embolsador de bolsas de yeso desde el año 2.004, en las condiciones laborales que describe, fueron la causa eficiente de la enfermedad auditiva y columnaria que -asevera- presenta. En este sentido dice que sus tareas consistían en hombrear bolsas para su empleador, realizando a tal fin un esfuerzo desmedido. Asimismo afirma que la maquinaria con la que trabajaba desde enero de 2.004 realizaba un ruido estridente que le generó disminución de su sistema auditivo; situación agravada por la falta de elementos de seguridad para trabajar, entre ellos protectores auditivos.

Por su parte la demandada Provincia ART S.A. sostiene que el actor recibió la totalidad de prestaciones legales de su parte, invocando en tal sentido la defensa de falta de legitimación pasiva. Asimismo afirma que el actor no invoca ninguna omisión en concreto que tenga relación de causalidad con la dolencia sufrida, no habiendo incumplido por su parte con obligación legal alguna.

A su turno la empleadora Durlock S.A. sostiene que cumplió con todas las

normas en seguridad e higiene y que siempre otorgó medios de protección; afirma que no existe en la fábrica cosa riesgosa capaz de producir un daño si es que se usa u opera con la debida diligencia. Postula que no ha existido negligencia ni culpa de su parte. También destaca que el actor nunca denunció la existencia de enfermedad profesional; que denunció problemas de columna por los que recibió atención, pero que nunca acompañó certificado médico referido a problema auditivo. Solicitó la citación de Provincia ART S.A. y Galeno ART S.A.

Por último Galeno ART S.A. interpuso excepción de falta de acción por considerar que no existe causa legal ni contractual que permita condenarla y por no haber transitado el procedimiento ante comisiones médicas.

Señala que en su momento se dio ingreso al siniestro y brindó la asistencia médica del caso; que luego de realizar un diagnóstico integral y estudios complementarios, se le otorgó el alta médica el 01-10-2.013. Sostiene que no existe relación de causalidad entre las supuestas secuelas del actor y el accidente denunciado. Que cumplió acabadamente con las obligaciones que impone la LRT.

Presupuestos habilitantes de la Responsabilidad Civil. Despejado esta cuestión, cabe destacar, que en el presente caso para habilitar la reparación integral con asiento en la responsabilidad civil deben invocarse y acreditarse la totalidad de los presupuestos legales exigidos a tal fin, a saber: la actividad riesgosa o el carácter riesgoso o vicioso de la cosa, la acreditación de que el empleador demandado reviste la condición de dueño o guardián de la cosa, la existencia del daño, la relación de causalidad entre el riesgo o vicio y el perjuicio sufrido.

Que así viene impuesto además por la doctrina legal obligatoria (art. 42 L.O.P.J. 5.190), pues la Máxima Instancia Provincial tiene dicho que "...en el ejercicio de la acción civil el actor debe probar ciertos presupuestos que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación como el nexa causal con el daño. En ese orden de ideas, ha dicho la Corte que, *"como ya quedó expuesto, el actor ha fundado su reclamo en las normas del Código Civil, a pesar de contar con la protección de un régimen especial, como es el consagrado por la ley 9688. Cuando se hace uso de esa opción -ha dicho ya esta Corte- la aplicación del art. 1113 requiere, para fundar la pretensión resarcitoria respecto de su empleador, la prueba de encontrarse reunidos los requisitos exigidos por las normas*

cuya aplicación se pretende, ya que, si se prescindiera de esta exigencia, desaparecería toda diferencia entre ambos regímenes -uno, que asegura al trabajador una indemnización tarifada, pero amplía el campo de responsabilidad patronal y, a la inversa, el otro, que no impone límites a la reparación, pero restringe el margen de responsabilidad- (cf. "Giménez, José E. c/ Prefectura Naval Argentina s/ daños y perjuicios", G-426.XXI, recurso ordinario, sent. de julio 28-987, considerando 15). Y en este sentido, no parece razonable escindirlos y acumular los presupuestos necesarios en el primero con los beneficios que consagra el segundo" (in re: "O Mill, Allan E. c/ Provincia del Neuquén", del 19.11.91, L.L. 1992-D-226). En similares términos, pero mucho más recientemente, la doctrina ut supra transcripta aparece recogida en el voto emitido por los doctores Fayt y Lorenzetti en autos "Soria, Jorge L. c/ RAYCES S.A. y otro", del 10.04.07, en el cual expresan que, "cuando se ejercita la opción por la acción de derecho común, debe aplicarse el régimen indemnizatorio previsto en el Código Civil. Ello es así porque un mismo hecho dañoso puede dar lugar a acciones diversas que el derecho pone a disposición de la víctima, de carácter penal, civil, o laboral. Entre las pretensiones con finalidad resarcitoria del daño causado, debe distinguirse aquella que, fundada en el sistema de riesgos del trabajo, tiene una lógica legislativa transaccional, puesto que facilita la acción al establecer presunciones de autoría y causalidad, pero limita la indemnización a los fines de facilitar la asegurabilidad. En cambio, la acción civil se basa en la exigencia de la prueba de los presupuestos de su procedencia y, como contrapartida, hay reparación plena..." (S.T.J.R.N., 24/02/2010, Se. 22/10, "LAVEZZO, FERNANDA LORENA c/MAPFRE ARG. ART Y SOC. ANÓNIMA IMP. Y EXP. s/ACCIDENTE DE TRABAJO s/INAPLICABILIDAD DE LEY", Expte. N° 23.514/09-STJ).

Y ha resuelto asimismo que "...Ya ha sostenido este Cuerpo y a ello se ha remitido el Tribunal de grado, que para habilitar la responsabilidad civil, no basta con la mera acreditación de un accidente en ocasión del trabajo -lo que sí era suficiente en el ámbito del régimen especial, Ley 24557-, sino que se requería demostrar su mecánica capaz de generar responsabilidad para el empleador a la luz de la previsión normativa de índole civil, es decir, su virtualidad fáctico-jurídica de acuerdo con el diseño de responsabilidad objetiva, con eximente subjetivo solo en el supuesto de culpa de la víctima o de un tercero ajeno cf. art. 1113 del Cód. Civ.-. Existe en consecuencia la necesidad de que, al optar por la acción civil, deba acreditarse la concurrencia de los recaudos establecidos en el derecho común, para que pueda así generarse la

responsabilidad del demandado; a saber, la existencia del daño; el carácter riesgoso o vicioso de la cosa; la relación de causalidad entre el riesgo o vicio de la cosa y el perjuicio sufrido, y el hecho de que el demandado revista la condición de dueño o guardián de la cosa. (conf. STJRN3 "ROMERO" Se. 62/13) De tal modo, cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, a ella incumbe demostrar la existencia del riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno u otro y el perjuicio; esto es, el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando -cuando se trata de cosas inertes- la posición o comportamiento anormales de la cosa o su vicio, pues en el contexto del párr. 2º, última parte del art. 1113 del Cód. Civil, son tales circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián, quien podrá eximirse total o parcialmente de dicha responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (CSJN in re: "O´Mill, A. E. c/ Provincia de Neuquén", del 19.11.91, consid. 6º, L.L. 1992-D-226) y en el presente caso el a quo analizó y meritó la prueba rendida y no tuvo por acreditados dichos extremos. (conf. STJRNS3 "CORONEL" Se. 68/13)..." (S.T.J.R.N., 29/12/2015, Se. 134/15, "CATRIMAN, BEATRIZ ELVIRA s/QUEJA en: CATRIMAN, BEATRIZ ELVIRA c/PROVINCIA DE RÍO NEGRO -CONSEJO PROVINCIAL DE SALUD PÚBLICA- s/INDEMNIZACIÓN ENFERMEDAD-ACCIDENTE" (Expte. N° 27582/15- STJ).

a). Enfermedades Profesionales. Actividad Riesgosa. El Daño. Determinación de la incapacidad. Que así delimitado el objeto y los sujetos pasivos de la pretensión, corresponde abordar la pretendida responsabilidad en el ámbito de la ley civil.

1. Actividad Riesgosa. Como punto de partida del análisis corresponde expedirme sobre las tareas que el actor realizó bajo la dependencia, primero de Compañía Corral y luego de su sucesora Durlock S.A.. Y al respecto quedó probado que sus labores consistían en el embolsado de yeso en el establecimiento de estas empresas, que las mismas representaban tareas insalubres, con una jornada de 6 horas diarias.

Así a partir de las declaraciones testimoniales se acreditó que las tareas del actor requerían la realización de movimientos repetitivos y el levantamiento y transporte manual de cargas, así como la exposición al

ruido en ambiente laboral.

En este sentido, el testigo **Víctor Manuel Salazar** dijo que los embolsadores realizaban una jornada de 6 horas diarias porque era insalubre; que *"Los embolsadores trabajan de a dos, uno pone la bolsa en la boquilla y activa la máquina, cuando se llena la bolsa, la lleva hasta el palets y van rotando. Las bolsas son de 40 kilos. La máquina corta el llenado por peso. Habían dos máquinas embolsadoras, a veces estaban las dos activas otras veces solo una. Es una máquina ruidosa por el sistema de aire que tenía, más allá de que la planta es ruidosa por la molienda... En un turno, los embolsadores sacaban como 6 u 8 palets, en los palets entran unas 40 bolsas de 40 kg. Más o menos... Yo estaba en el taller que está bastante lejos de la embolsadora, unos 60 o 70 metros y yo escuchaba el ruido. Los embolsadores al principio casi no tenían elementos de seguridad, después con Durlock se comenzó con seguridad, barbijos, protectores de oídos, gafas. Cuando yo ingresé era Cía. Corral y era muy precario. Con el tiempo le dieron todos esos elementos de seguridad... El embolsado y los Molinos eran tareas insalubres y por eso tenían una jornada más corta"*.

El testigo **Claudio Marcelo Flores** dijo que *"en embolsado hacían 6 horas porque era insalubre. El embolsado consistía en meter la bolsa a la maquina hasta que se llena de yeso y de ahí se va paletizando, se trabajaba de a dos y van rotando. Las bolsas pesaban 40 kg. Los palets se cargan con 45 bolsas como 9 filas... Durlock compró en el 2007 o 2.008. Y no cambió mucho; cambiaron la maquinaria que era más nueva, largaba bolsas más rápido. Las máquinas de embolsado eran ruidosas porque eran a aire. El actor tuvo problemas de cintura y yo lo atribuyo a la carga de bolsas. Cuando compró Durlock nos dieron fajas. En un turno hacían 700, 800 o 1000 bolsas de yeso. Al actor lo echaron, cuando yo me fui el actor ya no estaba; me parece que había estado con la ART y cuando volvió lo*

echaron. A veces me daban barbijos, gafas, fajas, protectores auditivos (taponcitos y después los de copa), cascos, botines, ropa. Yo estuve como 10 u 11 años. Todo el tiempo salvo a lo último el actor estuvo en la embolsadora. Sabe que el actor tuvo problemas de oído, nosotros le teníamos que gritar para que escuchara. Gustavo Hegen también tuvo problemas de oído, también embolsador y también estuvo muchos años... Yo fui embolsador, con los taponcitos el ruido se escucha igual".

De modo, que se encuentra debidamente acreditado que las labores que realizaba el actor como operador embolsador de yeso de la empleadora Durlock S.A. (ex Cia. Corral MICSA), implicaban realizar movimientos repetitivos con su columna y levantamientos de cargas en posiciones no ergonómicas. También que la máquina con la cual el actor realizaba sus tareas (la embolsadora) emitía ruido, y que la instalación en la que laboraba en sí misma era ruidosa por la molienda de material.

Lo cierto es que el Decreto 658/96 prevé como agente de riesgo laboral el "**RUIDO**", listando como actividades donde se puede producir la exposición (en lo que aquí interesa) "*La molienda de piedras y minerales*", "*El manejo de maquinaria pesada en transporte de carga, minería, obras públicas, tractores agrícolas*" y "*Todo trabajo que importe exposición a una intensidad de presión sonora superior a 85 decibeles de nivel sonoro continuo equivalente*", para la enfermedad profesional "Hipoacusia perceptiva".

Asimismo la norma (ref. Decreto 49/14) prevé como agente de riesgo la "**CARGA, POSICIONES FORZADAS y GESTOS REPETITIVOS DE LA COLUMNA VERTEBRAL LUMBOSACRA**", listando como enfermedad laboral que pueden generar la exposición la "*Hernia Discal Lumbo-Sacra con o sin compromiso radicular que afecte a un solo segmento columnario*", en actividades que "*requieren de movimientos repetitivos y/o posiciones forzadas de la columna vertebral lumbosacra que*

en su desarrollo requieren levantar, trasladar, mover o empujar objetos pesados".

De lo dicho, concluyo en que las tareas desarrolladas por el actor para Durlock S.A. implicaban la exposición a riesgos y por ende representan actividad riesgosa en los términos del art. 1113 del Código Civil vigente a la época de los hechos ventilados en autos).

2. Daño. Corresponde en lo que sigue ingresar en el análisis de los daños que el actor reclama.

* **Hipoacusia Total Bilateral.** Que sin perjuicio de lo expuesto precedentemente respecto de la presencia de riesgo sonoro en el ambiente laboral del actor, lo cierto es que la labor probatoria respecto a la acreditación del daño auditivo ha sido deficiente y no logra cumplir con las pautas que establece las normativas vigentes para su determinación, presupuesto que cobra especial relevancia teniendo en cuenta que nos encontramos ante una pretensión fundada en el derecho civil.

Así, del desarrollo pericial el experto deduce que el actor al haber estado por más de 10 años con trauma acústico por las tareas desarrolladas para su empleadora, ha desarrollado una hipoacusia bilateral total, por la que determina una incapacidad del 42%. El experto afirma que el trauma acústico crónico -daño auditivo inducido por ruido- es la hipoacusia neurosensorial, la cual se desarrolla de forma gradual a lo largo de los años como consecuencia de la exposición a ruido ambiental; que habitualmente es bilateral y simétrica.(conforme lo desarrollado al punto II.8 de los Considerandos).

La pericia médica fue impugnada por la demandada Provincia ART S.A. a fs. 207, refiriendo que el baremo de la Ley 24.557 para determinar incapacidad por sobreexposición aguda o crónica al ruido requiere de la realización de estudios audiométricos bajo determinadas condiciones específicas. Destaca que el perito no solicitó ninguna audiometría como lo requiere el baremo, sino que hizo referencia a estudios realizados hace más de 5 años, que además revelan hipoacusia mixta, lo cual habla de lesiones en el oído medio, ajenas a la exposición al ruido. Y agrega, que

tampoco el perito cita la pérdida de decibeles ni las frecuencias (tonos) como lo establece el baremo, privando a las partes de la posibilidad de corroborar si el cálculo que realiza es el correcto.

En consecuencia considera que el informe pericial es incorrecto y de base científica dudosa, por no cumplir con los requisitos que establece el baremo de la Ley 24.557. Plantea que no hay constancias de la existencia de factores de riesgo vinculados con la enfermedad, que hayan estado presentes en el ámbito laboral, por lo que no corresponde determinar incapacidad sobreviniente. Concluye en que existen inconsistencias, arbitrariedades y sobrevaloración de las secuelas sin debida justificación técnica.

A fs. 211 el perito responde la impugnación y solicita se deniegue la misma. Alude nuevamente a estudios que dicen que se realizaron en el año 2.014 y ratifica lo expuesto en su informe pericial. Afirma que el actor no recibió atención médica adecuada por parte de la ART; que las partes no concurren con consultor técnico, que no existe documentación referida a exámenes preocupacionales que indiquen preexistencia, ni exámenes periódicos ni post ocupacionales. Asegura que no existe prueba alguna de que las lesiones diagnosticadas se correspondan a preexistencias. Y Concluye que el actor presenta lesiones y secuelas que son compatibles como sobrevinientes al trauma laboral según surge de la demanda y de las pruebas de autos.

Lo cierto es que asiste razón a la impugnante en cuanto a que no constan efectuados los estudios audiométricos requeridos por el Decreto n° 659/96 Tabla de Incapacidades Laborales a fin de determinar la disminución auditiva como secuela incapacitante de naturaleza laboral.

En su informe pericial y nuevamente en su responde a la impugnación, el galeno menciona estudios médicos del año 2.014 que no se encuentran agregados en autos: registro de fecha 30-05-2.014 de audiología de Adanil que da cuenta de la pérdida de audición bilateral, audiograma de fecha 27-08-2.014 donde consta igual patología, certificado de discapacidad con diagnóstico de hipoacusia mixta conductiva y neurosensorial bilateral y estudio de fecha 11-09-2.014 con igual resultado

audiométrico).

Resulta manifiesta la debilidad de la pericia médica al respecto, máxime cuando ha omitido requerir los estudios que indica el decreto n° 659/96 a fin de determinar si estamos en presencia de hipoacusia por exposición a ruido y en su caso la dimensión del daño. A saber: *"Normas para la evaluación del daño auditivo. Los trabajadores que hayan sufrido daño auditivo, sea por intoxicación, sobreexposición aguda o crónica a ruido, o bien por contusión encefálica, se someterán a estudio auditivo consistente en evaluación otológica y 3 audiometrías, así como a otros estudios para verificar el daño coclear. Estos exámenes deberán hacerse después de un mínimo de 24 hs. de reposo auditivo y entre ellos deberá existir un intervalo no inferior a 7 días. Los promedios de los decibeles, medidos en los umbrales de las frecuencias consideradas, en los tres exámenes, no podrán diferir en más de 10 dB. Si este requisito no se cumple en las 3 audiometrías, deberán tomarse otras hasta lograrlo. Si por efecto de un trauma agudo se pierde total e irreversiblemente la función de un oído, conservándose la normalidad del otro, la incapacidad a reconocer será del 15 %. La hipoacusia total, traumática o por exposición al ruido, se evaluará con una incapacidad del 42 %. Las Hipoacusias parciales se evaluarán según las tablas."* (El subrayado me pertenece).

Lo cierto es que el perito médico no brinda fundamento alguno que justifique haber omitido la realización de los exámenes que establece el Decreto n° 659/96 (otoscopía y tres audiometrías en las condiciones en que el baremo establece). Ningún elemento técnico válido brinda el experto que justifique su decisión de prescindir de los mismos.

Cabe destacar, que el **Protocolo de Evaluación de Hipoacusias Inducidas por Ruido (HIR), de la Comisión Médica Central (año 2.013)**, brinda claridad sobre la cuestión a definir. En efecto, describe que la hipoacusia perceptiva inducida por el ruido (HIR) es una pérdida auditiva generalmente bilateral, permanente, de instalación lenta y progresiva a lo largo de muchos años, como resultado de exposición a ruido intenso, continuo o intermitente (Comité de Ruido y Conservación de Audición del American College of Occupational Medicine, 1989).

Dice que el diagnóstico nosológico de la HPR se establece mediante los siguientes procedimientos: anamnesis clínica y ocupacional, examen físico y otorrinolaringológico (otoscopía), exámenes complementarios (audiometría tonal, etc.).

Con respecto a la anamnesis clínica y ocupacional, señala que *"la entrevista debe*

evaluar las características de la actividad laboral desarrollada por el trabajador, incluyendo tipo de tarea e industria en la que se desempeña, maquinarias y toda fuente de ruido presentes en el lugar de trabajo, el uso de equipos de protección personal.--- Deben investigarse la percepción que el trabajador tiene de su audición, si tiene dificultades para conversar, dificultad para escuchar radio televisión y la presencia de acúfenos y/o reclutamiento (sensación de incomodidad para los tonos de alta intensidad). Deberá tomarse en cuenta la historia clínica del trabajador con la finalidad de detectar otras enfermedades con repercusión a nivel del oído, uso de medicamentos o sustancias ototóxicas y la existencia de antecedentes patológicos locales tales como traumas e infecciones.--- Finalmente se investigará la exposición al ruido fuera del ambiente laboral.

Un punto relevante en el diagnóstico de la hipoacusia inducida por ruido lo constituye la evaluación de exposición laboral al ruido. Si bien la normativa vigente exige la realización evaluaciones periódicas de NSCE (Nivel Sonoro Continuo Equivalente), en la práctica resulta dificultosa la posibilidad de contar con determinaciones de NSCE que permitan descartar fehacientemente la existencia de exposición laboral al agente de riesgo en cuestión. --- Al respecto, la comisión médica debe emplazar siempre a la aseguradora a presentar dichas determinaciones, teniendo en cuenta que las mismas resultan relevantes cuando fueron efectuadas a través del tiempo, por ejemplo, si estamos frente a un trabajador que refiere diez años de exposición y solo es aportado un NSCE actual, el cual revela que los niveles de ruido se encuentran dentro de la normativa, ello no dilucida lo ocurrido los nueve años anteriores.--- Por otra parte, también es frecuente la situación en que el trabajador calificado como administrativo, reclama por hipoacusia inducida por ruido, y la pretensión es desestimada precisamente por su condición de administrativo, sin evaluar la ubicación de su puesto de trabajo. En estos casos toma gran valor el interrogatorio, a los efectos de establecer la exposición al riesgo, pues es común que existan empleados administrativos que desempeñen sus tareas en líneas de producción o sus puestos de trabajo estén insertos en un taller etc. --- Asimismo, nos encontramos en algunas oportunidades con trabajadores no expuestos, que reclaman por patología auditiva, la comisión solicita entonces a la aseguradora el NSCE, y esta no lo aporta, en estos casos debe quedar claro que la falta de la medición no implica la existencia del riesgo si no surge del interrogatorio que el trabajador está expuesto. --- En tal sentido las tablas y esquemas siguientes resultan útiles como guías para orientar la

evaluación el trabajador..." 8 horas diarias: NSCE (Nivel Sonoro Continuo Equivalente) de 85 dBA, 4horas diarias: 88 dBA.

En cuanto al **examen físico y otorrinolaringológico, el Protocolo define que** *"La otoscopía debe preceder a los tests audiométricos permitiendo descartar patologías del oído externo, (Ej. cerumen, otitis etc.) que puedan generar pérdidas de tipo conductivo, manifestándose como una hipoacusia mixta (enfermedad inculpable). Tales afecciones deben ser tratadas antes de evaluar los efectos del ruido sobre el oído.*

Determina que seguidamente se debe realizar los estudios audiométricos previstos por el Dto. 659/96: *"Los trabajadores que hayan sufrido daño auditivo, sea por intoxicación, sobreexposición aguda o crónica a ruido, o bien por contusión encefálica, se someterán a estudio auditivo consistente en evaluación otológica y 3 audiometrías, así como a otros estudios para verificar el daño coclear. Estos exámenes deberán hacerse después de un mínimo de 24 hs. de reposo auditivo y entre ellos deberá existir un intervalo no inferior a 7 días. Los promedios de los decibeles, medidos en los umbrales de las frecuencias consideradas, en los tres exámenes, no podrán diferir en más de 10 dB. Si este requisito no se cumple en las 3 audiometrías, deberán tomarse otras hasta lograrlo"*.

Prevé que en situaciones particulares y atento al resultado de la evaluación otorrinolaringológica, se deben requerir la realización de otros procedimientos diagnósticos.

En el Protocolo se señala que la **hipoacusia conductiva** es producida por lesión del sistema de transmisión de los sonidos: conducto auditivo externo, membrana timpánica, cadena osicular, ventanas, líquidos y membrana basilar. Que este tipo de hipoacusia es causada por infecciones del oído medio (otitis agudas, crónicas), acumulación de cera en el conducto auditivo externo, patología de la cadena osicular, líquido que permanece en el oído después de una infección auditiva, objeto extraño alojado en el conducto auditivo externo, perforación timpánica, cicatriz en el tímpano a raíz de infecciones repetitivas.

Refiere que en estos casos, en la audiometría se observa *"la curva de la vía aérea toda descendida o en parte, y la curva de conducción ósea está normal o ligeramente descendida"*.

En cuanto a la **hipoacusia neurosensorial** se produce por lesiones del aparato de percepción, o aparato nervioso, que comprende: el órgano de Corti (cocleopatías), las vías acústicas (hipoacusias retrococleares o neuronopatías) y el córtex cerebral auditivo

(corticopatías). Se consideran irreversibles, teniendo escasas posibilidades de recuperación. Sinónimos: hipoacusia de percepción.

Refiere como etiología de la hipoacusia neurosensorial: ototoxicidad (aminoglucósidos, salicilatos, furosemida, etc), infecciones víricas (parotiditis, Varicela-Zoster, V.I.H., HSV), infecciones del SN, traumatismos, genéticas de aparición posnatales (cortipatia juvenil), **lesión auditiva inducida por ruidos (trauma acústico)**, secuelas de traumas craneoencefálicos, intoxicaciones, vasculares, inmunológicas, hipertensión endolinfática tipo Ménière, ototóxicos medicamentosos, afecciones de la microcirculación coclear por enfermedades, sistémicas (Diabetes, hipertensión arterial, arteriosclerosis), enfermedades desmielinizantes, tumores (neurinomas del acústico).

Destaca que en estos casos, *"En la audiometría las vías aéreas y óseas caen de forma paralela o superpuesta, no existiendo diferencias superiores a 15 dB entre ambos umbrales. Esta audiometría nos indica que la lesión se encuentra más allá de la zona de transmisión"*.

Por último, afirma que las **hipoacusias mixtas** son originadas por varias lesiones coexistentes afectando al mismo tiempo el sistema de transmisión y al de percepción. En cuanto a la etiología, refiere como causas otoesclerosis de los huesillos y la cóclea, traumatismos craneales, otitis media crónica y tumores en el oído medio.

Asimismo, determina *"Criterios Diagnósticos (incluidos en el LAUDO MTSS 405/96 "Manual de procedimientos para la determinación de la naturaleza profesional de la enfermedad")*. El Comité de Ruido y Conservación de Audición del American College of Occupational Medicine (1989) reconoce las siguientes características para la hipoacusia perceptiva por el ruido:

- *Es siempre una hipoacusia neurosensorial que afecta las células del órgano de Corti;*
- *Es casi siempre bilateral con patrones audiométricos similares para ambos oídos;*
- *Raramente produce pérdida auditiva profunda. (Usualmente los límites para las pérdidas de baja frecuencia están alrededor de 40 dB, y en frecuencias altas, 75 dB).*
- *Interrumpida la exposición, no hay progresión significativa en la pérdida*

auditiva resultante de exposición al ruido;

- *La pérdida auditiva previamente inducida por el ruido no lo torna más sensible para futuras exposiciones;*

- *En la medida que aumenta el umbral de audición, la velocidad de pérdida decrece;*

- *Los daños más precoces del oído interno se reflejan en frecuencias de 3.000, 4.000 y 6.000 Hz. Siempre hay una pérdida más acentuada en estas frecuencias, que en las frecuencias de 500, 1.000 y 2.000 Hz. La mayor pérdida ocurre en 4.000 Hz. Las frecuencias más altas y más bajas requieren más tiempo para ser afectadas.*

- *La exposición continua al ruido a lo largo de los años es más perjudicial que exposiciones interrumpidas, pues estas permiten un período de reposo para el oído.*

- *En condiciones estables de exposición, las pérdidas en 3.000, 4.000 y 6.000 Hz. generalmente afectarán un nivel máximo en cerca de 10 a 15 años de exposición.*

Cabe agregar, que el Protocolo de Comisión Médica Central define que **el principal signo diagnóstico de la hipoacusia por exposición al ruido es el cambio del umbral auditivo, objetivable por audiometría tonal.**

Indica que cualquier oído sometido a un sonido de intensidad suficiente se fatiga y sufre un aumento de dicho umbral que se recupera en un plazo de tiempo entre 12 y 16 horas (pérdida transitoria del umbral). Pero que los cambios tras este periodo de tiempo sin exposición, son considerados permanentes; que una vez **iniciada esta pérdida de audición tiene un patrón audiométrico bastante típico**, encuadrado en la siguiente clasificación (conf. conforme la clasificación de Azoy y Maduro):

Fase I (de instalación de un déficit permanente). Antes de la instauración de una HIR irreversible se produce un incremento del umbral de aproximadamente 30-40 dB en la frecuencia 4 kHz. Esta fase tiene como característica que el cese de la exposición al ruido puede revertir el daño al cabo de los pocos días.

Fase II (de latencia). Se produce después un periodo de latencia donde el déficit en los 4 kHz se mantiene estable, ampliándose a las frecuencias vecinas en menor intensidad e incrementándose el umbral entre 40-50 dB, sin comprometer aun la compresión de la palabra pero ya no hay reversibilidad del daño auditivo. Su descubrimiento reviste importancia en lo concerniente a la profilaxis.

Fase III (de latencia subtotal). Existe no solo afectación de la frecuencia 4 kHz sino también de las frecuencias vecinas, se produce un incremento del umbral entre 70-80 dB, acarreado por ende la incapacidad en la compresión de la palabra.

Fase IV (terminal o hipoacusia manifiesta). Déficit auditivo vasto, que afecta todas las frecuencias agudas, con compromiso de frecuencias graves y un incremento del umbral a 80 dB o más.

En el Protocolo se grafica la evolución en el tiempo de las alteraciones audiométricas producidas por el ruido, concluyendo que las características para establecer la existencia de una HIR son:

- Hipoacusia perceptiva bilateral y simétrica (excepcionalmente unilateral);
- Diferencia entre vía ósea y aérea igual o menor a 15 dB;
- Fases I y II escotoma típico a 4000 Hz, con pérdida de 10 a 15 a 2000 Hz;
- Fases III y IV tiende a desaparecer el escotoma, pérdidas de 20 y 25 dB a 250 y 500 Hz (en fase IV).

Enuncia el Protocolo que *"NO SERÁN CONSIDERADAS COMO INDUCIDAS POR RUIDO LAS AUDIOMETRÍAS QUE COMIENCEN CON PÉRDIDAS QUE SUPEREN LOS 25dB EN LAS FRECUENCIAS 125, 250, 500hz."*

Del protocolo precedentemente cotejado surge con claridad meridiana la importancia de la realización de las audiometrías en las condiciones establecidas por el Decreto n° 659/96 a los fines de determinar si nos hallamos ante una Hipoacusia Inducida por Ruido (HIR), o no.

En el presente caso el perito médico no solicitó ningún estudio audiométrico (ni obran constancias en autos de que dichos estudios hayan sido realizados en algún momento); tampoco el perito informa haber realizado examen físico otoscópico al actor ni sus hallazgos, imprescindible para descartar otras causales de la hipoacusia.

Del **Informe de SRT de 2.018 "Mesa de consenso para la vigilancia de la salud de los trabajadores HIPOACUSIA INDUCIDA POR RUIDO EN EL AMBITO OCUPACIONAL"**, surge que se definió que la otoscopía *"Es el*

procedimiento médico que tiene por finalidad observar el oído externo y la membrana del tímpano. Por medio de este examen, que debe preceder a los test audiométricos, es posible descartar patología del oído externo (cerumen, otitis, etc.) que, al obstruir parcial o totalmente el conducto pueden generar pérdidas de tipo conductivo. Tales afecciones deben ser tratadas antes de evaluar los efectos del ruido sobre el oído" conforme el criterio consignado en el Protocolo de Evaluación de Hipoacusia Inducida por Ruido de la Comisión Médica Central del año 2.013.

Lo cierto es que la primera y única referencia que realiza el actor de vinculación entre la hipoacusia y el ambiente laboral (antes de la interposición de la demanda), fue en el telegrama de fecha 19 septiembre 2.013 (a fs. 12) mediante el cual denunció ante su empleadora la dolencia aditiva y su origen laboral.

En consecuencia, no existiendo constancia de la realización de otoscopía ni estudios audiométricos (en las condiciones que lo establece el decreto 659/96), el informe pericial resulta insuficiente para determinar que le actor presenta una HIR. A saber, conforme el criterio del Protocolo de Evaluación de Hipoacusias Inducidas por Ruido (HIR) de la Comisión Médica Central del año 2.013: hipoacusia neurosensorial bilateral y mixta.

Por su parte, el perito médico informó que el ruido no es la única causa de la pérdida auditiva permanente; afirmó que cualquier pérdida auditiva permanente es el resultado de la interacción de presbiacusia (pérdida de la audición por la edad), nosiacusia (variaciones del umbral causada por patología que no sea ruido o edad) y socioacusia (aquellas causadas por ruidos diarios, no industriales, como música, autos, etc). A partir de tal afirmación debió el experto dar cumplimiento a las pautas requeridas por el decreto para definir la HIR en el ámbito ocupacional.

Así es que el actor no logra acreditar la existencia del daño que invoca, lo cual se hallaba a su cargo y resulta ineludible para responsabilizar a las demandas en los términos en que fue planteada la demanda.

Cabe agregar, que en los autos "MANRIQUEZ LUIS ALBERTO C/

PROVINCIA A.R.T. S.A. P/ENFERMEDAD ACCIDENTE”, la Cámara del Trabajo Primera - TUNUYAN - de la 4TA CIRC. MENDOZA, en la sentencia de fecha 16-06-2.023, se expidió en igual sentido al resuelto en la presente.

En consecuencia, no cabe otra conclusión que en autos no se realizaron los estudios necesarios para determinar si nos encontramos ante una hipoacusia inducida por el ruido.

En consecuencia, considero que el accionante no logró acreditar que presenta una hipoacusia inducida por el ruido por la exposición en su ambiente laboral -tal como sostiene en su demanda-, lo que se encontraba a su cargo demostrar (cf. art. 377 CPCyC.), correspondiendo rechazar parcialmente la pretensión en este sentido.

* **Dolencia Columnaria.** El actor también reclama que presenta padecimiento en su columna como consecuencia de las labores que realizaba para su empleadora, embolsando y hombreando bolsas de yeso de 40 kg para la demandada.

A partir de las declaraciones testimoniales se acreditó que las tareas del actor requerían la realización de movimientos repetitivos y el levantamiento y transporte manual de cargas.

El Decreto n° 658/96 prevé como agente de riesgo la **"CARGA, POSICIONES FORZADAS y GESTOS REPETITIVOS DE LA COLUMNA VERTEBRAL LUMBOSACRA"**, listando como enfermedad laboral que pueden generar la exposición la *"Hernia Discal Lumbo-Sacra con o sin compromiso radicular que afecte a un solo segmento columnario"*, en actividades que *"requieren de movimientos repetitivos y/o posiciones forzadas de la columna vertebral lumbosacra que en su desarrollo requieren levantar, trasladar, mover o empujar objetos pesados"*.

Cabe destacar, que el perito médico informó que el actor presenta hernia de disco inoperable como consecuencia de sus tareas laborales como embolsador de yeso, tareas que le implicaban realizar movimientos repetitivos y transporte y levantamiento de

cargas en posiciones no ergonómicas. Sostiene que dicha secuela representa el 30% de incapacidad (conforme se tuvo por acreditado al punto II.8 de los Considerando).

Que a fs. 251 el informe pericial fue impugnado por Provincia ART S.A., con fundamento en que el Decreto n° 49/14 incluyó al listado de enfermedades profesionales los casos de carga, posiciones forzadas y gestos repetitivos de la columna vertebral, pero que se aplica a casos de hernias discales que afecten un solo segmento. Que en el caso, el actor presenta lesiones discales múltiples.

Además afirma que no comprende cual es el fundamento por el cual sostiene el experto que estamos ante una hernia de disco es inoperable. Y por último postula que el perito no explica por qué asigna el máximo del porcentaje de incapacidad que posibilita el baremo, cuando por hernia inoperable determina que corresponde incapacidad entre el 20 y el 30%; no explica por que asigna el máximo del segmento y no el mínimo, o un promedio entre ambos valores.

A fs. 255 el perito médico contestó la impugnación formulada y peticionó se deniegue la misma. Afirmó que justamente las hernias que presenta el actor afectan un solo segmento, es decir el segmento lumbar de la columna vertebral.

Postula que constan en autos las dolencia columnaria atendida por la ART. Refiere a la RMN de fecha 15-07-2.019 y postula que la hernia discal L5-S1 es la que produce la sintomatología descrita en la labor pericial.

Aseguró que en el expediente no constan pruebas de preexistencia de las lesiones diagnosticadas.

Reiteró que afirmar que toda hernia discal es operable es una falacia, por lo cual se han establecido los criterios médicos que indican cuando una hernia es operable y cuando no lo es.

Así es que habrá indicación quirúrgica en los siguientes casos: síndrome de la cola del caballo, retención urinaria, progresión del déficit neurológico en forma patente (EMG que cambia cada 6 semanas clínica progresiva), síntomas articulares con evolución refractaria a medicamentos y de más de 6 a 12 semanas de duración, cuadros recurrentes de ciática o cervicobraquialgia que afectan la calidad de vida por paresias graves. Por su parte los criterios de inoperabilidad de una hernia son: ausencia de síntomas muy graves, protrusión discal simple (hernia de disco simple que

no padece extrusión o secuestro), ausencia de cola de caballo. Afirma que el actor se encuentra dentro de estos últimos criterios.

Dijo que es común que las ARTs confundan los criterios médicos generales para desaconsejar una cirugía, con los criterios de operabilidad de una hernia discal. Estos últimos no dependen del criterio del médico ni del estado general del paciente, sino de condiciones particulares de la hernia. Afirmó que la hernia del actor esta dentro de los criterios de inoperabilidad.

Cabe señalar, que tal como lo refiere el perito médico, el Decreto n° 658/96 "Listado de Enfermedades Profesionales", define que la "hernia lumbo-sacra" se encuentra contemplada como enfermedad profesional, considerando como agente de riesgo la carga, posiciones forzadas y gestos repetitivos de la columna vertebral lumbosacra, tareas inherentes al puesto de trabajo del actor bajo las órdenes de Durlock S.A..

Asimismo, el porcentaje de incapacidad asignado por el galeno se encuentra de conformidad con el Decreto n° 659/96 Tabla de Incapacidades Laborales.

De tal modo, considero que la labor pericial médica cumple suficientemente con las pautas que impone el art. 472 del C.P.C.C. y adquiere con ello plena eficacia probatoria en los términos del art. 477 del mismo cuerpo legal (conf. art. 59 de la ley 1504). Así es que en estas condiciones, considero que la valoración que realiza el galeno de las secuelas anatómo-funcionales de las secuelas, resulta ser la adecuada.

Cabe destacar, que el peritaje médico efectuado en el propio expediente judicial es la prueba idónea para acreditar el estado de salud del trabajador incapacitado y el porcentaje de disminución en su capacidad laborativa (conf. C.N.A.T., Sala II, 20/03/90, Juárez Guelindo, Benito c/Cartontécnica SRL, D.T. 1990-B, 2213, cit. por Ojeda, Raúl Horacio, Ley de Contrato de Trabajo, comentada y concordada, T. III, págs. 126/7).

En estas condiciones, habiendo el perito remitido en un todo a la Tabla de Incapacidades Laborales (Decreto n° 659/96), corresponde seguir las pautas allí definidas para determinar la incapacidad psicofísica de Carcamo.

Con respecto al factor de ponderación "edad", el Decreto n° 659/96 determina que *"la edad es un factor perfectamente determinable y no necesita la generación de*

ninguna variable adicional a los fines de incorporarlo como factor de ponderación"; más adelante, señala que "deberán estar comprendidos en los intervalos que se presentan en la siguiente tabla", definiendo que para una edad inferior a 21 años, el porcentaje es 0-4%; de 21 a 30 años, 0-3% y de 31 o más años, 0-2%.

Ahora bien, no se encuentra taxativamente definido en baremo la operatoria de dicho factor, aunque advierto que existe una relación lineal entre la edad de la actora y el tiempo que la misma se mantendrá activa laboralmente con la incapacidad otorgada. Por cuanto dos actores/as que tenga idéntica lesión y diferente edad, tendrá un porcentaje de incapacidad sensiblemente diferente en virtud de este factor.

Según se plantea, existiría una solución desde el punto de vista matemático, en el cual la edad límite de referencia sería 65 años para el rango de edad menor a 21 años, se obtiene un factor el cual distribuya el porcentaje según edad entre 16 años y 20 años (el factor es 0.08163265), entre 21 y 30 años (cuyo factor es 0.06818182) y mayores de 31 años (factor 0.05882353). Al multiplicar la edad del actor por el factor antes señalado, el valor obtenido será, desde el punto de vista matemático, el más equitativo.

Esta operación debe contemplar que el porcentual irá disminuyendo al aumentar la edad (65 años como tope), y para ello se debe aplicar la disminución del factor al máximo del segmento. Para ello, debe establecerse la diferencia entre la edad del actor (43 años a la fecha de la primera manifestación invalidante 31-01-2.012) y el mínimo de rango de edad (31 años), habiendo transcurrido 12 años entre ellos. A esa diferencia se la multiplicará por el factor correspondiente 0,05, resultando 0,60, y dicho valor se restará del máximo del segmento 2%, arrojando así un total por factor edad en **1,40%**. De tal forma ha sido definido el factor de ponderación en el caso de autos

Corresponde computar 30% de incapacidad física pura por hernia de disco inoperable, con más factores de ponderación (dificultad para sus tareas habituales 20% de 30% = 6%; amerita recalificación: sí, amerita 10% de 30% = 3%; edad: 43 años: 1,40%; total factores de ponderación 10,40%), con lo que concluyo que Cárcamo presenta **40,40% ILPD**.

b). Responsabilidad de las partes. Factores de Atribución. Quedó probado hasta aquí, en el capítulo precedente: a) la actividad riesgosa desarrollada por el actor; b) el daño causado; c) el encuadre como enfermedad profesional cuya manifestación se sitúa el 31-01-2.012; d) la relación de causalidad entre las tareas que realizaba Mario Cárcamo y las secuelas existentes en su columna vertebral.

Por lo tanto, en lo que sigue, corresponde analizar el factor de imputación de

responsabilidad atribuido a las demandadas, en los "**factor de atribución**" de la responsabilidad civil.

1. Responsabilidad de la empleadora Durlock S.A. con fundamento en el Código Civil. Lo primero que corresponde poner de resalto, es que no consta realizado el examen preocupacional al actor, ni tampoco los exámenes médicos periódicos, los que hubieran determinado la detección temprana de las repercusiones negativas de las labores en la salud de Cárcamo, y la modificación de condiciones laborales a fin de prevenir los mayores riesgos.

Ello quedó corroborado además, con las testimoniales rendidas en autos. Los dos testigos que declararon fueron compañeros de trabajo de Cárcamo y brindaron elementos contundentes en cuanto a la mecánica de trabajo y condiciones laborales en que desarrollaban sus labores el actor en la empresa. Dieron cuenta de que realizaba tareas insalubres y que por ello su jornada era de 6 horas diarias, que hombreaba bolsas de 40 kilos de material de la yesera durante toda la jornada, transportaba dicho peso manualmente y luego las estibaba en un palets sin medidas de seguridad.

Las tareas realizadas por el actor fueron calificadas por el perito médico como idóneas para generar la dolencia física columnaria que presenta, determinado la existencia de relación de causalidad entre las tareas y la secuela incapacitante que presenta.

Por ello, tal como ya lo he dicho en párrafos precedentes, entiendo que las tareas desempeñadas por Cárcamo se califican como actividad riesgosa susceptible de activar la responsabilidad objetiva del empleador, prevista por el art. 1.113 del Código Civil (entonces vigente), por la dolencia columnaria que presenta y su consecuente incapacidad.

En los autos "LARRAT MIRTA ELIZABETH c/PONEDORAS SUR S.A. y LA SEGUNDA ART S.A. s/ACCIDENTE DE TRABAJO" (Expte. N° H-2RO-1094-L1-14, Sentencia del 3 de octubre de 2.016), este Tribunal sostuvo con cita al Dr. Félix Alberto Trigo Represas que: *"...Se trata en definitiva de una cuestión de relación de causalidad. ...todas las cosas pueden ser "peligrosas" en determinadas circunstancias, pero no todas son igualmente peligrosas en cualquier circunstancia. ...Por otra parte, y esto resulta de fundamental importancia, dicha norma legal no se refiere al daño causado por "cosas riesgosas", sino al ocasionado "por el riesgo (o vicio) de la cosa", lo que obviamente es bastante distinto, atento a que dentro de esta última categorización la contingencia del daño puede provenir de cualquier cosa, riesgosa o no por su propia*

naturaleza, en tanto y en cuanto ella por las especiales circunstancias del caso hubiese sido apta para ocasionar el perjuicio, haya podido tener efectiva incidencia causal en su producción. Siendo, por lo demás, obvio que no basta con que exista una cosa creadora de riesgo, si no media una relación de causalidad entre la intervención de aquélla y el daño producido." (Aut. cit., Las cosas riesgosas o el riesgo de las cosas, en Revista de Derecho de Daños, 2006-3, Creación de Riesgo-I, págs. 14/16).-

Que precisamente las especiales circunstancias de utilización de las cosas que no resultan peligrosas o riesgosas por su propia naturaleza puede determinar el riesgo de la actividad, o dicho en términos más usuales revelar una actividad riesgosa.

Que de tal modo una actividad es riesgosa o peligrosa conforme el grado de probabilidad de que un daño se concrete (riesgo), o según la proximidad o inminencia de que ello ocurra (peligro). Es decir, cuando natural o circunstancialmente resulte previsible según el curso ordinario y normal de las cosas que de su desarrollo se derivará la posibilidad cierta de ocasionar daños. Podría decirse entonces que se trata de un riesgo de dañosidad.

Para Pizarro, dicha peligrosidad puede ser detectada: 1) siguiendo un criterio cuantitativo o estadístico, concerniente a la peligrosidad de ciertas actividades; 2) Ponderando los estándares fijados por el legislador, cuando califica a la actividad como riesgosa o impone deberes u obligaciones expresas de seguridad, que ponen en evidencia implícitamente, ese carácter riesgoso o peligroso. Ello se deriva también de los casos en que el marco normativo que regula la actividad impone controles especiales, citando entre los ejemplos que menciona la circulación de vehículos a motor y trenes; y 3) finalmente, el carácter riesgoso de una actividad puede establecerse por la jurisprudencia, atendiendo también razonablemente, a las reglas de la experiencia ("Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código" Pizarro Ramón La ley 2015-D, 993, AR/DOC/2550/2015; mismo autor AR/DOC/6229/2001 y La ley 1989-C,936; y Galdos Jorge M., La ley 2016-B,891, AR/DOC/751/2016).-

Lo cierto es que en el presente caso, la relación causal entre el deterioro de la salud de Cárcamo y el desarrollo de sus tareas de embolsador, surge no solamente de los testimonios rendidos en autos, sino de la pericia médica que da cuenta de los daños y del nexo causal con el trabajo.

Que el tránsito doctrinario y jurisprudencial desde la consideración de la cosa riesgosa -rectius: el riesgo de la cosa- hacia el concepto de actividad riesgosa, partiendo

desde la ya añeja doctrina del plenario de la CNAT N° 266 in re "Pérez Martín c/Maprico S.A." (27/12/88), "En los límites de la responsabilidad establecida por el artículo 1113 el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte puede imputarse a riesgo de la cosa", ha venido a determinar - al decir de Pizarro- que "...la gran mayoría de los infortunios laborales queda(rá)n comprendidos, casi inexorablemente, dentro de la responsabilidad civil por actividades riesgosas..." (Pizarro Ramón Daniel, La responsabilidad civil por actividades riesgosas, L.L. 1989-C, 936). Y cita el mencionado autor la opinión al respecto de Matilde Zavala de González, señalando que quien emplea a "...personas subordinadas, sirviéndose del esfuerzo ajeno, debe estar en las buenas y en las malas, asumiendo por tanto las consecuencias indemnizatorias de los infortunios sufridos por el trabajador. El riesgo de dañosidad, inherente en mayor o menor medida a todo trabajo se traslada jurídicamente, por vía de responsabilidad, a quien instrumenta o dirige las tareas, aunque estas no signifiquen ningún peligro especial para el ejecutor. Basta, en suma, la potencialidad dañosa que encierra el trabajo, aunque no sea superior o anormal..." (Zavala de González Matilde, Accidentes de automotores, daños causados por dependientes e infortunios laborales, J.A., semanario núm. 5566 del 4/05/88, ps. 9 y siguientes).-

Que como dijera, en el *subexamine* la relación de causalidad de la dolencia columnaria con las tareas desplegadas por el dependiente, la incapacidad física y la probabilidad cierta de que las tareas resultaran causantes del daño, vienen expresamente comprobadas con el dictamen del perito médico, por lo que corresponde en el caso atribuir responsabilidad objetiva al empleador con fundamento en la norma del art. 1.113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil.

En consecuencia, quedó probado la actividad que desarrolló el actor desde su ingreso, el riesgo derivado de la actividad de por sí calificada como riesgosa por el Decreto n° 658/96, el daño, la relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo y su proporción en la minusvalía y el grado de incapacidad laboral parcial y definitiva.

No cabe duda, que en el presente caso, una actividad diligente -por parte de la demandada- en materia de seguridad y contralor de las condiciones clínicas de la columna del trabajador, embolsador durante 10 años, hubiera contribuido a detectar tempranamente y prevenir su dolencia columnaria.

Sin embargo, se reitera que no consta en autos que se haya realizado a Cárcamo los exámenes periódicos ni siquiera los preocupacionales o de ingreso. La Ley 19.587, establece que al momento de incorporar personal, toda empresa debe realizar un examen

preocupacional que asegure que el postulante reúne las condiciones psicofísicas que su trabajo requiera. El examen pre-ocupacional permite determinar con precisión el estado de salud del trabajador, pudiendo así orientarlo hacia tareas que no le sean perjudiciales, de acuerdo a sus aptitudes. Por ello, debo considerar que el accionante entró en pleno estado de salud, pues no se ha aportado documentación que pruebe que se le hizo el examen preocupacional a su ingreso.

Por su parte tampoco consta la realización de exámenes periódicos. Éstos persiguen la detección precoz de las afecciones producidas por aquellos agentes de riesgo, según los cuales el trabajador se encuentre expuesto con motivo de sus tareas, con el propósito de evitar el desarrollo de enfermedades profesionales y es obligatorio siempre que exista exposición a los agentes de riesgo (como en el caso del actor: vibraciones de cuerpo entero y levantamiento, traslado de cargas).

En estas condiciones, tal como ya se señaló, tengo por acreditado que las tareas habituales que realizó Cárcamo por 10 años como embolsador de yeso en el establecimiento de la demandada, en las condiciones precedentemente apuntadas, ocasionaron las secuelas incapacitantes que actualmente presenta por su columna.

No se ha acreditado que durante la vigencia de la relación laboral se haya brindado capacitación alguna al actor para prevenir los riesgos propios de su puesto de trabajo, ni tampoco que se hayan brindado los elementos de protección personal necesarias para evitar las consecuencia del riesgo laboral.

Que como lo ha informado el perito médico, las tareas desplegadas por el actor durante la relación laboral tienen la entidad suficiente y presentan adecuada relación de causalidad con la dolencia columnaria constatada por el experto médico.

En tales condiciones, Durlock S.A. resulta civilmente responsable en virtud de lo dispuesto por el art. 1.113 del Código Civil, por los daños ocasionados a la actora por su dolencia columnaria; y también por aplicación del art. 1.109 del Código Civil, toda vez que no acreditó en autos que hubiere cumplido con lo dispuesto por los arts. 4 y 9 de la Ley 19.587.

c. Pretensión de daños y perjuicios con fundamento en el Código Civil contra Provincia ART S.A.

Corresponde considerar la situación fáctico jurídica de Provincia ART S.A. desde la óptica de la responsabilidad subjetiva, según las normas en materia civil.

Cabe destacar, que el Superior Tribunal ha dicho que si bien -en principio- las aseguradoras de riesgos del trabajo no deben responder más allá de los límites de la cobertura emergente del seguro contratado (cfr. STJRNS3: "MORA POLANCO", Se. Nº 73/05 y "SEPÚLVEDA" Se. Nº 57/05, entre otros), nada obsta a que si hubo daño sufrido por un empleado a raíz de un accidente de trabajo y se puede establecer la existencia de una relación causal entre este y una inactividad o deficiente actividad controladora de la aseguradora, ella pueda y/o deba ser responsabilizada en los términos del art. 1074 del Código Civil. De suerte que la responsabilidad de la ART en estos casos comprende la obligación de abonar a la víctima del infortunio -o a sus derechohabientes- el resarcimiento pleno con base en la normativa civil e independientemente del otorgamiento de las prestaciones en especie de la LRT. En estos casos, el obrar omisivo ilícito de la aseguradora introdujo una condición eficaz y relevante para la producción del resultado dañoso y en consecuencia, entre aquél y éste se configura un nexo causal adecuado -aunque no excluyente- que permite tener por reunidos los presupuestos de admisibilidad de la pretensión resarcitoria (cfr. STJRNS3: "INFANTE" Se. 34/14).

Como primer punto, cabe recordar que se encuentra expresamente reconocida la vigencia de contrato asegurativo con la empleadora por el período comprendido desde el 01-09-1.998 al 30-04-2.013, mientras que tuvo por manifestada la enfermedad profesional columnaria del actor el 31-01-2.012, esto es durante la vigencia del contrato.

Bajo tales parámetros, a continuación habré de analizar la responsabilidad específica de Provincia ART S.A., en tanto como Aseguradora de Riesgos de Trabajo debió cumplir con el deber de prevención de los riesgos, adoptando expresos deberes de contralor del cumplimiento de su empleadora afiliada, sobre las normas de prevención y seguridad que le impone la legislación, esto es, la propia Ley nº 24.557, la Ley de Higiene y Seguridad nº 19.587 y decretos reglamentarios (Dec. 170/96), y en su caso denunciar frente a la Superintendencia de Riesgos de Trabajo los incumplimientos verificados.

Asimismo, debieron brindar a los trabajadores capacitación en materia de prevención de riesgos. Obligaciones todas que surgen de los artículos 4 inciso 1º y 31 de la LRT y del Decreto 170/96. Ya que no sólo los empleadores están obligados a adoptar medidas para prevenir los

infortunios laborales, sino que las ART también son sujetos pasivos de esta carga.

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado en su emblemático fallo "Torrillo" que las ART no obstante *"ser de entidades de derecho privado se destacan como sujetos coadyuvantes para la realización plena en materia de prevención de accidentes y enfermedades laborales, que es el objetivo principal de la ley como lo expresa el artículo 1ero cuando señala que "son objetivos de la Ley sobre Riesgos del Trabajo (LRT) reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo"* (considerando 7mo del voto de la mayoría).

La Corte Suprema al analizar el fondo del asunto, estableció como doctrina, la posibilidad de condenar civilmente a la ART respecto a los daños laborales, **siempre "que se demuestre que exista un nexo de causalidad adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o cumplimiento deficiente" por parte de la ART de sus deberes legales** (considerando 8vo. del voto de la mayoría).

En concreto, su deber consiste en no actuar culposamente, pues se sanciona la inobservancia de la obligación general de conducirse con la prudencia, cuidado y diligencia para evitar daños al trabajador, conforme la regla general establecida en el artículo 1.109 del Código Civil. Deber impuesto que se satisface con un protagonismo activo que demuestre el cumplimiento de las obligaciones de control, promoción, asesoramiento, capacitación, información, mejoramiento, investigación, instrucción, colaboración, asistencia, planeamiento, programación, vigilancia y denuncia, que se encarga de resaltar el fallo citado.

En la causa "TORRILLO" la CSJN expresamente señaló que: *"...Así, la citada ley impuso a las ART la obligación de adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo (art. 4.1); incorporar en los contratos que celebren con los empleadores un plan de mejoramiento de las condiciones de higiene y seguridad, que indicará las medidas y modificaciones que aquellos deban adoptar en cada uno de sus establecimientos para adecuarlos a la normativa vigente (art. 4.2), así como controlar la ejecución de dicho plan y denunciar todo incumplimiento de éste -y de las normas de higiene y seguridad (art. 31.1.a)- a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (art. 4.4). Súmase a ello, además de promover la prevención mediante la información a dicha Superintendencia acerca de los planes y programas exigidos a las empresas (art. 31.1.c), el asesoramiento que deben brindar a los empleadores en*

materia de prevención de riesgos (art. 31.2.a). De su lado, la reglamentación de la LRT (Decreto 170/96) detalló diversos aspectos del desarrollo del plan de mejoramiento, al paso que previó, tanto que éste debía ser redactado en lenguaje claro, procurando evitar el uso de conceptos equívocos, de modo que el empleador pueda comprender con claridad sus compromisos e identificar los aspectos que debe mejorar para adecuarse a la legislación vigente (art. 5°), cuanto que su marcha debía ser vigilada por las ART en los lugares de trabajo, dejando constancia de sus visitas y de las observaciones efectuadas en el formulario que a tal fin disponga la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, lo cual implicaba verificar el mantenimiento de los niveles de cumplimiento alcanzados con el plan (art. 19, a y b). El decreto citado también precisó que las ART debían brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados, en las siguientes materias: a. determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito del contrato; b. normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo; c. selección de elementos de protección personal, y d. suministro de información relacionada a la seguridad en el empleo de productos químicos y biológicos (art. 18)...Por lo demás, la reglamentación previó que el empleador estaba obligado a permitir el ingreso a su establecimiento, dentro de los horarios de trabajo y sin necesidad de previa notificación, del personal destacado por las aseguradoras, cuando concurra en cumplimiento de las funciones prevista en la LRT y en el contrato (art. 28.a), y a suministrar a la ART la información necesaria para evaluar, desarrollar y controlar el plan de mejoramiento (ídem, b) o para la determinación de un accidente o enfermedad (ídem g). Los trabajadores, a su turno, se encuentran obligados tanto a cumplir con los planes y programas de prevención, cuanto a utilizar los equipos de protección personal o colectiva y observar las medidas de protección impartidas en los cursos de capacitación (art. 30, a y c). El esquema legal se cierra, claro está, con que los empleadores deben asegurarse "obligatoriamente" en una ART, salvo aquellos que, de reunir los especiales recaudos necesarios, optaran por el autoseguro (LRT, art. 3°; asimismo: art. 27.1 y concs.)... 6°) Que, en tales condiciones, resulta manifiesto que la LRT, para alcanzar el objetivo que entendió prioritario, la prevención de riesgos laborales, introdujo, e impuso, un nuevo sujeto: las ART. En este dato, y no en otro, finca la diferencia esencial que, para lo que interesa, separa a la LRT del régimen anterior, juzgado insatisfactorio. Luego, ninguna duda cabe en cuanto a que, para la ley y su reglamento, la realización del mentado objetivo en concreto, su logro en los

hechos, se sustentó fuerte y decididamente en la premisa de que el adecuado cumplimiento por parte de las ART de sus deberes en la materia, contribuye eficazmente a esa finalidad. De ahí, que las ART hayan sido destinadas a guardar y mantener un nexo cercano y permanente con el particular ámbito laboral al que quedarán vinculadas con motivo del contrato oneroso que celebrasen. De ahí, que las obligaciones de control, promoción, asesoramiento, capacitación, información, mejoramiento, investigación, instrucción, colaboración, asistencia, planeamiento, programación, vigilancia, visitas a los lugares de trabajo y denuncia, por emplear algunos de los términos de la normativa ya enunciada en el considerando anterior, exigen de las ART, al paso que las habilitan para ello, una actividad en dos sentidos. Primeramente, la adquisición de un acabado conocimiento de la específica e intransferible realidad del mencionado ámbito laboral, para lo cual éste, por así decirlo, debe mantener sus puertas abiertas hacia las ART. Seguidamente, el obrar de éstas sobre dicha realidad, para que se adecue, de ser necesario, a los imperativos de la prevención, incluso mediante la denuncia...".

Que en ese sentido se había expedido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ya desde el precedente "Moyano" (Se. N° 110, 18/12/2007), ratificado luego in re "Prevención A.R.T. S.A." (Se. N° 31, 22/07/2013), y más tarde en "Infante" (Se. N° 34, 12/06/14).

Lo cierto es que en el presente caso, Provincia ART S.A. no ha demostrado ni siquiera mínimamente el cumplimiento de las obligaciones legales a su cargo. La aseguradora no desplegó actividad alguna tendiente a prevenir, elaborar un plan de mejoramiento técnico idóneo para disminuir los riesgos de la actividad, asesorar, capacitar, controlar y denunciar los incumplimientos a la normativa vigente por parte de la empresa Durlock S.A., conf. arts. 5, 9, 18, 19 inc. a) y c) y 21 del Decreto n° 170/96.

En este sentido, se transcribe la parte pertinente de los arts. 18, 19 y 21 del Decreto 170/96 a los fines de evidenciar algunas de las omisiones de la ART: "Art. 18: Las aseguradoras deberán brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados, en las siguientes materias: a) Determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito del contrato. b) Normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo. c) Selección de elementos de protección personal... Art. 19: Las aseguradoras deberán realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo. A tal fin deberán: a) Vigilar la

marcha del Plan de Mejoramiento en los lugares de trabajo, dejando constancia de sus visitas y de las observaciones efectuadas en el formulario que a tal fin disponga la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. b) Verificar el mantenimiento de los niveles de cumplimiento alcanzados con el Plan de Mejoramiento. c) Brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos... e) Informar al empleador y a los trabajadores sobre el sistema de prevención establecido en la Ley sobre Riesgos del Trabajo y el presente decreto, en particular sobre los derechos y deberes de cada una de las partes. f) Instruir, a los trabajadores designados por el empleador, en los sistemas de evaluación a aplicar para verificar el cumplimiento del Plan de Mejoramiento... Art. 21: La capacitación brindada por la aseguradora deberá realizarse en el domicilio del empleador o del establecimiento en su caso, salvo acuerdo en contrario. Las fechas y horarios de capacitación serán acordados con el empleador. --- Los trabajadores estarán obligados a concurrir a los cursos de capacitación que se dicten dentro de su horario de trabajo, y a firmar las constancias correspondientes..."

En conclusión, reitero Provincia ART S.A. no acreditó el cumplimiento de las obligaciones legales previstas por los artículos 4 inciso 1° y 31 ap. 1° de la LRT y el Decreto 170/96, por lo que incurrió en una conducta culposa, consistente en la omisión de aquellas diligencias que exigió la naturaleza de la obligación y que correspondieron a las circunstancias acontecidas de la persona, del tiempo y del lugar (doctrina del art. 512 del Código Civil), debiendo responder por el daño ocasionado (art. 1074, Código Civil) en los términos de los arts. 1066, 1068 y 1081 del Cód. Civil y en la misma proporción que la resuelta con relación a la empleadora Durlock S.A.

No cabe duda, que de haber actuado conforme lo establece la legislación apuntada, necesariamente hubiere determinado la existencia de riesgos en el puesto de trabajo del actor, hubiere detectado la dolencia padecida por el actor en los exámenes periódicos y hubiera actuado en consecuencia. Sin embargo omitió toda actividad en tal sentido.

Además, la aseguradora no brindó capacitación sobre el puesto de trabajo del actor, que requiere de movimientos repetitivos, levantamiento y manipulación de peso, posiciones no ergonómicas en la labor, ni sugirió a la empleadora brindar elementos de seguridad idóneos para prevenir y reducir los riesgos.

Se ha resuelto que: *"en los casos en que se concluyera que existe relación causal entre las patologías padecidas por los trabajadores y el trabajo, sin duda debe*

considerarse que la ART ha incumplido su deber de controlar respecto del cumplimiento del plan de mejoramiento de cada empresa, obligación ésta que la ley pone en cabeza de las aseguradoras, quienes no solo califican el nivel de riesgo de sus clientes al momento de contratar sino que tienen la obligación de elaborar el plan de mejoramiento dispuesto y controlar su cumplimiento íntegro y oportuno" (MONTES NANCY MONICA C/ LIMPIA SRL Y OTRO S/ACCIDENTE - LEY ESPECIAL Magistrados: Ferreirós, Rodríguez Brunengo, Sala VII- Fecha: 29/05/09- n° Expte: 4548/2001. Número de sentencia: SD.41850).

Finalmente, cabe señalar, que en cuanto a los demás presupuestos de responsabilidad, tales como el daño, grado de incapacidad, relación de causalidad entre el trabajo-accidente y la dolencia de la actora, me remito a lo tratado y resuelto en el punto anterior.

d. Pretensión de daños y perjuicios con fundamento en el Código Civil contra Galeno ART S.A.

Como punto de partida corresponde rechazar la excepción de prescripción interpuesta por Galeno ART S.A., teniendo en cuenta que se la responsabiliza por el siniestro denunciado en fecha 16-09-2.012 y la demanda fue interpuesta el 07-11-2.013, encontrándose la acción plenamente vigente.

A continuación, corresponde analizar la responsabilidad de Galeno ART S.A. desde la óptica de la responsabilidad subjetiva, según las normas en materia civil, resultando de aplicación todo lo dicho en cuanto al factor de atribución de responsabilidad de la ART respecto de Provincia ART S.A..

Corresponde rechazar la defensa de falta de legitimación pasiva interpuesta por la ART demandada, por cuanto se encuentra expresamente reconocida la vigencia de contrato asegurativo con la empleadora Durlock S.A. por el período comprendido desde el 01-05-2.013 en adelante. Así, conforme lo tuvo por acreditado la enfermedad profesional columnaria del actor se manifestó por segunda vez con la denuncia de siniestro de fecha 16-09-2.013, esto es durante la vigencia del contrato entre Durlock S.A. y Galeno ART S.A..

De las acreditaciones del expediente no consta que la ART haya brindado prestaciones para atender el siniestro en cuestión. Asimismo, no

consta en autos labor preventiva desarrollada por la empleadora ni readecuación de tareas a pesar de que Cárcamo presentaba antecedentes de dolencia columnaria; no acredita la aseguradora haber capacitado sobre su puesto de trabajo del accionante, tratándose de personal expuesto a riesgo (conf. decreto 658/96), ni que se haya brindado elementos de seguridad para su puesto; tampoco se realizaron estudios periódicos.

Que en consecuencia considero que ello tiene la entidad suficiente para agravar el estado de salud del accionante y poner de manifiesto, nuevamente, la dolencia columnaria del actor, luego de haber transcurrido más de un año del alta de la primera manifestación invalidante.

Así la ART debió cumplir con el deber de prevención de los riesgos, adoptando expresos deberes de contralor del cumplimiento de su empleadora afiliada, sobre las normas de prevención y seguridad que le impone la legislación, esto es, la propia Ley n° 24.557, la Ley de Higiene y Seguridad n° 19.587 y decretos reglamentarios (Dec. 170/96), y en su caso denunciar frente a la Superintendencia de Riesgos de Trabajo los incumplimientos verificados.

También debió brindar al actor capacitación en materia de prevención de riesgos. Todas ellas obligaciones que surgen de los arts. 4 inciso 1° y 31 de la LRT y del Decreto n° 170/96. Ya que no sólo los empleadores están obligados a adoptar medidas para prevenir los infortunios laborales, sino que las ART también son sujetos pasivos de esta carga.

Tal como se anticipó, no consta cuáles fueron las prestaciones brindadas por Galeno ART S.A. al actor como consecuencia de la denuncia de fecha 16-09-2013. Solo consta el alta médica con diagnóstico de lumbalgia con derivación a la obra social, no acreditando de ninguna forma los tratamientos brindados al trabajador; más aun teniendo en cuenta los antecedentes columnarios que presentaba Cárcamo (primera manifestación invalidante de fecha dolencia columnaria el 31-01-2012) y las tareas que debía realizar en la yesera que le implicaban la realización de labores riesgosas consistentes en "*Tareas que requieren de movimientos repetitivos y/o posiciones forzadas de la columna vertebral lumbosacra que en su desarrollo requieren levantar, trasladar, mover o empujar objetos pesados*" (conf. Decreto n° 658/96, Lista de Enfermedades Profesionales).

En estas condiciones, teniendo en cuenta que desde la entrada en vigencia del

contrato asegurativo suscripto entre Galeno ART S.A. y la empleadora Durlock S.A. transcurrieron más de 120 días (desde mayo de 2.012 hasta el 16-09-2.012), no constando labor preventiva alguna ni acreditándose prestación alguna para atender la dolencia columnaria denunciada por el accionante, concluyo en que la omisión de las obligaciones legales de la ART ha sido absoluta, contribuyendo en el agravamiento de la dolencia columnaria del accionante, por lo cual resulta civilmente responsable en el 10% del daño constatado.

6. Cuantificación de los daños.

a) **Daño Material.** A los fines de la cuantificación del daño a ser resarcido, éste se integra en primer término con la indemnización por daño emergente material. Si bien la vida o la integridad humana no tienen precio, se han establecido por parte de la jurisprudencia diferentes mecanismos o fórmulas para su determinación a los fines indemnizatorios (art.1083 CC.), entre los que cabe mencionar el criterio del fallo CSJN "Arostegui", concordante con el establecido por la CNAT en autos "Méndez" (28-4-08).

Asimismo en el ámbito provincial, y en atención a la obligación legal impuesta en el art.43 de la ley 2430, he de atender la pauta del fallo "**Pérez Barrientos**" del STJRN de fecha 30-11-2011, que contempla la pérdida de ganancias y de chance, extendiendo el periodo considerado hasta los 75 años, es decir más allá de la faz estrictamente laboral.

Ha quedado acreditado que Mario Cárcamo se desempeñaba en la categoría de operador V en la actividad extractiva desde el 27-01-2.004 para la empleadora y que contaba con 43 años a la fecha de la primera manifestación invalidante -31-01-2.012- (nacido el 29-12-1.968, conf. surge de la copia de DNI que obra a fs. 54 acompañada como prueba documental). Que cobraba por quincena y que el sueldo mensual a la fecha del accidente ascendía a \$ 4.048,35.

Así, corresponde aplicar la fórmula "Pérez Barrientos", según las pautas explicitadas en Expte STJRN 26320/13 "Pérez, Eduardo Juan c/Mansilla José Luis y Edersa S.A." del 11/06/2013. Los datos que permiten despejarla son: (A): la remuneración anual, que no resulta solo de multiplicar por 13 (teniendo en cuenta la incidencia del S.A.C.) el ingreso mensual devengado en la época de la ocurrencia del accidente, sino que procura considerar además la perspectiva de mejora del ingreso futuro que seguramente el daño ha disminuido (pérdida de chance), teniendo en cuenta

la estimación de que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se estabiliza hacia el futuro, lo que se plasma al multiplicar por 60 el ingreso anual y dividirlo por la edad del actor a la fecha del siniestro; (n): la cantidad de años que le faltaban al actor para cumplir 75 años (32 años); (i): la tasa de interés compuesto anual del 6% (= 0,06); y finalmente, el (Vn) Valor actual, componente financiero de la fórmula que se obtiene del siguiente modo: $V_n = 1 / (1 + i)^n$, es decir, $V_n = 1 / (1,06)^{32}$, en el caso, $V_n = 0,154957$.

De tal modo, el capital que le corresponde al actor, según la fórmula aplicable $C = A \times (1 - V_n) \times 1/i \times \% \text{ de incapacidad}$, se traduce en autos del siguiente modo: $\$73.435,18 \times 0,845043 \times 16,66666 \times 40,40\% = \$417.841,28$, a la que habrá de adicionarse intereses desde el 31-01-2.012.

b) Intereses: El monto indemnizatorio precedente deben integrarse con los intereses moratorios (conf. arts. 508 y 622 Código Civil, vigente al tiempo de operarse la mora, arg, art.7 Código Civil y Comercial; conf. Kemelmajer de Carlucci Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, págs. 93/4).

A tal fin, debe tenerse en cuenta que *"...Si el derecho se computa desde que acaeció el evento dañoso, a la fecha del hecho se genera el crédito resarcitorio, que como dice la ley es independiente del momento en que se determine su procedencia (se admita la naturaleza laboral y la inexistencia de causales de exclusión) y alcance (el porcentaje de incapacidad). A partir de allí se adeudan los intereses, pues sólo así quedará justamente compuesta la situación. Si al trabajador no se le abona el capital con más los intereses desde que sufrió el daño, el imperativo constitucional permanece violado. La Ley no puede establecer arbitrariamente el cómputo de intereses desde un momento distante al efectivo acaecimiento del perjuicio..."* (Formaro Juan J., Riesgos del Trabajo, 4a. edición actualizada y ampliada, págs. 206/07).

En orden a la tasa de interés aplicable deberá estarse a la doctrina legal obligatoria (art. 42 L.O.P.J. N° 5.190), según lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia in re "GALARZA" (Expte. N° 28.697/16-STJ, Se. 116/17, 20/12/2017), aplicando al efecto la tasa reconocida en los fallos "LOZA LONGO", "JEREZ", "GUICHAQUEO" y "FLEITAS", en sus respectivos periodos.

c) Daño Moral: A los fines de evaluar la procedencia de la pretensión por daño

moral, cabe recordar que en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana -como en el caso: cuasidelictual- (según las disposiciones del Código Civil entonces vigente) el daño moral siempre procede frente a la comisión del ilícito -daño "in re ipsa" (art. 1.078 C.Civil)-, es decir que la víctima se encuentra relevada de toda prueba destinada a acreditar los padecimientos en sus afecciones legítimas.

Asimismo, que la indemnización del daño moral, de naturaleza esencialmente resarcitoria (conf. C.S.J.N., a partir del precedente "Santa Coloma"), comprende aquellos supuestos en que se ha afectado la integridad psico-física de la persona, en cuanto ello incide sobre su esfera extrapatrimonial (conf. Trigo Represas-Compagnucci de Caso, Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores, op. cit., T. 2-b, pág. 560).

Que en el caso bajo examen, aparece natural que la dolencia columnaria padecidas por el accionante y sus secuelas hayan importado dolor físico, molestias derivadas del tratamiento e intranquilidad espiritual. Todo lo cual sin dudas habrá de prolongarse a lo largo del resto de su vida, habida cuenta del carácter permanente y definitivo de las minusvalías que presenta, con la incidencia que todo ello proyecta en su vida familiar y de relación.

La definición misma del concepto presenta la idea de dolor y sufrimiento, que remite a lo que no es mensurable en términos económicos. De allí que se conceptualiza como todo aquello que está fuera de lo "patrimonial". Ergo, justamente por lo problemático de su mensura, cualquier apreciación que haga el juzgador puede tildarse de arbitraria, si tenemos en consideración que mediante el mismo se procura compensar el daño sufrido por el afectado.

En esta especie de daño no se exige prueba específica y surge por el sólo hecho de la acción antijurídica. Es carga del obligado probar su inexistencia (art. 1078 del Cód. Civil). (CCiv.1ª., San Nicolás, 25-6-98, "Calisprener de Deganas c/Garibaldi, J. S/ds. y ps.).

Que teniendo en cuenta el sufrimiento que implica el presentar la patología columnaria en sí, los inconvenientes y molestias derivadas de la atención de la dolencia; que la génesis del desarrollo de la dolencia se atribuye a la responsabilidad exclusiva y conjunta de las demandadas (de la empleadora y de las ARTs); considerando asimismo la imposibilidad de volver a realizar algunas actividades, sin perder de vista las particulares circunstancias del caso, que el trabajador fue despedido posteriormente a ser dado de alta por Galeno ART S.A., estimo el daño moral en la suma de \$ 600.000.

d) Intereses sobre daño moral: De conformidad con lo resuelto por el STJ en los autos "Fuentealba, Paula Cristina en representación de su hijo menor R.F.J.E. c/Provincia de Río Negro y Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. s/ Accidente de Trabajo" (Expte. n°30.770-2.020, sentencia del 24 de septiembre de 2.021) al importe estimado corresponde adicionarle un interés del 8% anual desde la primera manifestación invalidante, 31-01-2.012 hasta el 30-09-2.023.

LIQUIDACIÓN: La presente liquidación se practica al 30 de septiembre de 2.023.

1. Daño emergente material (incapacidad psico-física)	\$ 417.841,28
-Intereses desde el 31-01-12	\$ 2.245.041,70
-Sub-total al 30-09-23.....	\$ 2.662.882,98
2. Daño Moral	\$ 600.000,00
-Intereses 8% anual	\$ 560.219,18
-Sub-total.....	\$ 1.160.219,18
Total adeudado al 30 de septiembre de 2.023	\$ 3.823.102,16

Tal mi voto.

La **Dra. Paula Bisogni** adhiere al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos **y la Dra. Daniela Andrea Cecilia Perramón** se abstiene de emitir su voto en virtud de la potestad otorgada en el inc. 6 art. 55 Ley 5.631.

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

I.- Hacer lugar a la demanda promovida por **MARIO CARCAMO**, y en consecuencia condenar a **DURLOCK S.A. y PROVINCIA ART S.A. en forma solidaria** a abonar al accionante, en el plazo de DIEZ DÍAS de notificada la suma de **PESOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRES MIL CIENTO DOS CON DIECISEIS CENTAVOS (\$3.823.102,16)**, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de incapacidad psicofísica, en los términos del derecho Civil (arts. 1.113, 1109, 1074 y cctes del Código Civil), importe que incluye intereses calculados al 30-09-2.023, los que seguirán devengándose hasta el efectivo pago, conforme lo expuesto en los considerandos. Asimismo, condenar a **GALENO ART S.A** abonar al accionante, en el plazo de DIEZ DÍAS de notificada la suma de

PESOS TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS DIEZ CON VEINTIUN CENTAVOS (\$382.310,21) , en forma solidaria con DURLOCK S.A. y PROVINCIA ART S.A.

II.- Costas a cargo de las demandadas en forma solidaria respecto de los letrados que asistieron al actor, peritos y costas en el **100% en el caso de las codemandadas DURLOCK S.A. y PROVINCIA ART S.A. y en el 10% a cargo de GALENO ART S.A.**, en su calidad de vencidas (art. 25 L.P.L. P N° 1504), regulándose los honorarios de los profesionales de los letrados del actor, correspondiendo a los Dres. Alfredo E. Costante y Esteban Leonardo Olate la suma de \$374.664 en conjunto (m.b. $\$3.823.102,16 \times 14\% + 40\% \times 50\%$), al Dr. Juan Huenumilla en la suma de \$187.332 (m.b. $\$3.823.102,16 \times 14\% + 40\% \times 25\%$) y para el Dr. Marcelo Ávila la suma de \$187.332 (m.b. $\$3.823.102,16 \times 14\% + 40\% \times 25\%$). Asimismo se regulan los honorarios de los letrados de las co-demandadas, correspondiendo a los Dres. Santiago Hernández y Oscar Pablo Hernández, en el carácter de apoderados y patrocinantes de Durlock S.A., la suma de \$296.733 (m.b. $\$3.823.102,16 \times 12\% + 40\% + 40\%$ litisconsorcio $\times 33\%$), los del Dr. Fernando Detlefs en su carácter de apoderado y patrocinante de Provincia ART S.A. en la suma de \$296.733 (m.b. $\$3.823.102,16 \times 12\% + 40\% + 40\%$ litisconsorcio $\times 33\%$), los del Dr. Damián Leonart y la Dra. Juliana Tamborini, en su carácter de apoderados y patrocinantes de de Galeno ART S.A., en la suma de \$296.733 (m.b. $\$3.823.102,16 \times 12\% + 40\% + 40\%$ litisconsorcio $\times 33\%$) (m.b. $\$3.823.102,16 \times 12\% + 40\%$, con más el 40% por el litisconsorcio pasivo, correspondiendo 1/3 para los letrados de cada una de las codemandadas Durlock S.A., Provincia ART S.A. y Galeno ART S.A.). Asimismo, se regulan los honorarios del perito médico Néstor Fernando Andrada en la suma de \$114.693 ($\$3.823.102,16 \times 3\%$), los del perito en Seguridad e Higiene Hugo Donald Castro en la suma de \$114.693 ($\$3.823.102,16 \times 3\%$) y los del perito contador Carlos Eduardo Zarasola en la suma de \$114.693 ($\$3.823.102,16 \times 3\%$).

III.- 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.

IV. Firme la presente, por Secretaría, practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones.

V. Regístrese, publíquese, cúmplase con Ley 869.-

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

Dr. Nelson Walter Peña

Presidente

Dra. Paula I. Bisogni Dra. Daniela Perramón

Vocal Vocal

El instrumento que antecede ha sido firmado digitalmente en los términos y alcances de la Ley Nac. 25506 y Ley A 3997, Res. 398/05 y Ac. 12/18-STJ y se publica en el día de la fecha. Conste.

Ante mi: Dra. Lucía Meheuech

-Secretaria-