

//neral Roca, 01 de Septiembre de 2021

**Y VISTOS:** Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "**GAGGINO GABRIEL SEBASTIAN C/ CLINICA ROCA S.A. S/ RECLAMO**" **RO-00480-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 Actuaria, corresponde votar en primer término a la Dra. **María del Carmen Vicente**, quien dijo:

**RESULTANDO: 1.-** Que se presenta a fs. 101/115 Gabriel Sebastián Gaggino, a través de sus letrados apoderado y patrocinante, promoviendo demanda contra la firma CLINICA ROCA S.A., por el cobro de la suma de \$ 1.680.427,94 en concepto de indemnización por antigüedad, preaviso e integración mes de despido, diferencias de haberes y daños y perjuicios padecidos por las infracciones de la empleadora en el suministro de materiales de seguridad e higiene, así como las multa de la Ley 25323 y art. 80 LCT, y/o lo que en más o menos resulta de la prueba recolectada, más las costas del proceso.

Relatan que el actor ingresó a trabajar para la Clinica Roca S.A., en el mes de marzo de 2002, desempeñándose como Técnico Radiólogo en el Servicio de Hemodinamia.

Dice que al comienzo trabajó junto al Dr. Pablo Ferrari y el Lic. Chamares, y dado su desempeño satisfactorio pasó a ocupar el puesto de Jefe del sector.

Explica que en la sala de hemodinamia se realizan procedimientos de colocación de stent coronario y vascular, angioplastias, destapan arterias del corazón, y se colocan válvulas para destapar obstrucciones en distintas venas. Para estos procedimientos

el médico interviniente necesita que el técnico radiólogo le proyecte rayos

“X” al paciente para guiarlo en la tarea, mientras dura la intervención. Que al momento del acto quirúrgico, todo el personal que interviene en la sala de hemodinamia se encuentra expuesto a los efectos nocivos de los rayos ionizantes.

Que además, la tarea del actor consistía también en extraer radiografías e imágenes a la personas internadas en la Clínica, tarea para la cual debía permanecer en la sala junto al paciente.

Dice que la diferencia entre pacientes ambulatorios y los internados, radica en que los primeros se mueven solos y se acomodan al momento de extraer la placa, en cambio, en el caso de los internados el técnico debe trasladar al enfermo de su camilla de internación a la hemodinamia, levantando el cuerpo en una posición incómoda y perjudicial, ubicando al mismo para obtener la radiografía, permaneciendo al lado del paciente. Exponiendo directamente a los “rayos X”, razón por la cual resulta imperioso contar con los materiales de protección legalmente establecidos.

Señala que en esa faena el trabajador recibía la descarga ionizante de cada estudio realizado, pero además debía realizar un esfuerzo para trasladar cuerpos pesados, esto sin la provisión de los elementos de seguridad necesarios.

Que, luego de tres años, a principios de 2005, la empleadora los designa como "Jefe de Radiología" en el servicio de hemodinamia.

Con este ascenso el actor pudo imponer a los empleadores que le provean de dosímetros de radiación, que hasta ese momento no tenían. Que la función de este instrumento es medir la cantidad de radiación a la que se expone al trabajador, y así disminuir la exposición.

Cuenta que recién cuando se compran los dosímetros, y ante los resultados de las mediciones, el empleador accede a tomar más personas para rotar en

la sala de hemodinamia.

Que al parecer, en los primeros tiempos de su jefatura, las propuestas y recomendaciones eran bien recibidas por la empleadora, pero con el tiempo y el incumplimiento sostenido de las solicitudes del actor, la relación se fue desgastando.

Dice que desde marzo de 2005 el actor comenzó a solicitar por escrito la provisión de materiales de seguridad, las que se repiten en abril de 2005, agosto de 2007, junio y julio de 2010, pidiendo chalecos, protectores de cuello y lentes, todo plomado para la protección de rayos ionizantes.

Refiere que Gaggino como técnico radiólogo conoce los peligros que conlleva realizar sus tareas sin los medios de seguridad necesarios, por lo que reclamaba por medidas de seguridad para todos, esto en función de las responsabilidades establecidas en el art. 34 de la Ley N° 17.557 y sus reglamentaciones.

Que, luego de más de cinco años de tirantez en la relación, la empleadora le modifica su organigrama y le quita la jefatura en el mes de agosto de 2012, lo que le causó un perjuicio económico directo al no haber percibido nunca un adicional como jefe de sector.

Señala que el motivo de la ruptura de la relación laboral se encuentra justamente en la inquebrantable voluntad del Sr. Gaggino de reclamar el cumplimiento de medidas de seguridad estrictamente necesarias para el desempeño de las tareas en el sector de hemodinamia.

Dice que el actor comenzó a preocuparse por su salud, ante la aparición de algunos indicios en su cuerpo, como elevada temperatura corporal, dolores en las articulaciones, dolores en la espalda, aparición de lunares en la piel, aparición de manchas en sus uñas, dolores en la zona genital.

En agosto de 2012 -dice- mediante TCL el actor comienza a reclamar con

más formalidad el pago de las diferencias salariales por la Jefatura del Sector, lo que nunca percibió, además intima la provisión de accesorios de seguridad y formula reserva de accionar por los daños y perjuicios. A esto, la empleadora le negó el pago requerido, le retiró la jefatura del sector, y comenzó un accionar persecutorio en su contra.

Del cruce epistolar -aduce- que surgen las pretensiones del actor que son el pago de las diferencias de haberes y provisión de elementos de seguridad.

Ante esta pretensión, el día 14-11-2012 el Sr. Gaggino se apersona ante la empleadora con el Notario Daniel Urioste requiriéndole se constituya en la sede de la empleadora a constatar la existencia de los materiales de seguridad con los que cuenta para desempeñar su tarea. El notario acepta y se traslada al lugar.

Que, llegados al lugar es atendido por el Sr. Bernardo Carbajal, quien dijo ser el director económico de la empresa, negándose a que se realice la constatación requerida, derivando la consulta al organismo de trabajo que le compete.

Además, la empleadora alega la imposibilidad de acceder porque el lugar se encuentra ocupado por la realización de una intervención quirúrgica, por lo que dice solicitan se conceda un horario especial para volver a realizar el acto, lo que fue denegado por la empleadora.

Explica que esta situación llevó a que el actor se viera acorralado, ya que su intención era la de continuar trabajando para Clínica siempre y cuando se ajusten los recaudos de seguridad e higiene. Sin embargo, corroborados de esta manera los incumplimientos de la demandada, dice que el 14-11-2012 remitió TCL mediante el cual hizo efectivo el apercibimiento conferido en las anteriores misivas, y se considera despedido por la falta de provisión de elementos de seguridad personal, así como por las sanciones infringidas

injustamente.

Que, luego de esto la demandada remite CD mediante la cual sostiene que las acciones de fecha 14-11 son lesivas contra los intereses de la empresa, evidenciando falta de buena fe y pérdida de confianza. Esta supuesta falta lo hace pasible de una suspensión por cinco días, la que sumada a suspensiones anteriores lo lleva a un despido con justa causa.

Por otra parte dice que como afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Sanidad, llevó sus reclamos al gremio, quién instó las correspondientes denuncias en la Secretaría de Trabajo. Cuyo resultado se plasmó en el Acta de Inspección N° 215.195 del 03-09-2012, donde surgen las distintas infracciones al Decreto N° 351/79. Incumplimiento que dice se volvieron a constatar el 22-02-2013 en el Acta N° 306.086, donde se repiten y se produce la imposición de sanciones pecuniarias a la empleadora.

Hace notar que la faltante de elementos de seguridad ha sido debidamente probado, por lo que corresponde hacer lugar al despido indirecto.

Reclama diferencias de haberes en función de las tareas que dice haber cumplido como Jefe del Sector Hemodinamia, fundado en el art. 11 del CCT 122/75. Señalando que al momento de realizarle la propuesta para la jefatura, le ofrecieron un adicional del 15% que nunca fue abonado y ante los reclamos del actor, la empleadora decidió su remoción.

Sobre los días de suspensión aduce que las sanciones aplicadas por el empleador han sido injustas y sin sustento legal, dado que sancionar por reclamar es una actitud ilegal, que tacha de nulidad a las suspensiones.

En capítulo siguiente pasa a exponer sobre los daños en la salud del actor. Señala que los técnicos radiólogos se encuentran ante una "exposición ocupacional ante rayos ionizantes".

Explica que la energía depositada por la radiaciones ionizantes al atravesar

las células vivas da lugar a iones y radicales libres que rompen los enlaces químicos y provocan cambios moleculares que dañan las células afectadas. En principio, cualquier parte de la célula puede ser alterada por la radiación ionizante, pero el ADN es el blanco biológico más crítico debido a la información genética que contiene. El daño en las moléculas de ADN que queda sin reparar o es mal reparado puede manifestarse en forma de mutaciones cuya frecuencia está en relación con la dosis recibida.

Que, en consecuencia, el daño biológico puede producirse en el propio individuo (efecto somático) o en generaciones posteriores ( efecto genético), y en función de la dosis recibida los efectos pueden ser inmediatos o diferidos en el tiempo, con largos periodos de latencia.

Hace notar que el actor a sabiendas de la falta de guardapolvos plomados, se exponía igualmente a los rayos ionizantes, sabiendas de que su cuerpo absorbía la descarga de la máquina generadora.

Dice que finalizada la relación laboral, el actor se somete a un informe medico elaborado por el Dr. Daniel Ambroggio, quien detecta daños causados por los rayos ionizantes en su fertilidad. A lo que agrega que se realizó un espermograma que refiere que sólo un 15% de los espermatozoides son normales.

Aduce que también ha sufrido un daño psicológico del 70%, por lo que hace terapia con la Lic. Ledesma.

Pasa a exponer sobre el marco normativo y obligaciones del empleador por los riesgos de la actividad.

Al respecto, sobre los sujetos responsables dice que el art. 62 incs. 1, 3 y 8 del Decreto N° 351/79, reglamentario de la Ley 19587, atribuye responsabilidad directa a personas físicas especialmente licenciada y autorizadas para operar las instalaciones con rayos ionizantes. De esto

surge la necesidad de requerir al Ministerio de Salud de la Nación , que informe nombre de la persona registrada en aquellas dependencias como autorizada a operar las instalaciones de la Clínica Roca S.A.

Continua con las “Características de los riesgos“ dice que los técnicos radiólogos como el actor, trabajadores en área de hemodinamia se encuentran expuestos a “riesgos físicos“, como los provocados por ruido, vibraciones, temperaturas extremas, iluminación, radiaciones ionizantes, radiaciones no ionizantes, presiones anormales y choque térmico.

Afirma que según la Administración de Seguridad y Salud Ocupacional (OSHA) la sala de hemodinamia, se encuentra entre los lugares de Alto Riesgo, dentro las labores hospitalarias.

Sobre los “elementos de protección de radiaciones ionizantes“ se preven los delantales, los protectores de tiroides, los lentes y guantes plomados, así como el blindaje en cortina inferior. Esto esta previsto en la Resolución N° 433/2001 del Ministerio de Salud de la Nación, para el personal de hemodinamia, e igual mención dice que realiza el Decreto N° 351/79 Cap. 17 y 18, arts. 189, 190, 194, 195, 197 y 198.

En cuanto a los “Daños a evitar“ dice que los elementos de protección tienen la finalidad de evitar la producción de daños seguros que, de no existir estos elementos, sufrirá el trabajador por los rayos ionizantes. Tales como, el cristalino del ojo, la piel, las glándulas tiroideas, los testiculos y el colon.

Cita como antecedentes normativos y jurisprudenciales, la Constitución Nacional, el Convenio 115 de la OIT ratificado por Ley 21664, la LCT y el principio de indemnidad, así como el art. 1113, 2do párrafo del Cód. Civil. Asimismo menciona el fallo del STJ in re “Navarrete“ (Se. N° 205 del 18-11-11), y los fallos de la CSJN en “Arostegui“, “Aquino“, “Castillo“ y

“Mendez“

Practica liquidación. La que incluye diferencias de haberes que dice es indeterminada por no tener información fidedigna respecto de las remuneraciones del equipo medico. Sobre los daños a la salud manifiesta que ha sufrido un disminución en su capacidad laboral del 50% , realizando un cálculo provisorio aplicando la fórmula Mendez con un ingreso mensual de \$ 8.100, y 6% de interes, arribando a la suma de \$ 1.343.023,39. Y por último, en cuanto, al daño moral reclama la suma de \$ 145.000.

Asimismo, en capítulo siguiente practican la liquidación de los rubros del despido.

Ofrecen prueba. Fundan en derecho.

Efectúan reserva de Caso Federal.

Peticionan se haga lugar a la demanda , con costas.

A fs. 116 se ordena correr traslado de la demanda.

**2.-** Se presentan a fs. 550/566 los letrados apoderado y patrocinantes de CLINICA ROCA S.A. se hacen parte y contestan demanda.

Por imperativo legal, niegan todos y cada uno de los hechos y derechos invocados en la demanda que no sean objeto de reconocimiento expreso.

En particular, niegan que el actor haya desempeñado en momento alguno el cargo del jefe de sector de hemodinamia de Clínica Roca S.A.; que el desempeño del actor haya sido tan satisfactorio para que lo nombraran como jefe de sector como falazmente manifiesta en su demanda; que todo el personal que interviene en la sala de hemodinamia este expuesto a rayos ionizantes; que las labores del actor consistieran en la extracción de radiografías e imagenes a las personas internadas en Clínica Roca S.A. y por tanto que haya tenido que permanecer junto a tales pacientes; que

tomara radiografías o imágenes a pacientes “ambulatorios”; que sus tareas hayan sido la de diagnóstico por imágenes en especial radiografías; que fuera el actor quien trasladara a los pacientes; que debiera realizar todas las maniobras con los pacientes solo; que no se le hayan otorgado los elementos de seguridad necesarios para la realización de sus tareas dentro del servicio de hemodinamia; que en 2005 se haya nombrado al actor como jefe del sector de hemodinamia; que haya impuesto de modo alguno la provisión de dosímetros; que durante el período 2002 a 2005 no hayan contado los trabajadores con dosímetros o métodos de medición de radiación a la que eran expuestos; que las recomendaciones del actor haya sido efectuadas en el marco del ejercicio de una jefatura; desconoce quejas de los médicos y personal de hemodinamia que motivaran las notas que adjunta; que correspondiera al actor la solicitud de provisiones de elementos de seguridad; que haya solicitado medidas de seguridad para sus compañeros de trabajo; que hayan existido cinco años de tirantez en la relación entre el actor y los integrantes de la Clínica; que se le haya quitado en 2012 jefatura alguna atento no haberla detentado nunca; que le haya correspondido adicional como jefe de sector; y que la ruptura de la relación laboral se debiera a los reclamos de elementos de seguridad por parte del actor para el sector de hemodinamia donde prestaba servicios;

Siguen negando por desconocer que hayan aparecido indicios en el cuerpo del actor que hayan sido producto de su trabajo en el sector de hemodinamia; que haya padecido elevada temperatura corporal, dolores en las articulaciones, aparición de manchas en las uñas o dolores en la zona genital; que se hayan omitido la realización de pagos correspondientes a los establecidos por convenio o por responsabilidad funcional; que las suspensiones que se aplicaran al actor durante la relación laboral se debieran a la consideración de un ataque por parte de éste; que se haya producido en momento alguno persecución laboral; que se haya

configurado un despido indirecto como expresa el actor con carentes elementos fácticos y jurídicos; que el despido y la ruptura de la relación laboral solo se haya debido a la falta de provisión de elementos de seguridad como tan laxamente propone en la demanda; que haya elevado reclamos ante los miembros del Sindicato de Trabajadores de la Sanidad; que el sindicato haya realizado o no actuaciones ante la delegación de Secretaria de Trabajo local; que no se hayan dado respuestas a las recomendaciones realizadas por la Delegación Zonal de la Secretaria de Trabajo; que se le hayan aplicado sanciones pecuniarias por infracciones a la demandada; que se le adeuden al actor suma alguna en concepto de diferencias de haberes de acuerdo al CCT 122/75; que se le haya propuesto el pago de un 15% en concepto de jefatura de área; que los actos llevados a cabo por el actor que devinieron en sanciones, no hayan sido realizados sin implicar una infracción a los deberes como empleado; que las sanciones se debieran a un ejercicio regular de los derechos del actor como falazmente manifiesta en la demanda; que las sanciones hayan configurado una actitud antidemocrática o ilegal; que se adeuden al actor días caídos; que el actor haya sufrido daño psicológico alguno; que hayan existido terribles condiciones de trabajo como intenta justificar el actor; que los problemas de fertilidad que manifiesta el actor determinados por el Dr. Ambroggio se hayan causado por rayos ionizantes producto de su desempeño en el servicio de hemodinamia; que exista daño psicológico en 70% producto de la relación laboral mantenida con la demandada; que hayan existido ausencia de materiales de seguridad dentro del sector de homodinamia que pudieren haber afectado la integridad psicológica del actor; que se haya vulnerado la Constitución Nacional, el Convenio 115 de la OIT (Ley 21664), y arts. 75 y 76 LCT; que el actor haya sufrido una disminución en su capacidad laboral del 50% como manifiesta en escrito; adeudar monto alguno en concepto de daño moral; que deba recibir continuos tratamientos

médicos y psicológicos; la responsabilidad civil que pretende asignarle a la empleadora; que se le adeude la exorbitante suma de \$ 1.343.023,39 en concepto de lucro cesantes, y la suma de \$ 145.000 por daño moral; que la demandada haya causado injuria alguna al actor; que hayan existido incumplimientos dolosos como pretende imputar el actor; que le adeuden la suma de \$ 139.139,29 en concepto de indemnización por despido indirecto, y que corresponda la aplicación de la multa del art. 80 LCT por la suma de \$ 24.389,31.-

Pasan a relatar su versión de los hechos. Dicen que el actor comienza su relato refiriendo que su desempeño satisfactorio lo llevo a ocupar el puesto de Jefe del sector, y que fue designado por la empleadora, señalando que este es la primera contradicción con la realidad, dado que en ningún momento se desempeño en sus tareas en calidad de Jefe del sector de hemodinamia. Si, en algún momento pudo haber realizado tareas por expresa indicación del Jefe de Área, el Dr. Ferrari o haber conformado parte de los organigramas de trabajo, pero siempre dentro de lo solicitado por el cuerpo médico.

Resaltan que el personal médico quien tiene a cargo las directrices, órdenes, manejo, disposición del personal, y coordinación de las prácticas que se realizan allí, consistentes en tareas de diagnóstico y terapéuticas. Por esto, dicen que es totalmente falaz la calidad que dice haber detentado el actor como jefe, menos haber tenido personal médico a cargo.

Asimismo, rebaten la afirmación del actor de que sus tareas se encontraban relacionadas con la extracción de radiografías, lo que dicen es falaz, porque todo lo referente a radiología es exclusivo de la Clínica Humana de Imágenes (Instituto radiológico General Roca SRL), tanto para pacientes externos como para internados, aportando para ello su propio personal.

Que la realidad es que el actor, sólo cumplió tareas dentro del servicio de

hemodinamia y como uno más del equipo.

Por otra lado, dicen que el actor intenta demostrar que sus notas de pedido de material de seguridad, las realizó en su calidad de Jefe de sector, cuando de esta documental –notas- surge que todas fueron suscriptas en su calidad de Técnico de Hemodinamia, y no como jefe.

Señalan como otra contradicción que mediante nota del 19-03-2012 –que dicen acompañan- el actor renuncia a la realización de las guardias pasivas, atento que iba a dedicarse también a la realización de tareas comerciales. Marcando esto como otra contradicción dado que si era Jefe, con las responsabilidades que ello conlleva, no este en las guardias como responsable de la actividad.

Respecto de la ruptura de la relación laboral dicen que la misma se dió dentro de los términos del art. 242 de la LCT, es decir con justa causa, por exclusiva responsabilidad del actor y con fecha 14-11-2012, notificado mediante CD 0033048(5).

Cuentan que el actor pretende imponer desde su relato, que la ruptura de la relación se produjo por despido indirecto, a causa de su inquebrantable voluntad de reclamar el cumplimiento de las medidas de seguridad estrictamente necesarias para el desempeño de las tareas en el sector de hemodinamia. Dice que esto no es exacto y que en todo momento se procuraron los elementos de seguridad.

Refieren que mediante TCL de agosto de 2012, reclama diferencias salariales, y solicita la provisión de elementos de seguridad. Dice que le respondieron mediante CD 279707969 indicando la improcedencia de su reclamo en cuanto a diferencias salariales, que se desempeñe como jefe de sector, y que siempre cumplieron con la provisión de elementos de seguridad.

Que, con fecha 14-11-2012 concurre el actor junto a su letrado y al notario Urioste a los fines de realizar un acta de constatación dentro del servicio de homodinamia respecto de la existencia de materiales de seguridad pretendiente atribuirse facultades de contralor que ue corresponde a la autoridad de aplicación, en éste caso, a la Secretaria de Trabajo.

Dicen que al no poder realizar el acta mencionada por encontrarse ocupado el sector con una práctica, y por razones lógicas de seguridad e higiene por ser un sector en el cual sólo ingresa personal autorizado, refiere sentirse acorralado por la situación manifiesta encontrarse en situación de despido indirecto.

Destacan que el ensayo de presunto ataque de la empresa, no son tales sino que se deben a la recurrente falta de contratación al trabajo, recurrentes faltas sin aviso, y recurrentes días de suspensión por aplicación de sanciones, notas de fecha 26-05-2005, 15-11-2005, 21-11-2006, 29-10-2009, 15-05-2010, 25-03-2011, 28-04-2011; y en particular las seguidas sanciones de 2012 de fechas 26-07-2012, 09-10-2012, 11-10-2012 y varias notificadas por CDs.

Que ahora el actor alega que han sido carentes de sustento e injustas, pero no han sido más que el producto del ejercicio de un derecho, ante la suma de actitudes que volvieron imposible la continuidad de la relación laboral.

Sobre los supuestos daños a la salud dicen que de las constancias obrantes en autos y de la prueba producirse, sobre todo las pericias medicas , se determinara que el actor no ha contraído enfermedad o deterioro alguno a su salud, y que la exposición a rayos ionizantes producto de su tareas, está dentro de los parámetros normales de la actividad, por tanto no deberá hacerse lugar al reclamo de autos.

Señalan que el actor en su relato refiere el conocimiento que posee de la

actividad riesgosa que supone el trabajo con rayos ionizantes, y párrafo seguido dice que “ a sabiendas de la falta de, por ejemplo, guardapolvos plomados, se exponía igualmente a los rayos ionizantes, sabiendo que su cuerpo absorbía la descarga de la máquina generadora“ (sic). Lo que entienden como una contradicción irrefutable, que hacen poco creíbles sus dichos, pues de esta manera dicen que trata de demonizar a su empleadora. Además que de haber actuado de esa forma , resultaría de su parte contrario al deber de diligencia impuesto por el art. 84 de la Ley 20744.

Dicen que el actor acompaña informe del Dr. Daniel Ambroggio de fecha 18-03-2013, del que destacan y subrayan lo siguiente: “...*Como conclusión de este examen médico, cabe destacar que a la fecha **no se detectan efectos perniciosos en la salud del nombrado y su exposición a la radiación propia de su trabajo técnico de diagnóstico** por imágenes basándose en este informe en los valores estadísticos normales para la Organización Mundial de la Salud*“.

Agregan que de la documental se desprende que el actor ha gozado de licencias profilácticas periódicas a los fines de poder resguardar su salud.

Asimismo, que del informe medico integral realizado por el Dr. Ambroggio cuenta con informes derivados de estudios complementarios que demuestran el buen estado de salud del actor.

Respecto del espermograma realizado por el Laboratorio de Análisis Clínicos de los Dres. Travaglino, el actor vuelve a exacerbar sus resultados. Dado que de la lectura de los resultados, como de la información adjunta por el Dr. Ambroggio, se puede observar que de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (2010), indica que los valores deben ser apreciados como normales para estos estudios.

Además dicen que tal condición no indica que exista necesariamente

relación de causalidad adecuada entre el hecho que reclama y su supuesto daño.

Dejan sentado y subrayado, que a la fecha de realización de los exámenes que conforme el reporte del Dr. Ambroggio entre el 15-02-2013 y 18-02-2013, no se evidencia que el mismo haya contraído enfermedad alguna.

En cuanto a la aludida “Enfermedad Profesional“ dicen que debido al riesgo de la actividad, Prevención ART S.A –contratada por empleadora-, procuró en todo momento no sólo la visita de personal autorizada para la realización de controles en las instalaciones del sector de hemodinamia, sino también citaba a los trabajador para que asistan a la realización de los controles médicos periódicos. Aclaran ante esto que el actor en ningún momento informó ni a la empresa ni a la ART haber sufrido enfermedad alguna relacionada con la exposición profesional a los rayos ionizantes.

Pasan a analizar el supuesto daño moral, dicen que este otro informe acompañado por el actor, suscripto por la Lic. Yasmín Ledesma de fecha 02-05-2013 también exacerba su condición, sin fundamentos técnicos ni exposición de los criterios llevados a cabo para arribar al diagnóstico.

Que, la experta realiza un diagnóstico basado en el malestar del actor para con su jefe, y hace un valoración más allá de su campo técnico afirmado que los estudios realizados en laboratorio respecto del espermograma arrojan un 85% de esterilidad. Para después estimar una incapacidad del 70%.

Pasan a exponer sobre las medidas de seguridad dentro del ámbito del sector de hemodinamia, así afirman que siempre existió por parte de Clínica Roca S.A. la aplicación de las normas de seguridad necesarias para la protección de la salud de sus trabajadores, cumpliendo con lo normado

por el art. 75 inc. 1 de LCT y legislación especial aplicable.

Entre las medidas, mencionan que adquirieron el material necesario para la protección del personal del servicio de hemodinamia, contrataron la realización periódica de estudios respecto de los dosímetros que utiliza el personal, también la realización de exámenes periódicos mediante el prestador de Prevención ART, SERMEL.

Explican –también- que el equipo de hemodinamia presta servicios en dos turnos de cuatro(4) horas, en cuales desempeñan tareas entre 4 y 6 personas por turno. Por el tipo de actividad riesgosa, no puede el personal estar más horas que las mencionadas. Aclaran que durante estas 4 hs. del turno, no todos los días se realizaban procedimientos, ni todos los días se estaban la 4 horas expuestos a rayos ionizantes.

Manifiestan la improcedencia de los rubros reclamados en la liquidación e impugnan cada uno de ellos, son sendos argumentos por los que solicitan su rechazo.

Piden la citación de Prevención ART como tercero.

Acusan temeridad, por lo que piden se pondere la conducta de las partes, y se sancione de acuerdo al art. 45 del Código de rito, aduciendo que la conducta de la contraparte es maliciosa.

Ofrecen prueba. Fundan en derecho.

Efectúan reserva de Caso Federal.

Peticionan se rechace la demanda, con imposición de costas.

**3.-** A fs. 567 se corre traslado previsto en art. 32 de la Ley 1504.

A fs. 568 y vta. Contesta el traslado la parte actora, donde consiente la citación de tercero, impugna documentación y se expide sobre la oposición

a la producción de prueba.

4.- Se presentan a fs. 583/585 los letrados apoderado y patrocinante, contestan la citación de terceros solicitando su rechazo con imposición de costas.

Niegan por no constarles las circunstancias del hecho que se describe en la demanda.

En particular, niegan que la ART adeude al actor suma alguna concepto de indemnización por Daños y Perjuicios, con costas; que la jurisprudencia y doctrina enunciada en la demanda se aplicable al caso; que el actor hubiese estado expuesto directamen a los “Rayos X”; que el trabajo del actor implique una sobrecarga de peso en su espalda; que debiera trasladar cuerpos pesados y que lo hiciera sin los elementos de seguridad necesarios; que el actor evidencie daños causados por los rayos ionizantes, como problemas con su fertilidad; que conforme estudio de Espermograma realizado el actor posea el 15% de espermatozoides normales; que el daño psicológico sea evidente y ascienda a un 70%, con la necesidad de un tratamiento de 3 años de duración; que la aseguradora no hubiese dado cumplimiento con la ley de Seguridad e Higiene mientras brindo cobertura a la demandada; que sufriera daños irreparables en su salud; que la ART deba responder civilmente; que el actor padezca una incapacidad del 50%; que proceda la liquidación practicada por el actor, tanto en lo referido al ingreso base, grado de incapacidad utilizado y rubros reclamados.

Desconoce la totalidad de la documental adjuntada por el actor con su demanda.

Reconocen que entre Clinica Roca S.A. y Prevención ART S.A. existía contratada la póliza N° 68765.

Afirman que en ninguna oportunidad hasta la promoción de la demanda la

ART tomó conocimiento que el Sr. Gaggino, padeciera incapacidad o accidente laboral alguno. Por lo que mal puede pretende ahora la cobertura de un hecho no denunciado por nadie en tiempo y forma. Dice que el actor construye un relato distorsionado de la realidad de lo acontecido, para imputar responsabilidad a la aseguradora.

Resalta la incoherencia en el accionar del actor, que pretende acogerse a los beneficios de la Ley 24557, solicitando su inconstitucionalidad, y solicita montos por dentro de dicha Ley y por fuera de la misma. Ello en contra de la “teoría de los actos propios“, citando jurisprudencia al respecto.

Por todo ello solicitan el integro rechazo de la demanda con imposición de costas.

Ofrecen prueba. Formulan reserva de Caso Federal.

**5.-** A fs. 586 se corre traslado de la documental acompañada por la tercera citada.

Contesta parte actora a fs. 587, rechazando y desconociendo el detalle de accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales; e historial de vigencia extraído de la página de internet de la SRT.

**6.-** A fs. 588/591 se abre la causa a prueba y se fijan las audiencias correspondientes.

Produciéndose las siguientes pruebas: a fs. 593 acepta el cargo el Dr. Luis Ligarribay; a fs. 605 se tiene por desistida la prueba pericial medica de la actora; a fs. 607/608 informe de CONIRRAD; a fs. 610/611 informe de SERMEL.

Obra a fs. 612 escrito de la demandada desistiendo de la prueba pericial médica, a lo que el Vocal de Tramite no hace lugar al desistimiento por resulta necesaria la prueba (fs. 613).

Se presenta a fs. 614 el perito Dr. Breglia advirtiendo que la designación efectuada comprende la especialidad de oncólogo, urólogo y traumatólogo, estando solo en condiciones de responder los puntos de pericia vinculados a traumatología, por lo que pide se indique si es posible realizar la pericia con dichas limitaciones.

De esto se corre vista a las partes a fs. 615.

La parte demandada contesta esta vista a fs. 618/619. Dicen que en función de lo manifestado por el Dr. Breglia, vuelven a manifestar desde éste momento el desistimiento de la misma.

Sostienen que el propio actor ha manifestado por su propia inacción el desinterés en la realización de la prueba médica, aún cuando fuera intimado a que indique de acuerdo a sus pericias si sostenía la designación del perito oncólogo que solicitara.

Que posteriormente a solicitud de la demandada se tuvo por desistida la prueba pericial medica de la actora.

Que en suma ante el desinterés del actor en la realización de la pericia, así como la imposibilidad de la realización de la pericia por parte del perito designado; sumado al desistimiento de su parte, hace contradictorio la realización de la misma, a más de generar un gravamen irreparable a su parte. Por ello desisten de la pericia.

A fs. 623/626 y 711/713 se agregan informes de la Sociedad Argentina de Radiología.

A fs. 628 la parte demanda desiste nuevamente de la producción de la pericia médica.

A fs. 629 el Vocal de Tramite bajo el mismo temperamento, no hace lugar al desistimiento, y designa como nuevo perito al Dr. Néstor F. Andrada.

A fs. 663 los letrados de la demandada solicitan que se ordene al Perito Médico realizar la pericia en base los puntos propuestos por su parte, atento que los de la actora han quedado desistidos de acuerdo a providencia de fecha 31-03-2015.

Obra a fs. 674 Acta de audiencia de Conciliación donde consta la presencia del actor y su letrado, de los letrados de la Clínica Roca S.A., y el letrado apoderado de Prevención ART S.A. Se lleva adelante el procedimiento conciliatorio con resultado negativo, y solicitan cuarto intermedio hasta que se agreguen las pericias.

A fs. 679 se agrega informe de ATSA.

A fs. 682/690 obra informe de Federación Argentina de Tecnicos Radiologos.

A fs. 692 informe de Ministerio de Planificación Federal, Comisión Nacional de Energía Atómica.

A fs. 702/708 se agrega informe de AFIP.

A fs. 735/746 informe del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

A fs. 747/769 informe de Delegación Zonal de Trabajo de General Roca, adjuntando las actuaciones “ S/ Inspección e Infracción N° 306084 c/ CEMYN DE Clínica Roca S.A.” (Expte. 165153- D-2013).

A fs. 786/790 contestan informes Mónica Martinez, Natalia Viviana Cabrera, Monsalve Manuel Ceferino, Fernández Marianela, y Osvaldo Chamares.

A fs. 795 contesta informe Bernardo Carbajal.

A fs. 845/872 se agrega el informe pericial médico del Dr. Néstor F. Andrada.

Se corre traslado a fs. 873, así la parte actora contesta a fs. 875 y vta pide ampliación de la pericia.

A fs. 876/877 la tercera citada impugna la pericia medica, pide aclaraciones y explicaciones.

Y a fs. 878/879 los letrados de la demandada impugnan la pericia.

Responde el perito médico a fs. 881/885.

A fs. 887/888 Prevención ART S.A. ratifica la impugnación de la pericia médica.

Luce a fs. 889 Acta de Audiencia de Conciliación con presencia de las partes, con resultado infructuoso y se fija audiencia de Vista de Causa.

A fs. 897 presenta su renuncia el letrado apoderado del actor.

Se presenta a fs. 901/902 nuevo letrado apoderado por parte del actor.

Obra a fs. 907 y vta Acta de Audiencia de Vista de Causa, donde consta la presencia del actor y su letrado, los letrados apoderados de la demandada, y el letrado gestor de Prevención Art S.A.. Se lleva adelante procedimiento conciliatorio con resultado negativo. Se reciben explicaciones del perito médico Dr. Néstor Andrada. Las partes desisten de la prueba confesional. Prestan declaración testimonial Natalia Viviana Cabrera y Bernardo Carbajal. La parte demandada desiste de sus testigos. El Dr. Lafuente insiste en la declaración de dos testigos. Se opone la accionada por no estar notificados. A lo que el Tribunal hace lugar. Asimismo manifiesta que la prueba instrumental fue acompañada en la causa "Virga c/ Clínica Roca", corrido traslado la parte actora no tiene observaciones. Se decreta la caducidad de la prueba no producida a esa fecha. Se dispone el pase de los autos al acuerdo para dictar Sentencia Definitiva.

**CONSIDERANDO:** Corresponde a continuación fijar los hechos que

considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 53 inc. 1 de la Ley 1.504, los que a mi juicio son los siguientes:

1.-Que el actor Sr. Gabriel Sebastián Gaggino ingresó a trabajar para la demandada el **02-03-2002**, como Auxiliar Técnico de Rx, en el Sector de Hemodinamía. (se acredita con dobles ejemplares de recibos de haberes adjuntados por el actor a fs. 59/100 y por la demandada a fs. 151/172).

2.-. Que, la jornada laboral en el Sector de Hemodinamía donde trabajaba el actor era de lunes a viernes cuatro (4) horas diarias cada Técnico Radiólogo. Cumplían a su vez guardias pasivas los días sábados y domingos, y en la semana por la noche. (Dichos de la testigo Cabrera, planillas horarias de fs. 356/370).

3.- Que, mediante Nota de fecha 19-03-2012 el Sr. Gaggino informa a su empleadora su decisión de no realizar más guardias en los servicios de hemodinamia y arco en c. (Documental de fs. 35 y 193).

4.- Que el actor a través de Nota del 26-07-2012 le solicita al Sr. Gerente del Servicio de Hemodinamia Ing. Bernardo Carbajal se le comunique su horario de entrada y salida al establecimiento, dice que nunca se le informó correctamente (Documental de fs. 187).

5.- Que, la empleadora le responde mediante Nota fechada el 26-07-2012 que su horario de ingreso y egreso, fue consultado con el Dr. Ferrari, y le informa que debiera ser de 8.30 a 12.30 horas. ( Documental de fs. 188).

6.- Que, la parte demandada acredita haber otorgado las correspondientes “Licencia Anuales por Profilácticas“, de ello da cuenta la Hoja de Licencias del legajo del actor que comprende el periodo 01-07-2002 a 12-12-2011 acompañada a fs. 174.

Asimismo, se acompañaron las siguientes Notas de pedido de las licencias

profilácticas por parte del actor: fs. 208 Nota 04-10-2010 por el periodo 05 al 17 de octubre/2010; fs. 209 Nota del 03-06-2010 por el periodo 7 y 8 de junio/2010; fs. 211 Nota del 20-08-2009 por el periodo 24-08 a 07-09-2009; fs. 215 Nota del 03-06-2009 por el periodo 08 a 23-06-2009; fs. 216 Nota del 16-12-2008 por el periodo 29-12-2008 s 05-01-2009; fs. 244 Nota del 12-06-2006 por el periodo del 17-07-2006 a 31-07-2006; fs. 248 Nota del 28-06-2005 por el periodo 23-08-2005 a 06-09-2005; y a fs. 298 Nota del 01-07-2002 del 13-07-2002 a 24-07-2002 y 22 y 23 de Agosto/2002.

7.- Que, se adjuntan a fs. 182/186 “ Constancia de Entrega de Ropa de Trabajo y Elementos de Protección Personal“ correspondientes al actor y al Sector de Hemodinamia.

8.- Que, mediante sendas Notas la empleadora aplicó sanciones disciplinarias, que se detallan a continuación:

a.-Nota de fecha 25-02-2011 (fs. 135) que le aplica el llamado de atención por incumplimiento de horario en el ingreso y egreso y falta de registro.

b.-Nota del 28-04-2011(fs. 134) que le aplica suspensión disciplinaria por 4 días del 02-05-2011 a 05-05-2011, por no fichar ingreso o egreso durante 4 días del mes de abril.

c.- Nota del 23-09-2011(fs. 133) que aplica suspensión disciplinaria por 4 días del 26-09-2011 al 29-09-2011, por no fichar el egreso los días 02, 05, 07, 15, 16 y 19 de Septiembre.

d.- Nota del 26-07-2012 (fs. 132) le aplica suspensión disciplinaria por 6 días del 30-07-2012 a 04-08-2012, por llegada tarde ese día.

e.- Nota del 09-10-2012 (fs. 131) le aplica suspensión disciplinaria por 10 días del 11-10-2012 a 20-10-2012, por falta injustificada los días 02, 03 y 04 de Octubre.

9.- Que, las piezas postales adjuntadas por el actor a fs. 43/51 y por la demandada a fs. 141/149 inclusive, consistentes en TCLs y CDs fueron intercambiadas entre las partes resultando veraces y auténticas ( no fueron desconocidas por las partes). El intercambio postal se desarrollo en los siguientes términos:

a.- El **13-08-2012** el Sr. Gaggino envia TCL a su empleadora que dice: *“...ME DIRIJO UD. A LOS EFECTOS DE INTIMAR A QUE EN EL PLAZO PERENTORIO E IMPRORROGABLE DE 48 HS ME ABONE DIFERENCIA DE HABERES, MAYOR TIEMPO NO PRESCRIPTO, ACORDE A LAS TAREAS QUE REALMENTE DESEMPEÑO BAJO SUS ORDENES , ESTO ES LAS PROPIAS DE LA CATEGORIA DE TECNICO RADIOLOGO DEL CCT 108/75 ATSA PARA LA PRIMERA CATEGORIA (ESCALAFON), CON FUNCIONES DE JEFE DE SECTOR, Y EN UN TODO DE ACUERDO CON LA ANTIGUEDAD REVESTIDA EN VUESTRA EMPRESA DE SERVICIOS DE SALUD “CLINICA ROCA S.A.“. CABE DESTACAR QUE MIS HORARIOS NORMAL Y HABITUAL ES DE 4,30 HORAS DE LUNES A VIERNES, POR CUANTO ME ABONA SUMAS SUSTANCIALMENTE INFERIORES A LAS PREVISTAS POR LA ESCALA SALARIAL VIGENTE. EN TAL SENTIDO, INTIMO AL PAGO DE LA SUMA PROMEDIO MENSUAL DE \$ 530 LO QUE HACE UN TOTAL DE \$ 13.690 (24 meses) SUMAS COMPRENSIVAS DEL BASICO, ADICIONALES DE LEY (TITULO, ANTIGUEDAD, ZONA, CARGO DE JEFATURA; ETC) Y AUMENTOS DE SUMAS NO REMUNERATIVAS Y AUMENTOS DE HABERES DEL SECTOR, TODO BAJO APERCIBIMIENTO DE INICIAR JUICIO LABORAL SUMARISIMO EN RECLAMO DE MIS CREDITOS LABORALES. ASIMISMO, INTIMO PLAZO DE 30 DIAS ME INSCRIBA EN LEGAL FORMA EN LA CATEGORIA, ANTIGUEDAD, HABERES Y JORNADA LABORAL Y HORARIOS DENUNCIADOS, BAJO APERCIBIMIENTO DE LOS ARTS.*

8, 9, 10 Y 11 DE LA Ley 24.013, Y ART. 1 LEY 25.323, Y BAJO APERCIBIMIENTO DE CONSIDERARME DESPEDIDO POR SU EXCLUSIVA CULPA Y CON MOTIVO DEL PEDIDO DE REGISTRACIÓN LABORAL. POR ULTIMO, EN EL PLAZO PERENTORIO E IMPRORROGABLE DE 24 HS. INTIMO ME HAGA EFECTIVA ENTREGA DE LA INDUMENTARIA OBLIGATORIA Y ACCESORIOS DE SEGURIDAD ORDENADOS POR LAS LEYES VIGENTES Y POR EL CCT (CHALECO, BOTAS, GUANTES, LENTES Y PROTECTOR TIROIDEO) Y HAGO EXPRESA RESERVA DE ACCIONAR POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE CONFIGUREN EN MI SALUD, ATENTO EL HISTORIAL DE NOTAS Y ANTECEDENTES DE LOS QUE OBRAN COPIA EN MI PODER, LOS MISMOS NUNCA HAN SIDO ENTREGADOS EN LOS PLAZOS, CONDICIONES Y DISPOSICIONES OBLIGATORIAS DE LEY, EN FRANCA VIOLACIÓN DE LAS NORMAS DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN DE LA MANIPULACIÓN Y CONTAMINACIÓN DE LA RADIACIÓN. DEJO EXPRESA CONTANCIA, QUE NO SE ME REALIZARON LOS EXAMENES PERIODICOS ANUALES DISPUESTOS POR EL CCT DE LA ACTIVIDAD EN TODO EL TERMINO DE LA RELACIÓN LABORAL VIGENTE.... “. (Documental de fs. 43).

b.- Responde la empleadora Clinica Roca S.A. el **16-08-2012** a través de CD que expresa: “... Niego su TCL... por maliciosa, falaz e improcedente. Niego adeudarle suma alguna en concepto de diferencias salariales, ni por mayor tiempo no prescripto. Niego que desempeñe funciones como jefe de sector o que se encuentre dentro de la categoría primera del escalafón del CCT108/75 ATSA como transitoria sin que fuere alterada su relación laboral de manera alguna. Niego que le abonen sumas inferiores a las previstas por las escalas salariales vigente y por las tareas efectivamente por Ud cumplidas. Niego que se le adeude sumas promedios mensuales que

*Ud. pretende en los conceptos y montos erróneos que enumera como el del cargo de jefatura o sumas no remunerativas. Niego rotundamente que se encuentre registrado erróneamente de acuerdo a las funciones que desempeña en la empresa como así también que tal registración se encuentre dentro de las causales de la aplicación de los Arts. 8 a 11 de la Ley 24.013 y Art. 1 Ley 25.323. Niego rotundamente que no se le entregara la indumentaria ni los elementos de seguridad como maliciosamente manifiesta. Siempre estuvieron a su disposición los mismos como así también se realizan rutinariamente los exámenes de registros de radicación efectuados por terceros y fueron entregados oportunamente los informes sin detectarse anomalía alguna, como así también se otorgarán las licencias de profilaxis necesarias por el tipo de tareas que desarrolla, todo en el marco legal de seguridad e higiene y en resguardo de la salud del personal de servicio....”.* ( Documental de fs. 44 y 141).

c.- Que, el **26-09-2012** la demandada envía CDs al actor y medico tratante citandolos, así dice: “ ... *Conforme las facultades de control que tiene el empleador (artículo 210 LCT) convocamo a Ud. cons u profesional actuante para la realización de una junta médica con un profesional designado por Clínica Roca SA a los efectos de la correspondiente evaluación de la afección que sufre. Se establece que se realizara en fecha 02/10/2012 a las 18.00 en Tres Arroyos N° 254 de General Roca. Río Negro...*”. (Documental de fs. 142/143).

d.- El **05-10-2012** la demandada vuelve a notificar mediante CD OCA citación a control medico (art. 210 LCT) para el día 12/10/2012 a las 14.30. ( Documental de fs. 45 y 144)

e.- Ese mismo día **05-10-2012** en otra CD OCA cursa intimación al actor que dice: “... *ANTE AUSENCIAS SIN AVISO E INJUSTIFICADAS DESDE EL DÍA 02/10/2012 AL 04/10/2012 INTIMAMOS A PRESENTARSE DE*

*INMEDIATO A TRABAJAR EN SU HORARIO HABITUAL BAJO  
APERCIBIMIENTO DE CONSIDERARSE ABANDONO DE TRABAJO...*“

(Documental de fs. 46 y 145)

f.- Que, el **06-10-2012** la empleadora envía CD OCA al actor que dice: “ ...  
*En respuesta a su nota del 05/10/2012 informamos a ud. que en su Sector  
de trabajo se encuentran todos los elementos de Seguridad  
correspondientes para sus funciones. De no realizar sus tareas será  
considerado abandono de trabajo...*“. (Documental de fs. 47 y 146)

g.- El día **13-11-2012** la demandada aplica sanción disciplinaria al actor  
mediante CD OCA que expresa: “... *Por medio de la presente, vengo a  
notificarlo a usted que, atento haberse tomado conocimiento el Directorio  
de Clínica Roca SA. Con fecha 01-11-2012, de las amenazas que profiriera  
contra la integridad de la empresa, referida no sólo a compañeros sino al  
personal administrativo con fecha 10.10.2012, es que se aplica en virtud de  
las facultades directrices como empleador, la SANCION de DIEZ DIAS DE  
SUSPENSION atento a configurar su conducta una injuria grave y la  
violación del Artículo N° 63, y la aplicación de los Artículos N° 67, 218, y  
concordantes Ley de Contrato de Trabajo 20.744. Que deberá cumplir a  
partir del día 14/11/2012...*“. (Documental de fs. 48 y 147).

h.- A esto siguió TCL del **14-11-2012** despachado por el actor notificando a  
su empleadora lo siguiente: “... *ME DIRIJO A UD A LOS EFECTOS DE  
HACER EFECTIVOS LOS APERCIBIMIENTOS CONFERIDOS EN MIS  
ANTERIORES Y ANTE LA GRAVE INJURIA LABORAL CONFIGURADA  
A LA FECHA, QUE SE AGRAVARA POR SUSPENSIONES ARBITRARIAS  
E INFUNDADAS CONTRA MI PERSONA, SIN QUE HAYA DADO  
CUMPLIMIENTO A LAS INTIMACIONES LABORALES EFECTUADAS  
DE CARACTER ALIMENTARIO Y DE ORDEN PUBLICO LABORAL.  
CONSIDERANDOME DESPEDIDO POR SU EXCLUSIVA CULPA Y*

*RESPONSABILIDAD A PARTIR DEL DIA DE LA FECHA. EN ESTE SENTIDO. UD NO HA DADO CUMPLIMIENTO A LA REGISTRACIÓN LABORAL DENUNCIADA SIN PERJUICIOS DE ESTAR AMPLIAMENTE VENCIDO EL PLAZO PARA SU OTORGAMIENTO. ASIMISMO NO DIO CUMPLIMIENTO A LA ENTREGA DE INDUMENTARIA E IMPLEMENTOS DE HIGIENE Y SEGURIDAD PARA LA REALIZACIÓN DE MIS TAREAS (CHALECOS, BOTAS, GUANTES, LENTES Y PROTECTOR TIROIDEO) POR LO QUE LA EJECUCIÓN DE TAREAS EN ESE AMBITO ME COLOCA EN PELIGRO DE SUFRIR SERIOS DAÑOS Y PERJUICIOS A LA SALUD DE MI PERSONA DE CARACTER IRREVERSIBLES POR LOS QUE HAGO EXPRESA RESERVA DE ACCIONAR POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS SUFRIDOS EN MI SALUD. POR ULTIMO, NO ABONO DIFERENCIAS SALARIALES INTIMO PLAZO 30 DIAS HAGA EFECTIVA ENTREGA DEL CERTIFICADO DE TRABAJO, CERTIFICADO DE PRESTACIÓN Y CESACIÓN DE SERVICIOS Y REMUNERACIONES ACORDE A LOS DATOS DENUNCIADOS DE ANTIGUEDAD, TAREAS, CATEGORIA, HABERES BAJO APERCIBIMIENTO DEL ART. 80 LCT.- ...“*  
(Documental de fs. 49)

i.- Que, el **16-11-2012** la empleadora demandada envía CD OCA al actor comunicandole: “...Atento a sus Acciones de fecha 14.11.2012 Lesivas contra los intereses de la empresa, las cuales evidencian una falta a la Buena Fe de la relación laboral, tienen como resultado la Pérdida de Confianza de acuerdo a lo normado por el Artículo 63, 85 y concordantes de la Ley de Trabajo 20.744, por medio de la presente se impone la sanción de 5 días de suspensión desde el 24/11/2012 al 28/11/2012. Asimismo, habiendo superado el plazo establecido por el artículo 220 de la LCT, queda Usted despedido por justa causa a partir del 29/11/2012. Liquidación final y certificación de ley a su disposición...” (Documental de

fs. 50 y 148).

j.- El **19-11-2012** responde la Clínica la misiva despido y dice: “ *...Rechazo su CD ... por falsa e improcedente. Niego que se haya configurado injuria alguna contra vuestra persona. Niego pr improcedente la procedencia de hacer efectivo apercibimiento alguno. Niego que se le haya hecho efectivas suspensiones arbitrarias, todo lo contrario las mismas tenían el sustento fáctico y legal correspondiente. Niego que exista despido indirecto por culpa de la empres, todo lo contrario, a èste punto reitero en todo CD... respecto del despido con caus. Niego que no se le hayan proporcionado los elemento de seguridad e higiene laboral. Niego que debido a sus tareas pueda ocasionarsele en peligro de sufrir daños y perjuicios a la salud, ya que la autoridad de aplicación continuamente certifica las condiciones de salubridad del trabajo. Niego adeudarle indemnización del Art 245 de la LCT, diferencias de haberes mayor tiempo no prescripto, indemnización Art. 1 ley 25.323, y Art. 15 Ley 24.013, ni así también adeudarle suma alguna. Asimismo, intimo a Ud cese intercambio epistolar...“ . ( Documental de fs. 51 y 149)*

10.- Que a fs. 52/53 se adjunta Acta de Constatación de fecha 14-11-2012, actuacion notarial llevada a cabo por el Esc. Daniel Marcelo Urioste, quien se constituye a pedido del actor en domicilio de la Clínica Roca S.A. a efectos de dejar constancia de la falta de provisión de elementos de trabajo y seguridad, necesarios para realizar la actividad que desempeña como radiólogo. Dice que fue atendido por el Sr. Bernardo Carbajal, que éste no le permitió el ingreso, por ser un sector restringido y en ese momento se realizan cirugías.

11.- Que, entre la demandada Clínica Roca S.A. y Prevención ART S.A. existía un Contrato de Afiliación vigente, en el marco de la Ley 24557. (hecho no controvertido y documental de fs. 372/375).

12.- Que se realiza en autos pericia médica por parte del Dr. Néstor F. Andrada, cuyo informe fue presentado el 07-12-2017 (fs. 845/872), sobre el que la parte actora pidió ampliación, y la demandada y tercera citada presentaron sendas impugnaciones, que fueron respondidos por el experto, no obstante, se recibieron explicaciones en audiencia, todo lo cual será tratado infra.

13.- Que, en la audiencia de Vista de Causa se recepcionaron las siguientes testimoniales:

En primer termino declaró la testigo Natalia Viviana Cabrera quien dijo conocer al actor de la Clínica porque trabajaron juntos. Contó que ella entró en el año 2004, y a principios de 2012 estaba con readecuación de tareas porque estaba embarazada, cuando volvió el actor ya no estaba. Que sigue trabajando en la Clínica, es Técnica Radióloga y Licenciada en Producción de Bioimagen. Explicó que hace procedimientos con el Angiografo y Arco en C lo maneja para realizar estudios. Dijo que estas son maquinas con las que se visualiza a través de la radiación. Que cuando empezó eran dos Técnicos radiólogos, un enfermero, y el Dr. Ferrari que era el Medido Hemodinamista. Que afuera de hemodinamia trabajan con los médicos Traumatologos y Generalistas. Explicó que el nivel de riesgo es de que pueden hacer cancer, por eso tienen todas las protecciones, como vacaciones profilacticas, a parte de las vacaciones ordinarias, chalecos plomados, gafas plomadas, y dosímetros. Dijo que estos son unos aparatos que miden la radiación mensual. Que los técnicos tienen dos chalecos, y los médicos tienen 3 chalecos, además de una pantalla plomada para protegerse, aclaro que hay un vidrio plomado. Señala que cuando ingresó siempre estuvieron estos elementos, y jamás hizo nada sin chaleco. Que el dosímetro estaba en niveles normales. Refirió que envían un informe todos los meses a un lugar en Rosario o Cordoba que controla. Señalo que

trabajan bien que tienen los recaudos, y tratan de dar los menos rayos posibles. Mencionó que en la época que trabajaba Gaggino en Hemodinamia estaba el Dr. Ferrari. Que cuando empezó a trabajar se manejaba con Gabriel. Que después de su primer embarazo ingreso otra Técnica, y mucho después otro chico. Ahí coordinaba con Gabriel el diagrama de turnos. Pero al que le rendían siempre era al Dr. Ferrari. Explicó que eran autonomos en su trabajo, y si no sabían algo le preguntaban a Gabriel. No había un responsable, llamaban al consultorio o dejaban un papel en la recepción. Aclaró que a Gabriel no rendian el trabajo, se lo rendían al Dr. Pablo Ferrari. Que al principio si le consultaba al actor o al enfermero hasta que aprendio a manejar el equipo. Dijo que el diagrama de horarios era de lunes a viernes 4 horas cada uno, que esa es la jornada de un Técnico Radiologo. Que hay guardias pasivas los sábados y domingos, y en la semana también por la noche. Ahora son 4 técnicos radiologos. En 2006/2007 incorporaron una Radiologa, y después incorporaron a otro chico de esto hace 10 u 11 años. Que hace unos 2 o 3 años hay otra Técnica. Mencionó que los turnos son de 8.00 a 12.00 hs, de 12.00 a 16.00 hs y de 16.00 a 20.00 horas. Que son un total de 24 horas semanales. Aclaró que cuando trabajaba el actor eran menos horas semanales, eran 20 horas, no iban los días sábados. Las máquinas tienen chicharras de control de tiempo para que no se pase 5 minutos. Contó que cuando estaba Gaggino eran dos técnicos, y las guardias pasivas se las repartian. Esto hasta 2006, cuando por su embarazo ingresó Marianella, y después a Gabriel lo reemplazo Yanina. Comentó que en algunas ocasiones vinieron de un organismo que controlar las Salas, que también han ido de Salud Publica del Hospital. Aclaró que lo de Salud Publica es como una inspección, que no sabe con que frecuencia lo hacen. Además tienen los informes mensuales de los dosímetros. Dijo que como eran cuatro técnico como que Gaggino era el que tenía más autoridad, por lo él pidió otros

radiólogos. Refirió que cuando se vencían los chalecos se pedían. Después las protecciones las tomaba cada uno. Que ahora le piden al Encargado de Compras los chalecos plomados. Dijo que las tareas técnicas las hacían parejo, todos hacemos todo. Que en su caso por ser la más antigua no se considera Jefa. Que para hacer un estudio son 3 personas, el médico, el enfermero y el técnico. Cuando se pide al paciente a la Sala son dos persona el enfermero y el técnico, y se le pide al paciente que se pase a la máquina. Si tiene dificultades piden ayuda para pasarlo a la máquina. Aclaró que por lo general son pacientes grandes y tratan de acomodarlo entre dos en las camillas. Habitualmente el paciente colabora para trasladarse, dentro de sus posibilidades. Que cuando pasaron a ser cuatro técnicos el diagrama lo hacía el actor, porque a la declarante no le gustaba usar la PC. Que el angiografo se los enseñó a usar ella a Manuel y a Marianella. Contó que Gaggino tenía una relación de amistad y confianza con el Dr. Ferrari. Por eso el decía que era el Jefe, pero nadie lo veía como tal. Que él como Jefe podía no ir a trabajar. Que a los técnicos nunca les aplicaron sanciones, sólo a Gabriel, desde el Directorio. Que sabe que tuvo sanciones porque no venía a trabajar, que muchas veces lo llamaba. Después se fueron haciendo progresivos los llamados de atención. Que era habitual que el actor no cumplier su horario, por ejemplo se iba a llevar a la nena a patín. Señaló que él manejaba su horarios, y todos estaban enojados con esa situación. Era como un abuso hacia su compañeros. No sé si fichaba o no. Refirió que cuando entró el actor trabajaba solo, y lo llamaban cuando había estudios para hacer. Porque el estaba en la Clínica Humana de Imágenes. Explicó que en esa época viajaba el Dr. Ferrari dos días y hacía todos los estudios esos días, esto dijo que lo sabe porque se lo contaron. Dijo que los chalecos y los elementos de seguridad los pedía el actor. Que no recuerda si le entregaron dosímetro cuando entró a trabajar. Los dosímetros se renuevan todos los meses. Los chalecos se cambian cada

18 meses, que a veces se les pasa la fecha de vencimiento. Que les proveen las fajas lumbares, los anteojos plomados, y no usaban botas, porque los chalecos son largos. Preguntada de cuantos estudios se hacen por turno, contesto a veces 3 o 4, y hay días que ninguno. Si no hay cirugía no hacen nada. Son estudios que duran 20 minutos, y los de radio de 5 a 10 minutos. Para los estudios de hemodinamia se hace una anestesia en la ingle para ingresar por la arteria femoral. En quirófano el pase de una camilla otra la hacen los enfermeros. Las camillas tienen polleras plomadas. El medico tiene chaleco. Ferrari a veces no usaba la protección. Señalo que Gabriel hacia los estudios sin protección. Que el chaleco es pesado, tiene unos 5 kilos. Comentó que sabe que el actor ahora tiene trabajo de cuidador de enfermos, ayuda a un anciano lo lleva y lo cuida. Que lo vió hace poco con el paciente subiendolo a la camioneta. Dijo que actor tiene esposa y cuatro hijos.

El acto continuo, con el testigo común Bernardo Carbajal contó que conoce a Gaggino del trabajo, que lo ubica de otro trabajo desde 1993. El declarante está en la Clinica desde 1993, que esta a cargo de la Gerencia Administrativa de Financimientos de Convenios y de Recursos Humanos. Aclaró que tiene parentesco con la Directora Ana Cristina Borellini (Esposa) que es una de las cinco integrantes del Directorio de la Clínica. Que trabaja en relación de dependencia para la demandada. No trabajó en ningun momento en el Sector de Hemodinamia. Refirió que toma decisiones en relación a las sanciones del personal, lo hace con asesoramiento externo y con el Directorio. Mencionó que recuerda una serie de faltas del Sr. Gaggino, en cuanto a incumplimientos de horario, y una situación que la empresa considero una falta de fidelidad hacia la empresa, que fue el desencadente del conflicto. Que por esta última falta se le aplicó una sanción, pero no recordó cuanto fue. Explicó que el Sr. Gaggino es técnico radiologo. Que en algunos periodos estuvo a cargo de

preparar diagramas de turnos del personal de hemodinamia. Esto se lo encargo el Dr. Ferrari. Aclaró que existe una persona que era el Jefe de Quirofano. Que se le pedía al medico encargado del servicio que determinara como armar los diagramas del personal del servicio, esto por el tema de horarios y cantidad de estudios, y teniendo en cuenta el CCT de los técnicos de 4 horas de trabajo, y las guardias pasivas. Dijo que recibio notas de Gaggino pidiendo elementos de seguridad, pero eso no estaba a su cargo, sino del Jefe de Quirofano. Explicó que es un sector con el que tienen especialisimo cuidado con la seguridad por las regulaciones que tiene este servicio por salud pública y empresas que hacen mediciones. Por ejemplo el Colegio Argentino de Dinamistas que los visito hace unos días para revisar que todo cumpla con lo normado. Que lo que personalmente se verificaba eran los resultados mensuales de los mecanismos de seguridad. Que nunca detectó que alguien superara el nivel de exposición. Que el declarante hace la lectura de los dosímetros. Que los envían a la empresa que los registros, y ésta los envia, que esto era una condición para tener el Servicio de Hemodinamia. Que el equipo de personal en Hemodinamia había enfermeros, técnicos y médicos. Señalo que los encargados de trasladar pacientes son los enfermeros, no sabe si lo hacía otra persona. El convenio así lo preve. Que, en su caso, que fue paciente del Servicio de Hemodinamia dos veces, lo trasladaron los enfermeros. Aclaró que en el Sector de Hemodinamia hay un Jefe a cargo que era el Dr. Ferrari, y el Jefe de Personal que era el de quirofano, y era Aberlardo Guerra el personal dependia de él. Refirió que el actor tenia las mismas tareas que el resto de los técnicos. Recordó que un día vino con un Escribano y le dijo que queria pasar a Hemodinamia a constatar temas de seguridad, que le dijo que no era posible, y les aviso a los asesores legales. Que puede ser que en algun momento le presentara alguna nota por elementos de seguridad. Dijo que el más expuesto a la radiación es el médico, que así lo indican los dosímetros.

14.- Que, la Federación Argentina de Tecnicos Radiologos informa a través de prueba oficiatoria sobre las características de la profesión y laborales de los Licenciados y Técnicos Radiologos, la normativa de la actividad -por ser una actividad reglamentada-, y los riesgos de la tarea (fs. 684/690).

**III.** Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 53 inc. 2 L. 1.504).

**A.- Despido indirecto – Análisis de las justas causas:**

Como surge del derrotero de hechos sucedidos entre las partes que llevaron a la extinción del vínculo, se impone en primer término dar tratamiento a las causales de injuria laboral invocadas por el trabajador para la denuncia del contrato, por ser la primera que se ha sucedido en el tiempo.

Debemos partir de la premisa, que las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de la ley o de convenciones colectivas de trabajo apreciados con criterios de colaboración y solidaridad (art. 62 LCT). Y deben obrar de buena fe ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo (art. 63 LCT).

Como sabemos, en el proceso judicial es tarea de las partes probar la causal esgrimida en la comunicación de despido, dejando en manos del Juez la calificación de los hechos como injuriosos, no pudiendo decirse a priori que un hecho determinado constituya, en términos absolutos y en todos los casos, injuria, pues el mismo hecho, objetivamente considerado, puede configurar injuria en un caso y no serlo en otro.

La prueba de la causa del despido recae en quien invoca la existencia del hecho injurioso. En caso de despido directo, el empleador debe justificar la

causa, y si se trata de un despido indirecto, la carga probatoria corresponde al trabajador.

En este caso, pasaré a merituar si los incumplimientos acusados a la empleadora se han probado en autos y si reúnen la entidad suficiente como para que el trabajador se considerara injuriado y despedido, es decir, si tenía “justas causas” (art. 246 de la LCT).

Recordemos que el despido indirecto es el acto jurídico unilateral y recepticio por el cual el trabajador denuncia el contrato de trabajo, fundado en el incumplimiento del empleador que imposibilita la prosecución del contrato. Va de suyo que debe contar con los mismos presupuestos que el despido directo por justa causa con lo que se requiere que: a) se configure la injuria laboral, derivada de un acto contrario a derecho imputable al empleador por la inobservancia de sus deberes contractuales y que cause daño en la relación, b) el trabajador reaccione causalmente en forma proporcionada y oportuna.

Con la excepción de aquellas circunstancias en que claramente el agravio por sus propias características sea impeditivo de la continuidad del vínculo, en razón de ser una cuestión que decididamente, de acreditarse, impediría la continuidad del vínculo, por ser la contracara del ejercicio de poder disciplinario del empleador, es imprescindible que el dependiente haga uso de la herramienta de la intimación previa para agotar los recursos en pro de posibilitar la prosecución del contrato conforme a lo que es debido, dando la oportunidad a la contraparte de ajustar su conducta a lo que es deseable. Se requiere que el emplazamiento contenga un plazo perentorio, que el objeto de la intimación sea claro y se consigne el apercibimiento que individualice cual es la actitud que ha de asumir el trabajador en caso de no aceptarse el reclamo.

En el despido indirecto, es especial el análisis que deberá efectuarse de la

respuesta o reacción proporcional frente a los incumplimientos que pueden ser subsanados por el empleador, porque los arts. 10 y 63 LCT imponen a las partes unidas por un contrato de trabajo que agoten sus recursos posibilitando la conservación del contrato.

Resultando relevantes en este caso las causales invocadas en la comunicación de despido efectuada mediante Telegrama Obrero de fecha 14-11-2012 (fs. 49, citado en punto h supra) y la valoración de la prueba aportada a tal evento, en esta misiva se puntualizan las siguientes causas:

**1.- “...NO HA DADO CUMPLIMIENTO A LA REGISTRACIÓN LABORAL DENUNCIADA SIN PERJUICIO DE ESTAR AMPLIAMENTE VENCIDO EL PLAZO PARA SU OTORGAMIENTO...”**

Como citará supra entre los hechos acreditados tengo por cierto el intercambio postal habido entre las partes, fue así que este comenzó con el requerimiento del trabajador mediante TCL 13-08-2012, intimando a su empleadora para que entre otras cosas, proceda a inscribir en legal forma la categoría, antigüedad, haberes y jornada laboral y horarios denunciados. Comienza la misiva denunciado que cumplió funciones de “Jefe de Sector“, en la categoría de Técnico Radiólogo del CCT 108/75 ATSA primera categoría del escalafón, con una jornada de lunes a viernes de 4,30 horas diarias.

A lo que la empleadora respondió negando que desempeñe funciones como jefe de sector y que se encuentre dentro de esta categoría de convenio.

De las pruebas producidas en autos, principalmente los testigos puedo decir que no se demostró que cumpliera tareas de Jefe del Sector de Hemodinamia, donde prestaba tareas, preguntada sobre el tema la compañera de trabajo Sra. Cabrera dijo que el Jefe de Hemodinamia era el

Dr. Pablo Ferrari, y preguntada de quien consideraba su jefe dijo :“Mi jefe era Ferrari...“. Lo mismo el testigo Carbajal declaró “...*Que el jefe de el Sector Hemodinamia era el Dr Pablo Ferrari, y el jefe del personal de todo el sector quirúrgico Abelardo Guerra. Que hay una sala con Arco en C que estaba a cargo del jefe del sector hemodinamía...*“.

Respecto de las notas con diagramas de turnos y rotación del personal, o pedidos de elementos de trabajo y de seguridad, los testigos fueron coincidentes en que Gaggino los realizaba por encargo del Dr. Ferrari, o porque era el que maneja la PC o por ser el más antiguo. Pero no refirieron que fuera porque se trataba del Jefe o responsable a cargo del sector.

Tampoco se ha acreditado el presunto acuerdo que manifiesta el actor que hubo con la empresa, donde se le reconocería un 15% de su remuneración por su función de “Jefe de Sector“, es más ambos testigos fueron coincidentes en cuanto a que el actor cumplía las mismas tareas que el resto de los técnicos del sector.

Por todo esto considero que no se acreditó en autos la categoría o función de “Jefe de Sector“.

Respecto de la pretendida categoría de “Técnico Radiólogo“ en Primera Categoría del convenio de la actividad.

Corresponde ingresar en el análisis del CCT 108/75 ATSA, que rige a la actividad y no está controvertido entre las partes, este en su Cap. I “Categorías y discriminación de tareas“, art. 5º “Personal Técnico y de Maestranza“, prevé cinco categorías para el personal, en este caso están contemplados los técnicos en dos categorías, en “Primera categoría“... d: Técnico radiólogo: es aquella persona que poseyendo título habilitante expedido por la Secretaria de Estado de Salud Pública está encargado del trabajo en el servicio de Radiología. Recibe ordenes e instrucciones

referentes a sus funciones, del médico radiólogo o del Director del Instituto...“, y en el inciso i: “Ayudante de Radiología: es el que cumple las funciones detalladas en Tercera Categoría, inciso a), con un año de antigüedad...“, y después en “Tercera Categoría“: “...Ayudante de radiología: es aquella persona que se desempeña en el servicio de radiología, recibe ordenes e instrucciones referentes a sus funciones del médico radiólogo o cuando lo hubiere, del técnico radiólogo. Su función será la toma de placas, supervisado por el médico o técnico radiólogo. Al año pasa automáticamente a revistar en Primera Categoría, no alcanza éste beneficio al personal que trabaja fuera del área de influencia de los rayos y no está afectado a la toma de placas radiográficas...“.

A esto debo agregar que las escalas salariales están previstas para cada categoría no función, pues las remuneraciones están previstas para las cinco categorías, siendo la mayor la 1ra, y la menor la 5ta categoría.

En este caso los Técnicos Radiólogos, ingresan en la categoría 3era de Convenio, y pasado el año de antigüedad pasan a revistar a 1ra Categoría, donde puede estar identificado como “Técnico Radiólogo“ o “Ayudante de Radiología“, pero para ambos casos la remuneración es la misma, porque están dentro de la misma categoría.

Del cotejo de los recibos de haberes o certificación de servicios y remuneraciones (fs. 176/179), no se detectan diferencias salariales, esto más allá de que en los recibos se consigna “Ocupación AUX. TEC.DE RX“, lo que pareciera identificar otra categoría, pero no es así pues su remuneración fue liquidada conforme la Categoría Primera del CCT 108/75.

Por lo que esto en condiciones de decir que no se acreditó esta injuria patrimonial invocada por el actor.

**2.- “...NO DIO CUMPLIMIENTO A LA ENTREGA DE INDUMENTARIA E IMPLEMENTOS DE HIGIENE Y SEGURIDAD PARA LA REALIZACIÓN DE MIS TAREAS (CHALECOS, BOTAS, GUANTES, LENTES Y PROTECTOR TIROIDEO) POR LO QUE LA EJECUCIÓN DE TAREAS EN ESE AMBITO ME COLOCA EN PELIGRO DE SUFRIR SERIOS DAÑOS Y PERJUICIOS A LA SALUD DE MI PERSONA DE CARACTER IRREVERSIBLES...”.**

Esta injuria cabe analizarla desde varios aspectos de acuerdo a la prueba producida en autos, así tenemos: - Si la empleadora cumplió con las normas de seguridad e higiene para el sector donde cumplía tareas el actor, por las particularidades de trabajar con Rx, en particular, con la entrega de elementos de seguridad; - Si esto provocó daños a la salud del actor.

Sobre el primer aspecto, es pertinente comenzar merituando las pruebas sobre las características particulares de la actividad:

1.- Resulta relevante e ilustrativo el Informe de la Federación Argentina de Técnicos Radiólogos ( fs. 684/690), que en sus partes pertinentes dice: “... *En el caso de los T.R. (Técnicos Radiólogos) y Licenciados, se trata de profesionales que poseen una titulación terciaria o universitaria que los habilita para el ejercicio de una actividad que combina lo intelectual con el trabajo manual consistente en el manipuleo de pacientes y el uso de tecnología, actividad profesional a la cual solo pueden acceder previa inscripción de sus respectivos títulos en la matrícula...*”

Informa que se trata de una actividad reglamentada por la Ley 10142, y Resolución N° 715/87 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación.

Asimismo dice que es una actividad inescindible del uso de la tecnología,

así dice: “... *No puede pensarse al Licenciado o T.R. y al ejercicio profesional sino con relación a la aparatología específica que debe utilizar para desempeñarla. Esta relación plantea una serie de problemáticas tanto respecto a los riesgos que puede implicar para la salud –propia del Licenciado, T.R. y de los pacientes- como respecto a las consecuencias que los cambios tecnológicos constante en dicho equipamiento ocasionan sobre el nivel de empleo, la organización de la labor, la necesidad de capacitación permanente, etc....*”.

Expone sobre los riesgos de la tarea informando: “...*Es que la exposición constante –real o, cuanto menos, potencial- a las radiaciones, las cuales: “...Tienen la propiedad de modificar la estructura de los átomos que son los elementos de base de toda materia viva. Pueden afectar a la salud y hasta provocar la muerte según se la calidad de la energía radiante, la duración de la exposición y la naturaleza de las radiaciones. Las radiaciones ionizantes producidas por los rayos X, los rayos Alfa, Beta y Gama y los neutrones constituyen factores de riesgo extremadamente serios. Atacan a las células del cuerpo y pueden engendrar numerosas enfermedades tales como cataratas, anemia progresiva grave, sarcoma óseo, cáncer broncopulmonar, radio dermatitis, leucemia, etc.”, esta es la causa fundamental del tratamiento especial y diferenciado en la legislación laboral, tanto en el ámbito público como en el privado y es la que ha dado lugar al dictado de diversas normas protectorias (jornada de trabajo reducida, vacaciones profilácticas, plus salariales, normas en materia de prevención de enfermedades profesionales, jubilaciones anticipadas, etc) en lo que respecta al trabajo de los Licenciados y Técnicos Radiólogos y a las condiciones del puesto y del medio ambiente de trabajo a que se hallan –lo reiteramos- real o potencialmente expuesto; asimismo existe una profusa normativa de Derecho Administrativo al respecto...*”.

En cuanto a las normas que imponen la adopción de medidas de prevención, dicen que además de la Ley 17.557 (que prevé las normas técnicas sobre la instalación y utilización de equipos de rayos X), también cita la Ley de Higiene y Seguridad N° 19587, la Ley 21664 (B.O. 13-10-77) que ratifica el Convenio 115 de OIT “Convenio relativo a la protección de los trabajadores contra las radiaciones ionizantes”.

También informa sobre la “obligación de realizar exámenes médicos” como los dispuestos por la LRT (Ley 24557), los de la Resolución 43/97 y Decreto 658/96.

Sobre la “jornada de trabajo reducida” cita el Decreto 2179 PEN, D.N. 658/96 y la Resolución 590 SSP de Río Negro, los arts. 14 y 15 del CCT Nro 122/75 que establecen 4 horas diarias y 24 horas semanales, para el caso del Técnico Polivalente puede realizar una jornada mayor de 6 hs. diarias y 36 semanales con el pago de un adicional; y el CCT 108/75 arts. 19 inc.1 y 20.

Al respecto, en este caso ha quedado demostrado que la empleadora ha cumplido:

-con la jornada de trabajo reducida, así lo mencionaron los testigos, en particular Cabrera dijo que la jornada era de cuatro (4) horas, y 20 horas semanales, con guardias pasivas. Es más ante el pedido del actor de que se le comunique su horario de entrada y salida al establecimiento (nota fs. 187), la empleadora le responde que su horario es de 8.30 a 12.30 horas (fs. 188).

- con el otorgamiento de las “licencias anuales profilácticas”, previstas en el CCT 108/75 art. 28 como “licencia por índole de la tarea” para el personal de radiología y radioterapia, consistente en quince días, que es independiente de la licencia ordinaria. De esto se dió cuenta con las Hojas

de Licencias del legajo del actor que comprende el periodo 01-07-2002 a 12-12-2011 acompañada a fs. 174, y las numerosas notas detalladas supra en el punto 6 de los hechos acreditados.

-con la entrega de ropa de trabajo y elementos de protección personal conforme planillas de fs. 182/186.

Asimismo, la testigo Sra. Cabrera –compañera de trabajo del mismo sector- al ser preguntada sobre los elementos de protección que tienen? Respondió que tienen chalecos plomados, gafas plomadas y dosímetros, aclarando que son los aparatos que miden la radiación que tienen mensualmente. Dijo que tienen un chaleco para radiación directa y otro que mide la radiación que reciben detrás del chaleco. Que tienen una pantalla plomada que es donde se paran para ver al paciente una vez que lo acomodaban para hacer el estudio. Dijo que recibían informes mensuales del dosímetro. Que había un chaleco para cada uno. Preguntada de si tenían algún reclamo por falta de elementos de seguridad??, dijo que no recordar, pero aclaró que cuando pedían nuevos chalecos se proveían aunque con la espera necesaria para que llegaran. Que cuando necesitaban nuevos elementos simplemente mandaban una nota a la Administración habiéndolo saber y se proveían. Refirió que los chalecos se cambian cada 18 meses.

Cabe señalar que la testigo informo sobre la conducta desaprensiva del actor, que no quería utilizar el chaleco porque era pesadísimo. Menciono que ella le decía Gabriel use el chaleco y él contestaba "no pasa nada".

-con el control de la radiación del sector de hemodinamia, a través de la medición con dosímetros. El testigo Carabajal declaró que tienen reglamentaciones para cumplir y hay empresas que controlan la radiación. Que las mediciones se hacen en forma mensual, se controla la cantidad de radiación y el estado de las paredes, que todo es controlado por Salud Pública, y la Comisión Nacional de Energía Atómica. Dijo que él era el

responsable de verificar los resultados mensuales de todos los indicadores que tenían que hacerse. Que hasta ahora no detectó que el personal hubiera recibido mayor radiación que la prevista. Contó que desde 1996 se les proveen los dosímetros, que es una condición para habilitar el servicio.

Asimismo, mediante informe de la firma CONIRRAD (fs. 607) se acredita que se le realizó al actor el control de irradiaciones, así dice: “...*El servicio de Control de Irradiaciones para el Sr. Gaggino ha sido efectuado por nuestra empresa bajo la antigua denominación: RIAS –Radiaciones Ionizantes Asesoramiento y Servicio-, desde Octubre de 2005 hasta Enero de 2013. En febrero de 2013 se produjo la baja de este usuario. Este servicio fue solicitado por la Clínica Roca S.A. (...) para el personal del servicio de hemodinamia, bajo la responsabilidad del Dr. Pablo Ferrari. El control se efectuó mediante la determinación de la Dosis Equivalente Profunda, Hp (10), en dosímetros para torso asignados a cada controlado, de acuerdo a lo establecido por la normativa vigente. La misma establece, además la obligatoriedad de este control para todo el personal afectado por razones laborales a radiaciones ionizantes. La legislación no establece, por no corresponder, dosis mínima y normal, ni número máximo de prácticas en un periodo. El único valor que permite evaluar el riesgo radiológico para el controlado es la dosis que acumula en un determinado período de control. Al respecto, los límites que rigen en nuestro país son: Para Hp(10) en torso: El valor total den cinco (5) años calendarios consecutivo no podrá superar el valor 100 mSv, sin superar en ningún año calendario el valor 50 mSv. Las autoridades radiosanitarias nacionales y provinciales basandose en el máximo quinquenal, suelen recomendar no superar el valor anual 20 Msv. La persona que no supere el mismo cada año de trabajo, tiene una Riesgo Radiológico similar al de la actividad laboral más segura....”.*

A continuación informa en un cuadro las dosis acumuladas por el Sr. Gaggino en cada año de control desde Octubre de 2005 a Enero 2013, sin que se observe ni informen medids fuera de lo normal.

-con los estudios médicos se acredita a fs. 311 el “Examen Preocupacional de Ingreso“, efectuado el 01-03-2002, que concluye “ Apto para el puesto laboral“.

Se acredita con informativa a SERMEL (fs. 610/611) que por parte de Prevención ART S.A. se le hizo un “Examen Médico Periódico“ en fecha 01-03-2011, que informa todo normal sin limitaciones funcionales.

No debemos perder de vista en este aspecto de que de acuerdo a la Resolución SRT 43/97, la realización de los exámenes periódicos es responsabilidad de la ART.

Ahora bien, en este contexto donde el actor acusa incumplimientos patronales graves, lo que acarrea la carga de la prueba de los presupuestos fácticos de las normas incumplidas, más allá de lo riesgosa de tareas con rayos ionizantes, y dado su conocimiento profesional del tema debió desplegar un amplio ofrecimiento de prueba, pues en algunos de los informes se brindan datos y valores que cuestan ser comprendidos sino se cuenta con información científica.

Desde esta mirada considero que resulta insuficiente pretender acreditar el incumplimiento con presunciones derivadas de la Actuación Notarial del día 14-11-2012, donde consta que no se le permite el ingreso para llevar adelante constataciones sobre la falta de provisión de elementos de trabajo y seguridad, necesarios para realizar la actividad que desempeña el actor como radiólogo.

O con actuaciones de la autoridad administrativa del Trabajo, como el MTESS cuyo informe de fs. 746 da cuenta inspecciones llevadas a cabo en

el año 2014, y la Delegación Zonal de Trabajo que informa sobre dos Sumarios Administrativos por infracción a normas de higiene y seguridad, lo que dice fueron archivados en la Secretaría de Trabajo de Viedma, sin poder tener acceso al contenido de los mismos, y se detectaron incumplimientos del orden que denuncia el actor.

Considero que lo pertinente en este caso, hubiera sido ofrecer una pericia técnica en Seguridad e Higiene, que ilustre al Tribunal, sobre las particularidades de la tareas y la seguridad que se debe resguardar en la misma, y la forma como se desarrollaban las labores en el Sector de Hemodinamia de la demandada.

Lo que me lleva a concluir de acuerdo a los elementos aportados a la causa, que no se han acreditado los incumplimientos en seguridad e higiene que acusa el actor, para el desarrollo de su labor de radiólogo.

Esto no quita que pese a ello, y ante la actividad riesgosa desplegada por la empleadora en el sector de hemodinamia, el trabajador pueda sufrir daños en su salud o integridad psicofísica.

Dando entidad a la injuria laboral grave como para considerarse despedido, y eventualmente a la reparación sistémica o extrasistémica de los daños a la salud.

Por ello tratare el tema infra en el merito que hare del reclamo de responsabilidad civil por daños.

### **3.- “... NO ABONO DIFERENCIAS SALARIALES...”**

En su primer TCL (13-08-2012) el actor intima porque dice que cumple una jornada normal de lunes a viernes de 4,30 horas, por las que dice que se le abonan sumas sustancialmente inferiores a las previstas por escala salarial vigente, reclama la suma promedio mensual de \$ 530 los que hace un total de \$ 13.690 (24 meses) sumas comprensivas del básico, adicionales

de ley (título, antigüedad, zona, cargo de jefatura, etc) y aumentos de sumas no remunerativas y aumentos de haberes del sector.

Como dijera en el punto 1, no se ha probado en autos las tareas de Jefe de Sector reclamadas por el actor, ni el presunto acuerdo con la empleadora del 15 % por esa función. Tampoco se detectaron diferencias por mayor categoría.

Respecto de la jornada especial por la índole de las tareas, no se observan diferencias en los últimos 24 meses. De la documental acompañada por la demandada como “Ficha Individual de Control“, en las que se registran el control de ingreso y egreso al establecimiento, se observa un fichado irregular en cuanto a días y horarios, se ven días que se registra solo la hora de ingreso o egreso.

Lo que se condice con los dichos de la testigo Cabrera al decir que a los técnicos nunca les aplicaron sanciones, solo a Gabriel, desde el Directorio. Dijo que tuvo sanciones porque no iba a trabajar, muchas veces los llamaban, que era habitual que no cumpliera su horario. Señaló que él manejaba sus horarios, y que todos los técnicos estaba enojados porque era como un abuso hacia sus compañeros.

Por todo esto considero que no se han acreditado en autos las diferencias de haberes, como para configurar la injuria patrimonial invocada.

#### **B.- Daños a la salud- Responsabilidad civil.**

Como sabemos, el derecho a la salud está directamente vinculado con el derecho a la vida –con salud- como una categoría de los derechos humanos o derechos fundamentales. Es el derecho a la integridad psicofísica, aún más, al pleno disfrute de la vida.

Esto tiene sustento en la fuerza normativa constitucional que nuestra Carta Magna le otorga al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales, artículo 12.1, que establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En tanto el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su art. 10 que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. En consecuencia es posible afirmar desde la óptica positiva de la regla constitucional de nuestro país, que el concepto de salud incluye dentro del contenido constitucional protegido, el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

Los nuevos paradigmas del mundo jurídico en materia de protección frente a los daños a la salud en su aplicación en el escenario jurídico laboral, determinan que la manifestación protectoria del principio de indemnidad expresada en la Constitución Nacional en su art. 14 bis, en cuanto garantiza condiciones dignas y equitativas de labor, se vea agigantada por estos y otros Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados en el artículo 75 inciso 22, entre ellos los precedentemente mencionados.

A continuación pasaré al análisis del material probatorio incorporado a autos que entiendo resulta conducente para determinar la responsabilidad de la demandada en el daño reclamado. Como primer paso analizaremos los elementos de la responsabilidad civil, para poder determinar el deber de reparar.

En el ejercicio de la acción civil, el actor debe probar sus presupuestos, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación como el nexo causal con el daño (vid. doct. STJ in re: MAYORGA, Se. N° 114 del 28-12-01). La responsabilidad civil resulta de la concurrencia de una serie de elementos que tienen como resultado un daño inferido. El deber de reparar tiene su génesis en dos circunstancias bien definidas: el incumplimiento contractual que arrastra una responsabilidad contractual o bien el incumplimiento del

deber genérico de no dañar (*alterum non laedere*) que implicará una responsabilidad extracontractual.

Siguiendo el orden propuesto por la doctrina civilista, el primer elemento a considerar es el daño. En el caso, el actor dice haber sufrido daños en su salud a partir de su labor con Técnico Radiólogo a favor de la demandada.

A tal evento, resulta relevante pasar a analizar la prueba pericial medica producida en autos, no sin antes efectuar consideraciones sobre el devenir de la prueba en el proceso.

En su demanda, el actor acompaña como prueba documental un informe medico legal realizado por el Dr. Ambroggio (fs.54/56) y un informe psicológico elaborado por la Lic. Yasmin Ledesma, y ofrece prueba pericial médica con el fin de acreditar: 1) Daños por la rayos ionizantes para lo cual pide se designe especialistas en oncología; 2) otros daños causados por el Trabajo: para lo cual pide se designa médico traumatólogo, y 3) Daños psiquiátricos y psicológicos.

A su turno, la parte demandada en su responde de demanda ofrece prueba pericial medica, solicitando se designe perito medico especialista de urología, perito medico y perito psiquiatra.

Asimismo, la tercera citada ART también ofrece prueba pericial medica, solicitando se designe perito medico único.

En el auto de prueba de fecha 01-12-2014 ( fs. 588/590), al ordenar la prueba de la actora, respecto de la pericia médica se provee: “... *Atento los puntos de pericia ofrecidos corresponde designar un perito médico especialista en oncología,...Atento no contar el Tribunal con perito médico oncólogo, intímase a la actora por el término de CINCO días a proponer perito haciéndole saber que en oportunidad de aceptar el cargo debiera acompañar la documentación que acredite tal condición. Bajo*

*apercibimiento de tenerla por desistida. Not...“.* Respecto de la ofrecida por la demandada se proveyo: *“...Atento no existir peritos en esa especialidad en la lista de peritos judiciales habilitados correspondiente para el presente año, intímese a la actora por el término de cinco días a proponer perito medico en especialidad de urología haciendole saber que en oportunidad de aceptar el cargo deberá acompañar la documentación que acredite tal condición, bajo apercibimiento de tenerla por desistida. Not. PERICIAL PSIQUIATRICA: Designase perito al DR. LUIS MARIA LIGARRIBAY ...“.-*

También se ordenó la pericia ofrecida por la ART, disponiendo que éste a lo dispuesto en la prueba de la parte actora.

Que, mediante presentación del 17-03-2015 (fs. 604) la demandada pide que no habiendo contestado la actora la intimación cursada de la propuesta de perito oncólogo, se tenga por desistida dicha prueba.

A esto se provee a fs. 605 que se haga efectivo el apercibimiento y se tenga por desistida la prueba pericial medica de la actora.

La parte demandada a fs. 612 se presenta desistiendo la prueba pericial medica. Proveyendo el Vocal de Tramite a fs. 613 que siendo necesaria la prueba ofrecida para la dilucidación del litigio, al desistimiento no ha lugar.

Seguidamente, el perito oficial designado Dr. Gustavo Breglia al advertir que la pericia comprende especialidades de oncologo, urólogo y traumatologo, pide al Tribunal indique si es posible realizar la pericia e indique los puntos de pericia sobre los cuales debía expedirse.

Corrida vista a las partes de lo manifestado por el perito, a fs. 618/619 los letrados de la demandada contestan la vista haciendo saber el desinterés manifestado por la parte actora respecto de la realización de esta prueba, por lo que consideran contradictorio la realización de la misma, desiste

nuevamente de la prueba pericial.

De esto se corre nueva vista a la actora, guardando silencio, por lo que la demandada pide se tenga por desistida la prueba. Nuevamente se rechaza el pedido por parte del Vocal de Tramite, se ordena la remoción del perito Dr Breglia, y se designa al Dr. Néstor F. Andrada.

A fs. 662 el perito acepta el cargo, y a fs. 663 la demandada solicita se ordene al perito que responda los puntos de pericia de su parte, no los de la actora porque estan desistidos. A fs. 728 el Vocal de Tramite le hace saber al perito medico Andrada que sólo deberá expedirse respecto de los puntos de pericia propuestos por la parte demandada.

Así las cosas, el perito médico oficial Dr. Néstor F. Andrada presenta su informe pericial a fs. 845/872.

En la anamnesis el perito informa: “...*Paciente lucido, ubicado en tiempo y espacio, afebril, decúbitos indiferentes, órganos, aparatos y sistemas sin particularidades en el momento de realizarse la pericia médica. Según refiere y consta en autos el señor Gaggino trabajaba en la Clínica Roca como técnico radiólogo desde el año 2002 al 2012 en los horarios de 8 a 14 hs de lunes a sábados. No obran en autos exámenes pre ocupacional y/o periódico que informen sobre preexistencia. Refiere que no tenía protección, radio plomado, durante diez años, refiere no tener los elementos adecuados. Refiere que con motivo de esta circunstancia tiene 85% de esterilidad, hernia inguinal izquierda, hernia umbilical, dolor lumbar crónico, manchas en la piel. Los dolores lumbares son persistentes sin dispersarse en la zona. **Actualmente no trabaja de su profesión...**”.*

En otro pasaje de su dictamen dice: “...*El actor refiere que durante 12 años manejando equipos de hemodinamia en quirófano aporta los siguientes estudios Rx de torax, pequeñas secuelas basales izquierda, espinografía sin*

*particularidades, ecodopler testicular sin particularidades, hemogramas y epatogramas sin particularidades. Espermograma de fecha 15/2/13 recuento de espermatozoide 15 millones. Nuevo Espermograma fecha 22/08/17 espermatozoides total eyaculado 95,4 millones epermatozoides por mm 53 millones lo que demuestra que al haber el actor no estado expuesto a la noxa, vuelve a valores normales su Espermograma lo que indica la influencia de los Rayos en su organismo....“.*

Por otra parte informa: “... este perito solicita RNM de columna lumbar la que se efectúa 17/05/17 informada por el Dr. SONTAG Ernesto y en su parte pertinente informa: *incipiente espondilo artrosis con pequeñas reacciones osteogénicas marginales de crecimiento anterior. Deshidratación de los discos interarticulares lumbares Protusiones del disco L3-L4;L4-L5. Evaluando las tareas que efectúa el actor, **exposición rayos**, usando grupos musculares en posiciones no ergonómicas con levantamiento de pesos (pacientes) que producen lesiones por esfuerzos reptitivo caracterizado por uso repetido de grupos musculares. Usos forzados de grupos musculares. Mantenimiento de postura inadecuada. Estas lesiones que padece el actor son compatibles con el estudio físico efectuado y análisis de las condiciones de trabajo responsables por el desarrollo de la lesión. Las tareas que efectuaba el actor desde el año 2002 en el horario de 8 hs a 14 hs de Lunes a Sábado, traslado de pacientes de la camilla a la cama o a la mesa de radiografía. Se constata en sí mismo en el examen semiológico hernia inguinal izquierda. Lumbociatalgia crónica, lumbalgia crónica. Las enfermedades musculo esquelética de naturaleza ocupacional producen procesos inflamatorios (sinovitis y tendinitis) introducidos por sobre carga (movimientos repetitivos, esfuerzos directos) por lo que es objetivable las lesiones de columna lumbar compatibles por esfuerzos laborales. Las pruebas*

*funcionales Lasegue para miembro derecho positiva, maniobra de Growers Bragard positiva para miembro inferior derecho. Marcha en talones dolorosa en ambos miembros más acentuada en miembro inferior derecho. Rectificación de la lordosis lumbar. La columna lumbar tiene una curva convexa hacia ventral denominada lordosis fisiológica por razones traumáticas y por contratra dolorosa de los músculos paravertebrales esta curva se rectifica...“.*

*En sus conclusiones expone: “...estamos en presencia de un adulto de 44 años que aparentemente no ha presentado observaciones en su examen de ingreso ni periódicos, que durante largo periodo de tiempo, ha efectuado la misma tarea con movimientos y esfuerzos repetitivos por lo que ha producido micro traumatismos en columna vertebral reiterados, ergo lesiones por esfuerzos repetidos a lo que se suma el trauma descrito considerándose brusco y súbito el cual revela la dolencia. Padece enfermedad post traumática diagnosticada como hernia de disco L5-S1. Queda incapacitado en forma total y permanente para sus tareas habituales, con la consiguiente dificultad para su vida de relación. Deberá efectuar tratamiento de rehabilitación y o posterior intervención de disectomía. Las hernias inguinal izquierda y umbilical son atribuible al trabajo con pesos (movimiento de pacientes)...“.*

*El perito determina incapacidad en los siguientes términos: “...No son objetivables las lesiones que presenta el actor referente a la exposición a radiaciones, se constatan pequeñas manchas en la piel que no se puede informar si responde a la causa enunciada. Dada la inexistencia de preexistencias y al tiempo que viene desarrollando las tareas que demandan esfuerzos y los hallazgos en la RNM magnetica solicitada por el perito se deduce que el actor padece: Hernia de disco on secuelas clínicas, neurológicas, lumbociatalgia, lumbalgia crónica, ernia inguinal y*

*umbilical 40% mas factores de ponderación. Dificultad para efectuar las tareas laborales altas; 20% de 0= 8%; Amerita recalificación: si, amerita 10% de 40= 45; Edad del damnificado mayor de 31 años 2% de 40= 0,8%. Total factores de ponderación 12.8. **Sumatoria 52,8% del VTO Incapacidad parcial y permanente. Estos valores son correspondientes a evaluación del perito usando el baremo ley 24557 como parámetro...**“.*

El informe pericial fue objeto de pedidos de aclaraciones, explicaciones e impugnaciones

La parte actora pide aclaraciones y explicaciones derivada de la exposición prolongada del actor a los rayos ionizantes

La aseguradora pide aclaraciones en orden a la hernia inguinal y umbilical en orden a si son consideradas enfermedad profesional, cuestiona que la hernia de disco este condicionada a la actividad laboral, siendo que la misma solo representaba el 25% del tiempo diario, y aclare si tenia indicación de cirugía de la hernia de disco. Impugna porcentajes de incapacidad y se ajuste al Baremo LRT.

La parte demandada impugna el dictamen en varios aspectos, porque no se limita responder los puntos de pericia ofrecidos por su parte como lo ordenara el Tribunal en providencia de 24-08-2016, porque en la demanda nunca se refirieron problemas lumbares o de hernia, solo refirió problemas de fertilidad; dice que sin fundamentos

fácticos determina que posee hernia de disco, lumbalgia crónica, hernia inguinal y umbilical, y determina un 52,8% de ILPP. También le pide explicaciones.

El experto responde a fs. 881/885, en su presentación ratifica su labor pericial, dice que respondió todos los puntos periciales, que las partes no concurren con medico consultor, que los estudios son los que aportaron las

partes, y que no ofrecen pruebas de lo que el actor hacía fuera de su horario laboral.

Refuta los argumentos sobre la operabilidad o inoperabilidad de las hernias de disco, expone sobre la lumbalgia como daño neurológico, y cuestiona el baremo de la LRT por sus limitaciones.

Ante las insuficiencias de las respuestas brindadas por el facultativo, se lo cita a dar explicaciones en audiencia de vista de causa. En este acto el perito responde a las preguntas del Tribunal y de las partes de manera inconsistente y contradictoria.

Entre otras cosas, al ser preguntado sobre la lumbalgia crónica dice que investiga lo que se debe y su obligación es comunicar a los jueces todo lo que ve. Refirió que el actor trabajó en radiología hasta noviembre de 2012, y la pericia la realizó el 07-12-2017, se le preguntó si indagó que hizo el actor en esos cinco años?? A lo que respondió que no tiene que indagar sobre eso. Al interrogante de Si la hernia de disco pudo haberse originado durante esos años?? Dijo que si, incluso el día anterior a la revisión. Sobre el nexo causal dice que está explicado con meridiana claridad en la pericia.

El letrado de la demandada insistió sobre el tema del espermatograma, y el perito dice que llega a sus conclusiones a partir de lo que el actor de le informa sobre la falta de los delantales adecuados.

Por otra parte, el abogado de la aseguradora le manifiesta que en la pericia no se encuentran plasmados los estudios de hernia inguinal o umbilical, a lo que el perito le marca que no concurrió con médico consultor.

Así las cosas, debo efectuar distintas consideraciones sobre el informe pericial médico, sobre lo que nos aporta a los fines esclarecer los hechos, a más información que brinda por exceder lo peticionado.

Del relato de lo sucedido en el proceso en torno a la prueba pericial médica, cabe decir que si bien esta resulta ser una prueba fundamental para acreditar el pretendido daño a la salud, no podemos perder de vista que la misma esta sujeta a los límites de la pretensión y de la defensa que ejercen las partes.

Es así que los postulados fácticos de la demanda, delinean el camino de las pruebas a producirse, en este caso, el reclamo es reparatorio del daño a la salud, por la vía de reparación de la ley común, no de una contingencia amparada por la LRT, y es así, que la prueba es dispositiva de las partes, y el Juez encuentra su límites en la pretensión y la defensa, marco que da el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

En este caso el actor en su demanda denuncia hasta ese momento –a partir de los exámenes médicos realizados- que padece alteraciones psicológicas y en el aparato reproductivo, con una disminución de su capacidad laboral que estima en el 50%.

A tal evento y como dijera supra ofrece tres pericias médicas con la finalidad de acreditar el daño, y al momento de ordenarse la prueba, se lo intima a proponer perito óncologo, bajo apercibimiento de tener por desistida la prueba. Lo que posteriormente se hace efectivo a pedido de la contraria.

Ofrece una segunda pericia traumatología en busca de daños en la columna vertebral del actor, respecto de la cual el Tribunal omite expedirse en el auto de prueba, lo que pasado los plazos legales es consentido por la parte actora.

Y respecto de la pericia psiquiátrica, si bien se designo perito, y éste acepto el cargo en la causa, lo cierto que nadie impulso la prueba, por lo que al momento de la audiencia de vista de causa, quedo comprendida dentro de

la prueba faltante respecto de la cual se declaró la caducidad de la prueba.

Por otra parte, consecuente con el daño reclamado, la demandada ejerce su defensa, y ofrece pericias médicas de especialistas en urología y psiquiatra, prueba que se proveyo bajo la misma pauta de proponer perito especialista.

Lo cierto que ante sus varios pedidos de desistir de la prueba, con posterioridad a que se hiciera efectivo el apercibimiento de desistimiento de la actora, en una decisión -que no comparto- el Vocal de Trámite interviniente no hizo lugar al pedido de desistimiento por considerar necesaria esta prueba para la decisión.

No obstante, la parte consintió esta decisión, pues en ningún momento en el devenir del proceso planteo revocatoria contra dicha decisión. A lo que debo agregar, que tampoco cuestionó la idoneidad del perito designado en cuanto a la especialidad de urologo –que ofreció en contestación de demanda-.

Más allá de esto, debo decir que el perito Dr. Andrada se excedió en su cometido, por las siguientes razones:

- a.- No se limita a responder los puntos de pericia propuesto por la demandada, como se le ordenara en providencia de fs. 728.
- b.- No respeta los presupuestos fácticos denunciados en la demanda y contestación de demanda.
- c.- Se expide sobre daños a la salud no reclamados, y de los cuales ni siquiera obran estudios médicos o certificados médicos (como por ej. Hernias de disco, Hernias inguinal y umbilical).
- d.- En la anamnesis y referencias que hace al nexo causal se atiende a los dichos del actor. Cuando como sabemos la anamnesis carece de valor en una causa judicial, donde las pruebas se debe objetivar lo más posible y

fundamentalmente porque los dichos del paciente son las manifestaciones de una de las partes que de por sí carecen de valor probatorio.

e.- En varios pasajes de su dictamen refiere dichos del actor, pero preguntado si indagó sobre sus trabajos o tareas desde noviembre/2012 hasta la fecha de la pericia –transcurridos 5 años- manifiesta que no es su obligación indagar más allá de lo pedido.

f.- No obstante, constata e informa sobre daños que eventualmente pueden tener nexo causal a partir de los dichos del actor, con una mirada subjetiva del tema.

g.- A esto agrega que los daños físicos tienen nexo causal al no haber denunciado preexistencias, y no haber exámenes preocupacional y periódicos. Lo que muestra que no hizo un prolijo cotejo del expediente, pues la demandada acompaña el examen preocupacional como prueba documental de su responde de demanda, y antes de que presentara su informe, se acompañó por vía informativa examen periódico (fs. 610/611)

Todos aspectos estos que me llevan a considerar las partes del dictamen que se limitan a la congruencia de la litis, no solo en cuanto a lo reclamado, pues hubo en el proceso un manifiesto desinterés de la parte actora en la producción de la prueba pericial médica, de tal manera que se tuvo por desistida. Sino también respecto de los puntos de pericia sobre los que debía informar el perito, que eran solamente los ofrecidos por la demandada, esto con sustento en el principio de congruencia, donde está en juego el derecho de accionar y defenderse (art. 18 C.N).

En función de esto, focalizando sobre el daño a la salud reclamado, esto es daños en el aparato reproductivo, el perito médico informa valores normales, así dice: “...Espermogama de fecha 15/2/13 recuento de espermatozoide 15 millones. Nuevo Espermograma fecha 22/08/17

*espermatozoides total eyaculado 95,4 millones espermatozoides por mm 53 millones lo que demuestra que al haber el actor no estado expuesto a la noxa, vuelve a valores normales su Espermograma lo que indica la influencia de los Rayos en su organismo...“ (fs. 849).*

Lo que me permite concluir que no existe daño a la salud derivado de sus trabajo como Técnico Radiólogo, por ende, no estando acreditado del daño como principal presupuesto de responsabilidad civil, no resulta necesario indagar sobre el resto de los elementos como nexo causal y factor de atribución.

Más allá de esto cabe aclarar que el daño informado por el perito médico en la columna vertebral, no fue reclamado, pero tampoco se ha acreditado que guarde nexo causal con el trabajo, tal es así que el último examen periódico no informa ninguna limitación funcional, los testigos describieron como era el traslado de los pacientes a las máquinas de hemodinamia el que estaba a cargo de los enfermeros, y hablaron de una jornada y frecuencia de estudios que se realizaban que no muestran los esfuerzos físicos que menciona el perito. Además entre la desvinculación del trabajador y la fecha de la pericia pasaron más de 5 años, sin que el experto indague sobre las tareas o trabajos realizados en todo ese tiempo.

Tampoco ha quedado demostrado como daño irreversible en su salud con entidad suficiente como para configurar la causal de injuria supra analizada.

Por todo lo expuesto, mi voto es propiciando el rechazo de la demanda en todas su partes, con costas al actor.

**IV-DIAS DE SUSPENSIÓN:** El actor reclama el pago de los días de suspensión, argumentando que las sanciones disciplinarias aplicada por la empleadora son injustas y sin sustento legal.

Como detallara supra en los hechos acreditados, tuve por cierto que se aplicaron sanciones disciplinarias al actor, desde llamado de atención a suspensiones, notificadas mediante notas de la empleadora o cartas documentos, las que no fueron cuestionadas ni impugnadas por el

trabajador en etapa extrajudicial o al menos no acredito haber lo hecho, y en instancia judicial sólo se limita a desconocer esta documental en el traslado del art. 32 de la ley 1504 (fs. 568), , sin cuestionar autenticidad, contenido, ni firmas ni esgrimir ningún argumento que de sustento a sus desconocimiento o impugnación.

A esto cabe agregar, que frente al ejercicio disciplinario abusivo o arbitrario ejercido por la empleadora, como acusa en su demanda, debió cuestionara dicho actuar dentro del plazo de treinta días de aplicada la sanción (art. 67 LCT), a fin de conservar el derecho a percibir los salarios correspondientes.

De no hacerlo, opera el plazo de caducidad y fenece el derecho a cuestionar la decisión empresarial. Por lo que en este caso corresponde el rechazo de este reclamo, también con costas

**V.- COSTAS JUDICIALES.** Por último, las costas son impuesta al actor aplicando el criterio objetivo de la derrota previsto en art. 68 del CPC y C, y 25 de la Ley 1504. **TAL MI VOTO.**

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

Por todo lo expuesto, **LA CAMARA SEGUNDA DEL TRABAJO DE LA 2DA. CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD;**

**RESUELVE: I.- RECHAZAR ÍNTEGRAMENTE** la demanda instaurada por la actora: **GABRIEL SEBASTIAN GAGGINO** contra la demandada: **CLINICA ROCA S.A.** Con costas al actor, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del **Dres. Gabriel Alejandro Savini y Sebastian Tronelli Cosentino** en su carácter de letrados apoderado de la demandada en la suma de \$ **263.490,00**, (M.B. \$ 1.680.427,94 x 14% +

40% x 80%) y los de la **Dra. Ana Zinkgraf** en su carácter de letrada patrocinante de la demandada por las etapas cumplidas en la suma conjunta de \$ **65.872,00** (M.B.\$ 1.680.427,94 x **14%** x **20%**), Arts. 6,7, 10, 20, 38 y 40 Ley de Aranceles, Acord. STJ 9/84 y ley 24332); los de los Dres. **Juan A. Huenumilla** y **Juan A. Kamerbeek** letrados apoderado y patrocinante del actor, por las etapas cumplidas del proceso de la actora en la suma de \$ **207.028,00** ( MB. \$ 1.680.427,94 x 11% x 40% x 80%) y los del **Dr. Matías Lafuente** letrado apoderado del actor por las etapas cumplidas del proceso \$ **51.757,00**( MB. \$ 1.680.427,94 x 11% x 40% x 20%). Y se regulan los honorarios de los Dres. **Tomás Alberto Rodríguez** y **Tomás Rodríguez**, letrados apoderados de la tercera citada en la suma conjunta de \$ **207.028,00** ( MB. \$ 1.680.427,94 x 11% x 40% x 80%) y los del **Dr. Edgardo Toledo** letrado patrocinante de tercera citada las etapas cumplidas del proceso \$ **36.970,00**( MB. \$ 1.680.427,94 x 11% x 20%)Arts. 6,7, 10, 20, 38 y 40 Ley de Aranceles, Acord. STJ 9/84 y Ley 24332.

Asimismo regular los honorarios del perito médico **Dr. Néstor Fernando Andrada** en la suma de \$ **84.020,00** (MB \$ 1.680.427,94 x 5%) y los del **Dr. Luis Ligarribay** en la suma de \$ **9.670,00** (2, 5 Jus- por su aceptación de cargo), esto conforme art. 18 y cctes. de la ley 5069.

Los honorarios profesionales se han regulado teniendo en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos. Se deja constancia que tales importes no incluyen el porcentaje correspondiente al Impuesto al Valor Agregado, por lo que, de corresponder, deberán los profesionales dar cumplimiento con las disposiciones de la Resolución General AFIP N° 699/99.

**III.-** Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

***DRA. MARÍA DEL CARMEN VICENTE***

***-Juez -***

***DRA. GABRIELA GADANO***

***-Juez-***

***DR. NELSON WALTER PEÑA***

***-Juez-***

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.

Secretaría, 01 de Septiembre de 2021.

**Ante mí: DRA. MARÍA EUGENIA PICK -Secretaria Subrogante-**