

//neral Roca, 03 de Mayo de 2022

**Y VISTOS:** Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "**ERCOLANI FERNANDO NAZARENO C/ EXPRESO RIO NEGRO S.A. Y GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (L)**" **RO-12825-L-0000;(Expte.Nº H-2RO-395-L2012- )**

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaria, corresponde votar en primer término a la **Dra. Gabriela Gadano**, quien dijo:

**RESULTANDO:** A fs. 53/79 el Sr. Fernando Nazareno Ercolani, con abogados apoderados promueve demanda contra EXPRESO RIO NEGRO SA y GALENO ART SA en concepto de lucro cesante y daño moral, persiguiendo la suma de \$ 421.987.48.

Adjudica responsabilidad de Expreso Río Negro SA en su carácter de empleadora, como dueño y guardián de cosa riesgosa que produjo al actor una enfermedad profesional, por incumplimiento de las disposiciones del art. 75 LCT y de las normas de seguridad e higiene laboral (arts. 1109, 1113 del C.Civil y arts. 75 y 76 LCT). Respecto de Galeno ART SA ´por su carácter de aseguradora de la empleadora e incumplimiento de Ley de Seguridad e Higiene en el trabajo e incumplimiento de los deberes de control pertinentes que llevaron a la enfermedad profesional, con la gravedad de secuelas que luego describe como encuadrable en los términos del art. 1074 C.Civil, susceptible de ocasionar el perjuicio ocurrido (arts. 4 y 31 ley 24557, Dec. 170/96, 717/96 y 491/97 y Resoluciones SRT 43/97 y 28/98). Pretende una condena conjunta, indistinta, solidaria e ilimitada contra ambas demandadas.

Cuenta que comenzó a prestar servicios para Expreso Río Negro SA en 1/7/2008, en la categoría profesional de chofer de primera bajo el régimen del CCT 40/89 y LCT. Viajaba un promedio de 10.000 kms por mes a Campana (provincia de Buenos Aires), Mendoza, etc, conduciendo los camiones de su empleadora. Su jornada era de lunes a lunes, con mas de 48 horas semanales y un día de descanso, que a veces no se concedía. Cargaba en parque industrial de Neuquén mercadería que trasladaba a Campana, en General Roca yeso que trasladaba a Zárate, pintura de Alba desde Buenos Aires a San

Martín, Junín de los Andes, Villa La Angostura, Bariloche, El Bolsón y Esquel, cañerías a Mendoza, Bentonita de Cinco Saltos a Zárate Brazo Largo, cal desde Zapala para la Constructora Mocchiola SA. fierro desde Rosario a Neuquén.

Entre sus tareas fajaba y cubría la mercadería con lona protectora y en varios viajes debía realizar la descarga como el caso de pintura Alba y en corralones. El total aproximado de material descargado por viaje era de 15.000 kilos. Cuando transportaba caños de gas y petróleo debía acomodar en el piso del semirremolque palones para apoyar la carga, con un peso aproximado de 70 u 80 kgs. A zona petrolera se recorrían caminos de ripio y con serruchos que le producían dolores lumbares. La ART nunca lo capacitó.

En agosto/2010 comienza con dolores en columna vertebral y en 15/9/2010 ante un esfuerzo siente un fuerte dolor en zona lumbar a la altura de la cintura que lo deja casi inmóvil. Avisa a su empleadora, quien le ordena volver a Roca sin carga.

Es atendido en Juan XXIII, centro prestador de Consolidar ART (actual Galeno ART SA), donde se le otorga alta médica en 5/10/2010, con diagnóstico de lumbociatalgia y lesión discal múltiple, pasando a ser atendido por obra social. En 5/11/2010 el médico de su obra social (SIC) diagnostica discopatía lumbosacra y otorga alta, que firma en disconformidad, porque los síntomas no habían disminuído. Sucesivamente es atendido por especialistas, quienes le otorgan reposo laboral. Se le hace un bloqueo en la columna lumbosacra.

La relación laboral se extingue en 17/11/2011 por despido directo sin causa, contando con 4 años de antigüedad computable.

Al momento de inicio de sus síntomas incapacitantes contaba con 26 años (nacido en 25/7/1984).

Aclara que la ART originaria era CONSOLIDAR ART SA quien cambió su nombre por GALENO ART SA en abril/2012.

Alega que su incapacidad laboral permanente, parcial y definitiva es del 38,40%.

Pide aplicación de la doctrina legal "Pérez Barrientos" del STJRN, procediendo

a liquidarla sobre una incapacidad del 38,40%, 26 años de edad y un ingreso de \$ 4.744, cuyo importe final es de \$ 371.987,48. Cita una suma de fallos relacionados con la condición riesgosa de su tarea y el precedente "Aquino" dictado por CSJN y sustentado en el incumplimiento de los deberes del empleador establecidos por la ley 19587 y decreto 351/79, promueve acción fundada en el derecho común (arts. 1074, 1109, 1113 y conchs del C.Civil).

Reclama indemnización por daño moral por los sufrimientos y angustias que debió padecer y padece por la enfermedad profesional, teniendo en consideración el menoscabo que las secuelas físicas le implican, no solo desde el punto de vista laboral sino también social y familiar, pidiendo que se lo evalúe como ser integral y no solo productor de resultados económicos, estimando el daño en \$ 50.000. En subsidio, para el caso de no prosperar el planteo anterior, solicita se haga lugar a la indemnización tarifada del art. 14 2 A ley 24557, invocando el precedente "LAVEZZO C/ MAPFRE" (24/2/2010 STJRN)., dejando planteada inconstitucionalidad del art. 1 Dec. 334/96 en cuanto exime al empleador de responder por las prestaciones de la ley 24557. Y en subsidio de esto último se haga lugar a una indemnización por equidad con fundamento en "Gomez Salgado" e "Hidalgo Jaramillo" fechados en 1/10/2008 y 14/5/2009 respectivamente, ambos fallados por el STJ.

Reclama asimismo se condene a las prestaciones en especie según surja de las pericias que se produzcan en estas actuaciones.

Aclara que promueve una demanda civil persiguiendo la indemnización del derecho común y exhibe la comparación económica en términos matemáticos con el régimen especial en función de los parámetros de la ley 24557, con idéntica incapacidad. Pide que en el cómputo del monto base se agregue el SAC invocando el precedente "Robles c/ Sahiora".

Entiende que ninguna incidencia tiene la predisposición o labilidad del organismo del trabajador frente a las enfermedades profesionales, porque lo que determina la procedencia de la reparación, es la relación de causalidad entre el hecho y el daño, y no la incidencia de factores que no revisten la calidad de causa.

En subsidio ante un enfoque distinto, pide se aplique la teoría de la

indiferencia de la concausa, cuando el tipo de trabajo o las condiciones ambientales son eficaces por si mismas para desencadenar o agravar el específico mal incapacitante, interpretando que no importa determinar en qué grado participó la tarea en la configuración de la dolencia. Si bien el Decreto 1278/2000 intentó subsanar los errores en que incurrió la ley 24557 en lo relativo a las enfermedades que serían consideradas profesionales, siguió excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo, tales como la predisposición o labilidad a contraer determinada dolencia. El empleador solo debe verse librado de responder del daño producido por causas ajenas al trabajo y no por el hecho de que el dependiente se encontraba predispuesto a padecer ciertas patologías, ya que extremando la prevención, mediante preocupacionales y periódicos, ellas pueden ser detectadas y las enfermedades disminuídas o en ciertos casos, evitadas.

Pretende se apliquen los arts. 3, 8 y 17.6 de la ley 26773 que si bien prevé que es para aquellos siniestros cuya primera manifestación invalidante se produjera a partir del 26/10/2012, dejó desprotegidos a los damnificados perjudicados por prestaciones dinerarias no actualizadas, con lo que razones de equidad y razonabilidad justifican su aplicación a casos anteriores.

Respecto del alcance del art. 17.6 de la ley 26773 explica las diferentes posturas doctrinarias y aquello que es dable interpretar de la declamación objetiva que justifica el cambio legislativo, en cuanto trasunta la imperiosa e impostergable necesidad de ajustar los montos de las prestaciones dinerarias por incapacidad permanente, dejando planteada la inconstitucionalidad del art. 17.5 de la ley 26773, debido a su clara y evidente discriminación hacia los trabajadores que sufrieron siniestros anteriores, con relación a los que tuvieron como fecha de daño un momento ulterior.

Plantea inconstitucionalidades: 1- del art. 75 inc 2 LCT y 49 ley 24557: porque es un retroceso legislativo que impide la reparación integral del daño y desordena la distribución de los recursos en favor de un grupo social: los empleadores que obtienen beneficios económicos del trabajo dependiente del accidentado, incrementando la hiposuficiencia del obrero. El principio de indemnidad del art. 75 LCT obliga a la prevención eficaz de los riesgos dentro de la dirección, funcionalidad y organización empresaria, como debe hacerlo un

buen empleador. Por una parte el art. 75 LCT impone al empleador la obligación de reparar los daños sufridos por el trabajador en ocasión y por motivo del trabajo pero fija consecuencias de los incumplimientos remitiendo a la ley de riesgos del trabajo, en la que el art. 39.1 establece responsabilidad civil acotada. Sin embargo el art. 76 LCT remite a la reparación integral. Ante la duda jurídica insuperable deberá estarse por el principio del art. 9 LCT (norma mas favorable). Siguiendo el lineamiento de "Aquino", es inconstitucional el segundo párrafo del art. 75 inc. 2 LCT, en tanto viola el principio protectorio y de igualdad ante la ley, transfiriendo una responsabilidad tarifada a una aseguradora mediante un contrato que es ajeno al trabajador.

2- la del art. 6 de la ley 24557: conforme "Silva c/ Unilever" CSJN 18/2/2007. Las demandadas deben responder por las enfermedades profesionales, aun cuando no se encuentren tipificadas en los Dec 658/96 y 659/96. Las dolencias que son enfermedades profesionales deben ser resarcidas por el nexo de causalidad entre el riesgo de la cosa y daño proferido, por ello se demanda a la ART, en tanto tiene la obligación de controlar el cumplimiento de las normas de prevención, elaborar plan de mejoramiento, denunciar las omisiones o deficiencias de sus asegurados, resultando partícipe necesario en la producción del daño que la omisión de ello traiga aparejado (art. 1074 C.Civil).

3- sobre sumas no remunerativas: con sustento en el Convenio 95 de la OIT que en su art. 1 define el término salario, que fue recogido por el legislador en oportunidad de sancionar la LCT, requiriéndose tomar un salario justo que integre la masa de lo que será base para calcular la protección contra el despido arbitrario. Cita los precedentes "Perez" y "Gonzalez" de fechas 1/9/2009 y 19/5/2010, dictados por la CSJN. 12-del art. 4 inc 1 de la ley 24557 y sus normas reglamentarias por tratarse de materia de derecho común, siendo injustificada la jurisdicción federal, declarando la competencia provincial para entender en el tema.

4- del art. 39 inc. 1 Ley 24557: por eximir al empleador de responsabilidad civil mediante las indemnizaciones menguadas previstas legalmente, impidiendo que el trabajador víctima de un accidente laboral tuviera acceso al resarcimiento integral del que gozan todos los habitantes de la Nación

Argentina, criterio contrario a principios de igualdad ante la ley y no discriminación (arts. 512, 1109 y 1113 C.Civil). Pide la aplicación de "Aquino" CSJN (21/9/2004).

5- del art. 46 inc 1 de la ley 24557: en tanto dispone la jurisdicción federal en materia de accidentes de trabajo. Pide aplicación de "Castillo" de la CSJN (7/11/2004).

6- de los arts. 21 y 22 de la ley 24557, Dec. 717/96 y normas que reglamentan: en tanto obliga a transitar por Comisiones Médicas transformándolas prácticamente en Tribunales, requiriendo la aplicación de "Márquez Sofía" (interlocutorio CTII General Roca 21/10/2008).

7- una serie de normas que se confunden y ensamblan en las ya invocadas de puntos 1 a 6.

8- del art. 12 LRT: porque la aplicación del ingreso base a los fines del cálculo de la indemnización resulta notoriamente inferior a la remuneración que el trabajador accidentado percibía, porque no toma en cuenta lo efectivamente trabajado. Pide aplicación de "Galván c/ Envases SRL" CTII General Roca-10/3/2010.

9- el baremo previsto en el Dec 659/96: pues solo evalúa una cuantificación en relación exclusiva con el trabajo que realizaba la víctima en el momento de sufrir el accidente. Pide la aplicación del método de Scudder o Fernández Rozas. Las dolencias padecidas por un trabajador no solo le impiden realizarse en el ámbito laboral sino también en tareas domésticas y de recreación.

Ofrece prueba.

A fs. 96/128 responde el apoderado de GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO SA. Dice que el actor manifiesta haber sufrido un accidente de trabajo en 15/9/2010 por el que tuvo como consecuencia un fuerte dolor lumbar a la altura de la cintura. Ante tal hecho Galeno otorgó tratamiento médico, de rehabilitación y medicamentoso correspondiente. Al realizarse estudios y revisiones pertinentes, se detectó que presentaba una incipiente deshidratación de los discos intervertebrales con discopatía degenerativa L5-

S1, profusión discal subligamentaria L5-S1 de carácter preexistente, razón por la que se lo derivó para el tratamiento a su obra social. Se lo atendió por la lumbalgia y se le brindó alta médica en 5/11/2010. Habiendo entonces quedado claramente delimitado el reclamo de la parte actora, ha de encuadrar el responde teniendo en cuenta los alcances de la cobertura del contrato de afiliación.

Opone excepción de falta de legitimación pasiva. Si bien reconoce el contrato de afiliación a favor de Expreso Río Negro SA, entiende que la pretensión se encuentra excluida de la cobertura otorgada en virtud del mismo, excediendo ampliamente sus términos. La ART cumplió acabadamente con las obligaciones a su cargo: a- brindó las atenciones correspondientes; b- habida cuenta de las patologías preexistentes (deshidratación de los discos intervertebrales con discopatía degenerativa L5-S1) carece de toda responsabilidad.

Desconoce que lo dicho por la contraria se ajuste a la verdad objetiva pues cumplió con las obligaciones que marca la LRT y sus decretos reglamentarios. Realizó diversas visitas y cada una de las actividades de prevención. No es carga de las aseguradoras vigilar diariamente y durante toda la jornada de trabajo lo que se hace, carece de facultades para impartir instrucciones o impedir la realización de determinadas tareas aun en extremo riesgo, por lo que no hay relación causal entre la obligación que emana de la ley y el siniestro sufrido por el trabajador. Tampoco las ART ejercen poder de policía, ni deber de seguridad. Solo le cabe denunciar ante SRT los incumplimientos a las normas de seguridad e higiene, promover la prevención informando planes y programas exigidos a las empresas y asesorar en materia de prevención. Aun cumpliendo con todo ello, y controlando las condiciones y medio ambiente de trabajo, ello no garantizaría que no se produzcan accidentes. La obligación que el legislador ha puesto en cabeza de las ART es de medios, no de resultados. No puede clausurar establecimientos, labrar actas de infracciones o aplicar sanciones. El art. 75 LCT refiere la obligación de higiene y seguridad a exclusivo cargo del empleador. La modificación implementada en el segundo apartado destaca que regirá en el tema de infortunios exclusivamente las normas del art. 6 LRT, con lo que hay que

transferirlo a los límites del art. 39 de la ley 24557. La responsabilidad que pudiere extenderse a las ART nunca podrá ser mayor a la que cabe a su afiliado (empleador), por lo que no podrá superarla.

El contrato de afiliación no cubre reclamos por daños y perjuicios y el objeto de la acción no consiste en el pago de las prestaciones de los arts. 12 a 18 LRT, sino una indemnización del derecho común.

La patología invocada amén de no estar incluida en el listado de enfermedades profesionales, carece de los cuatro elementos que la definen: 1- agente; 2- exposición; 3- enfermedad; y 4- relación de causalidad. Estamos pues frente a típicas enfermedades inculpables de carácter extralaboral. En el caso de existir patología, se trataría de una enfermedad evolutiva en el tiempo, sin relación alguna con las tareas prestadas.

Subsidiariamente solicita se habilite la repetición del eventual monto de las prestaciones a cargo de la ART del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales, tal como resulta del art. 6.2.a) conforme redacción del Dec. 1278/00. La parte actora omitió recurrir a la Comisión Médica Jurisdiccional en los supuestos en que la enfermedad no se encuentra prevista en el listado. Cita los Decretos 590/97, 410/2001 y Resolución SSN 29323 (7/2/2003).

Opone excepción de falta de acción por la improcedencia del reclamo en sede judicial sin haber previamente transitado el procedimiento administrativo con control judicial, que asimismo excluye la competencia de los Tribunales Ordinarios. Lo que intenta la parte actora en su demanda, es un diseño normativo a medida de sus pretensiones.

Niega todos y cada uno de los hechos invocados por la contraria detalladamente y las inconstitucionalidades introducidas. Esgrime que la patología lumbar es una enfermedad consistente en un proceso degenerativo crónico que afecta a los discos intervertebrales. Se inicia con una alteración de los tejidos constitutivos de dichos órganos, con cambios bioquímicos tales como reducción del grado de hidratación (disminución de la cantidad de agua del disco), de los ácidoaminoglicanos (polímeros fundamentales del núcleo pulposo) y aumento proporcional del colágeno de los mismos. Todo ello deteriora paulatinamente su estructura, lo cual lleva a una progresiva debilidad

del anillo fibrocartilaginoso que rodea y contiene el núcleo pulposo, haciéndolos más vulnerables y favoreciendo la migración del núcleo a través de pequeñas efracciones o desgarros del anillo. Ello se reconoce como hernia de disco, de modo que debe entenderse como una complicación o consecuencia del proceso degenerativo discal, que siempre es previo y lleva años en desarrollarse. Tal degeneración es la causa mas frecuente de dolor lumbar o lumbalgias como síntoma inicial. La degeneración del disco, con su afección del nervio sensorial situado en la parte dorsal, está implicada en este síndrome doloroso.

Impugna liquidación, reputando excesivos todos y cada uno de los montos insinuados que aparecen como configurativos de un enriquecimiento contrario a derecho. No se puede obviar que el objetivo que se persigue con las indemnizaciones, es la de colocar al damnificado en la misma situación patrimonial que hubiera tenido de no suceder el ilícito del que pudiera ser declarado responsable. Agrega que para la procedencia de la indemnización por lucro cesante, solo abarca las ganancias dejadas de percibir por la víctima durante el período de curación de las lesiones. A partir del alta, la imposibilidad de realizar los trabajos anteriores del accidente, queda cubierta con el resarcimiento de la incapacidad sobreviniente. Dice que el daño moral pretendido resulta excesivo y arbitrario.

Acerca de los planteos de inconstitucionalidad se expide por la posición contraria, esto es: la constitucionalidad: **a-** del art. 39 LRT, pidiendo que se tenga en consideración que la parte actora debe acreditar en el caso concreto el perjuicio que se derivaría de la sujeción a la norma cuya inconstitucionalidad pretende (cita precedentes jurisprudenciales); **b-** la de los arts. 21 y 22 LRT por no existir derecho agraviado, pidiendo su desestimación sin más; **c-** la del art. 46 LRT porque no provoca perjuicio alguno al actor ni privación de justicia o garantías de defensa en juicio o debido proceso; **d-** por la del art. 6.2 LRT porque si alguna relación tiene la enfermedad que acusa con el ejercicio profesional, no está amparada por el contrato de afiliación, con lo que la ART no puede ser obligada al pago de una indemnización; **e-** del art. 12 LRT porque lo normado se corresponde con las previsiones del art. 9 de la ley 24241, por lo que excediendo dicho monto no están sujetas a aportes y contribuciones,

importe sobre el que la ART cobra las alícuotas de los empleadores, siendo razonable que haya una proporción entre ellas y la obligación asumida contractualmente. Cita la Resolución General de AFIP 1750/2004 que establece la base imponible máxima; e- del art. 46 LRT porque no invoca perjuicio que le provoca.

Pide se declare improcedente la aplicación de intereses y actualización monetaria. Solicita se aplique leyes 24307 y 24432 y Dec. 181/92.

Ofrece prueba.

A fs. 140/141 la parte actora responde a la excepción de falta de legitimación pasiva refiriendo lo que ya dijo en demanda sobre la omisión del deber de seguridad que adjudica a ambas demandadas y el fundamento jurídico en sus responsabilidades.

A fs. 204/209 contesta demanda con patrocinio letrado el Sr. Carlos Fabián Herrera en su carácter de representante legal de Expreso Río Negro SA. Niega todos y cada uno de los hechos, la documental que se le atribuye recibida (a excepción de recibos de haberes y epistolar que emana de su parte) e impugna la liquidación. Dice que la parte actora debe probar los elementos de la responsabilidad civil y demostrar que la indemnización tarifada de la LRT es insuficiente. Que el hecho dañoso nunca pudo haberse producido como consecuencia de su antigüedad de chofer y que no prestaba tareas de carga, descarga o limpieza como expresa. Niega haber impartido órdenes en tal sentido por lo que el actor no estaba obligado a hacerlo, quedando subsumido en el art. 1113 4º párrafo del C.Civil, o sea en el supuesto de que la cosa fuera usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián. Atribuye culpa a la víctima como otro factor eximente de responsabilidad. Las cosas que dice cargar el actor no pueden ser consideradas riesgosas ni poseer vicio y las cosas transportadas no son propiedad de quien las acarrea.

Ofrece prueba.

A fs. 215/216 se abre a prueba, produciéndose a fs. 241 informativa de Delegación Zonal de Trabajo Roca, a fs. 243/247 la de AFIP, a fs. 248 y 254 la de Sanatorio Juan XXIII, a fs. 250/254 las de los Dres. Juan Manuel Perez y

Javier Vicente, a fs. 261/263 la del Instituto Radiológico General Roca SRL, a fs.265/269 la de Anses, a fs. 270/281 la de Correo Argentino, a fs. 289/313 la de Fundación Médica de Río Negro y Neuquén, a fs. 321/323 dictamen médico del Dr. Daniel Ambroggio, a fs. 328/339 el de la Licenciada en psicología Susana Rinne, a fs. 343/352 el del Ingeniero en Seguridad e Higiene Alberto Julio Delord.

Se impugna dictamen médico a fs. 326/327 y es respondido por el Dr. Ambroggio a fs. 369.

A fs. 370 y en fecha 30/4/2021 se realiza audiencia de vista de causa y continuatoria y se llaman autos para dictar sentencia. En la misma fecha se presenta nueva apoderada de Galeno ART SA.

**CONSIDERANDO: I.- Hechos:** Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 53 inc.1º de la Ley 1.504, los que a mi juicio son los siguientes:

1- El Sr. Fernando Nazareno Ercolani trabajó como chofer de primera en Expreso Río Negro, entre 1/7/2008 y 17/11/2011 (hecho reconocido por la empleadora).

2- Ercolani nació en 25/7/1984 por lo que al iniciar el vínculo contaba con 23 años, a punto de cumplir los 24, al momento del accidente 26 y a la extinción 27 (documental de fs. 3).

3- Sus tareas según coincidencia del relato de demanda y los testigos consistían la realización de viajes de larga distancia con carga pesada y en gran medida a zonas petroleras muy diversas. En este último caso, el armado del semi está a cargo del chofer. Se hace con palones que sirven de plataforma y estacas de 2,5 metros de alto para sostener la carga para luego sujetarla con unas fajas que se fijan a los laterales y se cubren con lonas de gran peso. El desarme de la estructura también está a cargo del chofer encargado del viaje. Asimismo el camino a campamentos petroleros se hace en camiones de gran porte sobre rutas de ripio y en algunos casos con serrucho.

En repaldo de tales hechos declaró Francisco Héctor Zarate. Dijo lo siguiente:

"Yo actualmente sigo como trabajador de la empresa y entramos con diferencia de 2 o 3 meses. Actualmente es Logística Río Negro SA. Conozco al dueño Fabián Herrera. He tenido accidentes pero fui atendido por Sancor o Prevención ART. Ambos éramos choferes de larga distancia y a veces nos afectaban al área petrolera. El área petrolera es trabajo diario. A veces en dos viajes dependiendo de donde este la perforación. ¿Con que frecuencia en el caso de Ercolani? A veces diez días corridos en un mes. Fuera de ello los viajes de Ercolani eran a Buenos Aires o Bahía Blanca...A veces a Ercolani lo afectaban a otras tareas en taller: soldador, metalúrgico, el tiene otra capacitación. El entró bajo esa otra capacitación. No recuerdo cuánto tiempo estuvo en esa tarea. ¿Cómo se hacía la carga para la zona petrolera? Se cargaba en Parque Industrial de Nqn en Siderca y Tenaria a quienes hace 10 o 12 años se les hace el servicio de transporte. Son empresas proveedoras de YPF y petroleras en general. Se llevan tubos de distintas medidas de 9 metros y hasta 16 pulgadas. Los tubos son de hierro. El tubo mas corto que es el de 9 metros pesa 120 kgs y mas. Vienen empaquetados por 19 unidades. ¿Como se cargan? Con un autoelevador en un pallet de 1 x 1 metro. Nosotros debemos ubicar palones sobre la plataforma del semi. Tenemos que contar con 5 estacas de 2,5 metros de alto para sostener la carga y luego sujetar con unas fajas que se fijan. Cuando la madera estaba verde los palones pesaban mas y cuando se secan, con el tiempo, pesan menos. El armado era a cargo nuestro y debe estar hecho antes de ingresar a zona petrolera. Se controla todo al ingresar. Llegamos con todo hecho y una vez que se arma la carga tenemos que sujetar el material. ¿Cuánto pesan los palones? Húmedos 50 o 70 kgs y secos el 50%. Además subíamos el portaestaquero que es de hierro. Pesa alrededor de 25 o 30 kgs. Eso se hace también para larga distancia, pero se arma y desarma para un viaje que dura dos días. En cambio en área petrolera cada viaje es un armado y desarmado. Esa tarea se hace solo. Si tomamos a rajatabla el reglamento no podemos levantar mas de 25 kilos, pero no nos queda otra que hacerlo pese lo que pese. Hoy le pedimos a la empresa que mínimamente pongan un ayudante para viajar, porque cuesta hacerlo solo. El encarpado se hace con lonas de 7.50 de largo. Eso pesa entre 85 y 90 ks. La mas grande yo solo no la puedo maniobrar. Dependiendo de la mercadería, el toldo puede ser mas chico. Se levanta la lona y se va pasando hacia adelante.

No se puede hacer de otro modo que pisando lo transportado. En el caso petrolero, no se encarpa. A zona petrolera se está afectado desde las 8 hasta las 20 horas. Si son 12 horas, al terminar esas 12 horas. Se respetan los tiempos por cuestiones de seguridad. Las empresas a las que proveemos servicios nos exigen capacitaciones, vestimentas y elementos de seguridad especiales. Yo no recuerdo si recibí capacitación de la ART. ¿Recuerda si la ART controlaba como trabajaban? De la empresa si iban. Actualmente hay una chica de Seguridad e Higiene afectada al area de transportes petroleros. Soy delegado por tercer mandato. ¿Exámenes periódicos? Creo que los hace la empresa. Esto desde hace unos 4 años. Nos mandan a un nosocomio de Nqn una vez al año aunque por CCT dice 2 por año. ¿Que ART tienen actualmente? Prevención. Antes Provincia. De Galeno no me acuerdo. Hace 11 años que soy camionero y 19 de colectivo con anterioridad. Mi columna está jodida. ¿Lo escuchó quejarse a Ercolani de dolores de espalda? No, pero el trabajo es muy individual. ¿El camino que se hace hacia zona petrolera es mas o menos perjudicial que el se hace a otras zonas? En general se maneja sobre camino de tierra. No hay unidades especiales que se usen para el área petrolera y para transitar esos caminos. La única diferencia es que quien va a zona petrolera no tiene baranda, que son las compuertas del costado rebatibles. Acostadas y con la bisagras hacia abajo. ¿Desde donde cargan los palones? Según la cantidad de juegos que se requieran. A veces estan debajo del semi. ¿Les daban algún elemento de seguridad como arnes o protector de cintura para hacer la maniobra? No. ¿Cuál es la distancia desde que agarra el palote adonde usted lo debe colocar? Unos 12 metros. El traslado al siguiente eje. Depende de si es nuevo y está húmedo. Pero habitualmente se debe cargar en los brazos para correrlo. Otras veces lo arrastra como máximo 12 metros...".

Carlos Omar Prado dijo: "Trabajé con Ercolani desde 2008 a 2010. Yo había entrado en 2007. Era sereno rotativo de 12 horas. Me despidieron. Me quedó una incapacidad aproximadamente 12 %. ¿Cuando se hacían las cargas? Los choferes llegaban con carga pero en el expreso no se descargaban. Yo de día veía que se cargaba. Los he visto a todos los empleados cargar. Mas que nada la pintura. Lo que vi a los choferes cargar son los palones. ¿Que es un palon? Una madera/taco que se coloca arriba del semi

*para poner caños. Difícil verlos mas de una vez al día. ¿Alguna vez levantó uno de esos palones? Si. varias veces. He ayudado a los compañeros. Solo nunca los levanté. ¿Donde estaban los palones? En la entrada del taller. ¿Estuvo presente en alguna capacitación que podía dar la ART para manipular la mercadería? No...".*

Gustavo David Maidana describió lo que sigue: *"Conocí al actor en el trabajo. Estuve 3 años y medio en Expreso. Entre 2008 y 2011. Yo hacía trabajos varios: taller, pintura (carga y descarga), reparto. Me despidieron porque me dijeron que no había mas trabajo. Negociamos una indemnización y cumplieron. No me atendieron nunca por Galeno. Los semi se armaban con unos palones de unos 90 ks cada uno y se requieren alrededor de 4 o 5 palones. Eso lo tiene que hacer el mismo chofer al igual que la lona. Las lonas son muy pesadas. Las he tenido que sacar del cajón y subirla al semi. Y es difícil cargarla. Armar y enrollar la lona es pesado. ¿Cuánto pesan esas lonas? Mas o menos 150 ks las grandes y las chicas unos 50 o 60. Las lonas para el Ford que manejaba Ercolani en general eran las grandes. A veces se trabaja con dos lonas mas chicas y a veces con la grande. Ercolani estaba entre las dos personas que viajaba a zonas petroleras. Se iban rotando. Zarate también. El chofer no solo arma sino que desarma el semi para la carga petrolera. Una hora o menos lleva el armado. Se hace en el playón. A veces los palones están en la misma cabina (pecho) del camión...Yo he hecho reparto a Nqn y Plottier solo de latas de pintura palletizadas. Se bajaba el material entre dos y a veces entre tres personas. ¿Usaba faja lumbar? No nos las dieron. Solo botines dieron. ¿La ART les dio capacitación de la tarea de peso? Nunca tuve charlas estando allí. Me hicieron un examen al ingresar. ¿Periódicos? No mientras estuve allí...".*

**4-** En 15/9/2010, mientras Ercolani realizaba tareas de acomodamiento de los palones para cargar caños de gas y petróleo, sufre un fuerte dolor en la zona lumbar que lo inmovilizó. Fue atendido en centro prestador de Consolidar ART (Sanatorio Juan XXIII de General Roca). En 5/10/2010 se dispone el alta médica con diagnóstico de lumbociatalgia y lesión discal múltiple. La ART otorga prestaciones, tratando el episodio agudo y dice que la enfermedad que padece el actor es inculpable. Ercolani continúa la atención mediante médicos

particulares a través de su obra social (documental informada a fs. 250/254, 261/263 y 289/313, reconocimiento de la ART y dictamen médico).

5- El perito médico oficial dictamina lo siguiente; "...Rechazo del siniestro por parte de Consolidar ART SA y con el argumento que se trata de patologías preexistentes de carácter inculpable...Informe de resonancia magnética nuclear de la columna lumbosacra...en la cual constan incipientes discopatías degenerativas, prociencia anular del anillo fibroso discal L4-L5 y una pequeña protrusión discal sub-ligamentaria L5-S1 posteromedial, deshidratación discal en especial a nivel L5-S1...". Luego del detalle de la columna vertebral lumbosacra concluye: "...es mi opinión que el actor Fernando Nazareno Ercolani, de 33 años de edad, padece de patología discal múltiple de tipo degenerativa y con signos de deshidratación de los discos intervertebrales, afección ésta que no puede considerarse un accidente de trabajo, ya que el evento denunciado no tiene la idoneidad lesiva suficiente como para provocar la multiplicidad de dolencias del raquis que padece el actor y por otra parte tampoco puede considerarse como una enfermedad profesional y por el escaso tiempo de exposición del actor en su tarea de chofer, ya que el mismo ingresa a trabajar para la empresa Expreso Río Negro SA con fecha 1/7/2008 y la fecha de primera manifestación invalidante fue el 15/9/2010 y por ende con un escaso tiempo de exposición al agente. **Sin desmedro de lo anterior, considero que el trabajo del actor y en especial el evento denunciado con fecha 15/9/2010, pueden haber actuado sobre una columna vertebral con dolencias pre-existentes, poniendo de manifiesto, agravando o exacerbando el cuadro de lumbalgia crónica que padece el actor de referencia y más tomando en cuenta el hecho de la ausencia en el expediente de exámenes médicos pre-ocupacionales, periódicos u otros previstos por la Res. 37/10 de la SRT (modificatoria de la 43/97) como así tampoco legajo médico del actor previsto por el artículo 9 de la ley 19587, lo cual indica que el Sr. Ercolani...gozaba de un estado de salud práctica del 100 x 100, lo cual le permitía desarrollar sus tareas laborales con **habitualidad y normalidad...**". Al valorar la incapacidad dice: "...**INCAPACIDAD PURA: lumbalgia post-traumática con alteraciones clínicas y radiográficas: ...7%...FACTORES DE PONDERACIÓN: a) dificultad para****

*realizar tareas habituales de chofer de camiones (alta 20 del 7%): 1,40%; b) amerita recalificación (si amerita 10% del 7%): 0,70%; c) edad 33 años: 0,90%. Total Factores de ponderación: 3,00%. INCAPACIDAD PARCIAL Y PERMANENTE: 10,00%..." (fs. 321/323).*

La impugnación de la parte actora focaliza en haber utilizado el baremo del Dec 659/96 y no el método de Scudder y el de Fernández Rozas como se le solicitó en el escrito de demanda. También que el porcentaje no parece justificado, en tanto la falta de exámenes médicos preocupacionales y periódicos, son el requisito de validez para invocar condiciones preexistentes.

El especialista objeta que la impugnante no cuestione los principios científicos o técnicos con una contrapericia, en lugar de pareceres subjetivos o razonamientos genéricos. Sin embargo nada refiere sobre los otros baremos, lo que la parte acepta sin observaciones por lo que se carece de parámetros en el marco de otros baremos que no sea el de la LRT.

En 23/6/2021, el Tribunal dictó una medida para mejor proveer, tendiente a despejar una serie de dudas sobre el dictamen del Dr. Ambroggio, íntimamente relacionadas con los aspectos que son objeto de impugnación de la parte actora requiriendo del auxiliar lo siguiente: 1- si el perito médico evaluó otros impactos sobre la columna del actor atendiendo a esfuerzos físicos que se describen en demanda y que exceden su condición de chofer de camiones de larga distancia, que el Sr. Ercolani refiere haber hecho antes y después de cada viaje; 2- si evaluó la raquis como un conjunto patológico según descripciones objetivas del informe de resonancia magnética nuclear fechada en 9/11/2010; 3- en caso afirmativo, desarrolle el/los baremo/s que describen el cuadro del actor, de conformidad con los antecedentes clínicos y el examen físico practicado sobre su columna vertebral en oportunidad de hacer su informe y los parámetros que aplicaría al caso.

En 5/8/2021 respondió lo siguiente: "*Sin lugar a dudas el trabajo del actor como chofer de camiones en largas distancias implica una serie de riesgos, que no son solo inherentes a la conducción. También se debe tener en cuenta diversos problemas que surgen alterando el sistema de salud del individuo que maneja, de allí la importancia del examen médico de ingreso o pre-*

*ocupacional, ausente en esta litis y que se deben realizar obligatoriamente y con sus distintas implicancias por el gran riesgo a que se ven sometidos. Estos conductores tienen una serie de condicionantes especiales que deben superar como es el permanente estado de atención y concentración a consecuencia de la tensión y el estrés a que se ve sometido por el tránsito vehicular. La mayoría de las veces es un trabajo en solitario, que puede determinar efectos psicológicos indeseados, trastornos psicósomáticos y sociales que también agravan su estrés. Durante su jornada laboral están casi todo el tiempo en forma sedentaria, pero en continua tensión, expuesto a ruidos, vibraciones, malas posiciones y malos tratos, en ocasiones, de otros conductores. Los ruidos de la calle o de la ruta pueden producir alteraciones de su aparato auditivo y las vibraciones pueden afectar su columna vertebral. Las malas posiciones posturales pueden producir alteraciones del raquis y por ende un cambio de presiones en los discos intervertebrales, que se pueden traducir en dolor e impotencia funcional o hernias de disco. En definitiva, el lugar y el puesto de trabajo, son generadores de patologías y enfermedades profesionales diversas, que es necesario tener en cuenta, a la hora de valorar la salud de estos trabajadores. Podemos decir entonces que pueden ser afectados por riesgos físicos, como el ruido, las vibraciones, el trabajo a la intemperie y generalmente la carga y descarga, en donde se da la manipulación de cargas con peso de consideración. Se deben tener en cuenta los riesgos fisiológicos, en donde podemos mencionar la fatiga crónica, el aburrimiento, el hastío y los trastornos en el ritmo circadiano, por manejar de noche y dormir de día, alterando los ciclos de sueño- vigilia...En referencia puntual del caso de autos, sin lugar a dudas el actor en sus tareas estuvo sometido a riesgos ergonómicos y que...no se tuvieron en cuenta, ya sea por la empleadora, ya sea por la ART demandada en autos, ya que no consta informe alguno referido a la salud ocupacional y/o informes de Higiene & Seguridad, en los cuales se haga mención a los mismos...Nótese que el Listado de Enfermedades Profesionales de la LRT, considera que las vibraciones son oscilaciones de un cuerpo o de partículas alrededor de una posición en reposo, por lo cual las actividades laborales pueden generar vibraciones de cuerpo entero...y por ende lesiones en el raquis, son por ejemplo los conductores de vehículos pesados, los operadores de grúas y los de máquinas viales.*

Considera la citada ley que las enfermedades que pueden producir estas vibraciones de cuerpo entero es la espondiloartrosis de la columna vertebral en el sector lumbar y también calcificaciones de los discos intervertebrales. Las principales lesiones que puede padecer un chofer son las lumbalgias y alteraciones músculo esqueléticas por discopatías; generadas por giros y flexiones- extensiones de la columna vertebral, además por la postura sedente en que se realiza su trabajo. Las articulaciones y piernas pueden sufrir por la misma razón, giro, torsiones, extensiones de forma repetitiva durante demasiadas horas. En el caso de autos y atento a la pericia médica practicada, el actor de referencia Fernando Nazareno Ercolani, de 33 años de edad al momento del examen pericial, tenía como factores de riesgo inherentes a su tarea habitual de chofer de camiones de larga distancia, a vibraciones de cuerpo entero y a tareas de esfuerzo, con el uso de columna vertebral, tal como fuera el evento dañoso ocurrido el 15 de Septiembre de 2010, en el desarrollo de sus tareas laborales habituales, específicamente cargando unos palones de álamos de unos 80 kilogramos aproximadamente...En referencia a este punto, es de utilidad utilizar el Baremo de Evaluación de Incapacidades por Patologías de la Columna Cervical y Lumbo- Sacra, cuya autoría pertenece al Prof. Dr. Luis Alberto Kvitko (Cátedra de Medicina Legal y Deontología de la UBA); en base al mismo el actor de referencia presenta lo siguiente: Signos Clínicos Signos neurológicos Signos radiológicos Signos electromiográficos Incapacidad + - + - 25 al 35% Por lo cual se concluye que el señor Fernando Nazareno Ercolani, de 33 años a la fecha del examen pericial, **presenta una incapacidad de carácter parcial y permanente del 25 al 35%** (veinticinco a treinta y cinco por ciento) de la VTO. 2 Convenio OIT 148 /77. 3 Norma Internacional ISO 2631. 4 Rubinstein, Santiago: Código de Tablas de Incapacidades Laborativas. Baremos Nacionales y Extranjeros. Cuarta Edición ampliada y actualizada. Editorial Lexis Nexis. 2005...".

Impugna Galeno ART SA atacando lo que considera en el médico una mera expresión de una opinión propia (no médica), carente de fundamentación fáctica y especialmente sin rigor científico sobre la dolencia del actor. Insiste en que las dolencias del actor son inculpables y que en el origen del proceso degenerativo, intervienen múltiples factores que son propios e inherentes al

individuo, tales como la predisposición hereditaria, trastornos metabólicos, inflamatorios y endócrinos. Que lo que padece el actor, es producto de un proceso evolutivo que se desarrolla con el transcurso de los años, y que ocurre independientemente de las tareas realizadas, aun cuando podrían haber actuado como factor concausal, lo que no está contemplado por la LRT.

Responde el Dr. Ambroggio que: "*...las dolencias son de carácter crónico y degenerativo, lo cual es cuestionable en una persona joven, de 33 años al momento del examen pericial y sometido a esfuerzos físicos de moderados a intensos, con el uso frecuente del raquis en general y del lumbo- sacro en especial; por otra parte su profesión lo expone a vibraciones de cuerpo entero y tareas de esfuerzo, riesgos estos de importancia en la columna vertebral...que las condiciones físicas que requiere el desarrollo de las actividades propias de los choferes (en este caso de camiones), incluyen posturas sedentes prolongadas, movimientos repetitivos y en muchas ocasiones pocos o cortos tiempos de descanso, contribuyendo a la generación de lesiones a nivel del raquis en general. Los riesgos ergonómicos de tipo físico en este tipo de trabajadores hacen que las afecciones con mayor prevalencia se presentan al nivel del raquis...*". Agrega que, si como lo dice la impugnante, los antecedentes heredo-familiares y/o genéticos o trastornos metabólicos o endócrinos pudieron haber intervenido, debiendo haber aportado los antecedentes que en tal sentido padecía el actor para su consideración. Ilustra que en una suma de conferencias y reuniones de expertos de la OIT se reconoce la necesidad de mejorar los procedimientos de identificación, registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, con el fin de determinar sus causas, establecer medidas preventivas, promover la armonización de los sistemas de registro y notificación y mejorar el proceso de indemnización en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; la necesidad de contar con un procedimiento simple para mantener actualizada la lista de enfermedades profesionales. Finalmente señala que desde un punto de vista médico-legal, el hecho de que un evento no esté contemplado en la LRT no puede deducirse que sus consecuencias no sean reparables. Existen para estos casos normas aplicables a todos los ciudadanos del país cuya aplicación no se encuentra vedada por ninguna disposición especial y en donde el bien

jurídico tutelado es la integridad psicofísica del trabajador.

6- Ninguna de las partes acompañó exámenes preocupacionales y periódicos.

7- La licenciada Susana Beatriz Rinne produce su informe psicológico. Luego de detallar los antecedentes personales y familiares de Ercolani, explica la metodología empleada para realizar la evaluación y textualiza el relato del actor cuando siente el primer síntoma invalidante (coincidente con el descrito en demanda), relata las dificultades físicas, psíquicas y emocionales que afectan la salud del accionante. Señala que experimentada una lesión en columna y que los dolores persistentes y demás consecuencias son un importante estresor. Refiere dificultad para conciliar y mantener el sueño, malhumor, alteraciones de la libido, ansiedad, etc, que por desgano, miedo o falta de tiempo abandonó toda actividad distractora y social, que presenta sentimientos de vulnerabilidad y miedo, a pesar de sentirse una persona competente y con mecanismos para resolver los problemas que se le presentan. Describe a Ercolani como una persona *"...introvertida, emotiva, centrada en si misma, con buen equilibrio afectivo, buena adaptación al medio. Franca y de humor estable... Sin embargo, actualmente presentaría cierta rigidez emocional, ansiedad, todo lo cual hace que no se adapte fácilmente a los cambios ambientales...Se evidencian indicadores de una importante inhibición de la capacidad de relación social, lo cual le impide obtener adecuadas gratificaciones...Ante situaciones traumáticas o de tensión, el sujeto siente hostilidad, agresividad, sensación de vacío, tristeza, inseguridad. Ante esta situación su mecanismo de defensa es ineficaz o insuficiente. Se torna rígido, estereotipado, limitado, lo que da cuenta actualmente de un Yo con baja fortaleza yoica..."*. Finalmente en su impresión diagnóstica dice: *"...De la evaluación de los antecedentes psicoclínicos, de la evaluación psicopatológica, de la entrevista semidirigida y de las técnicas gráficas, verbales y psicométricas administradas, se concluye que el peritado cumpliría los criterios descritos para el diagnóstico de CIE 10-F43.28 TRASTORNO ADAPTATIVO con ANSIEDAD...especificaciones para la gravedad y curso de los trastornos descritos en el Manual DSM IV, según las cuales corresponde situar al cuadro traumático como MODERADO DE CARÁCTER CRÓNICO en función de la*

existencia de síntomas que exceden los mínimos requeridos para la formulación del diagnóstico y la escala de evaluación de la actividad global (EEAG)...en el que el espectro de síntomas MODERADO resulta el más coherente con la descripción del cuadro clínico que se manifiesta...**se concluye que el peritado presenta REACCIONES VIVENCIALES ANORMALES, de Grado II, 10% de carácter permanente...Es necesario el inicio de un tratamiento psicológico para el actor que cuente con una sesión semanal. La extensión temporal de todo tratamiento psicológico no es predecible, pero en el transcurso de (1) año el actor podría mejorar considerablemente su estado emocional y recuperar el nivel de funcionamiento que la persona tenía antes de iniciarse el trastorno adaptativo. El valor promedio de una sesión en este momento es de \$ 600. El importe total del tratamiento psicológico es de \$ 28.800. Una terapia podría morigerar la constelación sintomatológica emocional del sujeto. Sin embargo, el tratamiento no necesariamente logrará eliminar por completo de la psiquis del sujeto la patología padecida, sino tan solo paliarla en sus consecuencias emocionales dejando latente la existencia de un remanente o resto no asimilable por el aparato psíquico del individuo, el cual constituirá a su vez, una plataforma donde los futuros conflictos pueden revestir mayor gravedad...".** El dictamen no fue cuestionado, ni objeto de aclaraciones o impugnación (informe pericial de fs. 333/339).

8- El Ingeniero en Seguridad e Higiene Alberto Julio Delord advierte que presenta su informe en base a la no existencia de libros ni documentación de estudios medición de vibraciones y análisis de puesto/s de trabajo de conducción sobre los distintos vehículos (camiones). Desarrolla datos extraídos de la página web de la que resulta que Expreso Río Negro SA se dedica al transporte de rubros de petróleo desde Buenos Aires hacia toda la cuenca neuquina durante más de 10 años, llegando a posicionar hasta 15 camiones diarios para las obras, realizan también el transporte de cañería al gasoducto Juana Azurduy que une a Bolivia con Argentina (entre 10 y 20 camiones diarios). Trabaja con empresas importantes como Siderca, Tenaris del Grupo Techint, Vertúa SA. Es condición regular que los libros de Higiene y Seguridad se archiven en el lugar operativo, con lo que su inexistencia o desinterés en ser

aportados para su análisis debe tipificarse como un incumplimiento. Evalúa que debido a la consideración del puesto de trabajo de Ercolani se requiere de un análisis de riesgo de la tarea/actividad (art. 3 Dec. 1338/96). Se debe tener presente la posible exposición a vibraciones (art. 94 Dec 351/79), debiendo evaluar que ella está dentro de los valores permisibles y en caso de excederlos deberán adoptar las medidas correctivas necesarias para disminuirlos. También remite al art. 134 Dec. 351/79 que exige marcar en forma visible la carga máxima admisible a transportar. Los asientos de los conductores deberán estar contruidos de manera que neutralicen en medida suficiente las vibraciones, por lo que destaca la importancia de su control y mantenimiento. Concluye que no existió análisis de riesgo sobre la tarea/actividad con el respectivo estudio ergonómico, ni el control de los tiempos de manejo y medidas de prevención a adoptar, incluyendo la comunicación de riesgos al trabajador (art. 213 Dec. 351/79). Tampoco detecta el seguimiento mediante controles de salud por parte de la ART (relacionada con el tema de las vibraciones). No se observa tampoco criterios de descansos principales o ciclos de trabajo bajo los tiempos que se otorgaban entre el final de conducción y el reinicio de la tarea, incorporadas a un estudio ergonómico integral tal como lo dispone la Res. MTES 295/03. Dentro del Dec. 658/96, cuando se está ante vibraciones de cuerpo entero (agente) se reconocen como enfermedades profesionales a la Espondiloartrosis de la columna lumbar y calcificación de los discos vertebrales de allí que se requiere: a- medir vibraciones de cuerpo entero, definiendo sus resultados bajo simulación de trayectos representativos de las condiciones de circulación; b- analizar condición de riesgo o no; c- definir el estado del asiento del conductor; d- si existe alguna situación preexistente (detectada en un preocupacional o debido a una enfermedad inculpable) el trabajador no debe exponerse a riesgo por sus condiciones; e- en caso de existir problemas de salud se debe considerar la posibilidad de riesgos según mediciones de vibraciones y denunciar la exposición a la ART, quien debe definir el plan de control de salud. Al no haber documentación no se puede testear si había elementos de protección personal ni la necesidad de adoptar soluciones de ingeniería, adecuando o corrigiendo la postura de conducción en base a un estudio ergonómico, sea limitando los tiempos de exposición, aumentando descansos o evitando trayectos de mayor impacto de circulación

sobre rutas dañadas. Los controles médicos sobre la persona expuesta son necesarios a los fines de observar alteraciones o daños físicos (informe pericial de fs. 343/352). El dictamen no fue cuestionado, ni objeto de aclaraciones, ni impugnado

II.- Derecho aplicable al caso puntual: El primer síntoma invalidante de Ercolani se presenta con la lumbalgia denunciada en 15/9/2010 por lo que es aplicable el régimen legal de la LRT con las modificaciones introducidas por el Dec. 1694/2009.

Pero el actor plantea una acción civil sostenida en una enfermedad profesional e introduce una serie de inconstitucionalidades que trataré en primer término, para enmarcar debidamente si se presentan o no los presupuestos de esta acción.

Competencia del Tribunal: en relación a lo pedido en relación a los arts. 46 inc. 1, 21 y 22 de la Ley 24557 y decreto 717/96, el Tribunal ya ha asumido tácitamente la competencia con la providencia inicial, por adherir a los fundamentos consagrados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los autos "Castillo Ángel Santos" Fallos 327:3610, y en "Obregón Francisco Víctor c/Liberty ART", DT 2012-7, 1865, a cuyos conceptos me remito. Sin perjuicio de ello y en razón de lo resuelto por esta Cámara (en ese momento Sala II de la Cámara de Trabajo), en autos "MARQUEZ SOFIA c/ PRODUCTORES DE FRUTAS ARGENTINAS COOPERATIVA DE SEGUROS LTDA. s/ RECLAMO" (Expte. N° 2CT-19482-07), Sentencia Interlocutoria de fecha 21-10-2008, en la que se declaró la inconstitucionalidad de las normas que sustentan la pretensión, ha quedado declarada toda regla competencial de la Ley de Riesgos de Trabajo y acción civil.

Inconstitucionalidad de los arts. 39 apart. I y 46 de la Ley 24557. En cuanto a la prohibición prevista por el art.39 de la LRT, ya es casi un lugar común afirmar que a partir del cambio de integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2004, el sistema de protección frente a los riesgos del trabajo ya no es sólo lo que está regulado por la Ley sobre Riesgos del Trabajo (LRT) y sus normas reglamentarias sino, además, y en algunas materias, fundamentalmente, por lo que el Máximo Tribunal dice en esta

materia. De suerte tal que no me he de extender en el tema sino remitiendome a los precedentes "Aquino", "Cura", "Llosco", "Cachambí", "Aróstegui" y "Torrillo" de la CSJN a raíz de los cuales este tema ya prácticamente no se discute. Cito asimismo a los del Tribunal que integro: "Quevedo" (27-2-2009), "Suarez" (11-12-2009) y "Pérez" (26-6-2012).

Inconstitucionalidad de los arts. 21 y 22 de la ley 24557, Dec. 717/96 y normas que reglamentan: en tanto refiere a la obligación de transitar por Comisiones Médicas, lo que no fue hecho por el actor y atendiendo al tipo de reclamo de que se trata, ajeno a la normativa de ley especial, deviene abstracto expedirse a su respecto.

Inconstitucionalidad del art. 75 inc 2 LCT y 49 ley 24557: las normas invocadas están íntimamente ligadas a otras también inconstitucionales (39 ap. l), mas al estar la acción civil promovida en otro marco (bajo el contexto legal aplicable al caso), el presupuesto de la reparación especial como única posible por violación al deber de seguridad, queda subsumida en lo ya dicho. En consecuencia, se impone concluir que la responsabilidad a aplicar al caso será merituada bajo la teoría del riesgo, conjugada con el incumplimiento del empleador y ART en la observancia o no de su deber de seguridad. Sin perjuicio de ello, me remito a lo dicho por la CSJN en autos "Torrillo" fallado en 31/3/2009 cuando se trata de la violación del deber de seguridad por parte de quienes están llamados a cumplirlo.

Inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 24557: el concepto de responsabilidad ha de ensamblarse dentro de una acción civil de modo que la norma especial que se invoca no ha de aplicarse al caso. Sin perjuicio de ello, corresponde advertir que la incapacidad de la prueba pericial de autos ha sido establecida sobre la tabla de incapacidades ley 24557 (Decreto 659/96), como si se tratase de un accidente de trabajo, previsto en el art. 6 inciso 1 de la Ley 24557 y no de una enfermedad profesional (art. 6, inc. 2 de la misma ley) y aun cuando la parte actora planteó la aplicación de otro baremo, finalmente no insistió en ello, pese a la impugnación.

Art. 12 Dec 1694: Sobre la inclusión de las sumas no remunerativas en el cálculo final, ya hemos sostenido que corresponde tenerlas en consideración,

en el caso de existir, sea en el marco de los cálculos sistémicos, como en los extrasistémicos, sin perjuicio de que en el primer supuesto, la ART repita de la empleadora. Me remito al precedente fallado en 30/3/2016, caratulado "MUÑOZ ROMUALDO". Será tratado infra al momento de analizar la procedencia de las prestaciones dinerarias.

Responsabilidad de la empleadora Expreso Río Negro SA: Considero que la pretensión ejercida contra la patronal, es atendible con fundamento en la responsabilidad objetiva que le compete, fundamentalmente porque al momento de producirse el accidente, Ercolani se encontraba haciendo tareas habituales en las condiciones exigidas por su empleador. Cabe señalar que la obligación de seguridad contractual que pesa sobre el empleador está implícita de todo contrato en el que la disposición de los cuerpos y la organización, se encuentren a cargo de uno de los contratantes. Esta obligación de seguridad de quien tiene la capacidad de dirigir el trabajo, no es subjetiva sino objetiva. En la medida que el daño aparezca previsible, quien organiza la estructura empresarial, debe responder por los daños que se causan, aun cuando de su parte no haya culpa. Es dueño y guardián de las cosas de las cuales se sirve para realizar las tareas necesarias de su emprendimiento, exigiendo una actividad que presenta alto riesgo, circunstancia por sí suficiente para operar como factor de atribución de responsabilidad bajo los parámetros del derecho común, para la que se contratan dependientes que a cambio de una remuneración tienen la obligación de prestar tareas, el beneficiario de esa fuerza de trabajo puesta a disposición debe además garantizar, a quién lo preste, que al hacerlo no comprometa ni su salud ni su vida. Si efectivamente el actor tenía lesiones con anterioridad que ya se evidenciaban, o concretos factores físicos predisponentes, deberían haber sido verificados en el examen preocupacional obligatorio por imposición legal, con mérito de su correspondencia con el puesto de trabajo a cumplir. Lo propio podría haber sido evaluado mediante exámenes periódicos que tienen por objetivo detectar precozmente las afecciones producidas con el fin de evitar el desarrollo de enfermedades profesionales, por exposición a los agentes de riesgo. Ellos son responsabilidad de la ART o Empleador Autoasegurado pero la ART puede convenir con el empleador su realización.

Puede afirmarse que en cumplimiento del deber de seguridad, la empleadora debe adecuar su conducta a las siguientes pautas generales: 1- Crear condiciones de trabajo idóneas y seguras de acuerdo con los dictados de la experiencia y de la técnica; en tal sentido, deben adoptarse todas las medidas necesarias para excluir el daño evitable, impuestas por la ley (ley 19857, sus decreto reglamentarios 351/79, 911/96; 917/96 y demás resoluciones de la SRT y reglamentaciones) y las que sean necesarias según el tipo de trabajo y las condiciones en que se realiza, aunque no estén previstas por la ley o convenio colectivo (v. gr. la introducción de una nueva tecnología); 2- Adaptar las labores del trabajador a sus posibilidades psicofísicas. Al respecto deben practicarse no solo exámenes preocupacionales sino los periódicos de salud, para determinar si la tarea es acorde con el estado del dependiente; 3- Respetar las normas en materia de descanso y jornada. Abstenerse de emplear el poder de dirección en forma que pueda atentar contra la salud del trabajador, a cuyo efecto debe actuar con diligencia. 4- Practicar los exámenes médicos complementarios establecidos por la Resolución SRT 37/10. 5- Abstenerse de emplear en la explotación, la maquinaria obsoleta que implique un riesgo adicional para los trabajadores, generando una responsabilidad más para el empleador.

Las distintas manifestaciones del poder de dirección en su vinculación con el deber de seguridad llevan a exigir que la asignación de la tarea a una máquina determinada, por ejemplo, deba ser precedida del examen del elemento de trabajo, que debe ser conservado en buen estado de funcionamiento. Por ello, el poder de dirección no consiste solamente en ordenar y organizar la tarea necesaria para la producción del bien o la realización del servicio, sino en rodear la orden de todas las garantías necesarias, para que su cumplimiento no sea perjudicial. Y lo dicho vale también para las ART quienes aun cuando no tienen la incumbencia cotidiana del empleador, si deben propender a que se cumplan ciertas pautas que en materia de seguridad e higiene son sustanciales para "prevenir" daños evitables. Si nada se hace en tal sentido como se da en el caso de autos, en el que no hay constancias siquiera de una visita al establecimiento, la responsabilidad civil le es extensible al igual que a la patronal ya no a título objetivo, sino de culpa, por inobservancia de las

obligaciones que la ley pone a su cargo.

Excepción de falta de legitimación pasiva y falta de acción de Galeno ART SA: Opone excepción de falta de legitimación pasiva. Si bien reconoce el contrato de afiliación a favor de Expreso Río Negro SA, entiende que la pretensión se encuentra excluida de la cobertura otorgada en virtud del mismo, excediendo ampliamente sus términos. Que la ART cumplió acabadamente con las obligaciones a su cargo: a- brindó las atenciones correspondientes; b- habida cuenta de las patologías preexistentes (deshidratación de los discos intervertebrales con discopatía degenerativa L5-S1) carece de toda responsabilidad.

Dice haber realizado diversas visitas y cada una de las actividades de prevención. Que las ART no ejercen poder de policía, ni deber de seguridad. Solo le cabe denunciar ante SRT los incumplimientos a las normas de seguridad e higiene, promover la prevención informando planes y programas exigidos a las empresas y asesorar en materia de prevención. Agrega que aun cumpliendo con todo ello, y controlando las condiciones y medio ambiente de trabajo, ello no garantizaría que no se produzcan accidentes. La obligación que el legislador ha puesto en cabeza de las ART es de medios.

El contrato de afiliación no cubre reclamos por daños y perjuicios y el objeto de la acción no consiste en el pago de las prestaciones de los arts. 12 a 18 LRT sino una indemnización del derecho común.

Opone excepción de falta de acción por la improcedencia del reclamo en sede judicial sin haber previamente transitado el procedimiento administrativo con control judicial.

Acreditada la responsabilidad de la ART codemandada en los términos del art. 1074 C.Civil, por no haber cumplido con sus obligaciones de control respecto de su asegurada en materia de prevención de riesgos, corresponde rechazar la excepción opuesta. Se confirmó que hubo omisiones de los deberes legalmente impuestos, supuesto en el que la aseguradora debe asumir por responsabilidades propias y directas en la causación del daño.

Y aun cuando en el art. 31 LRT tales obligaciones son de medios y no de

resultados, la omisión de la conducta exigida a las ART, comprensiva de una activa participación en la prevención, de haber proferido un daño al trabajador, en tanto haya relación de causalidad entre la falta en seguridad e higiene y el resultado, se cae la defensa formulada la aseguradora y se presenta el presupuesto de extensión de la responsabilidad civil del que habla la CSJN al fallar como lo hace en "Torrillo" (31/3/2009). *"...Que la LRT, para el logro del mentado objetivo de prevención, tributario de las normas jerárquicamente superiores indicadas en el considerando anterior, creó un sistema en el cual las ART tienen "una activa participación"...:en el rol fiscalizador representa un paso novedoso que potencia los controles sobre las empresas...Que en tales condiciones, resulta manifiesto que la LRT, para alcanzar el objetivo que entendió prioritario, la prevención de riesgos laborales, introdujo, e impuso, un nuevo sujeto: las ART. En este dato y no en otro, finca la diferencia esencial que, para lo que interesa, separa a la LRT del régimen anterior, juzgado insatisfactorio...De ahí, que las ART hayan sido destinadas a guardar y mantener un nexo "cercano" y "permanente" con el particular ámbito laboral al que quedarán vinculadas con motivo del contrato oneroso que celebrasen. De ahí, que las obligaciones de control, promoción, asesoramiento, capacitación, información, mejoramiento, investigación, instrucción, colaboración, asistencia, planeamiento, programación, vigilancia, visitas a los lugares de trabajo y denuncia, por emplear algunos de los términos de la normativa ya enunciada en el considerando anterior, exigen de las ART, al paso que las habilitan para ello, una actividad en dos sentidos. Primeramente, la adquisición de un acabado conocimiento de la específica e intransferible realidad del mencionado ámbito laboral, para lo cual éste, por así decirlo, debe mantener sus puertas abiertas hacia las ART. Seguidamente, el obrar de éstas sobre dicha realidad, para que se adecue de ser necesario, a los imperativos de la prevención, incluso mediante la denuncia...".* En consecuencia de lo expresado, no existe razón alguna para poner a la ART en el presente caso, al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador, derivados de un accidente de trabajo/enfermedad profesional, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera, de sus obligaciones legales.

Ha quedado debidamente acreditado que en relación a la prevención de daño, contralor del cumplimiento de las normas de seguridad y capacitación, la ART nada hizo. No se agregó un solo antecedente a autos que indique siquiera haber realizado una visita al establecimiento para control de los vehículos utilizados para el transporte de mercaderías ni de las exigencias legales que tan detalladamente desarrolló el Ingeniero Delord. La posición en tal sentido asumida por la ART, quien se autocalifica carente de responsabilidad por no habersele asignado poder alguno sobre sus asegurados, se desvanece rápidamente a poco que se lean los fundamentos legales del nuevo régimen y lo que esgrime la CSJN en el precedente "Torrillo", cuya íntegra lectura recomiendo.

El caso aporta omisiones graves de los deberes de seguridad e higiene que muy probablemente, de haberse cumplido mediante preocupacionales, periódicos y estudios ergonómicos, hubieran evitado que el actor hiciera las tareas que se le dieron o su realización en otras condiciones o se resguardara su salud de modo eficiente sacandolo del puesto, no bien se advirtiera la presencia de patologías columnarias que anteriormente no tenía o su incipiente aparición. En las omisiones ilícitas, aun cuando posiblemente no pueda decirse que el empleador o la ART hayan causado deliberadamente el daño, ni que su actitud omisiva sea condición de él, puede suceder que la acción esperada y jurídicamente exigible hubiese evitado o disminuido ese daño y sus consecuencias "inmediatas" y "mediatas".

Para no abundar en tantos detalles jurídicos que me autorizan a condenar a la ART por vía de acción civil, me remito a lo dicho por este Tribunal al expedirse sobre los presupuestos de su acogimiento favorable en junio/2016 en autos "Amaya Juan Pablo", precedente en el que se trata pormenorizadamente el marco de ilicitud, daño y su dimensión, factor de atribución y relación de causalidad adecuada, en el comportamiento de las ART, pautas todas que se dan en el presente.

En consecuencia, acreditada la responsabilidad de la ART codemandada en los términos del art. 1074 C.C., por haber incumplido con sus obligaciones de control respecto de su asegurada en materia de prevención de riesgos, confirmo la extensión de responsabilidad en forma solidaria con la empleadora

del accionante.

Términos en que se promovió la acción. Criterios a tener en consideración: La acción civil se sustenta en una enfermedad profesional. Alega que a los 26 años lo ha dejado con una incapacidad laboral permanente, parcial y definitiva del 38,40%.

Explica que el incumplimiento de las normas de seguridad e higiene laboral (arts. 1109, 1113 del C.Civil y arts. 75 y 76 LCT) tanto por parte de su empleadora Expreso Río Negro SA como de los deberes de control pertinente de Galeno ART SA en su carácter de aseguradora se enmarcan en los términos del art. 1074 C.Civil. Describe detalladamente las funciones que cumplía como chofer de camiones de carga pesada a zonas petroleras desde diferentes puntos del país y las maniobras que debía realizar antes de la carga y después de la descarga, los caminos por los que debía transitar y los movimientos para cubrir el semi con lonas de gran peso.

Todo ello quedó corroborado por los testigos conforme la descripción hecha en el capítulo de los "hechos".

Agrega que no se hicieron los estudios de ergonomía y seguridad e higiene y tampoco capacitación para el desarrollo de su tarea, todo lo cual fue explicado detenidamente por el perito Delord, sobre la base de la carencia de documentación y las normas aplicables.

A su ingreso no se le hizo preocupacional ni exámenes periódicos, de suerte tal que debe considerarse que la salud de Ercolani a su ingreso era óptima.

Al cabo de dos años y dos meses desarrollando la tarea, en oportunidad de estar acondicionando el semi para cargar caños con destino a zona petrolera, siente un fuerte dolor en zona lumbar a la altura de la cintura que lo deja casi inmóvil. La ART le dice que su enfermedad es inculpable, cuando advierte la presencia de varias discopatías degenerativas. El perito médico oficial dictamina que ellas quedaron evidenciadas en el informe de resonancia magnética nuclear de la columna lumbosacra que hizo la ART luego de aplicar las técnicas de reversión del episodio, sin lograr que el cuadro cediera o

remitiera. Que se trata de una patología discal múltiple de tipo degenerativa que no puede considerarse un accidente de trabajo (referido al evento ocurrido en 15/9/2010), ya que la circunstancia denunciada no tiene la idoneidad lesiva suficiente como para provocar la multiplicidad de dolencias del raquis que padece el actor. Agrega que no puede considerarse como una enfermedad profesional por el escaso tiempo de exposición al agente supuestamente lesivo en su tarea de chofer. Sin embargo, el trabajo y en especial el evento denunciado con fecha 15/9/2010, pueden haber actuado sobre una columna vertebral con dolencias pre-existentes, poniendo de manifiesto, agravando o exacerbando el cuadro que padece el actor.

Lo que se infiere de lo dicho por el Dr. Ambroggio es que están faltando los presupuestos que requiere la enfermedad profesional para ser tal, desde el punto de vista médico o clínico. Sustancialmente el médico sostiene que el tandem del agente con el tiempo de exposición es insuficiente para definir la patología de ese modo.

El Ingeniero Delord nos presenta un cuadro jurídico de las omisiones y carencias de Expreso Río Negro y Galeno ART SA, pero no define en términos puntuales la conciliación entre el riesgo posible o previsible con los datos objetivos que pudieran existir en el lapso de dos años y dos meses sobre la columna del trabajador, pues aun incumpliendo todos los protocolos previos y periódicos y mediciones ergonómicas, ello no indica que, se pueda deducir o justificar que la suma de vibraciones, la fuerza exigida en la preparación y desarmado del semi y la aplicada sobre la pesada lona, podrían haber impactado en una columna sana de tal manera en un período tan corto.

En el incumplimiento del deber de prevención de la empleadora y ART queda habilitada la responsabilidad civil por los daños causados al trabajador, pero ello no supone que llamemos "enfermedad profesional" a lo que no es, por el solo hecho de las falencias en que puedan haber incurrido las demandadas.

Ciertamente como lo dice el especialista médico, dentro del Dec. 658/96 cuando se está ante vibraciones de cuerpo entero (agente) se reconocen como enfermedades profesionales a la Espondiloartrosis de la columna lumbar y calcificación de los discos vertebrales, pero no la patología evidenciada en el

actor. De allí que en el dictamen originario (fs. 321/323) el experto no trabajara sobre las hipótesis de aquel cuerpo normativo, sino sobre "lumbalgia postraumática con alteraciones clínicas y radiológicas" que se define en el Decreto 659/96.

Pero el reclamo no se radica en el marco sistémico, sino por subsidiariedad. Y justamente fue ello lo que llevó al Tribunal a definir la cuestión mediante el dictado de la medida para mejor proveer, pues aunque el padecimiento del Sr. Ercolani no esté definido en el Decreto citado, no ha de ser tal un presupuesto condicionante. De allí la importancia de juzgarlo a través de otros baremos, cuya adecuación se ajuste con mayor precisión a evaluar la participación del trabajo, en las condiciones prestadas, en la incapacidad resultante, partiendo del supuesto que el trabajador ingresó en perfecto estado de salud, a falta de otros elementos objetivamente verificables.

A tal fin recurro a las respuestas brindadas en tal sentido por el Dr. Ambroggio al responder a la medida para mejor proveer, cuando concluye que el señor Fernando Nazareno Ercolani, de 33 años a la fecha del examen pericial, **presenta una incapacidad de carácter parcial y permanente del 25 al 35%, habiendo de tomar en el caso el mínimo del 25% por su condición física con la adición del 10% por su cuadro psíquico derivado de la Reacción Vivencial Anormal de Grado II**, a que hace referencia 10% de carácter permanente a que hace referencia la Licenciada Rinne en su dictamen de fs. 333/339, cuyo tenor no ha sido cuestionado.

En razón de todo lo hasta aquí dicho, son responsables de manera conjunta y solidaria Expreso Río Negro SA y Galeno ART SA, por la indemnización que abajo individualizamos justificados en los presupuestos de los arts. 1109, 1113 y 1074 del Código Civil (vigentes al tiempo de la primera manifestación invalidante) sobre una incapacidad que se fija en el 35%.

Indemnización: 1- Daño Patrimonial: Todo aquéllo que es mensurable económicamente en términos más o menos objetivos, atendiendo a costos previsibles o potenciales que puedan verosímilmente darse y ser materia de cálculos matemáticos, debe el juzgador tenerlo como dato de la realidad presente o futuro y así volcarlo del modo mas preciso que sea posible.

Evaluaré el daño patrimonial, en función del precedente "Pérez Barrientos", utilizando la llamada Fórmula Vuoto II, considerando el ingreso mensual percibido por el trabajador de **\$ 4.094,89** mas cercano al momento de su primera manifestación invalidante en 1/9/2010, sobre una edad de **26 años** y una incapacidad del **35%**. Solo cuento para establecer la base económica con el recibo de haberes de noviembre/2010 (fs. 37) cuyos parámetros, considerando su antigüedad, adicional por zona, control de descarga, kilómetros al 100% y promedio de kilómetros recorridos en el año siguiente de lo cual sí hay recibos(documental de fs. 38/48), se aproximan razonablemente al salario que percibía por aquel tiempo un dependiente del CCT 40/89 según la escala salarial vigente.

La indemnización resultante es de **\$ 675.368,20**, importe al que corresponde adicionar los intereses al 25/4/2022 de \$ 2.881.485,42, lo que lleva la acreencia en concepto de daño patrimonial a **\$ 3.556.853,62**.

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

destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor. En este caso, los intereses judiciales se calculan al **25/04/2022**, aclarando que seguirán devengándose hasta el efectivo pago.

**Las prestaciones en especie que el accionante continúe requiriendo, demandadas en conexidad con las patologías físicas y psíquicas que en este pronunciamiento se trataron, deberán ser otorgadas por GALENO ART SA en los términos del art. 20 LRT.**

Daño extrapatrimonial: volveré sobre los conceptos ya remanidos que fueron desarrollados por este Tribunal acerca de su naturaleza espiritual y personal, el mérito de la gravedad objetiva del daño (a falta de una prueba particularmente subjetiva), y la necesaria comparación con casos similares en lo relativo a la definición económica de su monto. Al efecto me remito al desarrollo del tema y montos mas recientes en autos "Faundez Tapia" (13/2/2019), "Cabrera Silvia" (15/9/2020) y "Ríos Domingo" (1/12/2020) y el primer fallo de este Tribunal en autos "Quevedo Estefanía" (27/2/2009), con los consabidos parámetros del profesor Mosset Iturraspe: "...1. No a la indemnización simbólica; 2. No al enriquecimiento injusto; 3. No a la tarifación con 'piso' o 'techo'; 4. No a un porcentaje del daño patrimonial; 5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia; 6. Sí a la diferenciación según la gravedad del daño; 7. Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario; 8. Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes; 9. Sí a los placeres compensatorios; 10. Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general standard de vida..." (cfr.op.cit.pág.228).

Con el agregado de la lógica incidencia de la pérdida de expectativas y proyectos, la edad del actor al momento de su primera manifestación invalidante, la significatividad de la lesión física padecida y que el daño psíquico ya fue considerado en el marco del cálculo patrimonial aplicaré al rubro la suma de **\$ 500.000**, importe que llevará intereses del 8% anual desde la fecha de la primera manifestación invalidante en 15/9/2010, toda vez que tal importe se calcula al día **25/04/2022** y no a valores históricos.

Liquidación: en consecuencia, liquidados ambos rubros al 25/4/2022, las

demandadas EXPRESO RÍO NEGRO SA y GALENO ART SA, deberán abonar al actor FERNANDO NAZARENO ERCOLANI, en forma conjunta y solidaria, una indemnización por daño patrimonial e intereses de \$ **3.556.853,62** y por daño moral e intereses (94%) \$ **970.000** lo que da una suma total de \$ **4.526.853,62**.

Costas: habida cuenta de la forma en que se resuelve el presente, las costas se imponen íntegramente a las demandadas, teniendo en consideración que la actora ha sido gananciosa en la totalidad de los rubros pretendidos y la extensión de responsabilidad civil a empleador y ART (art. 25 ley 1504 y 68 CPCyC). En razón de que han intervenido tres peritos (en Seguridad e Higiene, médico y psicológico), a los fines de respetar los límites establecidos por el art. 277 LCT, aplicaré el criterio fijado en 21/10/2015 en autos "Godoy Carlos Bruno c/Expofrut SA". Los honorarios de los abogados de cada demandada deberán ser abonados por sus respectivos clientes. **TAL MI VOTO.**

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

Por todo lo expuesto, la **CAMARA II del TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL**, con asiento en esta ciudad;

**RESUELVE: 1) HACER LUGAR** a las inconstitucionalidades de que da cuenta el Considerando respecto de la competencia del Tribunal, la de los arts. 39 apart. I, 46, 21 y 22 LRT, rechazandola en lo que refiere al art. 6 de la ley 24557 y 12 del Dec 1694.

**2) HACER LUGAR** a la demanda promovida por **FERNANDO NAZARENO ERCOLANI** contra **EXPRESO RIO NEGRO SA y GALENO ART SA** y en consecuencia condenar a ambas demandadas a pagar al primero en forma conjunta y solidaria, en el plazo **DIEZ (10) DIAS** de notificada, la suma de \$ **4.526.853,62**, en concepto lucro cesante y daño moral por incapacidad, importe que incluye los intereses que se indican en el Considerando, y que a partir de la capitalización que antecede seguirán devengándose con las pautas de "Fleitas".

**3) Condenar a GALENO ART SA a que dentro del plazo de DIEZ DÍAS de notificada otorgue las prestaciones en especie que correspondan a FERNANDO NAZARENO ERCOLANI en los términos del art.20 acápite 3 de la LRT.**

**4) Con costas a cargo de las codemandadas en forma conjunta y solidaria respecto de los honorarios de los profesionales del trabajador, peritos y gastos causídicos, excepto los de los respectivos abogados de cada demandada que son a cargo de sus clientes. Se regulan los honorarios profesionales de los Dres. Marina Luna, Silvia Ceci y Néstor Abel Palacios (en sus respectivas condiciones de coapoderados y patrocinantes del actor Ercolani) en forma conjunta en \$ 640.000, los de los Dres. Damian Leonart y Juliana Tamborini (sucesivos apoderados de Galeno ART SA) en \$ 532.300 y \$ 266.100 a cada uno (a cargo de Galeno ART SA) y los de los Dres. Miguel Angel Beteluz y Fernando Andrés Carrasco (patrocinantes de Expreso Río Negro SA) en \$ 532.300 conjuntamente (a cargo de Expreso Río Negro SA). Regúlanse los honorarios del Dr. Daniel Roberto Ambroggio en \$ 163.500, los de la Licenciada Susana Beatriz Rinne en \$ 163.500 y los del Ingeniero Julio Delord en \$ 163.500 (MB: \$ 4.526.853,62, Arts. 6, 7, 10, 12 y 40 Ley de Aranceles). Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos y aplicando el tope de responsabilidad del 25% previsto en el art. 277 LCT.**

**5) Líbrese oficio al Banco Patagonia S.A a efectos de que proceda a abrir una cuenta judicial a nombre de estos autos y a la orden del Tribunal, informando en el plazo de cuarenta y ocho horas de recibido el oficio, y a través del Sistema de Gestión PUMA -mediante el tipo de movimiento "PRESENTACIÓN SIMPLE"-, el número de CBU de la cuenta. Todo ello BAJO APERCIBIMIENTO DE APLICARLE ASTREINTES de \$2.000 (DOS MIL) por cada día hábil de retardo, por expresas instrucciones de Presidencia. Cúmplase por Jefatura de Despacho mediante oficio en formato PDF, con firma digital en los términos y alcances de la Ley 25.506.- Hágase saber a la parte que una vez subido al Sistema de Gestión PUMA el oficio, deberá ser notificado mediante cédula a cargo de la interesada y a través del Sistema de Notificaciones Electrónicas (SNE), conforme Acordada N°31/2021 del S.T.J..**

**6)** Firme que se encuentre la presente por Secretaría practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones, la que deberá abonarse en boleta de deposito bancario, a los quince días bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 18 de la Ley 2716.

**7)** Regístrese, notifíquese a las partes conf. Acordada 01/2021 STJ, Anexo 1, Apartado 8, Inc. a), y cúmplase con Ley 869.

**DRA. MARIA DEL CARMEN VICENTE**

**-PRESIDENTA-**

**DR. JUAN AMBROSIO HUENUMILLA**

**-JUEZ-**

**DRA. GABRIELA GADANO**

**-JUEZA-**

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, 03 de Mayo de 2022

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