



NEUQUEN, 20 de febrero del año 2020.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**CANOVA ROBERTO ARIEL C/ PREVENCIÓN ART S.A S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART**", (JNQLA1 EXP N° 502985/2014), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado **la Dra. Patricia CLERICI** dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 372/381 vta., que hace lugar parcialmente a la demanda, distribuyendo las costas en un 80% a cargo de la parte demandada y en un 20% a cargo de la parte actora, y exclusivamente a cargo de la demandada por el rechazo de la excepción de prescripción.

a) La recurrente se agravia porque el juez de grado se aparta de lo dictaminado por el perito médico, descartando la patología de rodilla izquierda y muñecas, con fundamento en que la actora no aportó probanza alguna, considerando solamente la patología columnaria, por constar en el examen preocupacional del accionante y agravarse con las tareas desarrolladas.

Dice que el examen preocupacional y la documentación obrante en el legajo del actor fue impugnada por su parte, y además no cumple con los requisitos de la ley 24.557.

Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Sigue diciendo que los informes del perito médico son contundentes en cuanto a la incapacidad dorsolumbar, de rodilla izquierda y de muñecas, y respecto a la relación con las tareas y el trabajo del actor.

Entiende que el juez de grado no da ninguna razón seria para apartarse del informe pericial.

Se refiere al informe pericial médico, y denuncia que el experto incurre en contradicciones y omisiones entre la documentación que dice haber examinado, y cita como antecedente, y sus conclusiones.

Explica que la radiculopatía que presenta el actor, al estar ubicada en la base de la columna vertebral y en contacto con el sacro, significa que, por algún motivo -en este caso por patología del disco-, se ha afectado por compresión el nervio que emerge de la médula espinal, y que va a formar parte del nervio ciático, y esta compresión genera alteraciones metabólicas y físicas del tejido nervioso que se traduce en dolores en la zona que éste inerva.

Critica al perito cuando informa que no se advierte ningún dato clínico positivo al examen, ya que es poco probable o imposible que una persona que evolucionó durante cuatro años con cuadros de lumbalgia, ciatalgia y contracturas, que fue asistida por múltiples especialistas que realizaron estudios de alta complejidad, para llegar al diagnóstico de lumbociatalgias, de afectación crónica de raíces L5, hernias y protusiones discales lumbares y procesos degenerativos, no presente ningún dato para registrar en el examen clínico.

Sostiene que si el perito, aunque en forma insuficiente, valora y tabula la afección en un 13% de

incapacidad, está diciéndonos que el paciente tiene enfermedad y que es objetivable.

Insiste en que el actor presenta, de acuerdo con los estudios adjuntados con la demanda, espondiloartrosis, lo que habla de un proceso artrósico y de la deshidratación de los discos que conlleva a hernias discales, y que llama la atención que el perito no mencione lo que figura en todos los textos clásicos de traumatología y especialmente de columna lumbar, como factores provocantes o coadyuvantes de estas patologías, como son las vibraciones y microtraumatismos, elemento central y omnipresente en la profesión del actor.

Se refiere a las vibraciones que sufre un chofer de colectivos de línea y maquinaria pesada.

Se queja de que el perito no analizó ni consideró las lesiones y secuelas producidas por el síndrome del túnel carpiano y por el síndrome meniscal, las que se encuentran acreditadas.

Se refiera a estas dolencias.

Afirma que el perito se ha apartado de la legislación vigente, esto es del decreto n° 658/1996, cuando indica las enfermedades y actividades correspondientes al agente vibraciones de cuerpo entero.

Se agravia porque el juez de grado se habría contradicho con lo que sostuvo en el expediente n° 464.482/2012, en trámite por ante el mismo juzgado laboral.

Se queja por la valoración del material probatorio, señalando que a fs. 308/309 obra informe pericial donde se detalla que tanto Indalo como Prevención ART S.A. han incumplido con las normas y procedimientos legales en cuanto a los controles necesarios de seguridad para el tipo de actividad.

Se refiere también a la prueba testimonial, la cual no habría sido valorada tampoco por el juez de grado.

Cuestiona el ingreso base mensual considerado en la sentencia de primera instancia, sosteniendo que es inferior al real y no se condice con el monto denunciado en la demanda, máxime cuando la ART realizó un desconocimiento genérico del IBM denunciado por la actora, no precisando cuál sería el IBM correcto.

Insiste en que el juez de grado se ha apartado de la forma en que quedó trabada la litis, en tanto su parte denunció un IBM que no fue cuestionado, y al que no supeditó en su alcance a la prueba a producirse.

Cita jurisprudencia.

Cuestiona la imposición de costas invocando, con cita de jurisprudencia y doctrina, la razón fundada para litigar.

Sostiene que el actor, en autos, pudo entender que le asistía derecho al reclamo por la enfermedad profesional, en tanto que la propia demandada reconoció en su responde que le fue denunciado que el actor había padecido una enfermedad profesional, y que desde esa oportunidad le otorgó las prestaciones en especie.

Formula reserva del caso federal.

b) La parte demandada contesta el traslado del memorial a fs. 412/415.

Señala que el escrito recursivo carece de una crítica concreta y razonada de la sentencia impugnada.

Con relación al primer agravio, destaca que de acuerdo con la pericia médica, el actor tiene una incapacidad del 13%, ya que el experto consideró que el demandante

presenta únicamente una lumbociatalgia con alteración EMG, única dolencia que podría tener carácter profesional.

Dice que el recurrente tergiversa las conclusiones de la pericia médica, en tanto el perito, a pedido de la actora, hace mención a enfermedades inculpables, pero deja expresamente aclarado que las mismas no presentan vínculo con las tareas laborales del trabajador.

Señala que el juez de primera instancia no se aparta del informe pericial, sino que coincide con el experto en que la única patología con relación al reclamo es la referida a la lumbociatalgia.

Se refiere a la contradicción que existiría entre lo resuelto en autos, y lo decidido en un caso análogo, destacando que no es posible considerar contradictoria una sentencia en otro caso, entre distintas partes, distintas dolencias, distinto cuadro probatorio.

Afirma que tampoco hay apartamiento de la pericia en higiene y seguridad, en tanto este perito en ningún omento refiere a un agente de riesgo causante de dolencias en las rodillas y en las muñecas.

Con relación al IBM, sostiene que su parte lo negó, tratándose, por ende, de un hecho controvertido.

Finalmente, y en lo atinente a las costas, señala que el sentenciante de grado dio fundamentos para distribuirlas como lo hizo, y el actor, por su parte, no brinda mayores argumentos para sostener su posición.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, entiendo que asiste razón a la demandada cuando afirma que el memorial de la parte actora no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Todo recurso de apelación requiere de un cabal cumplimiento de la manda del art. 265 del CPCyC, habiéndose señalado reiteradamente que es carga de la parte apelante demostrar cual es el punto del desarrollo argumental del fallo que se recurre que muestra un error en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica -dando las bases del distinto punto de vista-, que lleva al desacierto ulterior concretado en el veredicto. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esta manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la resolución que cuestiona.

Conforme lo señalan Carlos Eduardo Fenochietto y Roland Arazi ("Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Astrea, 1993, T. 1, pág. 939/944) la naturaleza de la expresión de agravios se vincula con la sentencia, que constituye, al decir de Carnelutti, el blanco contra el cual se dirige. En esta orientación tiene la trascendencia de una demanda, pues sin expresión de agravios el tribunal de Alzada se encuentra imposibilitado de verificar la justicia o injusticia del acto apelado.

Siguen diciendo los autores citados que la crítica razonada del fallo recurrido no se sustituye con una mera discrepancia, sino que importa el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas.

A la luz de estos conceptos, se advierte que el apelante no ha efectuado la crítica de la sentencia recurrida que la legislación procesal requiere, principalmente, porque no se ha hecho cargo de los fundamentos dados por el a quo para fallar como lo hizo. Incluso, algunos pasajes de su

memorial dan cuenta de que no se leyó detenidamente la sentencia de grado, o que ella no se interpretó correctamente.

De la lectura de la extensa expresión de agravios, se advierte que en su mayor parte se transcriben fallos, doctrina, y partes de los informes periciales como así también de la sentencia recurrida, pero el apelante solamente insiste en la postura asumida en primera instancia respecto de los aspectos que cuestiona, sin rebatir las razones dadas por el juez de grado para fallar como lo hizo.

La primera crítica del recurrente refiere a que no se ha considerado, a efectos de determinar la incapacidad del trabajador, sus dolencias en la rodilla (menisectomía de rodilla izquierda) y en las muñecas (lesión en sendos nervios mediano izquierdo y derecho), pero no considera las razones que constan en la sentencia de primera instancia para excluir estas patologías como enfermedad profesional, siendo la crítica, en este caso, prácticamente, una reiteración de la impugnación oportunamente formulada al informe pericial.

En primer lugar, no se encuentra acreditado que el actor haya trabajado en tareas similares a las desempeñadas para la empresa Indalo antes de iniciar la relación laboral con ésta. Esto está claramente dicho en la sentencia de primera instancia. Sin embargo, el apelante insiste en este hecho como si estuviera demostrado, criticando que el perito no se hace cargo de él, cuando, tal como se señaló, no se encuentra probado. Tampoco indica el recurrente cuál sería la prueba de la cual surgirían los trabajos anteriores del actor.

Menos aún se ajusta a las constancias de la causa que el juez a quo haya hecho lugar a la patología columnaria porque consta en el examen preocupacional del actor, cuando, por el contrario, el acogimiento de esta incapacidad es consecuencia de que no se ha acompañado el examen

preocupacional del trabajador, ya que los adjuntados a autos no se corresponden con el ingreso para la empresa Indalo.

Igual sucede con la prueba testimonial, la que sí fue valorada por el a quo, aunque señalando que ella da cuenta solamente de la incidencia de las tareas desarrolladas por los choferes sobre la columna, pero nada aporta respecto de las otras enfermedades.

Luego, la pericia de fs. 182/183 informa que *"manejar un colectivo urbano no implica vibraciones de cuerpo entero (columna) ni movimientos que impliquen la producción de un síndrome del túnel carpiano, ni síndrome meniscal...La enfermedad hernias de disco múltiples, túnel carpiano bilateral, son patologías definidas y precisas que no se relacionan con las tareas. El síndrome meniscal no tiene como antecedente ningún accidente laboral...No pueden establecerse, desde el punto de vista médico, nexos fehacientes entre las patologías padecidas y sus tareas laborales...El actor no presenta ninguna enfermedad profesional...La única patología valorable es la lumbociatalgia...No tiene lesión meniscal. Fue operado hace 4 años y no hay relación con las tareas"*.

Al responder a la impugnación formulada por la parte actora, el perito indica que *"La discopatía crónica es la irritación prolongada de una raíz nerviosa de la médula espinal. En el caso del actor es la raíz L5...Todas las RMN muestran discopatía múltiple. No hay informes que muestren espondiloartrosis de la columna, los discos no tienen calcificación sino protusiones (distintos grados de hernias), requisitos que exige el Decreto 658/96...En el expediente no existe ninguna constancia que certifique que el actor trabajó antes de su ingreso a Indalo conduciendo vehículos pesados, u ómnibus de larga distancia o que operara grúas o equipos pesados..."* (fs. 200/201).

Se advierte, entonces, que el juez de grado respetó las conclusiones del informe pericial, reconociendo como única patología vinculada con el trabajo a la lumbociatalgia.

No existen en autos pruebas que permitan considerar que las enfermedades no incluidas en la condena tengan relación causal con el trabajo, carga probatoria que estaba en cabeza de la demandante, como bien lo afirma la sentencia de primera instancia.

Al fallar la causa "Tropan c/ Aseguradora de Riesgos del Trabajo Horizonte ART S.A." (expte. n° 505.363/2015, 5/6/2018) sostuvo que: "*Claudio E. Andino afirma que para distinguir una enfermedad profesional, de acuerdo con el Laudo MTSS n° 156/1996 (publicado en el Boletín Oficial del 6/3/1996), se identifican los siguientes factores: a) variabilidad biológica: en relación a un mismo riesgo o condición patógena laboral, no todos enferman y los que enferman no lo hacen todos al mismo tiempo y con la misma intensidad; b) multicausalidad: una misma enfermedad puede tener distintas causas o factores laborales y extralaborales que actúan al mismo tiempo y que contribuyen a su desencadenamiento; c) inespecificidad clínica: la mayoría de las enfermedades profesionales no tienen un cuadro clínico específico que permita relacionar la sintomatología con un trabajo determinado; d) condiciones de exposición: un mismo agente (riesgoso) puede presentar efectos nocivos diferentes según las condiciones de exposición y vía de ingreso al organismo. Agrega el autor citado que, de acuerdo con el mismo documento para atribuir carácter profesional a una enfermedad se debe tomar en cuenta: a) el agente: debe existir un agente en el ambiente de trabajo que, por sus propiedades, pueda producir un daño a la salud: b) exposición: debe estar*

demostrado el contacto entre el trabajador afectado y el agente o condiciones de trabajo nocivas; c) enfermedad: debe haber una enfermedad claramente definida; d) relación de causalidad: debe de haber pruebas que permitan establecer una relación de causa-efecto entre la patología definida y la presencia del trabajo (cfr. aut. cit., "Abordaje crítico de dos íconos jurídicos: enfermedades profesionales y baremos", LL AR/DOC/1467/2008)".

En igual sentido, destacando la importancia de la exposición del trabajador que persigue la reparación de una enfermedad profesional, al agente nocivo ya me había expedido en autos "Chospe c/ Prevención ART S.A." (expte. n° 460.219/2011, 9/5/2017).

Reitero que en autos no se encuentra probado la existencia de un agente nocivo o de riesgo en el ambiente laboral o en las condiciones de labor que tenga relación causal con las dos enfermedades descartadas por el juez de grado: síndrome meniscal y síndrome del túnel carpiano, por lo que mal pueden ser atribuidas al trabajo.

Y en esta conclusión nada influye el informe pericial en higiene y seguridad, en tanto el perito se limitó a cotejar las constancias del expediente, sin constituirse en el lugar de trabajo del actor, por lo que lo allí informado no genera convicción de verdad, en tanto sus aseveraciones son meramente teóricas, sin correlato con la concreta realidad de la labor desempeñada por el accionante.

Tampoco puede ser considerada la supuesta contradicción con lo decidido por el juez de primera instancia o lo dictaminado por el perito en otros procesos, en tanto la apelante no pone en evidencia la identidad fáctica del presente supuesto con el del precedente que cita (cfr. TSJ,

autos "Sandoval c/ Supermercados Norte S.A.", R.I. n° 123/2007, del registro de la Secretaría Civil, entre otros).

Se confirma entonces la sentencia de primera instancia en lo que hace a la valoración de la incapacidad del trabajador.

III.- En lo que refiere al ingreso base mensual considerado por el sentenciante de primera instancia, el monto denunciado en tal concepto en la demanda fue negado expresamente por la demandada (fs. 115 vta.), tal como lo señala el a quo en su resolutorio.

Ahora bien, no se encuentra controvertido en esta instancia la base de cálculo del IBM que es de cuatro meses (noviembre de 2012 a febrero de 2013), y si comparamos los recibos de enero de 2012, SAC segundo semestre 2012 y enero de 2013 -únicos acompañados por el actor que se corresponden con el período antedicho-, vemos que no existe diferencia con los montos informados por la AFIP a fs. 262.

Tampoco existen errores en el cálculo del IBM, en tanto que la recurrente no explica de donde obtiene el IBM que denuncia en su demanda.

Lo dicho lleva a confirmar el ingreso base mensual utilizado por el juez de grado para calcular la prestación dineraria debida al demandante.

IV.- Finalmente, y en lo que refiere a la distribución de las costas del proceso he de otorgar razón a la recurrente.

En el precedente "Guglielmi c/ Gauna" (expte. n° 390.900/2009, 13/10/2011) señalé que: *"con relación a la imposición de las costas nuestra legislación procesal ha adoptado como base el principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCyC). Sin perjuicio de ello, en procesos de naturaleza*

laboral, en atención a que se trata de créditos de carácter alimentario, no se mira la cantidad de rubros acogidos y rechazados, y no se comparan los montos por los que se demanda y por los que progresa la acción a efectos de determinar la calidad de vencido, sino que hay que estar a lo sustancial del reclamo (cfr. Sala II, "Broca c/ De Mori", P.S. 2001-II, f° 263/264). Si la demanda progresa en lo sustancial, aunque el monto de condena sea inferior al de demanda, se debe considerar que la parte vencida es la demandada".

Liliana N. Picón, por su parte, sostiene que: "En algunos supuestos resulta adecuado acudir al dispositivo del art. 71, CPCCN, en cuanto establece que si el resultado del pleito o incidente fuere parcialmente favorable a ambos litigantes, las costas se compensarán o se distribuirán prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos. Se trata de una situación procesal particular que se configura cuando el resultado del litigio no consagra un vencedor absoluto: ambas partes han triunfado y fracasado parcialmente en sus pretensiones. La pauta para su determinación será la medida del éxito o del fracaso de cada litigante, distribución que será decidida con prudencia por el juez, atendiendo a lo sustancial del reclamo y de aquellas cuestiones que han sido desestimadas y receptadas en el pronunciamiento definitivo. Se ha sostenido que el art. 71, CPCCN impone una exégesis racional de su contenido, que lleva inexorablemente a valorar la trascendencia de lo admitido y lo desestimado en su conjunto, a fin de apreciar prudencialmente el apropiado y equitativo prorrateo de la admisión del rubro (C. Nac. Com., sala B, 28/11/2001, D 202-527). Insistimos en que la distribución de las costas debe ser el resultado de un prudencial reparto y no de un cálculo aritmético, ponderando en cada caso las particularidades del reclamo inicial y del

resultado sustancial del pleito" (cfr. aut. cit., "A propósito de las costas procesales", LL 003/402080).

En autos, la demanda ha progresado en lo sustancial, más allá del porcentaje de incapacidad que se admitió para liquidar la prestación dineraria, y de la desestimación de las dolencias respecto de las cuales no se ha acreditado vinculación causal con el trabajo. Es por ello que entiendo que la demandada tiene la calidad de vencida ya que, en definitiva, la pretensión reparatoria ha sido acogida favorablemente. Ello, unido a los principios del derecho del trabajo, que exigen una particular prudencia al momento de admitir un detrimento en el crédito del trabajador, hacen que la imposición de costas por la actuación en la primera instancia respecto de la acción de fondo deba ser a cargo de la parte demandada, conforme lo prescripto por el art. 17 de la ley 921.

V.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y modificar, también parcialmente el resolutorio recurrido, imponiendo las costas, por el progreso parcial de la demanda, a la demandada perdidosa (art. 17, ley 921), confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en un 90% a la parte actora y en un 10% a la parte demandada (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada, en el 4,05% de la base regulatoria para el Dr. ...; 2,25% de la base regulatoria para el Dr. ...; 3,15% de la base regulatoria para la Dra. ..., y 1,26% de la base regulatoria para el Dr. ..., todo de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la ley 1.594. Para el supuesto de

aplicarse los mínimos legales, estos porcentajes se liquidarán sobre dichos mínimos.

El Dr. José I. NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 372/381 vta., imponiéndose las costas, por el progreso parcial de la demanda, a la demandada perdidosa (art. 17, ley 921), confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravio.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia en un 90% a la parte actora y en un 10% a la parte demandada (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada, en el 4,05% de la base regulatoria para el Dr. ...; 2,25% de la base regulatoria para el Dr. ...; 3,15% de la base regulatoria para la Dra. ..., y 1,26% de la base regulatoria para el Dr. ... (art. 15 de la ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria