

NEUQUEN, 20 de mayo de 2024.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**ROMANO WALTER EDUARDO C/ OMINT ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO SA S/ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART**", (JNQLA2 EXP N° 515580/2019), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de hojas 209/213vta. -dictada el día 15 de noviembre de 2023- que rechaza la demanda, distribuyendo las costas en el orden causado.

a) En su memorial de hojas 215/229vta. - presentación web n° 550577, con cargo de fecha 24 de noviembre de 2023-, la recurrente sostiene que la sentencia apelada carece de motivación.

Dice que la ley 24.557, en su art. 6 inc. 3 apartado d) excluye incapacidades preexistentes a la relación laboral si son acreditadas con un examen preocupacional.

Cita doctrina y jurisprudencia y señala que la ausencia de examen preocupacional o el incumplimiento de sus estándares legales, lleva a presumir que el trabajador inició la relación laboral en condiciones óptimas de salud, responsabilizando a la ART por las prestaciones correspondientes.

Argumenta el apelante, la combinación de los apartados 6.2 a) y 6.2 b) es concluyente en que la aseguradora no pudo liberarse de responsabilidad respecto de una incapacidad reconocida e incluida en el listado, o provocada por causa

directa e inmediata del trabajo, a menos que demuestre que es una incapacidad preexistente a la relación laboral, verificada mediante examen preocupacional.

Agrega que la carga de la prueba recae en la parte actora para demostrar la relación entre la enfermedad y las condiciones laborales.

Sigue diciendo que en autos está acreditada la patología de la lumbociatalgia, y se debe probar que, aunque la patología puede ser preexistente, se manifestó o agravó debido a las actividades laborales del trabajador, vinculándola causalmente con el evento dañoso, y esto está acreditado en demasía.

Afirma que en estas actuaciones el perito médico ha mencionado un proceso degenerativo, el que no está debidamente acreditado, ya que no existen elementos suficientes para llegar a tal conclusión.

Destaca que no se presentó examen preocupacional, y aunque su realización sea una obligación del asegurado, la parte actora diligenció el oficio a la entidad empleadora del demandante, quién manifestó que el examen no estaba en su poder.

Entiende que esta omisión es totalmente atribuible a la parte demandada, ya que si buscaba excluir las consecuencias perjudiciales en el marco de la ley 24.557, debió procurar acompañar el examen preocupacional.

Recuerda que el art. 4 inc. 2 de la LRT establece como obligación de la parte demandada, el control de las normas de prevención de riesgos, entre las que se incluye la realización de los exámenes de salud indicados en el art. 1 de la resolución SRT 37/2010.

Considera que el juez de grado ha valorado erróneamente la prueba testimonial en lo que refiere al testigo Aguirre.

Manifiesta que es evidente que el testigo Aguirre no es un testigo de oídas, ya que fue compañero de trabajo del actor y, además, el demandante empezó a trabajar en el puesto del testigo tras una contingencia de salud que le impidió realizar la actividad.

Afirma que este testigo prestó cabal testimonio sobre las tareas que cumplía el accionante, las que coinciden con aquellas señaladas por la perita médica a la hora de configurar la enfermedad profesional, en tanto describió la realización de tareas manuales que intercambian permanecer de pie con levantamiento de mercadería, que llevaba arrastrar una herramienta hidráulica para trasladar un pallet lleno de paquetes que pesaban hasta 35 kg, y a través de una escalera realizaba un trabajo que debían hacer dos personas, para reponer una góndola, y cuando sobraba material debía subir hasta el techo de la góndola para dejar el sobrante.

Argumenta que la utilización de elementos de seguridad no estaba prevista por la empleadora, ni controlada por la ART.

Vuelve sobre la importancia de los exámenes preocupacionales.

Para el supuesto de revocarse la sentencia recurrida solicita la aplicación del precedente "Contreras" del Tribunal Superior de Justicia.

b) La parte demandada contesta el traslado del memorial en hojas 231/235 -presentación web n° 556931, con cargo de fecha 5 de diciembre de 2023-.



Dice que la sentencia de grado se encuentra motivada principalmente en el informe pericial médico, el que considera que ante la presencia de osteofitosis, deshidratación discal y protusiones discales de varios niveles no se cumple con los requisitos para enfermedad profesional.

Señala que la perita médica ha dicho que el actor padece una patología de causa multifactorial, de tipo crónico degenerativa que, relacionada con el trabajo, razonablemente provocó el cuadro sintomático que lo aqueja; agregando que la enfermedad padecida por el actor no resulta producto del trabajo.

Sigue diciendo que el agravio de la recurrente solamente pone de manifiesto su disconformidad con el informe pericial.

Se refiere a los recaudos del memorial en los términos del art. 265 del CPCyC.

Manifiesta que la ausencia de examen preocupacional no es impedimento para que el perito dictamine que no existe relación de causalidad entre el trabajo y la dolencia.

Con relación al testimonio del señor Aguirre sostiene que de sus dichos surge que el empleador proveía a sus empleados de maquinaria para realizar la reposición de la mercadería que debía ser colocada en la góndola, y que solamente se utilizaba la fuerza manual para acomodar los productos, tarea esta última, que no requiere un esfuerzo mayúsculo.

Se opone a la aplicación del precedente "Contreras".

Mantiene la reserva del caso federal.

II.- Ingresando en el análisis del recurso de apelación de autos y si bien el memorial es algo confuso y

reiterativo, entiendo que no corresponde declarar la deserción del recurso, toda vez que la pieza procesal cuestiona fundadamente la valoración del material probatorio por parte del juez de grado, principalmente en lo que refiere a la prueba pericial médica.

No comparto la apreciación de la parte apelante respecto a que la sentencia de primera instancia no se encuentre motivada. Por el contrario, su fundamentación es correcta, ya que se basa casi exclusivamente en el informe pericial médico - dirimente para el caso de autos-.

Y el dictamen pericial médico también se encuentra debidamente fundado.

La complejidad que presenta el supuesto bajo análisis radica en la interpretación del informe pericial médico, y los alcances de la distinción entre enfermedad profesional y enfermedad relacionada con el trabajo.

La perita médica ha concluido en que el actor no presenta una enfermedad profesional, explicando fundadamente porque no puede ser encuadrada la dolencia del actor en tal concepto. Y entiendo que la explicación que da la experta es adecuada, compartiendo, entonces, lo afirmado por la médica... respecto a que no nos encontramos en presencia de una enfermedad profesional.

Sin embargo, el mismo informe pericial sostiene que, si bien la dolencia del trabajador no es enfermedad profesional, sí se trata de una enfermedad relacionada con el trabajo. El dictamen explica, con relación a la categoría enfermedad relacionada con el trabajo: *"En esta entidad, definida y reconocida en la especialidad de Medicina del Trabajo, se incluyen aquellas enfermedades que se agravan o empeoran en el puesto de trabajo, pero que no son producto de*



éste. Por Ej.: una persona que padece asma bronquial e inicia actividades laborales en un ambiente que lo expone a sustancias irritantes o sensibilizantes de las vías respiratorias verá empeorado su cuadro con más frecuentes episodios de broncoespasmo. Igual situación para un alérgico o para un trabajador portador de hernias inguinales que se ponen sintomáticas con los esfuerzos, etc.

"Con el mismo razonamiento, en el presente caso, la realización de movimientos de flexoextensión y rotación de la columna con carga (levantamiento de peso) justificaría la aparición de dolor en el actor o reagravamientos de su patología, por lo que se consideró desaconsejable su continuidad en tareas de repositor (situación que fue evaluada en la empresa y motivó su reubicación en líneas de caja al momento del reintegro laboral, según su propio relato)" -hoja 171-.

Lo dicho se condice con la conclusión plasmada en el dictamen pericial en orden a que se trata de una enfermedad o dolencia multifactorial; si bien no fue provocada por el trabajo, si ha actuado este último como factor de agravamiento o manifestación dolorosa de la dolencia de base.

¿La ubicación del trabajo como factor concausal excluye la inclusión de la enfermedad dentro de las contingencias previstas en la LRT?

Veamos. El art. 6 de la LRT excluye de su cobertura los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales causadas por el dolo del trabajador o por fuerza mayor extraña al trabajo (apartado 3 inc. a) -que no es el caso de autos-; y las incapacidades del trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditadas en el examen preocupacional efectuado según las pautas establecidas por la autoridad de aplicación (apartado 3 inc. b).



En autos se ha comprobado que las tareas desempeñadas por el trabajador para su empleadora incidieron - agravando- en la salud de aquél (y por eso se le niega el carácter de enfermedad profesional, pero se reconoce que es una enfermedad relacionada con el trabajo), a punto tal que la manifestación dolorosa de la enfermedad se produce durante la vigencia de la relación laboral. Incluso la misma empleadora ha reconocido la inconveniencia de las tareas asignadas para la salud del actor, procediendo a su reintegro laboral en otro puesto de trabajo (línea de cajas).

Juan J. Formaro recuerda que según la teoría de la indiferencia de la concausa, la responsabilidad del empleador comprende tanto la incidencia dañosa provocada por el trabajo en la salud del trabajador, con la consiguiente incapacidad para desempeñar su labor, como todas las secuelas que el infortunio pone en ejecución en torno a las lesiones ignoradas u ocultas. *"Resulta allí indiferente el cuántum de la incidencia laboral, debiendo el patrón indemnizar el total del daño actual si el trabajo incidió en alguna proporción en la causación de la incapacidad."*

"Por lo tanto, no procede efectuar discriminaciones ente las producidas por el infortunio y las preexistentes a la época de aquél. Basta al efecto que el trabajo actúe como factor concurrente o agravante del estado físico deficitario, para que la totalidad se considere indemnizable" (cfr. aut. cit., "Riesgos del Trabajo", Ed. Hammurabi, 2013, pág. 123).

Durante la vigencia de la ley 9.688, siempre se consideró que la teoría de la indiferencia de la concausa era inherente al sistema, situación que fue alterada con la sanción de la ley 24.028, la que dispuso que para el caso de concurrencia de factores causales atribuibles al trabajador y

factores causales atribuibles al trabajo, sólo se indemnizaría la incidencia de estos últimos.

Cuando se sanciona la ley 24.557 no se incluye en su articulado una disposición como la de la ley 24.028, por lo que se entiende que vuelve a regir la teoría de la indiferencia de la concausa, con la única limitación de la incapacidad preexistente acreditada con examen preocupacional, realizado conforme la reglamentación en la materia.

Matías H. Diplotti dice: *“La ley 24.557 no autoriza a discriminar cual ha sido el grado de participación de los distintos factores que confluyen para conformar el daño actual, por lo que rige al respecto la teoría de la indiferencia de la concausa con sus dos reglas: basta que el empleo haya participado concausalmente para que se active la responsabilidad de la ley especial y la indemnización a computar debe ser calculada con base en la totalidad del daño actual con la única excepción de las incapacidades preexistentes en los términos del ap. 3, inc. b), art. 6, ley 24.557”* (cfr. aut. cit., *“La indiferencia de la concausa en el sistema tarifado de la LRT. La necesidad de integrar en las sentencias conceptos supra legales”*, DT 2023, pág. 216).

La misma opinión tiene Juan J. Formaro: *“La hipótesis contemplada en el ap. 3°, b) del art. 6° de la ley 24.557 constituirá una exclusión parcial de la responsabilidad fundada en una acotada excepción a la aplicación de la teoría de la indiferencia de la concausa, que exige para su procedencia la acreditación de la preexistencia de la incapacidad mediante examen preocupacional cumplido según las condiciones indicadas.*

“Acreditada la preexistencia, la aplicación de esa disposición abrirá dos posibilidades: que no exista examen preocupacional o que el realizado no reúna los recaudos

expresamente indicados en la ley , hipótesis en la cual opera la indiferencia de la concausa y por la que el trabajador tendrá derecho a recibir las prestaciones en especie y dinerarias en su totalidad; o que se cuente con el examen preocupacional llevado a cabo con arreglo a la legislación vigente, supuesto en el que se deberá resarcir la porción de daño que se agregue a la preexistente en conexión con el accidente o las condiciones laborales” (cfr. aut. cit., op. cit. ,pág. 125).

Entonces, y por aplicación de la teoría de la indiferencia de la concausa, no contándose en estas actuaciones con el examen preocupacional que se le tendría que haber realizado al actor, la demandada debe responder por la totalidad de la incapacidad determinada para el trabajador, en tanto el trabajo actuó como factor concausal agravante de la dolencia del trabajador.

La jurisprudencia es conteste en esta solución. Así la Sala VII de la CNAT resolvió: *“Si bien el médico perito al determinar el porcentaje de incapacidad que sufre el trabajador a raíz de la lesión lumbar que el esfuerzo en el trabajo le provocó sostuvo que existía concausalidad, en tanto no todo ese porcentaje obedecía al factor trabajo, debe considerarse la totalidad del mismo a los fines de calcular la indemnización debida pues, el demandado, no acompañó el legajo médico, ni tampoco el examen médico preocupacional mediante el cual podía llegar a acreditarse la preexistencia de alguna afección columnaria y, si dicho examen se hubiera realizado y el médico actuante hubiera dictaminado que el actor tenía limitaciones para cumplir tareas de esfuerzo, ello habría exigido de la empleadora una conducta diligente tendiente a reducir al máximo los riesgos en la salud del trabajador, lo que no se encuentra cumplido en el caso” (autos “Sorairé c/ Experta ART S.A.”, 21/6/2016, TR La Ley AR/JUR/47087/2016).*



Esta Sala II, en autos "Servian c/ Experta ART S.A." (expte. jnqla1 n° 512.746/2018, 4/8/2021) y "Fontana c/ Federación Patronal Seguros S.A." (expte. jnqla5 n° 515.349/2019, 15/12/2021) ha sostenido: *"Finalmente, y aquí aparece la importancia del examen preocupacional, puede asistir razón a la parte demandada en orden a que quizás el accidente de trabajo no fue la única causa de la secuela incapacitante que hoy presenta el trabajador, pero la única prueba que podría haber permitido medir la influencia del evento dañoso en la salud del trabajador era el examen preocupacional (art. 6 inc. 3 apartado b, ley 24.557) y conforme lo reconoce la misma parte demandada, el empleador ha informado que no cuenta con dicho documento"*.

"Al no contar con el examen preocupacional no puede conocerse si el actor era portador de la patología que hoy tiene en oportunidad de iniciar la relación laboral con la empleadora con la cual la demandada celebró el contrato de afiliación, ni tampoco, en su caso, la magnitud de la dolencia, por lo que mal puede establecerse cuál ha sido la influencia del accidente de trabajo en la agravación del cuadro del demandante, si es que la dolencia ya existía -lo que se desconoce-".

"En el ya citado precedente "Andrés" se dijo: "En tanto no se cuenta en autos con el examen preocupacional del trabajador debo presumir que éste ingresó a trabajar a las órdenes de su empleadora en perfectas condiciones de salud".

"...Luego, si el trabajador ingresó a las órdenes de la empleadora en buenas condiciones de salud, he de presumir que la hernia -ya sea que el accidente actuara como disparador de la etapa aguda de la enfermedad, o la provocara- es una dolencia laboral".

"Por ende, la demandada es responsable por el total de la incapacidad determinada por la perito médica".

En consecuencia, he de propiciar la revocación del resolutorio apelado, y el acogimiento de la demanda.

III.- Sentado lo anterior corresponde determinar cuál es el porcentaje de incapacidad que presenta el demandante, y proceder a la liquidación de la pertinente indemnización.

La perita médica ha dicho que la incapacidad laboral que presenta el actor puede ser encuadrada en el baremo como limitación funcional de la columna dorsolumbar, o como lumbalgia con manifestación clínica moderada (hoja 171vta.), he de tomar, entonces, el último de los encuadramientos señalados, ya que coincide con los certificados médicos acompañados por la actora (hojas 17/18) y con el dictamen pericial de parte (hojas 21/23).

En consecuencia, el trabajador tiene una incapacidad conforme la tabla de evaluación de incapacidades del 5%. A este porcentaje corresponde adicionar los factores de ponderación, los que de acuerdo con lo determinado por la perita médica son: dificultad para la tarea alta (20%), y edad (1%), lo que hace un total de 7% (5% + 1% + 1%).

A efectos de liquidar la indemnización debida al trabajador he de atenerme al art. 12 de la ley 24.557, en su redacción anterior a la ley 27.348, dado la fecha de la primera manifestación invalidante de la enfermedad (15 de diciembre de 2016, conforme acta de comisión médica), por ser la ley vigente a ese momento -cfr. doctrina del fallo "Espósito" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-.

Lo dicho determina que no puede ser aplicado en autos el precedente "Contreras c/ Galeno ART S.A." del Tribunal

Superior de Justicia, en tanto el mismo interpreta la manda del art. 12 de la LRT, en la redacción dada por la ley 27.348.

Teniendo en cuenta que la parte demandada no ha desconocido el IBM denunciado en la demanda (\$ 35.500), parto de esta suma para aplicar la fórmula legal, considerando también a tal fin un coeficiente de edad de 2,03 -tampoco cuestionado por la demandada-.

Luego, por aplicación de la fórmula antedicha se alcanza una indemnización de \$ 267.361,15, suma que resulta superior al piso mínimo dispuesto por resolución n° 387/2016 de la Secretaría de Seguridad Social de la Nación, por lo que he de estar al resultado de la fórmula legal.

Dicha suma se incrementa con el adicional previsto por el art. 3 de la ley 26.773 (\$ 53.472,23), lo que hace una indemnización total de \$ 320.833,38.

Este capital devenga intereses desde la fecha del hecho dañoso (art. 2° ley 26.773), en este caso primera manifestación invalidante de la enfermedad -15 de diciembre de 2016- y hasta el día 31 de diciembre de 2020, de acuerdo con la tasa activa del BPN; y a partir del 1 de enero de 2021 y hasta el efectivo pago, el interés se liquidará de acuerdo con la tasa efectiva anual para préstamos personales, canal venta sucursales para clientes sin paquete, del mismo banco -utilizada sin IVA y sin capitalizar-.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación planteado por la parte actora y revocar el resolutorio recurrido.

Recomponiendo el litigio, se hace lugar a la demanda, condenando a la demandada a abonar al actor, dentro de los cinco días de quedar firme la presente, la suma de \$

320.833,38 con más sus intereses, calculados del modo establecido en el Considerando pertinente.

Las costas por la actuación en ambas instancias son a cargo de la demandada vencida (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

Se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios realizadas en la primera instancia, y se fija la retribución por la actuación en dicha instancia en el... de la base regulatoria (conformada por capital de condena con más sus intereses, art. 20, ley 1.594) en conjunto para los letrados....-ambos en doble carácter por la parte actora-; y en el... de la base regulatoria para el letrado apoderado de la parte demandada hasta hoja 182...; y de la base de regulación para el letrado apoderado de la parte demandada a partir de hoja 183, todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594.

Los honorarios de la perita médica.... se fijan en el 5% de la base de regulación, teniendo en cuenta la tarea cumplida, su incidencia en la resolución de la litis, y la adecuada relación de proporcionalidad que debe existir entre la retribución de los abogados de las partes, quienes intervienen durante todo el proceso, y la de los profesionales auxiliares, los que actúan en el diligenciamiento de un medio probatorio.

Los honorarios por la labor ante la Alzada se determinan en el 7,84% de la base regulatoria en conjunto para los letrados....., y 4,7% de la base regulatoria para el letrado... (art. 15, ley 1.594).

El juez **José NOACCO** dijo:

Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala II**



RESUELVE :

I.- Revocar la sentencia de hojas 209/213vta. - dictada el día 15 de noviembre de 2023-, haciéndose lugar a la demanda y condenando a la demandada a abonar al actor, dentro de los cinco días de quedar firme la presente, la suma de \$ 320.833,38 con más sus intereses, calculados del modo establecido en el Considerando pertinente.

II.- Imponer las costas de ambas instancia a cargo de la parte demandada.

III.- Regular los honorarios profesionales, en ambas instancias, en el modo indicado en los Considerandos.

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

Dra. PATRICIA CLERICI Jueza

Dr. JOSÉ NOACCO Juez

**Dra. MICAELA ROSALES
Secretaria**