



NEUQUEN, 23 de julio de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**SCARDILLA GUILLERMO EMILIO C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557**", (JNQLA1 EXP N° 469640/2012), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando Marcelo **GHISINI** y Jorge **PASCUARELLI** -por apartamiento del Dr. Marcelo Juan MEDORI-, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Ghisini, dijo:**

I.- La sentencia de primera instancia (fs. 243/245 y vta.), rechazó la demanda que perseguía el cobro de la prestación prevista por el artículo 14 ap. 2 inc. "a" de la ley 24.557.

Determinó el magistrado de la instancia anterior que la cuestión litigiosa estaba en determinar la atribución de causalidad entre la tarea desempeñada y la patología diagnosticada y luego, con sustento en el informe pericial médico y su sustanciación, determinó la inexistencia de relación de causalidad entre la espondilosis y las tareas del actor, así como la inexistencia de secuelas no resarcidas del accidente.

II.- El fallo es apelado y fundado por la parte actora en la pieza procesal que corre agregada a fojas 249/255.

El primer planteo se endereza a formular señalamientos relativos a la producción de la prueba pericial médica.

Afirma que la Dra. Alicia E. Obiol debió excusarse al ser designada, por cuanto reconoció prestar servicios para San Agustín y Prevenir SA, centros prestadores de la ART entre los que se encuentra la demandada. Expresa las diferentes alegaciones que formuló al respecto y señala que ante la



desestimación de su petición formuló reserva de solicitar la apertura a prueba en esta instancia.

Destaca que la perito violó garantías de raigambre constitucional, tales como el derecho de defensa del trabajador, igualdad ante la ley y el principio de tutela judicial efectiva, por cuanto omitió denunciar que percibe remuneración por los servicios desempeñados para las empresas Prevenir y San Agustín SA.

Pone de relieve que la experta ha sostenido una postura claramente favorable a los intereses de la aseguradora, excediéndose en su función, por cuanto desconoció el valor probatorio de los exámenes de salud preocupacional y periódico.

En su segundo agravio cuestiona la sentencia en cuanto asignó valor probatorio al informe pericial médico, pese a las diferentes observaciones realizadas.

Destaca fundamentalmente que el informe pericial resulta incongruente con los exámenes de salud incorporados al inicio, de los que se sigue la inexistencia de preexistencias y que el perito reconoció la existencia de lumbalgia y lumbociatalgia, pero que luego las desvinculó como incapacitantes.

Posteriormente subrayó que el actor comenzó a padecer dolores recurrentes en su columna dorsolumbar en el año 2012, situación que se fue agravando hasta el día 10 de enero de 2012, cuando sufrió el hecho agudo que generó la intervención de la A.R.T. Recalca entonces que las secuelas que dan lugar a la acción son las derivadas de las tareas desarrolladas habitualmente; de ello deduce la arbitrariedad o exceso de la experta actuante.

Pone de relieve que el cuadro médico -aún congénito- quizás se haya visto agravado por las tareas desarrolladas por el actor.



Enfatiza que la carga de la prueba de una preexistencia estaba en cabeza de la ART.

Conferido el pertinente traslado, la demandada no hizo uso de la facultad de contestarlo.

III. De modo liminar al tratamiento del recurso ensayado, cabe recordar que son los litigantes quienes delimitan con sus quejas, como regla general, el alcance del conocimiento de la Alzada, que por tanto se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), conforme la propuesta llevada a decisión del inferior (art. 277) y en ese marco es que corresponde analizar el recurso deducido.

Además, los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllas que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386 del C.P.C. y C).

En relación al planteo de apertura a prueba en esta instancia, destaco que si bien en el encabezamiento de fs. 249 señala "[...] Solicita decrete nulidad no tratada en el fallo y apertura a prueba en Segunda Instancia [...]", en el desarrollo del recurso no se postula ninguna petición concreta, puesto que el apelante formula todas las consideraciones "[...] para que la Alzada tenga presente, que la actuación de la perito médico y del propio juzgado al ignorar en reiteradas ocasiones planteos formulados por ésta parte, lesiona derechos del trabajador, siendo precisamente por éste motivo que se formuló a fs. 236/vta., reserva de solicitar apertura a prueba en 2da. Instancia, de acuerdo a lo previsto en el art. 260 del CPCyC [...]".

Por la naturaleza específica del recurso de apelación regulado por el artículo 42 de la ley 921, debía la parte actora efectuar una petición en el plazo asignado



legalmente para recurrir y fundar su presentación, sin que surja de modo concreto que lo haya hecho.

Este señalamiento resulta gravitante por cuanto aun cuando las presentaciones de las partes deben ser objeto de una razonable interpretación que evite caer en formas sacramentales, no es menos cierto que incumbe a los litigantes formular sus presentaciones con un mínimo de claridad que permita -aun con esfuerzo mediante- inferir su alcance concreto, máxime cuando la situación se asocia a eventuales planteos que pueden conllevar a gastos causídicos, tales como la designación de un nuevo perito.

Sin perjuicio de ello, se destaca que los artículos 465 a 467 del CPCC prevén un procedimiento para la recusación de los profesionales sorteados. En el caso el *a quo* resolvió el planteo formulado por la parte actora a fs. 136, de cuya cita de fundamentos surge que lo desestimó por extemporáneo y además por su inatendibilidad sustancial.

De este modo, se destaca que en su presentación el actor pretende reeditar un planteo que fue desestimado por su interposición fuera de término, por cuanto transcurrieron más de dos meses entre el auto de designación de fs. 110 y la presentación del actor (v. cargo de fs. 136) e incluso luego de que se desarrollaran actos preparatorios para la producción de la prueba, con intervención de la parte (fs. 117 y 118).

No dejo de advertir que a fs. 136, el actor denuncia haber tomado conocimiento, de lo que podría inferirse la denuncia de la causal como sobreviniente al acto de designación; no obstante, ello no eximía a la parte de acreditar tal circunstancia, sin que se haya indicado siquiera la fecha en que habría tomado conocimiento de los hechos alegados al magistrado de grado, lo que enervó toda posibilidad de determinar la temporaneidad del planteo.

Estas razones impiden la reedición de este aspecto precluido del debate en esta instancia, máxime cuando no existe



de una petición clara enderezada a requerir la designación de un nuevo perito en esta instancia.

En relación al segundo agravio, destaco que no satisface adecuadamente la carga procesal que fija el artículo 265 del Código Procesal (art. 54 ley 921).

Ello es así, por cuanto de la lectura de la presentación en examen se advierte la existencia de un mero disenso con la forma en que el a quo valoró el informe pericial médico y subsumió el caso en las normas aplicables, sin que se desprenda la existencia de una eficaz invocación y demostración de un error *in iudicando* que supere el umbral de lo tangencial u opinable.

Vale decir, que el objeto estricto del recurso de apelación no está asociado -en nuestro sistema procesal cuanto menos- al dictado de un nuevo pronunciamiento en sustitución de la sentencia de grado, sino que la función revisora requiere la invocación y eficaz demostración de un yerro en el procedimiento racional empleado en la primera instancia.

Este aspecto, está ausente en referencia al agravio en estudio, lo cual resulta relevante para comprender los límites del conocimiento de esta Alzada.

La diferencia radical entre realizar una crítica concreta y razonada y el mero disenso estriba en que mientras la primera actividad presupone un juicio de demostración racional y escrutable, la segunda de ellas se limita a una mera divergencia subjetiva.

A partir de estos señalamientos, basta con dar lectura a la fundamentación del recurso para advertir que el recurrente no ha desplegado una actividad dirigida en forma directa a demostrar la existencia de yerros.

Se trata de opiniones que por lo tanto no rebaten eficazmente lo decidido en la instancia anterior ni permiten la apertura -en términos de fundabilidad- de la revisión postulada. El recurrente no se hace cargo de refutar y



criticar adecuadamente los motivos tenidos en consideración para otorgar fuerza convictiva a la prueba pericial.

Sin perjuicio de ello y aun sopesando las dificultades que se derivan de la circunstancia previamente aludida, en atención a la dimensión constitucional del derecho a obtener una revisión del pronunciamiento de primera instancia enraizado en la garantía del debido proceso, se dará tratamiento a la apelación deducida.

En este orden, la perito médico fue concluyente cuando a fs. 169 vta./170 separó con sólidos fundamentos científicos la lesión denunciada en la demanda -a título de enfermedad accidente- de las tareas desarrolladas por el actor.

Explicó en términos científicos que la espondilólisis de la *pars inerarticularis* de la quinta vértebra es provocada por una defectuosa osificación del arco vertebral, haciendo eje en el origen congénito de la afección y de la ausencia de relación con las tareas. Asimismo indicó que se trata de la conformación anómala de la vértebra, que no tiene un tratamiento específico y que genera cuadros de lumbalgia o lumbociatalgia.

Al responder las observaciones formuladas por el actor a fs. 176, la experta indicó que para que la lesión pueda tener origen traumático debe verificarse un hecho agudo, sin que los microtraumatismos puedan afectar la vértebra, si ésta tiene una conformación anatómica normal.

A fs. 193 la perito sostuvo que la existencia de un hecho súbito y violento de suficiente magnitud para provocar una espondilólisis traumática no está documentada en la causa.

Con ello se concluye que al dar respuesta a las observaciones y pedidos de aclaraciones de la apelante, estableció en forma enfática que las patologías que padece el actor son portadas en forma congénita y que ningún trabajo o esfuerzo las causó, indicando que para que pueda hablarse de



un origen traumático debe existir un hecho súbito y violento de magnitud.

La parte recurrente denuncia que el *a quo* se apartó de la teoría de la indiferencia de la concausa, por cuanto frente a la inexistencia de examen pre-ocupacional debe establecerse que la enfermedad fue causada por las tareas realizadas en el desarrollo de la prestación laboral.

Para resolver adecuadamente el planteo, corresponde efectuar algunas precisiones en torno a las dificultades que presenta el fenómeno de la causalidad, que tiene decisiva incidencia -en lo que aquí importa- en la determinación de la procedencia de la pretensión de la parte actora.

Los sistemas de responsabilidad objetiva nacieron prolijados por el industrialismo, frente a la insuficiencia de los esquemas basados en la responsabilidad subjetiva para resarcir fenómenos propios del maquinismo. Un esquema especial de reparación de daños -de corte objetivo- fue el erigido por la ley 9688, en el año 1915. Precisamente este particular marco resarcitorio y la limitada cantidad de enfermedades profesionales reconocidas en el listado cerrado aprobado por el, fue el que sirvió de fuente para la elaboración de noción de la "enfermedad accidente" y de la teoría de la indiferencia de la concausa, que pivotea sobre la existencia de una confluencia de causas de origen laboral y propias del trabajador que influyen en la producción del resultado.

La referida teoría tuvo amplia aceptación en el marco de las acciones denominadas sistémicas, en que se reclamaba la indemnización tarifada de la ley 9688; sin embargo cuando a partir de la modificación introducida al Código Civil por el dec. ley 17.711 se introdujo la responsabilidad objetiva en el artículo 1113 del Código Civil, comenzó a distinguirse frecuentemente entre la acción indicada en primer término y la que procura la reparación integral, fundamentalmente en cuanto a la utilización del criterio legal



de la causalidad adecuada en esta última y el de la indiferencia concausal en la primera, con la finalidad de evitar una mixtura de elementos que confluyeran en soluciones injustas. No pocos inconvenientes generó la distinción de las acciones, lo que obligó a la C.S.J.N a expedirse en una considerable cantidad de casos, para señalar las diferencias y alcances de las vías (cfr. fallos 306:1609; 307:950; 308:1998; 312:145, entre otros).

Con la sanción de la ley 24.028 se excluyó explícitamente la aplicación de la teoría de la indiferencia concausal. No obstante ello, la ley 24.557 no reiteró la fórmula empleada por su predecesora, lo que llevó a opiniones divergentes relativas a la aplicación de la teoría en cuestión al régimen especial tarifado.

En rigor, la redacción original establecía además del accidente de trabajo y el *in itinere*, un listado hermético de enfermedades profesionales, por fuera del cual no existía resarcimiento alguno. Entiendo que el diseño original de la ley apuntó en un sentido diametralmente opuesto a la pretensión de restauración de la teoría que invoca el accionante.

Luego de la reforma del artículo 6° de la ley 24.557 por vía del dec. 1278/2000 la cuestión ofrecería menos dudas aún: El artículo 2 inc. "b" recepta expresamente la teoría de la causalidad eficiente, al indicar que solo podrá proyectarse la ampliación del listado en cada caso concreto, cuando la enfermedad sea provocada por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo.

Es esta la redacción aún vigente, que se correlaciona con el artículo 6 ap. 3 inc. "b" de la ley 24.557, el que marca la exclusión de la ley de las incapacidades del trabajador preexistentes al inicio de la relación laboral, acreditadas con el examen preocupacional.



Sin perjuicio de ello, lo cierto es que las insuficiencias en la regulación legal y las declaraciones de inconstitucionalidad de los artículos 21, 22 y 46 de la LRT, devolvieron -para las enfermedades-accidente- la cuestión de la causalidad al marco del derecho común.

El *quid* de la cuestión reside en desentrañar el alcance del artículo 6 ap. 3 inc. "b" a la luz de las pretensiones deducidas.

En este orden, el accionante afirmó en su demanda que el hecho base de la litis es un típico caso de enfermedad accidente, puesto que el hecho súbito y violento del tirón en la zona lumbar puso de manifiesto las afecciones por las que demanda, que tienen relación causal con las tareas desarrolladas (v. fs. 36).

Como se advierte, el accionante afirmó no solo la existencia de un hecho súbito y violento, sino además de su encuadramiento como enfermedad accidente.

El encuadramiento alternativo tiende a relacionar causal o concausalmente las tareas y ambiente de trabajo con las patologías columnarias.

Ahora bien, posicionados en el plano de la acción que pretende la reparación sistémica de enfermedades no enlistadas, el demandante tiene una carga diferente a la que se origina frente a una enfermedad profesional listada en el baremo; esta última presume -frente a la constatación de los elementos del listado- la causalidad con el trabajo. En el caso de las denominadas enfermedades-accidente (o enfermedades laborales), el accionante debe acreditar fundamentalmente la existencia de un daño y su ligazón causal con las tareas desarrolladas.

Esta diferenciación conceptual ha sido puesta de relieve por la Corte en la causa "Rivadero" (fallos, 336:1202), en la que descalificó la subsunción del reclamo por enfermedad laboral en los estándares rígidos del dec. 659/96,



entendiendo que el objeto del proceso es el establecimiento del nexo causal entre el padecimiento y las tareas desarrolladas. Se trata de un eslabón más -y sumamente relevante-, del tratamiento dispensado a las enfermedades no enlistadas a partir del caso "Silva" (fallos, 330:5435).

Pues bien, efectuado este fundamental distingo, corresponde afirmar que la parte actora no satisfizo los presupuestos mínimos que tornen viable la acción por enfermedad-accidente y por lo tanto atendibles sus argumentos en esta instancia de revisión.

En este punto del tratamiento debe integrarse en el análisis los argumentos defensivos introducidos en la instancia anterior por la parte demandada, que no fueron considerados por la forma en que se resolvió, a tenor del principio de la apelación adhesiva implícita (v. Roberto G. Loutayaf Ranea, *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, tomo I, p. 133/140, ed. Astrea).

La Aseguradora de Riesgos del Trabajo demandada negó en forma específica que las tareas propias del actor fueran las narradas en la demanda (v. fs. 87 vta, capítulo VII).

Con ello, el demandante no ofreció ningún elemento probatorio hábil para corroborar los hechos que constituyen presupuestos de viabilidad de la acción (art. 377 C.P.C. y C. y art. 54, ley 921).

Por otra parte, la postura de la parte actora, en cuanto entiende que la inexistencia de examen pre-ocupacional genera una causalidad jurídica directa y por lo tanto la obligación de resarcir por la totalidad del daño no se compadece con una razonable interpretación de las reglas legales anteriormente aludidas, en el marco de la acción intentada.

Si bien el decreto 49/2014 -referido a la incorporación de determinadas patologías al listado de



enfermedades- no tiene vocación para regir el presente caso por cuanto resulta posterior al hecho y refiere a otras secuelas, brinda una pauta hermenéutica clara respecto de la forma en que debe ser leído -con carácter general- el artículo 6 ap. 3 inc. "b" de la ley 24.557.

Dice el texto lo siguiente:

«La invocación de incapacidades preexistentes al inicio del vínculo laboral deberá acreditarse mediante el examen preocupacional confeccionado con arreglo a los requisitos exigidos por la Ley de Riesgos del Trabajo y demás normas aplicables. Cuando el examen no se hubiera realizado, y se demuestre la realización de actividades habituales con sujeción a las condiciones de exposición y valores límites arriba expuestos, se presumirá la vinculación causal con el trabajo, salvo que se acredite por medio fehaciente el carácter congénito o extralaboral de la dolencia o la concurrencia de factores concausales extralaborales, que en tal caso se desagregarán» (el subrayado me pertenece).

Lo que el texto establece, poniendo de relieve la forma correcta de interpretación de todo el listado (por ello su cita), es que en el caso de la enfermedad profesional existe un marco presuncional frente a la ausencia de realización de los exámenes de salud, lo que no ocurre en la enfermedad-accidente. Ergo: Si existe demostración de actividades en condiciones de exposición y no se efectuó el examen preocupacional, ello genera una presunción que puede ser desvirtuada.

Con ello, cabe señalar que la parte actora no acreditó a través de ningún elemento de validación la autenticidad de las fotocopias de fs. 9/27.

No obstante, la eventual ausencia de realización de exámenes de salud resulta gravitante, en el marco de la res. 37/2010, en la medida que la tarea o la exposición a agentes se relacionen con la dolencia, sin que quepa asignar al



precepto una amplitud equivalente a la que sostiene la parte recurrente.

De otro modo, se arriba a una interpretación de llevar por vía ficta los alcances del marco de enfermedades profesionales a escenarios que resultan completamente ajenos y extraños, aunque no exista la más mínima conexión causal o concausal.

Es que precisamente la diferencia entre la acción por enfermedad profesional listada y la ensayada por el actor es que en el presente proceso debía acreditarse causalidad o concausalidad, despojado de todo el marco de imputación objetiva y de presunciones del que participa, naturalmente, el artículo 6 ap. 3 inc. "b" de la ley 24.557.

Es en este punto donde la parte actora no cumplió con los presupuestos que tornen atendible su petición.

A mayor abundamiento, las conclusiones del perito resultan irrefutables en orden a la exclusión de causalidad directa y concausalidad adecuada. Las fundadas consideraciones vertidas en el informe pericial y reafirmadas en sus sucesivas presentaciones indican que las afecciones base de la litis tienen carácter congénito, lo que revela que -por lógica- el accidente de trabajo no produjo ninguna interferencia concreta en el resultado, a título de agravamiento o de manifestación de un estado larvado.

En tal orden, lejos de existir una convergencia causal, debe concluirse con basamento en la prueba pericial médica, que el factor congénito absorbió en forma íntegra la causalidad relativa al daño vinculado a la enfermedad base de la litis, que fue la que provocó los cuadros de lumbalgia.

Tal como lo expone Machado en referencia a la ley 9688, "*[...] no ha sido el concepto de concausa, ni el de indiferencia de la concausa a los fines resarcitorios, los que conformaron un factor distorsivo, sino acaso el de elevar al rango de concausa a circunstancias neutras o escasamente*



relevantes [...]” (aut. cit, “Problemática jurídica de las ‘enfermedades laborales’ no profesionales”, púb. en Revista Laboral Actualidad - Año 2016 - 1, p. 13, Rubinzal-Culzoni).

Conforme esta línea interpretativa, concluyo que se encuentran ausentes en el caso los presupuestos que permitan considerar a la dolencia columnaria como enfermedad con relación causal o concausal con las tareas, por lo que debe desestimarse el agravio.

IV.- En virtud de lo considerado, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmar en todas sus partes el fallo apelado, con costas de Alzada al demandante perdedor (arts. 17, ley 921 y 68, CPCC), regulando los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado y a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

Tal mi voto.

El Dr. Pascuarelli dijo:

Adhiero a la solución propuesta en el voto que antecede sin perjuicio de considerar, respecto al segundo agravio, que el agravio resulta insuficiente para desvirtuar las conclusiones del *A-quo* sostenidas en el informe pericial médica respecto a que la patología es de carácter inculpable y sin causa etiológica vinculada con su actividad laboral.

Entonces, resulta aplicable lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a que: *“Que, en el marco expuesto, no queda margen de dudas acerca de que el daño alegado por el actor como producto de la escoliosis que padece -del cual deriva el resto de sus padecimientos- resulta preexistente a su relación con Darlene S.A.I.C. y no hay elementos probatorios idóneos que demuestren en forma concluyente que se hubiera agravado por su actividad laboral. De tal modo, la sola circunstancia de que la demandada al momento de realizarle el examen preocupacional no hubiera*



especificado el grado de incapacidad que lo aquejaba - determinación que no le es impuesta por norma legal alguna- no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad civil en atención a la preexistencia del daño y la ausencia de prueba de su agravamiento y de su relación causal con su actividad", (CSJN, 09/04/2019, FAL CNT 35057/2010, Báez, Jorge Guillermo c/ Darlene SAIC y otro s/ accidente - acción civil).

Por ello, esta **Sala III**,

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fs. 243/245 y vta., en todo lo que fuere materia de recurso y agravios, conforme los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada a la parte actora vencida (arts. 17, ley 921 y 68, CPCC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo fijado a los que actuaron en igual carácter en la instancia de grado (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando M. Ghisini - Dr. Jorge Pasquarelli
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA