

Enfermedad Accidente Telemarketing Enfermedad Auditiva Responsabilidad De La Art Obligacion De Control Y Prevencion

JURISPRUDENCIA

Enfermedad. Accidente. Telemarketing. Enfermedad auditiva.

Responsabilidad de la ART. Obligación de control y prevención Se confirma el fallo en cuanto responsabilizó a la ART por la enfermedad auditiva que padece la trabajadora, pues si hubiera advertido a la empleadora acerca de las medidas de seguridad con las que debía contar la actora en una tarea -telemarketing- en la que era habitual que se encontrara sometida a un nivel sonoro constante y si hubiera controlado la provisión de elementos de seguridad, las dolencias de la trabajadora no hubieran alcanzado la gravedad que presentan.

En la ciudad de Buenos Aires, el 8 de Marzo del 2018, reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación. El Dr. Miguel Ángel Maza dijo: I. Contra la sentencia de primera instancia dictada por la doctora Dora Eva Temis (fs. 432/449 vta.), que recepitó en lo principal los reclamos incoados por la actora (despido y acción con base en el derecho civil), se alzan las partes actora a tenor del memorial de agravios que luce a fs. 451/453 replicado por SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. fs. 483/484 y la co-demandada SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. a mérito de la presentación de fs. 454/465, con réplica de la parte actora a fs. 485/496. II. Liminarmente he de señalar que arriba firme a esta Alzada por falta de cuestionamiento la decisión de la doctora Dora Eva Temis que acogió favorablemente las acciones por despido y por reparación integral con fundamento en el derecho civil entabladas por la ex dependiente contra CODEVISA S.A. Por ello, corresponde abocarse en esta instancia al tratamiento de los recursos deducidos por la co- demandada SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. que critica, en la acción con base en el derecho común, la condena con fundamento en el art. 1074 del código civil. Además, incumbe tratar el recurso de la parte actora que se queja por la tasa de interés que fijó la señora juez a quo. III. Por razones de estricto orden metodológico daré tratamiento en primer lugar a la apelación interpuesta por la co-demandada SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A., pero adelanto que lo haré sin respetar el orden en que fueron deducidos los agravios en el memorial recursivo. La accionante en el escrito de inicio explicó que ingresó a las órdenes de Covedisa S.A. el día 5/06/2008 cumpliendo tareas como telemarketer, que consistían en la recepción permanente de llamadas telefónicas para lo cual debía utilizar una vincha con auricular. Expuso que, antes de cada llamada recibía un sonido agudo en forma directa y que por las características propias de su función estaba sometida a un elevado nivel sonoro durante toda la jornada de trabajo. Refirió que las condiciones de trabajo a las que se encontró sometida le provocaron fuertes dolores de oído y zumbidos, particularmente en su oído derecho. Explicó, que como consecuencia de las tareas y el ambiente laboral descrito padece hipoacusia bilateral y acúfenos que le provocan una incapacidad del 30% t.o. Además, expuso que la ART omitió constatar y asesorar a la empleadora respecto de medidas de seguridad en la forma y el modo en que se debía trabajar puesto que se encontraba sometida a agresiones sonoras durante toda la jornada de trabajo, y constatar que tuviera elementos de seguridad (protectores auditivos) que, a su criterio, hubieran evitado o moderado las dolencias que padece. Agregó que el incumplimiento de los deberes legales a cargo de la Aseguradora guardó relación apropiada de causalidad con el daño padecido dado que al omitir denunciar a la empleadora ante la S.R.T. convalidó la existencia de un escenario de trabajo peligroso, en condiciones inadecuadas por falta de provisión de elementos de seguridad (ver fs. 20 vta. punto X.). La doctora Dora Eva Temis en el fallo atacado refirió que la Aseguradora demandada resultó responsable por omisión, ya que incumplió las obligaciones impuestas por la ley 24.557 (art. 4º), tales como el deber de adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo en el establecimiento donde específicamente se desempeñaba la actora. Y señaló, que el control de las condiciones de trabajo por parte de la ART debe ser continuo como así también las visitas al establecimiento y la evaluación periódica de los riesgos existentes y su evolución, control de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos del trabajo y plan de acción elaborado y, que ello no sucedió puesto que el perito ingeniero informó que la aseguradora exhibió constancia de visita al establecimiento realizada el 8/05/2012 pero no fueron exhibidas constancias entre los años 2008 y 2011 en los lugares de trabajo de la actora. También, la señora juez a quo subrayó que la empresa no entregó elementos de protección personal a sus trabajadores y que tampoco exhibió el examen preocupacional de la señora Araujo ni la realización de exámenes periódicos (cfr fs. 447 vta.) Entonces, la magistrada que me precede concluyó que la aseguradora omitió realizar acciones que hubiesen permitido excluir o atenuar el peligro y detener el curso de los acontecimientos que desembocaron en las dolencias que padece la actora, motivo por el cual, advirtió un adecuado nexo de causalidad entre los daños cuya reparación reclama y la conducta omisiva de la Aseguradora (cfr. Arts. 902, 904 y 1.074 del Código Civil vigente al momento de los hechos).

La co-demandada SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. a fin de atacar lo resuelto en origen aduce que la sentencia en crisis se basa en una errónea interpretación de las normas aplicables al caso alegando que en momento alguno las mismas imponen a las ART la capacitación de los empleados como así tampoco el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad que se imponen exclusivamente al empleador. Advierto que la apelante no se hace cargo de la cuestión medular considerada por la judicante a quo, relativa a la ausencia total por parte de la ART de cumplimiento de las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo en el establecimiento donde específicamente se desempeñaba la actora, por lo que la queja no cumple con los requisitos a los que alude el art. 116 L.O. Al respecto, cabe memorar que la expresión de agravios debe constituir una exposición jurídica que contenga el análisis serio, razonado y crítico de la sentencia recurrida. Allí el recurrente debe expresar los argumentos en los que funda la descalificación de los fundamentos en los que se sustenta la solución cuestionada, invocando aquella prueba cuya valoración se considera desacertada o poniendo de manifiesto la incorrecta interpretación del derecho declarado aplicable a la controversia (art. 116 LO). En lo posible, debe demostrarse, punto por punto, la existencia de los errores de hecho o de derecho en que pudiera haber incurrido el juzgador y la indicación precisa de las pruebas y de las normas jurídicas que el recurrente estime le asisten (cfr. CNCiv., Sala D., sent. del 20.11.75, pub. En J.A. 1976 II pág. 241; C.N.Civ. y Com. Esp., Sala I, in re "Malewicz Ruben c/Orts José y otros, sent. del 2/4/80; esta Sala II in re "Tapia Ramón S. C/Pedelaborde Roberto, sent. 73.117 del 30/3/94 e in re ?Barrera, José c/Embajada de la República de Polonia s/juicio sumarísimo? sentencia N° 87565 del 16/3/00, entre muchas otras.) Enseñaba Carlos J. Colombo que la expresión de agravios establece el alcance concreto del recurso y fija la materia reexaminable por el ad quem en las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del Juez de Primera Instancia que sean cuestionadas (conf. arg. arts. 271 y 277 CPCCN). Su blanco es la sentencia respecto de la cual debe formularse una crítica frontal, concreta y argumentada tratando de demostrar los errores que se atribuyen al a quo en el ámbito en que se hayan cometido. En tal sentido, dicho tratadista enfatizaba que, de la misma manera que la sentencia, la expresión de agravios que ha de controvertirla debe observar a su turno los principios de plenitud y congruencia (conf. Carlos J. Colombo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -anotado y comentado- Abeledo-Perrot, Bs. As. 1975, T. I, págs. 445 y sts.). Tales principios no han sido respetados en el memorial de agravios en estudio, no obstante lo cual, efectuaré algunas consideraciones a fin de evidenciar la falta de fundamentación de la queja. En este sentido, cabe poner de resalto que concuerdo con las conclusiones a las que arribó la sentenciante de grado, que se condicen con las probanzas rendidas en autos. Es que la señora juez a quo puntualmente indicó que la aseguradora no exhibió constancia de haber visitado el establecimiento entre los años 2008 y 2011 en los lugares de trabajo de la señora Araujo, como así tampoco haber entregado elementos de protección personal o en su caso haber exhibido constancia de la realización del examen preocupacional de la actora ni los exámenes periódicos a los que se encuentra obligada. Y de ello se sigue que las omisiones apuntadas precedentemente impidieron la implementación de medidas acordes y adecuadas de higiene y seguridad tendientes a disminuir los riesgos que, sobre la integridad de la actora, amenazaban la actividad desplegada por ella. Es inatendible la defensa que opone la Aseguradora alegando que si la actora no ha cumplido con la capacitación brindada dicho incumplimiento y sus consecuencias deberán recaer SOLO sobre la empleadora (ver fs. 456), pues parece olvidar la apelante que puntualmente el decreto 170/1996 pone en cabeza de las aseguradoras de riesgos del trabajo la obligación de identificar los riesgos y brindar capacitación al trabajador. Es llamativa la falta de fundamentos de la afirmación de la apelante en cuanto pretende que, por su rol contractual, esté exenta de toda eventual responsabilidad civil por los daños que pueda provocar o coprovoacar con sus actos positivos u omisivos. Las reglas de los arts. 1.109, 1.113 y específicamente el art. 1074 del Código Civil son aplicables a todo habitante del país. También me asombra que la apelante desconozca que los arts. 4 apartado 2° y 31 apartado 1° de la ley 24.557 y los arts. 19 y concordantes del decreto 170/1996 imponen concretos y claros deberes a cargo de las ART, de modo que el reproche hecho en primera instancia al incumplimiento de tales obligaciones ha sido en mérito a la existencia de específicos deberes legales y reglamentarios, siendo pertinente recordarle al apelante que, por añadidura, esas obligaciones le son especialmente exigibles en virtud de su objeto societario (art. 902 C. Civil) En tal contexto, considero que si la ART hubiera cumplido su deber legal cabalmente, casi seguramente la empresa afiliada hubiera adecuado sus comportamientos en materia de prevención y, entonces, es altamente probable que la patología auditiva que presenta la accionante no hubieran alcanzado la gravedad que evidencia. Estas omisiones, cobran especial importancia en el particular máxime teniendo en consideración que el deber primario de estas entidades creadas por la ley 24.557 es el de velar por el cumplimiento eficaz del deber de prevención y por la seguridad en el empleo, obligación que el legislador ha puesto en sus cabezas y por cuya asunción (además de la responsabilidad secundaria por las contingencias que se produzcan pese a todo) estas entidades perciben retribución económica. Aunque a cambio de una paga, las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo han asumido la trascendente misión de ejecutar el servicio de inspección en materia de prevención e higiene en el trabajo que debería ejecutar el Estado a través de la autoridad de aplicación. Remarco ambas condiciones (la relevancia del deber delegado por la ley y la onerosidad lucrativa de los entes de gestión) pues, aún cuando dejo a

salvo que considero equivocada la política asumida por la ley 24.557 en esta materia, debe ponerse el acento en que el rol fundamental a requerir de las A.R.T. en nuestro país y en el actual marco normativo consiste, precisamente, en que cumplan esta fundamental y primordial obligación de exigir que sus asegurados adecuen sus estándares de higiene, prevención y seguridad a las pautas de la ley 19.587 y sus normas reglamentarias. En este contexto y con las particularidades del caso, juzgo, en definitiva, que si la aquí aseguradora demandada hubiera dado cumplimiento a sus obligaciones formales de inspección, capacitación y control de las condiciones de trabajo de la actora, si hubiera advertido a la empleadora acerca de las medidas de seguridad con las que debía contar la señora Araujo en una tarea en la que era habitual que se encontrara sometida a un nivel sonoro constante y si hubiera controlado la provisión de elementos de seguridad, las dolencias de la trabajadora no hubieran alcanzado la gravedad que presentan.

Como se trata del olvido de obligaciones de alcance legal y, repito, opino que hay una suficiente y eficiente relación de causalidad entre las omisiones de la A.R.T. y el daño a la salud que padece la señora Araujo, entiendo activada la responsabilidad del art. 1074 del Cód. Civil. Tal como la C.S.J.N., resolviera en la causa ?Soria, Jorge Luis c/ Ra y Ces S.A. y otro ?, del 10-4-07 la determinación de la existencia y verificación del nexo causal adecuado entre el incumplimiento de los deberes de una ART y el infortunio constituye una cuestión de hecho que deben evaluar los jueces en cada caso, sin prescindir del rol que la ley ha asignado a la ART en la prevención de los riesgos. Remarco, además, que las omisiones señaladas cobran particular trascendencia por la especialidad del ente, de acuerdo a la regla del art. 902 del C. Civil (vigente al momento de los hechos). Así, Eduardo Álvarez explica -con cita de Llambías y Brebbia- que: "Los artículos 901 y concordantes del Código Civil, cuya fuente es el Código de Prusia, describen lo que la doctrina denominó "teoría de la causalidad adecuada" y que se basa, precisamente, en la idoneidad de representación, o sea de previsión, del sujeto responsable...La existencia de relación de causalidad se vincula a un juicio en abstracto que, repito, impone al que juzga la tarea de analizar y de ponerse en el lugar del "punto de vista del sujeto" tomando en cuenta todas las circunstancias que previó o pudo prever...Vale decir que el juicio de probabilidad de las consecuencias en abstracto debe llevarse a cabo teniendo presente si el sujeto, por sus conocimientos, sus aptitudes o su actividad, poseía mayor idoneidad de previsión que un hombre medio..." ("La responsabilidad de las aseguradoras de riesgos del trabajo por los infortunios laborales y la aplicación del artículo 1074 del Código Civil", Revista de Derecho Laboral, 2002-1, Ley de Riesgos del Trabajo-II, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 77). En tal contexto, propicio confirmar la responsabilidad que en la causación del daño se le atribuyó a la aseguradora demandada. Por último me resta indicar que no comprendo a que apunta la apelante cuando en el titulado primer agravio del memorial recursivo refiere que se agravia respecto del desistimiento de la falta de legitimación pasiva opuesta por mi representada...en virtud de la legitimidad de las comisiones médicas (cfr. fs. 454 vta.), dado que la recurrente no desistió de la defensa opuesta en tal sentido y, en su caso, estimo que si lo hubiera hecho difícilmente podría agravarse. Pero además, cabe remarcar que en el pleito no se discute la validez del procedimiento de la ley 24.557 sino la responsabilidad objetiva derivada de la aplicación al caso de las normas del derecho común. IV. La co-demandada SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo en los nominados tercer, cuarto y quinto agravio se queja 1) por los rubros que contempla el capital de condena, esto es, daño físico, moral, psicológico y pérdida de capacidad de ganancia; 2) por el monto diferido a condena y por la remuneración que la magistrada tomó en cuenta para fijar el capital pues, estima que la señora juez a quo no aplicó al caso las pautas de la Ley de Riesgos del Trabajo. Resulta a todas luces evidente que los argumentos expuestos por la apelante en los referidos agravios resultan inatendibles pues, como ya expuse, la causa halla sustento en las normas del derecho común y por ende es inviable la aplicación de la norma que pretende pues ni siquiera se discute en el pleito su procedencia. V. Tampoco propiciaré admitir el planteo relativo a la aplicación al caso del baremo 659/96 (conforme sexto agravio del memorial recursivo). Es que la apelante ciñe la queja a indicar que el perito médico se apartó de la tabla de incapacidades laborales contempladas en dicho baremo. Sin embargo, y puesto que en la causa sólo resulta demandada una reparación económica de daños y perjuicios por las patologías derivadas de las tareas que la señora Araujo prestó a favor de Covedisa S.A., fundada en el derecho común y calculada sin ninguna alusión a la ley especial, el régimen del decreto 659/1996 sólo rige en el ámbito de la ley 24.557 y no en el de la responsabilidad civil. Tampoco es atendible el segmento de la queja que versa sobre la no aplicación al caso del método de la capacidad restante para determinar la minoración de la capacidad psicofísica de la accionante. En el caso subexamine se trata de repercusiones anatómico funcionales y psíquicas que derivan de un único hecho nocivo y no de sucesivas contingencias, por lo que tratándose de un mismo hecho con incidencia en distintas esferas del individuo una psíquica y otra física, no resulta de aplicación el método de graduación invocado. VI. La señora juez a quo desestimó la defensa de pago opuesta por la co-demandada SMG ART S.A. porque consideró que aun cuando de la certificación contable acompañada a fs. 396/97 se infiere la existencia de un pago por la suma de \$29.107,07 con fecha 19/7/2012 en concepto de incapacidad por el Siniestro 350022359 a favor de la señora Araujo, lo cierto es que éste fue desconocido por la accionante y la Aseguradora no acreditó haber efectuado el pago con el respectivo recibo y tampoco que dicha suma hubiera sido percibida por la actora. Se alza contra ese tramo de la sentencia la Aseguradora demandada. Sin embargo la queja no será

receptada favorablemente. Es que la quejosa insiste en sostener que con la certificación contable que agregó a la causa acredita que abonó a la actora las prestaciones dinerarias y en especie a las que se encontraba obligada. Sin embargo, no rebate el fundamento sobre el que se sustenta la solución adoptada en el decisorio de grado, esto es, que no acompañó constancia suscripta por la trabajadora que dé cuenta del pago, que no ofició a la entidad bancaria pagadora a fin de acreditar que efectivamente la reclamante haya percibido dicha suma, y por último, que la señora Araujo la hubiera percibido en concepto de la prestación prevista en el art. 14 ap. 2 inc. a) LRT antes citada. Por último he de señalar que es inviable la solicitud relativa a que el Tribunal ordene como medida para mejor proveer que el perito contador informe si abonó a la actora la suma en cuestión (cfr fs. 465 punto 2), dado que es irrelevante la información que en este sentido pueda aportar el perito toda vez que las anotaciones asentadas en los libros de la Aseguradora resultan unilaterales y son inoponibles a la trabajadora ya que sobre ellas no posee ninguna clase de injerencia. A influjo de lo expuesto, considero que corresponde desestimar la queja en tal aspecto. VII. Controvierten la parte actora a fs. 452 punto III y SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. la cuantía de los accesorios fijada en grado, es decir, la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino que fija el Banco de la Nación Argentina para un plazo de 49 a 60 meses (actas n°. 2.600, 2.601 y 2.630 de la CNAT). La queja de la parte actora corresponde que sea desestimada porque dice que la señora juez a quo fijó la tasa de interés que disponía el Acta 2357 CNAT y esa afirmación no es cierta. En cuanto a la crítica de la co-demandada SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. corresponde señalar en primer lugar que el argumento relativo a que no le adeuda a la actora capital alguno es inatendible porque de acuerdo al resultado que he dejado es evidente que existen créditos adeudados. En segundo lugar, porque es criterio de esta Sala que la tasa mencionada es la adecuada para compensar la demora en el pago de las obligaciones y el daño derivado de la pérdida de valor adquisitivo de la moneda provocado por la inflación que asecha la economía desde 2008, así como para punir la mora del deudor; no considera este Tribunal, por tanto, que resulte contraria al derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la Constitución Nacional. Remarco, además, que la tasa de interés no constituye un derecho adquirido de los contendientes y que, si bien el acreedor puede solicitar una específica al demandar, es el magistrado, en definitiva, quien la establece en el pronunciamiento. Sin perjuicio de ello, atento la modificación introducida por el Acta 2658 del 8/11/2017 de la CNAT, agregó que la tasa de interés determinada en la instancia anterior regirá hasta el 1/12/2017, fecha a partir de la cual ésta se regirá por la tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación. VIII. La señora juez a quo impuso las costas del juicio a cargo de las co-demandadas vencidas. Contra esa decisión se alza SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A alegando básicamente que la decisión de la señora magistrada no se ajusta a derecho porque no evaluó que su comportamiento se ajustó a lo establecido en la ley laboral. Sin embargo, en atención al resultado que he dejado propuesto estimo que no existe ninguna razón para apartarme del principio general que rige en la materia, esto es, que la parte vencida cargue con las costas del juicio (art. 68 CPCCN), por lo que propiciaré desestimar la crítica también en este aspecto. IX. Las costas de la Alzada deben ser soportadas, según propicio, por la co-demandada SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A (art. 68 CPCCN). X. En cuanto a los agravios que giran en torno a la regulación de honorarios del doctor Martín Alvaro Aguirre quien se alza -por derecho propio- por estimar que sus emolumentos resultan exiguos (cfr. fs. 451 punto II), la co-demandada SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A que se queja porque considera que los honorarios regulados a favor de la totalidad de los profesionales que actuaron en la causa resultan elevados (cfr. fs. 464 noveno agravio), y el perito ingeniero que cuestiona sus emolumentos por considerarlos bajos, atento a la extensión y la calidad de las labores desarrolladas durante el trámite de primera instancia, considero que resultan adecuados por lo que auspicio su confirmación (conf. arts. 38 de la L.O., y arts. 6, 7, 9, 19, 37 y 38 de la ley 21.839 actualmente previsto en sentido análogo por los arts.16 y ccs. de la ley 27.423). XI. Por sus labores ante esta Alzada, propongo que se fijen los emolumentos correspondientes a la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la co-demandado SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A en el ...% y ...% respectivamente, de lo que, en definitiva, le corresponda a cada uno de ellos, por sus actuaciones en la instancia previa (art. 38 L.O. y art. 14 ley 21.839 y art. 30 ley 27.423). La doctora Graciela A. González dijo: Por análogos fundamentos, adhiero a las conclusiones del voto del Dr. Miguel Ángel Maza. Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125, segunda parte, ley 18345), el Tribunal RESUELVE: 1º) Confirmar el pronunciamiento recurrido en todo cuanto fue materia de agravios. 2) Disponer que las costas de la Alzada sean soportadas por la demandada SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. ; 3) Fijar los emolumentos de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la co-demandada SMG Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A en el ...% y ...% respectivamente de lo que, en definitiva, le corresponda a cada uno de ellos por sus actuaciones en la instancia anterior. 4) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26856 y por la Acordada de la CSJN N° 15/2013, a sus efectos. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Graciela A. González Juez de Cámara Miguel Ángel Maza Juez de Cámara Correlaciones: LCT

029640E