

//neral Roca, 14 de septiembre de 2015.

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "BARROS LUISA DEL CARMEN c/ QBE ARGENTINA ART S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO" (Expte.Nº A-2RO-104-L2012- 2CT-25328-12).-

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

RESULTANDO: A fs.26/37 los Dres Adrián F. Ambroggio y Diego Filipuzzi, con el patrocinio de la Dra. Isabel Luengo, se presentan en representación de Luisa del Carmen Barros y en su nombre promueven demanda contra QBE ARGENTINA ART S.A., por el cobro de la suma de \$ 639.784,39, a consecuencia de la lesión físico/psíquica que padeciera trabajando como descartadora en la empresa Expofrut SA.

Cuenta que promediando la finalización de la temporada en 21-4-2009, súbitamente comienza a dormirse su mano izquierda comenzando con dolor en la muñeca y extendiéndose luego por el brazo, hasta perder casi por completo la movilidad y agudizándose el cuadro con dolor.

Sostiene que la empresa realiza la denuncia a QBE ART. Que la actividad desarrollada se realiza fundamentalmente entre enero y abril de cada año y se basa esencialmente en movimientos repetitivos y forzados, malas posturas y manipulación de máquinas que no están diseñadas ergonómicamente, a consecuencia de lo cual existe alta probabilidad de sufrir un accidente o contraer una enfermedad profesional, con serias secuelas para el trabajador. Que son movimientos de pronación y supinación de la mano, que requeriría de exámenes periódicos, capacitación y control de seguridad e higiene pues derivarán ineludiblemente en situaciones perjudiciales a la salud. Durante mucho tiempo fue atendida por diversos profesionales que le indicaron tratamientos que van desde la inmovilización con yeso hasta infiltraciones, medicación y kinesiología. Ellos estuvieron a cargo de la ART y se hicieron por la insistencia de la actora, pues no había tratamiento que le hiciera efecto.

El Dr. Ayup le realizó un electromiograma de miembros superiores, del que resultó el padecimiento de neuropatía radial sensitiva izquierda, diagnóstico frente al cual el Dr. Fisser, prestador de la ART, le indicó medicación, radiografías y el tratamiento ya descripto.

Atendida por la Dra. Celeste Accastello en 20-8-2009 se dictamina diagnóstico Suddek, codo muñeca y dolor neuropénico.

La ART aceptó plenamente el siniestro sin cuestionarlo ni rechazarlo y brindó la cobertura para los estudios de diagnóstico y tratamientos hasta el cese de la ILT, comunicado mediante nota de 23-4-2010, lo que se decidió sólo por haber superado el año, pero sin encontrarse en condiciones físicas y psíquicas de retomar sus tareas normales y habituales.

El alta fue otorgada por el cumplimiento del art.7º de la Ley 24.557, dejándola sin cobertura, aunque no se agotara la posibilidad de tratamiento, por cuanto en 9-11-2009 le comunicaron que debía presentarse ante la Licenciada Bálsamo para la recalificación laboral, cuando todavía continuaba con dolor y bajo analgésicos, procedimiento que finaliza en 8-3-2010.

En 23-4-2010 intimó a que le sigan otorgando prestaciones médicas y tratamiento psicológico a raíz del síndrome depresivo que le ha generado la imposibilidad de desarrollar tareas normales y habituales. Que no se le ha dado solución concreta a la lesión que padece y que ante la falta de especialistas que le brinden tratamiento adecuado inicia las acciones por las lesiones padecidas. En 5-5-2010 se rechaza la patología de síndrome depresivo por considerarla inculpable.

En 18-5-2010 niega que se le hubieran brindado todas las prestaciones médicas y asistenciales y denuncia que le han interrumpido todo tratamiento, lo que imposibilitó completar su recuperación y que se le pueda hacer un proceso de recalificación cuando se encuentra con ILT y no se le han otorgado las prestaciones correspondientes.

Dice que padece de anquilosis de hombro, codo y muñeca y un síndrome reactivo severo depresivo que la incapacita en un 80%. Que las afecciones físicas y psíquicas están relacionadas directa y causalmente tanto con las tareas desarrolladas, como con el accidente o enfermedad profesional.

Plantea la inconstitucionalidad de la competencia del art.46 de la LRT; la del art.6 (según Dto.1278/00); del Decreto 658/96 que aprueba el listado de enfermedades profesionales; art. 8 ap.3 y 9 capítulo VI, 46 y decreto 717/96, 12, 15, 19 y 39 de la ley 24557. También del Decreto 1694/09, cuyos fundamentos explicita detalladamente.

Dice que no existen registros que acrediten atenciones especializadas brindadas a la actora ni derivaciones a especialistas que pudieran dar un diagnóstico concreto y elaborar un plan de tratamiento adecuado y atribuye responsabilidad a la ART por su omisión y violación de cumplimiento de lo establecido en el art.1 de la LRT, párrafos 1 y 2, art. 4 inc.1 y Decreto 170/96 y Resolución 43/97. Cuestiones que infiere la extensión de la responsabilidad que se le está imputando y por ende la reparación

integral en base al art.1074 del Código Civil, pues es obligación efectuar controles periódicos, asesorar y orientar en planes de prevención, adopción de medidas de seguridad para prevenir accidentes o enfermedades profesionales que deben brindar a los trabajadores cursos y capacitación en técnicas para el desarrollo de sus tareas a fin de prevenir riesgos, lo que no ha cumplido la demandada, quien no sólo no previno sino que no reparó, ni rehabilitó ni recalificó, en incumplimiento total de los deberes a su cargo.

Concretamente reprocha a la aseguradora la desidia con que ha manejado el caso tendiente a la menor inversión en gastos de atención y mayor beneficio para la aseguradora.

Al reclamar la indemnización integral sobre la base del 80% de la TO y considerando un límite de 70 años de edad y una tasa del 6%, la suma final por incapacidad sobreviniente la mensura en \$ 511.827,51 y por daño moral propone el 25% del pretendido por daño físico de \$ 127.956,88, lo cual hace un total de \$ 639.784,39.

Las cuentas se practican sobre \$ 1.918,00.

Ofrece prueba.

A fs.62/83 contesta QBE ARGENTINA ART SA, bajo apoderamiento del Dr. Tomás Alberto Rodríguez.

Niega adeudar lo que se le reclama y que la patología pueda ser considerada una enfermedad profesional, pues al momento en que apareció la dolencia Barros llevaba menos de 6 meses desempeñándose para Expofrut S.A., pues había ingresado en 30-10-2008; que se encuentre imposibilitada de trabajar pues la dolencia afecta solamente la muñeca izquierda; que tenga su miembro superior izquierdo inmovilizado; que padezca estrés postraumático y por ello padezca angustia, depresión e insomnio; que esté imposibilitada de realizar otros trabajos; que el tratamiento cubierto no haya dado una mejoría; que haya aceptado plenamente el siniestro; que el diagnóstico sea Suddek de codo y muñeca con dolor neuropénico; que no estuviera recuperada al momento del alta; que no pudiera acceder a un plan de recalificación por tener inmovilizado su brazo; que durante la atención de la lesión requiriera asistencia terapéutica; que el tratamiento se hubiera interrumpido sin fundamento y que padezca actualmente anquilosis de hombro, codo y muñeca con lo que finalmente desconoce la incapacidad del 80% de la TO invocada.

A su entender no existe factor de imputación alguno que permita establecer la responsabilidad civil de la ART y dice que no hay nexo de causalidad con sus tareas

laborales o incumplimiento a la normativa de prevención. Su patología deriva de una enfermedad inculpable evolutiva.

Para el caso de que se hiciera lugar a lo reclamado cabe la aplicación de la fórmula que se disponga del valor del ingreso base mensual en función de los que se practicaron los aportes al SUSS, sobre los cuales se percibió el pago de la cobertura.

Considera que la actora se aventura a un reclamo por incapacidad total, como consecuencia de una imprecisa afección en su muñeca, sin aportar documentación científica que acredite su ambiciosa pretensión, sin considerar que Barros fue dada de alta por presentar una afección inculpable. Nunca instó la evaluación de su incapacidad provisoria ni alegó encontrarse en estado de provisionalidad, situación fáctica que, para dar derecho a reparación, debió haberse constatado clínicamente en su oportunidad, sin que quepa presumirla. O la afección está consolidada y limita la capacidad obrera en un 80% o se encuentra atravesando un período de provisionalidad que supone una futura variación del porcentaje de limitación física. Si fuera la situación de esta manera, nunca hubiera podido iniciar un reclamo por reparación integral, puesto que las transitorias ni se indemnizan en el derecho de daños sino sólo las definitivas. Solo parece motivar la pretensión un desaforado interés por beneficiarse económicamente a partir de su presunta dolencia.

Impugna el monto indemnizatorio por no hacerse aplicación del límite máximo del art.15 de la LRT.

En tal sentido se opone rotundamente a la aplicación al caso de las previsiones del Decreto 1694/09, cuya entrada en vigencia es muy posterior a la denuncia del siniestro e incluso posterior a su alta médica. Expresa que imponer a una ART la obligación de cubrir prestaciones no aseguradas oportunamente (no previstas en el precio de las cápitas abonadas) implica sutil forma de expropiación, violatoria del art.17 de la Constitución Nacional.

Sobre las consideraciones médico legales responde que recibida la denuncia que tuvo lugar un mes más tarde y dado que no medió evento traumático alguno, se ordenaron estudios médicos de alta tecnología en miras a determinar la etiología de la afección, ofreciendo tratamientos paliativos para el dolor. El electromiograma, por cuenta y orden de la ART, mostró la presencia de una neuropatía radial sensitiva izquierda; patología inculpable que motivó el alta médica de fecha 22-10-2009.

Sin perjuicio de la inculpabilidad de la afección, advertida la misma se propuso un proceso de recalificación profesional, a efectos de evitar que su actividad laboral

profundizara el cuadro, conteste en que el empleador informó que no contaba con otro puesto de trabajo diferente para reubicar a la actora y en base a ello se propuso la alternativa de cursar orientación laboral, la que fue rechazada por la siniestrada en desistimiento firmado en 8-3-2010.

Se practicó interconsulta neurológica a efectos de confirmar la etiología de la afección, lo que determinó que la actora sufría parálisis espontánea del nervio radial, afección ajena a la labor desarrollada con resultados normales del electromiograma y del examen neurológico. Recordando que no medió traumatismo lesional alguno. De ahí que para el supuesto de considerar que es una enfermedad profesional deberá tenerse presente que la actora llevaba menos de seis meses cumpliendo estas tareas para la firma Expofrut SA y por tanto menos de seis meses bajo su cobertura. Pues -expresa- resulta imposible imaginar que en tan corto tiempo haya podido desarrollarse esta afección.

Respecto de la supuesta patología psiquiátrica, según el Decreto 659/96 serán evaluadas en tanto deriven de las enfermedades profesionales que figuren en el listado, diagnosticadas como permanentes o secuelas de accidente de trabajo. La actora no requirió asistencia psicoterapéutica durante su tratamiento físico para lo cual es importante descartar neurosis de renta que supone la existencia de un trastorno de la personalidad previa al evento y no da derecho a valoración de la incapacidad. Llamadas también “neurosis de compensación”, rara vez se dan en personalidades normales pero sí en aquellas con un fondo neurótico alterado o en psicopatías previas al traumatismo.

Sobre el examen preocupacional destaca que la LRT lo impone en cabeza del empleador y es importante precisar que no todas las patologías son detectables a través del mismo, pues no incluye la práctica de estudios de alta complejidad, con lo que el mero hecho de que un trabajador presente una dolencia que no fue identificada con su examen preocupacional, no implica un necesario nexo causal de esa patología con el trabajo, pues bien puede tratarse de una enfermedad cuya afectación nunca fue estudiada en el ámbito laboral por no guardar ninguna relación con las tareas del sujeto.

Sobre la actividad de prevención desarrollada por la ART, dice que llevó adelante actividades de prevención y control de las condiciones y medio ambiente, evaluando la existencia de riesgos y formulando recomendaciones. Realizó una visita al establecimiento en el que se brindó asesoramiento y asistencia técnica, evaluando los distintos sectores de la planta, determinando la existencia de riesgos asociados a herramientas, máquinas, espacios de trabajo, ergonomía, protección contra incendios, almacenaje de materiales, sustancias peligrosas, riesgos eléctricos, aparatos sometidos a

presión interna, equipos de protección personal e iluminación, instalaciones y equipos con potencialidad de producir riesgos a la seguridad o salud de las personas y se formularon recomendaciones. Se entregó el cronograma de capacitación que la ART pone a disposición de todos los asegurados y se denunciaron los incumplimientos en el envío del programa “empresa testigo” a la SRT.

Opone defensa de falta de legitimación pasiva, pues no se señala porqué no ha existido ningún incumplimiento concreto de la ART vinculado al siniestro de autos que haga pasible una condena por responsabilidad civil y porque la póliza no cubre a Expofrut S.A. por responsabilidad civil. El reclamo invoca presuntos y genéricos incumplimientos a las normas de seguridad e higiene laboral, sin identificar concretamente qué medida o acción debió ejecutar la ART que de haberse cumplido hubiera evitado ciertamente el resultado dañoso.

En relación a la pretensión sistémica y asumiendo que el reclamo por acción civil debe ser rechazado la vía intentada en subsidio es inviable, pues el trámite administrativo ante las Comisiones Médicas es un requisito ineludible y obligatorio conforme normativa vigente, para judicializar cualquier cuestión vinculada a las prestaciones de la ley 24.557.

Responde a los planteos de inconstitucionalidad. Sobre este último punto, la del art. 6 modificado por el DNU 1278/00, el del art. 14, ap 2, inc b y 6, ap 2, inc b de la ley 24557 (pago en forma de renta) y la aplicación retroactiva del Decreto 1694/09 en lo que hace a la aplicación de los topes indemnizatorios, el que solo podría tener cabida si su aplicación se vuelve irrazonable o contraria a sus fines.

Se opone a que se la intime a agregar copia del examen médico preocupacional por no ser su carga y pide la citación como tercero en los términos del art. 94 al empleador asegurado Expofrut SA.

Ofrece prueba.

A fs.100 se provee favorablemente la citación a Expofrut SA, quien se presenta a fs. 127 apoderada por El Dr. Adolfo Bonacchi y patrocinio de la Dra. Laura Fontana y opone falta de legitimación pasiva por ser plenamente aplicables las disposiciones de la ley 24.557, configurándose en el caso de autos los supuestos que allí se describen. Es la ART quien debe mantener indemne el patrimonio de Expofrut S.A., asumiendo el pago de toda suma de dinero que tenga su origen en el accidente motivo de pretensión.

Reconoce la relación laboral, lugar de trabajo, tareas desarrolladas y categoría de la actora, la denuncia del acaecimiento de un accidente de trabajo y que estuviera

contratada por QBE ART SA.

Dice que la Sra. Barros ingresó a trabajar bajo sus ordenes en 30-10-2008 como clasificadora común en el empaque que la empresa alquilaba en Ingeniero Huergo hasta abril/2010. Que en 21-4-2009 manifiesta haber sufrido un accidente al producirse un dolor en la muñeca de la mano izquierda por lo que hace la correspondiente denuncia, razón por la cual queda exenta de las consecuencias que experimenten sus empleados.

Sobre los daños alegados en la demanda expone que en caso de surgir incapacidad, será la ART quien deberá afrontar el pago inclusivo en el supuesto de agravamiento de la incapacidad con origen en incumplimiento de la atención de la actora, ello sin perjuicio de rechazar que como consecuencia de las dolencias que dice padecer, vea disminuida su capacidad en un 80%.

Rechaza la configuración del daño moral pretendido, nexo causal y la procedencia de la suma reclamada. En su caso, solicita que se fijen sumas similares para casos que también lo son.

Ofrece prueba.

A fs.136/137 se abre a prueba, produciéndose a fs. 145/146 informativa de Clínica de Imágenes, a fs. 152/153 la de Instituto Radiológico General Roca, a fs. 161/166 la del Licenciado en Kinesiología y Fisioterapia Mauro Roder, a fs. 171/172 la de la Gerencia de Asuntos Legales de SRT, a fs. 172/176 la de Afip, a fs. 210/216 pericia médica a cargo del Dr. Gustavo Alberto Breglia, a fs. 222/223 impugnación, ampliación y pedido de explicaciones de la parte actora, a fs. 225 el responde, a fs. 233/235 dictamen del Dr. Luis Ligarribay Especialista en Psiquiatría que siendo impugnada a fs. 238/240 es respondida por el profesional a fs. 247/250 y a fs. 266/267 audiencia de vista de causa en que se llaman AUTOS al ACUERDO para dictar sentencia.

CONSIDERANDO: I.- TERMINOS EN QUE SE PROPUSO LA ACCION PROMOVIDA - CRITERIOS JURÍDICOS A TENER EN CONSIDERACIÓN: La acción civil promovida se sustenta en un 80% de incapacidad, a consecuencia de que movimientos repetitivos y forzados de pronación y supinación de la mano, malas posturas, manipulación de máquinas que no están diseñadas ergonómicamente, propician con alto grado de probabilidad accidentes o enfermedades profesionales con serias secuelas para el trabajador. Tal circunstancia –se agrega- requeriría de exámenes periódicos, capacitación y control de seguridad e higiene, pues derivarán ineludiblemente en situaciones perjudiciales a la salud. Dice la actora que a partir de comenzar con adormecimiento de la muñeca izquierda, continuó con dolor, que se

extendió luego por el brazo hasta perder casi por completo la movilización. Hecha la denuncia a la ART fue atendida por diversos profesionales quienes intentaron diferentes tratamientos hasta que en 20-8-2009 se le diagnostica Suddek codo muñeca con dolor neuropénico. El alta fue recibida al vencer el año de ILT mas no en razón de que se encontrara en plenas condiciones físicas y psíquicas de retomar sus tareas normales y habituales y sin agotar las posibilidades de tratamiento para la enfermedad que padece, pues en 9-11-2009 le notificaron que debía presentarse a los fines de la recalificación laboral. Que en 23-4-2010 intima a la aseguradora para que le sigan otorgando prestaciones médicas y tratamiento psicológico a raíz del síndrome depresivo que le ha generado la imposibilidad de desarrollar tareas, sin que se le otorgara solución alguna.

A ello la demandada, quien en algunos tramos de su conteste responde como si se tratase de una acción especial de la LRT, cuestiona el acuse de responsabilidad por incumplimientos de seguridad e higiene anterior al desarrollo de la patología de la actora y la supuesta relación de causalidad y, en orden al acuse de mala atención médica, luego de explicar el tratamiento conferido de frente a la denuncia, niega que la actora requiriera asistencia psicoterapéutica durante su tratamiento físico, para lo cual considera importante descartar neurosis de renta que supone la existencia de un trastorno de la personalidad previa al evento y no da derecho a valoración de la incapacidad.

La citada como tercera, Expofrut S.A., dice al oponer la falta de legitimación pasiva por ser plenamente aplicables las disposiciones de la ley 24.557 que es la ART quien debe mantener indemne el patrimonio de Expofrut SA asumiendo el pago de toda suma de dinero que tenga su origen en el accidente motivo de pretensión.

Sobre cuanto antecede, destaco dos aspectos centrales de las divergencias jurídicas:

1.- Sobre la responsabilidad derivada de la mala o insuficiente praxis médica de las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo o sus prestadores y en relación a la pertinencia de la acción por responsabilidad civil en su contra, me remito a lo ya dicho por este Tribunal en autos "Suarez c/ Diomedi" sentenciado en 11-12-2009 y mas recientemente en "Melo c/ Prevención ART", fallado en 29-12-2014.

2.- En orden a los alcances de la responsabilidad de las ART dentro de la ley y reclamo especial, ya dijimos en autos "Choiman c/ La Segunda", en interlocutorio de 15-10-2012, que no se trata de mantener indemne el patrimonio del empleador contratante sino en los alcances de las particularidades que establece el régimen. Ello es independiente de la obligación civil en caso de tener que responder por actos u

omisiones que le son propios a la aseguradora y que autoriza a cualquier reclamante a que responda por sí, sin la intervención de la empresa contratante.

3.- En caso de acogerse favorablemente una responsabilidad civil de la ART no se aplicaran los límites de asegurabilidad de la LRT ni sus normas reglamentarias especiales y sin perjuicio del derecho de repetición.

II.- RESULTADO DE LAS PERICIAS MÉDICAS PRACTICADAS: Paso pues a sintetizar el desarrollo del Dr. Breglia, quien se expide en los siguientes términos sobre la patología que al 31-10-2013 pudo constatar, desarrollado todo de conformidad con los aportes documentales del tratamiento seguido a partir de la denuncia del evento con la puesta en conocimiento de la primera manifestación invalidante en 21-4-2009.

- En 28-4-2009 el electromiograma informa de una “Neuropatía Radial Sensitiva Izquierda”;

- En 27-5-2009 es atendida por el Dr. Juan Fisser quien se expide en relación al estado del miembro refiriendo buen trofismo muscular, sin déficit motor. Solo disestesias en territorio del radial en dorso de la mano sobre la 1ª comisura Tinel + sobre nervio radial encima del codo y pide radiografía de codo y muñeca. Entretanto médica Vitamina B. En apariencia inmoviliza con yeso.

- En 27-5-2009 la radiografía arroja que no hay evidentes alteraciones óseas categóricas.

- En 19-6-2009 ante la continuidad del dolor el Dr. Fisser dispone sesiones de rehabilitación llevadas adelante por el Licenciado Roder en períodos que van del 1 al 15 de julio/2009, 20 al 31 de julio/2009 y 4 al 30 de noviembre/2009.

- Se marcan las diversas etapas en cuanto a tono muscular, rango de movimiento y funcionalidad por parte del kinesiólogo con constancia de que al finalizar la última en noviembre/2009 disminuye el dolor y la parestesia, recuperando la movilidad completa y la fuerza muscular discretamente disminuida, conservando las funciones para la vida diaria pero con dolor nocturno, oportunidad que lleva a concluir a la ART y sin ningún examen clínico o intervención del facultativo tratante en recalificación laboral, pues las actividades realizadas en el puesto de clasificadora superan la capacidad residual y al no contar con reubicación posible se procede a la etapa de orientación laboral, a la que la actora no accede voluntariamente.

- Hasta 25-6-2010 no constan más atenciones ni controles médicos, oportunidad en que realizada una RMN de columna cervical arroja como resultado “normal”.

- Cuando Barros es examinada por el Dr. Breglia amén del evidente cuadro de angustia que padece, se advierte que mas allá de lo que arrojan las maniobras para establecer los

parámetros clínicos de incapacidad del miembro superior izquierdo, que no son lo desastrosos que se presumían, la demandante refiere dolor permanente aunque no lo sabe precisar.

- Si bien el miembro superior izquierdo presenta tamaño y trofismo muscular normal, los rangos de movilidad del hombro están ligeramente disminuidos por dolor, hay déficit de flexión del codo de 20°. La muñeca presenta flexión, extensión, inclinación latero radial y latero cubital normal. Analizado dedo por dedo de la mano izquierda también detalla función motora y sensitiva dependiente de los nervios cubital y mediano normales.

- De allí que concluye que la actora padeció un cuadro compatible con neuropatía de la rama sensitiva del nervio radial que es el que tiene función motora y sensitiva. La sensitiva se independiza de la motora en la región proximal del antebrazo transcurriendo entre los grupos musculares que se encargan de movilizar la mano y muñeca.

- Si al momento en que comienza con el cuadro realizaba tareas de clasificadora con movimientos repetitivos de ambos miembros superiores, existe un nexo de causalidad en los criterios etiológicos (movimientos repetitivos), topográfico (miembro superior) y cronológico.

- Atribuye sustancialmente el padecimiento que la actora presenta a una depresión reactiva como consecuencia de la dolencia del miembro superior y la imposibilidad que ello le genera de realizar sus tareas laborales, sociales y personales. Desde lo estrictamente físico evalúa que el tratamiento brindado por la ART por su neuropatía del nervio radial fueron correctas pero entiende que no ha recibido prestaciones por la depresión reactiva, para finalmente concluir que las secuelas que presenta son la disminución de la sensibilidad en el territorio del nervio radial, un cuadro de dolor crónico de origen neuropático y depresión reactiva y que ambos tienen relación de causalidad con el accidente denunciado, fijando una incapacidad total de 4,93% desde lo exclusivamente físico, apreciando que el especialista en psiquiatría deberá determinar la incapacidad desde su especialidad.

- Dice que el dolor crónico y la depresión reactiva pueden ser tratados y evolucionar favorablemente pero, hasta el momento la actora no realiza un tratamiento formal para tales dolencias por lo que ambos pueden evolucionar desfavorablemente.

La demandante cuestiona la objetividad e imparcialidad del Dr. Breglia porque sería prestador directo o indirecto de QBE Argentina ART SA a través de la Fundación Médica de Río Negro y Neuquén y/o Clínica Radiológica del Sur, entendiendo que

debería haberse excusado de aceptar el cargo.

Impugna el trabajo pericial, pues según surge de los mismos dichos de la actora el perito forzó los movimientos articulares del miembro superior izquierdo de la misma y posterior procediendo arbitrariamente a tomar fotografías en posiciones forzadas y carentes de valor científico y pericial. Hace mérito de varios antecedentes clínicos como los certificados de los Dres. Daniela Christensen, Juan Fisser, María Acastello, Miguel Javier Ayup, todos los cuales intervinieron como especialistas en diferentes áreas de la dolencia y que dan cuenta de la intensidad del padecimiento y dolor.

Deseo aquí aclarar que los certificados de Daniela Christensen y María Acastello no fueron agregados, por ende tampoco hubo reconocimiento o desconocimiento de esos hechos.

Al impugnar el dictamen agrega que todo indica que la incapacidad es permanente y definitiva, que es muy superior a lo tabulado por el Dr. Breglia y que Luisa Barros está incapacitada para trabajar no solo en sus tareas habituales sino en cualquier otra actividad laboral. Por un lado reconoce que se encuentra imposibilitada de trabajar o de ingresar por no poder sortear con éxito un examen preocupacional para seguidamente fundamentar una incapacidad física de un 4,93%.

El facultativo responde a fs.225 que su trabajo en la Fundación Médica no es privado sino que forma parte de su curriculum vitae ofrecido al Poder Judicial. Dice que no es prestador directo de la ART sino que brinda servicios para la Fundación Médica de Río Negro, institución que deriva pacientes de diversas obras sociales y también de ART, descartando que ello pueda afectar su objetividad, lo que estimo como cierto y real. Desmiente que haya forzado las articulaciones de la demandante destacando que ningún consultor de parte se presentó para que se pueda afirmar un forzamiento deliberado de movimientos y entiende que los términos de la impugnación caen por su propio peso. En cuanto a la lesión nerviosa, como es en la rama sensitiva del nervio no significa que le afecte la capacidad de mover el miembro según informe de electromiografías, sino una disminución de sensibilidad, considerando que la actora padece un cuadro psiquiátrico que es comprometedor. En cuanto a la pretensión de que se valore la incapacidad por el método objetivo de Fernández Rozas, será ello resorte del Tribunal, ya que se utiliza tal método según variables de ponderación relativa a las características personales del paciente.

El dictamen del psiquiatra Luis Ligarribay explica los síntomas de inicio del cuadro psicopatológico de Barros a partir de insomnio de conciliación y mantenimiento,

angustia marcada, llanto inmotivado, síntomas fóbicos, contracturas musculares prolongadas, agregando ideación suicida e intentos a través de ingesta de psicofármacos. Que fue diagnosticada en el año 2010 con Trastorno Depresivo Mayor por el Dr. Kotlar, síntoma que permanece y por el que actualmente recibe tratamiento psiquiátrico a cargo del Dr. Altamirano.

Del examen, evaluación y antecedentes no presenta un perfil psicológico, ni personalidad de tipo patológica previa al actual trastorno. No advierte incoherencia o desequilibrio. Se trata a su entender de una concausa derivada de la incapacidad para desempeñar sus tareas habituales, para acceder al trabajo, para ganar su dinero y para relacionarse. Dice que se encuentra contemplada la concausa dentro de la LRT como reacción vivencial anormal neurótica con manifestación depresiva.

Asimismo, que no se evidencian formas defensivas de engaño y se comprueba una etiología acorde a la enfermedad representada. Que no intenta resaltar síntomas ni respuestas tendientes a resaltar sintomatología multisindromática. Diferencia con la neurosis de renta en que parece existir una clara motivación derivada de la posibilidad de obtener indemnizaciones consecutivas a accidentes o lesiones en que el síndrome no remite necesariamente cuando el litigio ha sido exitoso.

De allí que concluye en la tipificación de Reacción Vivencial Anormal Neurótica Depresiva Grado III, lo cual requiere de un tratamiento más intensivo que permitiría remitir los síntomas más agudos antes de tres meses en que se verifican trastornos de memoria y concentración durante el examen psiquiátrico y psicodiagnóstico, en que se presentan crisis de pánico, fobias y obsesiones para obtener reacciones más inmediatas y luego controles anuales.

Estima el grado de incapacidad que presenta la Sra. Barros, teniendo en cuenta el diagnóstico, evolución y pronóstico en donde se determina el grado en que se ve afectado o frustrado su proyecto de vida e incide negativamente en el vínculo con los otros, sea laboral o personal y que corresponde a una Incapacidad Permanente Total con un 60 % de incapacidad, contrario a lo estipulado en el Baremo del Decreto 659/96, por el cual le correspondería una incapacidad del 20%.

Esta conclusión fue impugnada por QBE ART en relación al 20% previsto por el decreto, omitiendo toda consideración del 60%, obviando u olvidando que nos encontramos frente a una acción civil donde no es obligatoria la aplicación de los baremos del Decreto 659/96.

Indica que no existe relación alguna entre la patología psiquiátrica detectada por el

perito y las secuelas evaluadas en su lesión sensitiva del nervio radial y limitación funcional con una incapacidad del 4,93%, con lo que no existe una lesión física grave para el desarrollo de sus tareas. La depresión puede ser provocada o desencadenada por múltiples factores, de modo que el concepto de depresión mayor utilizado por el perito hace alusión a un cuadro de una cierta intensidad y consistencia del cual no se duda, pues presenta una sintomatología que considera que se diagnostica fundamentalmente desde lo clínico, pero pueden englobarse problemas muy diferentes. Para ello se requiere un interrogatorio y exploración del paciente teniendo en cuenta las variaciones individuales en la presentación de la depresión. Luego de describir los alcances del trastorno destaca que un episodio depresivo mayor que no sea tratado dura seis o más meses. Y es normalmente recurrente y concluye que Barros no vivió una experiencia inquietante y aterradorante, por lo que es más que evidente que no existe relación causal con secuelas que no tiene ni con el siniestro que se verifica en autos por lo que considera que la incapacidad no se halla sobrevalorada. Que suponiendo que existiera un grado moderado en el que se halla una atenuación de los rasgos de su personalidad de base, debió haber requerido asistencia psicoterapéutica (cosa que la actora hizo según constancias documentales de fs. 13 respondida a fs. 18), con lo que atribuye una personalidad de base predispuesta, solicitando la rectificación del porcentaje.

El psiquiatra responde a fs. 247/249 manteniendo la posición asumida en su dictamen original. Señala que no considera que el grado de la lesión física en sí o la magnitud del hecho traumático tenga relación directa con la incapacidad laboral posterior o el grado de deterioro de la salud, sino que existe una relación más directa con los mecanismos individuales y vivenciales de cada persona en cuanto a su capacidad para sobreponerse a períodos de dolor emocional y situaciones adversas. La depresión no es un sentimiento, sino un trastorno médico donde cabe diferenciar las “alteraciones del estado del ánimo” con los “trastornos del estado del ánimo”. Agrega que raras veces comienzan y terminan sin motivos aparentes y, por lo general, suelen estar relacionados a eventos traumáticos. Si bien concuerda en la multicausalidad de agentes capaces, se evaluó la intensidad vivida por la evaluada sobre dicho acto traumático y su vivencia de pérdida funcional como el factor estresor predisponente de su actual trastorno, pues como lo explica la anamnesis está libre de antecedentes familiares de patología psiquiátrica o libre consumo de estupefacientes u otras pérdidas importantes.

Añade que los síntomas no cumplen los criterios para un episodio mixto, provocan malestar clínicamente significativo y deterioro social, laboral y de otras áreas

importantes de la actividad como individuo, no son debidos a los efectos fisiológicos directos de una sustancia o una enfermedad que específicamente pueda provocar tales síntomas (como la de tiroides), no hay presencia de duelo familiar, los síntomas persisten durante más de 2 meses o se caracterizan por una persistente incapacidad funcional, preocupaciones mórbidas de inutilidad, ideación suicida, síntomas psicóticos o enlentecimiento psicomotor y no cuenta en la actualidad con plazos de remisiones espontáneas ni graduales.

Finalmente aclara que no existen parámetros para discriminar en porcentajes los factores que corresponden a lo accidental con los que hacen a lo personal o vivencial ya que están íntimamente relacionados.

III.- ALCANCES DE LA ACCION Y LA DEFENSA - PRUEBA PRODUCIDA SOBRE LOS HECHOS INVOCADOS: Hay en el relato de los hechos por parte de la actora dos reproches a la ART: a) incumplimiento de los deberes de seguridad ante una tarea que necesariamente trae aparejados movimientos repetitivos y forzados, malas posturas y manipulación de máquinas que no están diseñadas ergonómicamente, con alta probabilidad de sufrir un accidente o contraer una enfermedad profesional, donde se advierte la falta de debido control técnico y médico, que derivarán ineludiblemente en situaciones perjudiciales; b) haber sido atendida por diversos profesionales, quienes le indicaron tratamientos que van desde la inmovilización hasta sesiones kinesiológicas que no contribuyeron a disminuir su dolor, ni a conseguir un diagnóstico sino a fuerza de insistencia por parte de la actora, cuando es su responsabilidad arribar a un diagnóstico certero y otorgar el tratamiento correspondiente.

Me quiero detener en este último aspecto, toda vez que el primero carece, tal como dice la ART al oponer defensa de falta de legitimación pasiva, de fundamentación eficiente pues no se señala ningún incumplimiento concreto de la ART vinculado al siniestro de autos que haga pasible una condena por responsabilidad civil. Se invocan presuntos y genéricos incumplimientos a las normas de seguridad e higiene laboral, sin identificar concretamente qué medida o acción debió ejecutar la ART que, de haberse cumplido, hubiera evitado ciertamente el resultado dañoso, todo ello atendiendo a que los exámenes preocupacionales están a cargo de la empleadora. No hay protocolo en seguridad e higiene que indique que debió hacer su tarea de otro modo, ya que es condición para realizarla mantener los brazos en alto durante espacios de tiempo significativos y con movimientos repetitivos. Coincido en que, a menos que sea evidente, no basta con lo invocado, sino que se requiere cierto grado de conexidad entre

aquéllo que habiendo debido hacerse de manera diferente por parte de la ART no se hizo.

Es insuficiente la mera probabilidad que indica el Dr. Breglia al señalar que “...es posible que con un adecuado plan de higiene y seguridad las lesiones se pudieran haber evitado o haber detectado y evitar el progreso de las mismas...” (fs. 214 vta). En primer lugar porque no queda definido en qué consistiría ese plan, sea para evitar la lesión o detectarla. Ninguna prueba indica como se supone que podría hacerse esa tarea o que indicaciones ergonómicas mejorarían las condiciones de prestación del servicio o la evitación del cuadro patológico.

En cuanto a que el plan de seguridad e higiene debió tender a detectar la lesión previamente a su manifestación, parece poco probable, no sólo por el tiempo que llevaba trabajando al servicio de la empresa sino porque el mismo día en que se presenta la manifestación invalidante se formula la denuncia de la patología y comienza a ser tratada.

De allí que mi apreciación final, luego de todo lo analizado por los dos profesionales intervinientes como peritos, es que hay una sucesión de antecedentes lógicos que me conducen a sostener que hubo un tratamiento superficial de la lesión, sin contemplar el plano de lo psicológico, cuando por un lado se le informaba que lo físico evolucionaba y la paciente manifestaba seguir sintiendo dolor, fundamentalmente por las noches y una vez terminada la fisioterapia.

Hay una infundada negativa de contención terapéutica de orden psiquiátrica cuando la demandante la reclama, una vez que toma conocimiento de que el trauma que padece se relaciona con la depresión profunda, que ya se advertía que requería de atención.

Tengo pues que en la sucesión de los hechos que la Sra. Luisa del Carmen Barros ingresa como clasificadora a Expofrut S.A. el 30-10-2008, desconociéndose si venía de dedicarse anteriormente a tal actividad, en estado de salud práctica. Presta servicios en el mejor de los casos lo que restaba de la postemporada de 2008 y la temporada 2009 cuando, promediando la finalización de esta última, comienza a sentir adormecimiento en su muñeca izquierda que se proyecta hacia brazo y hombro y concluye en fuertes dolores impeditivos de los movimientos básicos que requiere la tarea de clasificadora, aunque debo suponer que también de cualquier otra que necesite el uso de su brazo izquierdo. El dolor que la inmoviliza en 21-4-2009 es denunciado inmediatamente a la ART, quien comienza a atenderla a través de sus prestadores médicos y, con una electromiografía y velocidad de conducción nerviosa, se concluye en la presencia de

una “Neuropatía Radial Sensitiva Izquierda” (28-4-2009), que aun cuando suele ser frecuente, es extraño que el organismo reaccionara tan pronto desde que comenzara su prestación. Con ello se detecta la primera aproximación a la patología y se descubre la razón del adormecimiento y el dolor. Se le coloca un yeso durante aproximadamente un mes, al cabo del cual, es atendida por el Dr. Juan Fisser en 27-5-2009, quien concluye en aquella oportunidad en que Barros presenta buen trofismo muscular, sin déficit motor y solicita radiografía de codo y muñeca, para descartar otras lesiones. Debo aquí considerar que ello se indica porque el dolor persiste. En 27-5-2009 se realiza la radiografía que no arroja evidencia de alteraciones óseas. El Dr. Fisser en 19-6-2009 deja constancia de que en oportunidad de la atención de ese día la paciente continúa con dolor a pesar de la inmovilización con yeso. Le realizan sesiones de rehabilitación en diferentes tramos (dos de ellos continuos) que van desde 10 días a casi 30 de los que resultan informes del Licenciado interviniente a fs. 161/166. Allí se destaca la diferencia de resultados entre lo que aparece detallado al finalizar la serie que va del 1-7-2009 al 15-7-2009 y la que sigue entre el 20-7-2009 y 31-7-2009 cuando concluye en la mejora en la sintomatología, mejora la fuerza muscular y manifiesta dolor esporádico de preferencia nocturno, irradiado desde región cervical a todo el miembro. Cuando hace el segundo tramo de tratamiento kinesiológico durante noviembre/2009 de casi un mes, concluye en disminución del dolor y las parestesias, Rango de Movilidad completo, fuerza muscular discretamente disminuida, Actividades Vida Diaria conservadas y dolor que solo se manifiesta por las noches. Una ostensible mejora aunque con persistencia de dolor.

Es a partir de allí que advierto un seguimiento superficial de la dolencia por parte de la ART, pues en 9-12-2009, debo suponer que ante la persistencia del dolor, se concluye en que las actividades realizadas en el puesto de trabajo superan su capacidad y que al no contar con posibilidad de reubicación, continúa con la etapa de orientación laboral.

Pero aun así, tampoco definen cual es su incapacidad ni analizan el cuadro de situación general como para determinar con cierto grado de verosimilitud si se puede continuar con algún tratamiento reversivo de la dolencia, ni queda en claro cuál es el cuadro clínico a ese momento (al menos no con el profesional que ha ordenado la terapia kinesiológica que parecía llevar a resultados positivos) y si todavía está en condiciones de mejorar, pero sí se concluye en que no podrá volver a su puesto de trabajo.

La ILT se da por concluida al año de la primera manifestación invalidante sin evaluación sobre si la incapacidad es definitiva o provisoria, o sea sin definición clínica,

rechazando contemporáneamente la terapia por el cuadro patológico depresivo que denuncia la actora, que hubiera cuanto menos ameritado las consultas con especialistas. La ART se limita mediante nota de fs.18 a decir: “...Que se rechazan las patologías de “síndrome depresivo” por ser considerada esta de índole inculpable, por lo que deberá continuar su tratamiento por medio de su obra social...”. Al menos la demandada no acompaña el antecedente de haber otorgado la prestación para considerar la inculpabilidad o descartar la conexidad.

Sobre la denuncia de dolencia depresiva la actora requiere asistencia profesional, cuando intima por TCL de fs. 13 a ser atendida, en 23-4-2010, con fundamento en: “...que me ha generado la imposibilidad de desarrollar mis tareas y actividades normales y habituales. En razón de que en casi aproximadamente un año no han dado solución concreta a la lesión que padezco y ante la falta de especialistas que me brinden un tratamiento adecuado...” (fs. 13).

De tal cuadro la demandante parece haber tomado conocimiento cierto cuando se realiza el examen a cargo del psicólogo Licenciado Juan Cruz Muñoz de fs. 23, quien describe que Barros se encuentra inclinada hacia el polo displacentero, con signos depresivos reactivos, tristeza, angustia, impotencia, desesperanza, estado abúlico producto del estado físico padecido y de las consecuencias para su vida cotidiana. Que su situación laboral inestable la obligó a mudarse con su hija a la casa de su madre, que no entiende qué le pasa ni qué es lo que tiene en su brazo, concluyendo en un trastorno depresivo reactivo de grado moderado a grave (con conductas autoagresivas) como consecuencia de su pérdida de autonomía, rol laboral e incertidumbre de su estado físico.

También el Dr. Juan Pablo Kotlar constata ánimo deprimido de grado considerable, con angustia, irritabilidad, insomnio y ansiedad, dando cuenta de que requiere tratamiento sin dilación. El informe se extiende en 22-4-2010 para ser presentado ante la ART (fs. 24).

El ensamble de todo lo relatado, a lo que se suman los dictámenes coincidentes de los Dres. Breglia y Ligarribay permiten extraer como conclusión que: a) el tratamiento clínico se inició inmediatamente; b) que hay relación de causalidad entre la tarea realizada por la actora y el cuadro de neuropatía sensitiva del nervio radial concentrado en el miembro superior izquierdo; c) que hay un bajo grado de incapacidad física, estimado en el 4,93%; d) que derivado del dolor, la inmovilidad y la indefinición sobre el futuro de su patología, comenzaron contemporáneamente una serie de síntomas que derivaron en un proceso de depresión reactiva identificada clínicamente y compatible

con la figura de estrés postraumático, que una vez denunciados hubieran requerido la inmediata verificación por parte de la ART y muy probablemente bajo tal estado de cosas, encarar un tratamiento específico para atender y revertir la depresión.

En esto último claramente los profesionales auxiliares han coincidido. Pues como el Dr. Breglia concluye, la actora no presenta anquilosis de ninguna articulación del miembro superior izquierdo y lo evidencia en examen físico, aunque admite que no está en condiciones de sortear un examen preocupacional. Las limitaciones están dadas por la “percepción del dolor”, más que por las lesiones estructurales del miembro.

Descartada pues la neurosis de renta, la personalidad de tipo patológica previa al actual trastorno o formas defensivas de engaño, comprobada una etiología acorde a la enfermedad representada, todo lo cual fue descartado y explicado adecuadamente por el Dr. Ligarrabay, quedó la actora con un trastorno depresivo mayor impeditivo para desempeñar sus tareas habituales e incapacidad para acceder al trabajo, todo lo cual incide negativamente en su vida de relación, laboral y personal, por lo que concluyo en que, de haberse tratado en el momento en que ello fue denunciado a la ART, muy probablemente la incapacidad permanente total del 60% de que da cuenta el auxiliar psiquiatra hoy no sería tal.

De ello, sin lugar a dudas, es de lo que ha de responsabilizarse a la aseguradora, en cuya cabeza se pone la obligación de aplicar la ciencia, tecnología y el arte de curar al servicio del trabajador accidentado, en cualquiera de las facetas que el padecimiento se haya establecido.

Cierto es que la medicina no es una ciencia exacta, que no cualquier error que cometa un equipo médico puede acarrear responsabilidad, que la curación del enfermo no depende sólo del médico o las prestaciones que se le otorguen, pues está ligada también a su estado clínico, a causas subyacentes ocultas o aparentes, a la índole de la enfermedad, etc, pero "...el médico no se obliga a sanar al paciente, hay dos aspectos que el profesional de la salud deberá demostrar aportando los elementos de convicción a su alcance: 1) Que los actos médicos cumplidos por él fueron a satisfacción, en seguimiento de "la buena medicina" y del programa anticipado al paciente al requerir su asentimiento. Que no se limitó a medicar o a intervenir quirúrgicamente, sino que se hizo de la manera debida. Que el antibiótico, por vía de ejemplo, era el correcto, atento a la situación del enfermo, y 2) que la frustración del "resultado próximo" prometido tiene causas o fundamentos que son ajenos a su gestión de salud que no ha podido contrarrestar ni evitar y por tanto que pueden ser calificados como verdadera

imposibilidad..." ("De la casualidad a la causalidad en la responsabilidad médica" Jorge Mosset Iturraspe, Revista de Derecho de Daños, 2003-3 Editorial Rubinzal Culzoni, pág.12).

Mi experiencia en los diversos casos de reclamos me ha llevado a concluir que todavía se sigue minimizando el impacto psicológico de traumas derivados de accidentes o enfermedades profesionales, cuando se trata de atender esta clase de derivaciones patológicas, o que no se asumen clínicamente con la debida seriedad que requieren, a pesar de que la ley especial los contemple.

Cierto es que no en todos los supuestos ha de ocurrir, ni es una constante que cada paciente ha de desarrollar, pero sí es una constante la tendencia a restar sustancia y entidad clínica a las manifestaciones postraumáticas. Los médicos originarios encargados de atender las manifestaciones corporales de una lesión, una vez descartada la gravedad del padecimiento y su relación con la manifestación subjetiva que tiene el paciente, debiera evaluar en interconsulta al menos si advierte la presencia de una reacción anormal y descartar otro tipo de afectación. De ordinario no lo hacen, dejando al enfermo librado a su suerte. Y su suerte en una porción importante de casos es la imposibilidad de contar con sus potencialidades para ganarse la vida.

Se trata de una opción que la misma ART, sin fundamento ni respaldo científico se encargó de descartar de plano, llegando así hoy a un diagnóstico de Incapacidad Permanente y Total del 60%, que será tal y no del 20% que estipula el Baremo del Decreto 659/96. Ello así, pues no estamos ante una acción especial de la LRT, sino frente a una acción civil que además de acusar a la ART de fallas en el control de la seguridad e higiene y responsabilidad anterior al hecho dañoso por tal circunstancia, que entiendo no ha sido acreditada, achaca responsabilidades por la omisión de un tratamiento derivado de un accidente de trabajo que la demandada no atendió habiendo debido hacerlo. Y esto último se ha probado plenamente a tenor de todo lo dicho.

Es que QBE ART S.A. tiene en el marco del contrato de seguro una relevante responsabilidad en cuanto a otorgar la debida atención médica a los trabajadores de las empleadoras afiliadas, con el compromiso asumido de brindar una prestación adecuada, integral y óptima por las praxis de sus prestadores, al punto que la obligación de hacer de la aseguradora involucra el deber legal de vigilancia, elección y previsión de sus prestadores. Necesario corolario de ello es que la deficiente prestación respecto del contratante del seguro, constituye un grave incumplimiento contractual y extracontractual en relación al trabajador accidentado.

La responsabilidad civil de la aseguradora obligada a dar la prestación médica adecuada, se abre por fuera de las limitaciones del contrato de seguro y contribuye solidariamente con el estado de salud actual del actor, por imperio del art.1074 del Código Civil, en cuyo mérito "...toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otra será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido...".

De los principios invocados se sigue que el dato central de la información del especialista es la incorporación de una responsabilidad plena adicional: la de la ART en el adecuado seguimiento de la salud del actor.

Probada pues la relación causal entre el hecho originario y la incapacidad final, debe evaluarse en el marco de la acción civil, ya no la que produjo la circunstancia inicial, por la que debió responder contractualmente en los términos y limitaciones de la LRT, sino la que se impone para afrontar con responsabilidad propia, independiente de los términos acordados con la patronal y previstas legalmente, por las omisiones o daños que profirió al no actuar conforme sus obligaciones.

Sugiero en tal sentido revisar los conceptos del fallo "Torrillo, Atilio Amadeo" de la CSJN (31/3/2009, en Fallos 322:709), cuya discusión transita la extensión de la responsabilidad de las ART con fundamento en el Código Civil, aunque en su actividad dentro de la faz preventiva (deber de seguridad). Aún admitiendo lo discutible del voto de la mayoría, lo que de la totalidad del fallo se extrae de modo diáfano es la posibilidad de condena cuando opere el supuesto prescripto por el art.1074 del Código Civil, aspecto este en que coinciden el voto de la mayoría y la disidencia del Dr. Lorenzetti.

Simplificando los conceptos centrales de los argumentos vertidos por los jueces de la CSJN, se concluye en que no existe razón alguna para poner a las ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente de sus deberes legales.

Es responsabilidad esencial el postulado de tutela de la salud respecto de la atención que brindarán a los trabajadores las ART, en cuyo espacio se hallan obligadas a prever y desarrollar una organización para la prestación del servicio y dentro de ese contexto, por sí o valiéndose de la actividad de terceros, es responsable de que el sistema funcione en plenitud.

En caso de que ello no ocurra, debe responder por los daños que se ocasionen a los destinatarios de la prestación, a tal punto que en relación al trabajador la ART no puede excusar su obligación alegando los actos de su prestador, pues el obrar de un tercero exige la carencia de vínculo entre ambos.

En este aspecto de la actuación de las ART, existe un vínculo indisociable entre los riesgos del trabajo y el derecho a la salud de los trabajadores que a ella acuden, como consecuencia de un accidente por el que la patronal ha asegurado a sus dependientes. En la elección de la ART la patronal es solidariamente responsable hacia el trabajador, quien nada decide en el marco contractual y queda cautivo del sistema.

En el particular supuesto del art.1074 del Código Civil, si queda debidamente acreditado que la omisión de otorgar la prestación debida ocasiona un perjuicio, la aseguradora es responsable porque la ley le impuso la obligación de cumplir el hecho que, omitido, permitió que el estado práctico de salud que el trabajador tenía al momento en que la prestación debió cumplirse se perdiese.

La débil situación del trabajador, que está obligado a ser atendido por la aseguradora que contrata la patronal, exige de ésta una mayor preocupación frente a la patología derivada de un evento accidental dañoso, en el marco del deber de seguridad social y alto grado de especialización y superioridad técnica en temas de salud e integridad psicofísica y moral de los trabajadores que la ley impone a las aseguradoras.

Está obligada a actuar con extrema prudencia y pleno conocimiento de las cosas, ya no en función de la indemnización que ha de tener que abonar, sino fundamentalmente en su calidad protectoria. Como lo dice Julián Arturo De Diego, "...la ART debe acompañar al damnificado hasta su recuperación con el alta, y hasta su reinserción laboral en el mercado de trabajo..." , siendo claro objetivo el de "...rehabilitar a la persona que sufre las consecuencias de un accidente o una enfermedad profesional de modo que pueda mantenerse o reinsertarse en su vida laboral activa..." , todo con el afán declarado de superar el defecto de los regímenes anteriores, donde "...las indemnizaciones tardías e insuficientes fueron ineficaces para atender necesidades de rehabilitación, entrenamiento y capacitación, más el vínculo necesario con las oportunidades, que todo trabajador necesita una vez superado el trauma de la patología y sus consecuencias..." (cfr. "Manual de Riesgos del Trabajo", Abeledo Perrot, 2001, pág.39 y ss).

En las omisiones ilícitas, aunque el sujeto no cause deliberadamente el daño ni su actitud negativa sea condición de él, puede suceder que la acción esperada y

jurídicamente exigible hubiese evitado o disminuido ese daño y sus consecuencias “inmediatas” y “mediatas” derivadas del suceso originario.

De suerte tal que en mi opinión debe acogerse favorablemente la demanda contra QBE ARGENTINA ART S.A. por la totalidad de la incapacidad física y psíquica acreditada que suma el 64,93% de carácter Permanente, Parcial y Definitiva y me relevo del tratamiento de la serie de inconstitucionalidades pedidas en relación a la LRT, sus decretos reglamentarios y Resoluciones, toda vez que la decisión no transita por tales caminos legales.

En cuanto a la prohibición prevista por el art.39 DE LA LRT, ya es casi un lugar común afirmar que a partir del cambio de integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2004, el sistema de protección frente a los riesgos del trabajo ya no es sólo lo que está regulado por la Ley sobre Riesgos del Trabajo (LRT) y sus normas reglamentarias sino, además, y en algunas materias, fundamentalmente, por lo que el Máximo Tribunal dice en esta materia. De suerte tal que no me he de extender en el tema sino remitiendome a los precedentes "Aquino", "Cura", "Llosco", "Cachambí", "Aróstegui" y "Torrillo" de la CSJN a raíz de los cuales este tema ya prácticamente no se discute. Cito asimismo a los del Tribunal que integro: "Quevedo" (27-2-2009), "Suarez" (11-12-2009) y "Pérez" (26-6-2012).

IV.- DAÑOS - CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL Y EXTRAPATRIMONIAL: Todo aquello que es mensurable económicamente en términos más o menos objetivos, atendiendo a costos previsibles o potenciales que puedan verosímilmente darse y ser materia de cálculos matemáticos, debe el juzgador tenerlo como dato de la realidad presente o futuro y así volcarlo del modo mas preciso que sea posible.

Lo indicado no supone que la vida o la salud tenga por si un valor pecuniario, pues como desde antiguo se ha sostenido no está en el comercio ni puede cotizarse en dinero. Cuando uno ha de hacer una construcción económica, no está utilizando fórmulas matemáticas para definir el "valor vida" o "valor salud", sino que refiere sustancialmente al aspecto concreto desde el cual evalúa distintos valores que confluyen en la apreciación indemnizatoria que transita diversos carriles.

Si utilizo un razonamiento matemático y lo obtengo de parcialidades numerales específicas que me permitan llegar al resultado, debo explicar el método aplicado y las variables introducidas, pues se trata de atender a datos verificados y ordenados mediante un algoritmo previamente justificado y no veo motivo que en ello se viole alguno de los

conceptos que se extraen del precedente "Aróstegui", en tanto la idea que de allí se traduce no es la eliminación lisa y llana de fórmulas como parámetro de aproximación, sino que los jueces se aten a ellas sin atender al ser humano como una integridad, dejando de lado otros aspectos de la vida de las personas.

Resulta así que se dispondrán valores dentro del género "daño patrimonial" en los aspectos relativos a daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance, gastos y tratamientos realizados y futuros y daño estético (si de este último derivare una clara disminución de ganancia, dificultad o imposibilidad de obtener trabajo o insuma gastos en la curación de lesiones), todo con la debida explicitación del mecanismo de cálculo.

En lo relativo a lo extrapatrimonial habré de tener en cuenta las restantes órbitas de la vida del hombre comprensivas de las manifestaciones del espíritu, insusceptibles de medida económica que integran los demás valores vitales, donde se relacionan repercusiones anímicas, proyecto de vida, vida de relación, armonía física y psíquica perdida, y afecciones de los llamados "bienes ideales" (CNCiv, Sala D, 22-4-76 "Ramos de Casale" L.L.1977-A-154), entre los que dependiendo de sus condiciones, podrá ingresar el daño estético y el psicológico en los aspectos que no puedan ser evaluados de otro modo mediante fórmulas mas precisas.

V.- LUCRO CESANTE POR INCAPACIDAD SOBREVINIENTE: En vistas de encontrarnos frente a una acción civil deviene irrelevante el tratamiento de la inconstitucionalidad del art.12 de la LRT, toda vez que ello se verá compensado con la aplicación de los intereses a que se hará lugar y cuyo tratamiento se hace capítulos mas adelante.

Al evaluar el daño emergente, por aplicación de la fórmula de matemática financiera con las pautas previstas por el STJRN en autos "Perez Barrientos" 30/11/2009 (con sustento en "Aróstegui" - CSJN 8/4/2008-), para la determinación de la cuantía económica del daño, se debe valorar no solamente la pérdida de la capacidad de ganancia o de producción del trabajador siniestrado, sino cómo ello lo afectará en su vida de relación y en su proyección laboral futura, todo lo cual implicará el necesario incremento de los valores patrimoniales, a los que, en última instancia por imposibilidad física de otro modo de reparación, habrá de recurrirse a fin de arribar a una resolución equitativa.

Por ende, teniendo en consideración el 64,93 % de incapacidad por tratarse de una secuela derivada de un mismo hecho dañoso, la edad de Barros al momento de la primera manifestación invalidante (26 años) y el salario que percibía como clasificadora

\$ 3.199,22, la indemnización histórica asciende a la suma de \$ 424.171,93.

Ello así sin perjuicio de las prestaciones en especie que como obligada en el marco de la LRT deberá seguir prestando en virtud de lo establecido por el art 20 acápite 3.

VI.- DAÑO MORAL: La naturaleza espiritual y personal de los bienes afectados por el daño moral hace que su traducción económica devenga sumamente dificultosa, no resultando pauta ajena al mismo la gravedad objetiva del daño y la recepción subjetiva de éste. Aún así, cuando el daño moral es notorio, lo que en el presente caso es indudable, no es necesaria su prueba y quien lo niegue tendrá sobre si el onus probandi.

Asimismo, creo importante tener en cuenta que al momento de mensurar el daño moral deben tenerse presentes las circunstancias integrales de la causa, entre las que se encuentra el modo en que se cometió la infracción a la ley y el padecimiento adicional de sufrimientos físicos y emocionales, en el marco de un tratamiento que de haberse dado en tiempo y forma, amen de una incapacidad menor, le hubiera permitido con alto grado de probabilidades volver a trabajar y hacerlo en corto plazo. La accionante llevaba antes del accidente una vida activa, normal y, sin embargo, ha quedado excluida del mercado laboral pues para el ejercicio diario de sus habilidades requiere de su brazo en condiciones.

Cualquier apreciación que haga el juzgador podrá tildarse de arbitraria, cuando se procura compensar el daño sufrido por la afectada, mitigándolo en alguna medida a través de lo que en doctrina y jurisprudencia se denomina "sucedáneo" o "placer compensatorio", pero, como lo explicáramos en "Quevedo": "...su objeto es indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que poseen un valor fundamental en la vida del hombre, tales la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos ... No implica ello que se le esté pagando el dolor, sino que se intenta con ello aplacar el sufrimiento de la víctima, buscando que se distraiga, ocupe su tiempo y su mente en otra cosa distinta que mortificarse y así supere su crisis de melancolía. Un sucedáneo o placer compensatorio o sustitutivo no representa el dolor, sino que es un medio para combatir los males creados por el dolor (tristeza, apatía, tensión nerviosa, etc.)..."

Cada agravio moral tendrá una repercusión personalísima. La misma naturaleza da cuenta de que unos son más fuertes y otros más susceptibles al sufrimiento. La valoración subjetiva de algunos aspectos de la persona humana en detrimento de otros sumado a la comparación con el término medio imaginario de cuanto significa perder independencia, imagen y orgullo personal, me lleva a establecer en concepto de daño

moral la suma de \$ 250.000 al día del dictado de la sentencia, sin perjuicio de que los intereses se calculan también desde la fecha del accidente.

VII: INTERESES APLICABLES: Este Tribunal ha decidido ya en recientes pronunciamientos (Durán -6-8-2014-, Albornoz -19-8-2014- y Silveira -4-11-2014-, entre otros) un cambio en la tasa de interés legal, teniendo en cuenta para ello, varios indicadores que demostraban la insuficiencia de la tasa de interés activa del Banco Nación, por haberse modificado la situación imperante al momento en que la misma fuera adoptada por el STJRN en fallo "Loza Longo", así como lo resuelto en el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, instrumentado en Acta n° 2601 de fecha 21 de mayo de 2.014, donde por amplia mayoría (19 votos a favor y 3 por la negativa) se decidió que la tasa de interés a aplicar fuera la nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses. Asimismo se determinó también por mayoría (12 votos a favor y 10 por la negativa) que dicha tasa de interés resulta aplicable desde que cada suma es debida respecto de las causas que se encuentran sin sentencia y con relación a los créditos del trabajador.

Es que la tasa de interés activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, que otrora fuera considerada razonable y que fuera fijada como criterio por el Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados "LOZA LONGO" (Expte. N° 23987/09-STJ-Sentencia n° 43 de fecha 27 de mayo de 2.010) a partir del 28 de mayo de 2.010 en adelante, ha quedado desajustada como consecuencia de la inflación y por lo tanto no cumple con su finalidad, esto es, "...mantener la incolumidad del capital y al mismo tiempo acordar la renta de la que se priva por la mora, ya que la tasa de interés que se informa desde la institución financiera oficial, contempla tasas subsidiadas que lejos están muchas veces de cubrir siquiera los efectos del envilecimiento del signo monetario...", tal como se señalara recientemente la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de esta Circunscripción Judicial en autos "Campos, Edgar Aníbal c/Pochat, Carlos y Otro s/Sumario" (Expte. n° 19684-09, Sentencia del 21 de febrero de 2.014).

Me remito a lo analizado en relación a este tema en el fallo "Melo c/ Prevención ART SA" fallado en 29-12-2014, al que anteriormente hiciera referencia sobre la nueva modalidad a aplicar a partir del 1-1-2012 y los motivos que la sustentan donde entre otras cuestiones se hace referencia a que la aquí sentenciada es una deuda de valor, aunque se pretendiera la reparación sistémica (Ley 24.557), pues el Tribunal no cuenta

con un amplio margen de discrecionalidad en la determinación de la indemnización, estando obligados a aplicar una fórmula específica una vez establecido el grado de minusvalía, el ingreso base y la edad de la víctima al momento de la primera manifestación invalidante, realizando los cálculos de la operación matemática que la propia ley establece. Sin embargo, no por ello, una vez cumplida la pauta legal, al momento de contemplar una tasa de interés que permita mantener la incolumidad del capital y al mismo tiempo acordar la renta de la que se priva por la mora, máxime tratándose de una deuda de valor, muta su esencia, la reparación del valor salud, perdida como consecuencia del trabajo.

Es por ello, que considero que la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses, es la que más se adecúa con el objetivo a cumplir, coincidiendo con el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al que he aludido.

En consecuencia, con relación a las deudas de valor, considero que hasta el 26 de mayo de 2010 la tasa aplicable es la de "Calfín c/ Murchison" y a partir del 27 de mayo de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2011 corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, según "Loza Longo" -que a esos tiempos aun cumplía la función que ahora descarto por haberse vuelto insuficiente- (55,86%), y a partir del 1 de enero de 2012 la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses (124,34%).

XIII.- Liquidación: La presente planilla de liquidación se practica al 30 de agosto, conforme a los parámetros explicitados en el punto anterior, esto es, desde la fecha de la primera manifestación invalidante hasta 31 de diciembre de 2011 la a la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, según "Loza Longo", y a partir del 1 de enero de 2012 la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses, contemplando el pago a cuenta.

Monto a abonar por la ART en concepto de daño patrimonial

-indemnización por daño material \$ 424.171,93.

intereses d.21-4-2009 (180,20%) \$ 764.357,81

total lucro cesante al 30-8-2015 \$ 1.188.529,74.

Monto a abonar por la ART en concepto de daño extrapatrimonial

Daño moral \$ 250.000,00

intereses d.21-4-2009 (180,20%) \$ 450.500,00.

total daño moral al 30-8-2015 \$ 700.500,00.

TOTAL CAPITAL MAS INTERESES AL 30-8-2015 \$ 1.889.029,27.

Las costas de imponen a la demandada tanto por los honorarios de la parte actora como los que corresponden a los de la citada como tercera Expofrut S.A., peritos intervinientes y demás gastos casuísticos.

TAL MI VOTO.

Los Dres. Diego Jorge Broggin y María del Carmen Vicente, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

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

RESUELVE: I.- HACER LUGAR a la demanda promovida por LUISA DEL CARMEN BARROS contra QBE ARGENTINA ART S.A. y en consecuencia condenar a ésta a pagar a la primera, en el plazo DIEZ (10) DIAS de notificada, la suma de \$ 1.889.029,27, en concepto lucro cesante y daño moral por incapacidad, importe que incluye los intereses que se indican en el Considerando, por las razones allí expuestas. Con costas a cargo de la demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. Adrián Federico Ambroggio y Diego Filipuzzi en \$ 50.000,00 a cada uno; los de la Dra. Ruth Luengo en \$ 245.500,00 los del Dr. Tomás Alberto Rodríguez en \$ 185.000,00; los del Dr. Joaquín Nicolás Garro en \$ 20.000,00 y los de los Dres. Adolfo Bonacchi y Laura Fontana en \$ 55.500,00 y \$ 88.000,00 respectivamente (MB: \$ 1.889.029,27, Arts. 6,7, 10 y 40 Ley de Aranceles). Asimismo, los honorarios de los peritos intervinientes se regulan en la suma de \$ 62.200,00 para el Dr. Luis Ligarribay y en la suma de \$ 62.200,00 para el Dr. Gustavo Breglia.

II.- Condenar a QBE ARGENTINA ART S.A. a seguir otorgando las prestaciones en especie que correspondan a LUISA DEL CARMEN BARROS en los términos del art.art 20 acápite 3 de la LRT.

III.- Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos.

IV.- Con la presente por Secretaría practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones, la que deberá abonarse en boleta de deposito bancario, a los quince días de quedar firme la presente bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 18 de la Ley 2716. Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DR. DIEGO JORGE BROGGINI

Vocal de Trámite- Sala II

DRA. MARÍA DEL CARMEN VICENTE DRA. GABRIELA GADANO

Vocal - Sala II Vocal - Sala II

Ante mi:

DRA. DANIELA PERRAMON

Secretaria