

/////////neral Roca, 27 de mayo de 2015.-

-----

-----Y VISTOS:Para dictar sentencia en estos autos caratulados:"BARONI PAULA ANAHI C/ MAPFRE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO" (Expte.Nº ).-

-----

-----Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaria, corresponde votar en primer término a la Dra. Paula Inés Bisogni quien dijo:

-----

-----RESULTANDO:

1.- A fs.31/43 se presenta Paula Anahí Baroni, por apoderado, a plantear formal demanda laboral contra Mapfre Argentina ART S.A. reclamando el pago de la suma de \$ 2.316.319,30 en concepto de indemnización por responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo sufrido.-

Refiere que trabajó como empleada de comercio para la sra. Gladis Noemí Kissner desde el 13/2/12 siendo su actividad principal la atención al público y demás diligencias encargadas por su empleador. Es así que sufrió un accidente en la vía pública, encontrándose en ocasión del trabajo, el día 8/5/12 en la intersección de las calles Gelonch y San Juan, al ser embestida por un vehículo.

En un primer momento fue trasladada al Hospital, y al realizarse la denuncia del accidente por parte de su empleadora fue derivada al Sanatorio Juan XXIII. Allí se le diagnosticó ruptura de ligamento tibial posterior de la rodilla izquierda.-

Los profesionales que la atendieron por cuenta de la ART detectaron que la srta.Baroni presentaba inmovilidad articular, limitación funcional y fuertes dolores con imposibilidad de locomoción por lo que solicitaron a la ART autorización para intervención quirúrgica mediante artroscopía. Ello no fue autorizado por la ART quien indicó la aplicación de 30 sesiones de kinesiología y luego 10 más, al persistir el cuadro. Allí se requirió nuevamente autorización para intervención de videoartroscopía conforme indicación médica del 12/7/12.- A tal efecto, con fecha 8/8/12 se requirió injerto fresco congelado de tibial posterior del Banco de Tejidos, justificando ello, a fin

de evitar el compromiso de la rodilla derecha, que ya presentaba leve laxitud.-

Ello fue denegado por la ART, siendo finalmente operada la actora luego de tres meses y reiterados reclamos, en octubre del 2012, extrayéndosele tejido de la pierna derecha para su injerto en rodilla izquierda, en contra de la recomendación médica.-

Luego de la intervención y cumplida la rehabilitación la actora fue dada de alta con incapacidad, sin adecuación de tareas, y al poco tiempo despedida por su empleadora.-

Considera que ha existido una negligente prestación de las obligaciones médicas impuestas por la ley 24.557 a la ART, que ocasionó un daño a la trabajadora, del que resulta responsable en los términos de los arts. 1109 o 1113 CC.-

Refiere que la ART es un agente de salud al que la ley impone la obligación de brindar al trabajador accidentado todas las prestaciones médicas necesarias para su total restablecimiento, requiriéndose un tratamiento integral al efecto, y no solo la atención del episodio agudo. La responsabilidad deriva de la omisión por parte de la ART en el caso de brindar en tiempo y forma las prestaciones debidas, por la negativa y demoras acaecidas, supra referenciadas, que configuran un obrar negligente e imprudente frente a sus obligaciones legales.

Menciona los antecedentes de la CSJN en fallos “Torrillo”; Bustos”, Galván” y “Soria” en los que se estableció la posibilidad de condenar en términos de responsabilidad civil a las ART por incumplimiento a sus deberes de prevención impuestos por la LRT siempre que se demuestre un nexo de causalidad adecuado entre el daño y la omisión o cumplimiento deficiente por parte de la ART de sus obligaciones legales.

Plantea la inconstitucionalidad de los arts.21, 22 y 46 LRT en cuanto no resulta exigible el paso previo por las Comisiones Médicas ni la jurisdicción federal, conforme jurisprudencia que cita. Plantea asimismo la inconstitucionalidad del art.39 LRT en cuanto prohíbe el acceso del trabajador a una reparación integral, conforme lo resuelto por la CSJN en fallo “Aquino” y otros.

Plantea de igual forma la inconstitucionalidad del art.12 LRT en cuanto el ingreso base mensual a ser considerado según dicha norma resulta depreciado, ya que se fija con los haberes del año anterior al accidente. Solicita se tome en cuenta el haber vigente a la fecha de la liquidación, ya que de lo contrario se produce un enriquecimiento sin causa del deudor y licuación del crédito del trabajador, toda vez que los intereses legales no reflejan el incremento salarial producido.

Practica liquidación por incapacidad sobreviniente, daño emergente actual y futuro, daño moral y daño psicológico.-

Ofrece prueba, funda en derecho, y solicita se haga lugar a la demanda, con intereses y costas.-

A fs.49/53 amplía demanda, agregando informe de la Comisión Médica interviniente.-

2.- Corrido el traslado pertinente, el mismo fue contestado por la accionada Mapfre Argentina ART S.A. a fs. 62/87.-

Reconoce el contrato de afiliación nº175211 celebrado por la sra. Gladis Noemí Kissner en los términos de la ley 24.557 y con vigencia al momento del accidente objeto de autos.

Reconoce haber recibido denuncia del accidente sufrido por la srta. Baroni en el cual ésta fue embestida por un vehículo en la calle Gelonch, mientras circulaba en su motocicleta, provocándole una serie de lesiones y golpes. Fue derivada al Sanatorio Juan XXIII donde se le diagnosticó lesión meniscal de rodilla izquierda.

Se le practicó una cirugía de artroscopía de rodilla izquierda con ligamento, se le ordenó el uso de férula para inmovilizar la zona lesionada y atento la favorable evolución se le dio el alta con incapacidad a determinar.

Conforme a ello, la ART actuó en tiempo y forma, asistiendo a la actora desde el día del infortunio hasta el alta médica, atento las inmejorables prestaciones médicas recibidas. Efectúa consideraciones médicas a distinguir en el caso (gonalgia, lesión meniscal, afección psiquiátrica y estrés).-

Opone excepción de falta de legitimación pasiva en razón de que el contrato de seguro celebrado por su parte no cubre los daños y perjuicios reclamados, que resultan ajenos al marco de la Ley de Riesgos del Trabajo.

Refiere resulta improcedente la imputación de responsabilidad civil de su parte en los términos de los arts. 1109 y 1113 CC.- Ello así pues su parte no es titular de cosa riesgosa alguna relacionada con el accidente; sin que se hayan especificado tampoco las supuestas acciones u omisiones culpables imputables a su mandante, siendo insuficiente la imputación genérica efectuada en demanda.

Niega que sea de aplicación lo dispuesto por el art.1074 CC, que exige la omisión de un deber legal y su respectiva relación de causalidad con el daño, que en el caso no se verifican ni precisan en demanda.

Plantea asimismo falta de acción por incumplimiento del trámite administrativo previo previsto por la LRT, que torna improcedente el reclamo judicial incoado.

Contesta demanda en subsidio, efectuando negación de los hechos que la sustentan conforme fs.69/70.- Impugna liquidación y contesta los planteos de inconstitucionalidad

de la ley 24.557, oponiéndose a ello.- Invoca la aplicación del art.505 CC, cfr. ley 24307 y 24432.

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita el rechazo de la demanda planteada, con costas.

3.- A fs.89 contesta el actor el traslado corrido en los términos del art.32 de la ley 1504. A fs.90 se ordena la producción de la prueba pericial, agregándose la pericial psicológica a fs.125/131. A fs.133 obra impugnación de la demandada a su respecto.

A fs.151/156 obra pericia médica, que fue impugnada por la demandada a fs.165.

A fs.168 obra acta de audiencia de conciliación, y ante su fracaso, se abre la causa a prueba conforme auto de fs. 170/171, produciéndose la agregada.-

Se agregan informes: de Correo a fs. 175/178, Anses fs.179/182, Sanatorio Juan XXIII fs.191/200, Afip fs. 201/203.-

A fs.208 obra acta de audiencia en la que se recibe alegato, quedando con ello los autos en estado de recibir la presente sentencia.

#### CONSIDERANDO:

I.-En primer término, y de conformidad a lo dispuesto por el art. 53 inc.1 de la ley 1504, corresponde expedirme acerca de los hechos acreditados, conducentes para la resolución del caso:

1.- Que la actora se desempeñó en relación de dependencia de Gladis Noemí Kissner en la categoría de vendedor B de comercio CCT 130/75 (contestes las partes, recibos de haberes fs.9/10 y constancias fs.179/182, 201/203).-

2.- Que Mapfre Argentina ART SA. celebró contrato de afiliación n°175211 en los términos de la ley 24557 con la sra.Gladis Noemí Kissner, con vigencia al momento del accidente denunciado en autos (hecho reconocido en el conteste)

3.- Que el día 8 de mayo del 2012 la actora Paula Anahí Baroni sufrió un accidente de trabajo mientras se trasladaba en moto a realizar un encargo encomendado por su empleadora, ocasión en que fue embestida por un vehículo en la vía pública, lo que le provocó contusiones y golpes en la cabeza y miembros inferiores, del cual resultó una lesión meniscal en su rodilla izquierda (denuncia de accidente de trabajo fs.3, dictamen de Comisión Médica de fs.49/52 y constancias agregadas por Sanatorio Juan XXIII a fs.191/200).-

4.- Que recibió cobertura por parte de Mapfre ART a través de sus prestadores médicos. Que según los certificados agregados a fs. 3/28 la actora fue atendida primero por el Dr.Bassi, quien indicó medicación y reposo laboral (certificados fs.3 y 8 del 24 y

31/5/12), y luego por el Dr. De la Vega, quien indicó en fecha 18/6/12 la realización de 10 sesiones de fisiokinesioterapia (fs.14), manteniendo reposo laboral por "inestabilidad anterior de rodilla izquierda" (fs.15).-

En fecha 12/7/12 el Dr.De la Vega indicó la realización de videoartroscopia compleja de revisión de rodilla izquierda por ruptura de ligamento cruzado anterior (fs.16), solicitando los exámenes prequirúrgicos y manteniendo reposo por "severa disbasia y dolor" (fs. 17/19).-

Asimismo, conforme certificado de fs.20 el Dr.Gómez, especialista en ortopedia y traumatología indicó a la ART la provisión de "injerto fresco congelado de tibial posterior de Banco de Tejidos", para la revisión de LCA izquierdo de la actora, en fecha 8/8/12.- Solicitud ampliada por el Dr.de la Vega en certificado obrante a fs. 21, que da cuenta de que la actora presentaba una "re ruptura de LCA izquierda con grave inestabilidad articular y limitación funcional. Se debe realizar revisión artroscópica de LCA izquierda. Paciente presenta en rodilla derecha leve laxitud articular que puede aumentar con toma de injerto isquiotibial para revisión por lo que se solicita autorización de injerto tibial posterior de banco de tejidos para realizar revision de rodilla izquierda sin comprometer miembro inferior derecho".

En fecha 27/9/12 se indicó internación para cirugía de rodilla por ruptura LCA para el día 28/9 (fs.3), aunque la misma fue practicada efectivamente el día 5/10/12 en Sanatorio Juan XXIII, según informe de dicha entidad de fs.191/200.-

A fs.24/28 obran certificados del 17/12/12 y 3/1/13 que dan cuenta de continuidad de tratamiento de rehabilitación y reposo laboral, hasta el alta traumatológica a partir del 5/2/13.-

Si bien los certificados fueron desconocidos por la contraria (fs.69 vta.), existen elementos que conducen a tener por acreditados los hechos allí consignados: en primer término, el informe pericial practicado en autos, que constata y relata en forma coherente el proceso sufrido por la actora y verificó la laxitud articular que justificaba el pedido del injerto para la cirugía así como explica la falta de tensión en el ligamento reconstruido finalmente a partir de injerto de la propia donante y su actual estado. Asimismo los certificados en cuestión fueron emitidos por el Dr.De La Vega, cuyo carácter de médico tratante quedó acreditado en autos con el informe del Sanatorio Juan XXIII de fs.191/200. Ha de tenerse en cuenta asimismo el silencio guardado por Mapfre ART ante el telegrama dirigido por la actora, cfr.fs.29, en el que expresamente se consignaron tales incumplimientos en particular en cuanto a la falta de provisión de

injerto para la cirugía, telegrama cuyo envío y recepción resultó corroborado por informe de Correos de fs.175/178.- Por último cabe tener en cuenta que la demandada no cumple en forma suficiente con la carga del art.356 CPCC de expedirse en forma categórica sobre los hechos alegados, en particular en cuanto al requerimiento omitido de la provisión de injerto invocado en demanda y documental con ella presentada, sobre lo que nada se dice, máxime que en esta materia resulta de aplicación la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, que obligan a su aporte a quien se encuentre en mejores condiciones de brindarlas, que en el caso es claramente la ART en su carácter de obligado a las prestaciones médicas, sin que ninguna documentación aportara a la causa.

5.- Que tomó intervención la Comisión Médica n°9, quien emitió dictamen en fecha 30-4-13, obrante a fs.49/52, en el cual constató la lesión meniscoligamentaria de la rodilla izquierda de la actora, y una incapacidad permanente y definitiva resultante de ésta del 15,30%.- No obra ni se invoca constancia alguna de pago de indemnización por parte de la ART.-

Que por último cabe consignar que en relación al accidente y posterior cobertura por parte de la ART (puntos 3 a 5), la demandada en su escrito de contestación asume a fs. una negativa meramente formal, autocontradictoria con otros hechos expresamente reconocidos en su propio conteste, tales como la cobertura del accidente de trabajo sufrido por la actora motivo de autos, afirmando a la vez que su parte brindó a la actora todas las prestaciones médicas desde el día del infortunio, la cirugía de arthroscopia de su rodilla izquierda hasta el alta médica, lo cual ha quedado acreditado además con el informe emanado del Sanatorio Juan XXIII (fs.191/200), y por el pago de prestaciones dinerarias temporarias según informe de Ansess de fs.179/182, sin perjuicio de que de conformidad al art.6 del Decreto n°717/96 la ART contaba con 10 días para rechazar la cobertura, siendo por tanto manifiestamente inadmisibles la negativa efectuada a fs.69 y vta, por contraria a sus propios actos.-

6. Que el perito médico designado en autos Dr.Gustavo Breglia dictaminó a fs. 151/156 que la actora presenta un cuadro de inestabilidad antero posterior de la rodilla izquierda a expensas de la insuficiencia del ligamento cruzado anterior y dolor en la interlínea articular por la secuela de la lesión meniscal interna, lesión que tuvo su origen en el accidente denunciado en autos, secuelas que subsisten pese a la intervención realizada.- Refiere que aun cuando la resonancia practicada a los fines de la pericia muestran indemnidad del ligamento reconstruido, al examen clínico la rodilla es francamente inestable. Ello puede deberse a la falta de tensión en el ligamento reconstruido,

explicable por la laxitud de los tejidos de la actora, señalando la solicitud efectuada a fs.21 por el médico tratante Dr.Vega de injerto del Banco de tejidos, aduciendo que la rodilla derecha de la propia actora, eventual donante de tendones a utilizar en la reconstrucción del ligamento de la rodilla izquierda presentaba laxitud articular.- Destaca asimismo que la cirugía se practicó finalmente 6 meses después con los tendones semitendinoso y recto interno de la rodilla derecha, sin constar en autos la razón por la que no se proveyó el tendón de Banco de tejidos, el cual no fue provisto por la ART.

Destaca además que si bien la actora ya había sufrido una ruptura previa de ligamento ésta había sido operada en el 2009 sin secuelas incapacitantes, por lo que desarrollaba actividades habituales sin restricciones a la época del accidente.- Agrega que la actora presenta actualmente un agravamiento de la inestabilidad de la rodilla y dolor meniscal, en comparación con el examen realizado por la comisión médica; y que la incapacidad es parcial y transitoria, ya que puede realizarse una nueva intervención quirúrgica para reconstruir el ligamento cruzado anterior.- La incapacidad resultante es del 22.08% según el baremo de Althube-Rinaldi, aplicable al fuero civil.- El cuestionamiento efectuado por la demandada al impugnar la pericia, resulta inconducente toda vez que el baremo del Dec 658/96 no resulta exigible en reclamos extrasistémicos como el que aquí se promueve, consideración que de igual modo cabe a la pericia psicológica realizada en autos.-

6. Que la actora al momento del accidente contaba con 21 años de edad (fecha nacimiento 21/1/91, conforme surge del dictamen de Comisión Médica, fs.49).-

7.- Que las remuneraciones percibidas por la actora son las que surgen del informe agregado a fs.179/182 de Anses y fs.201/203 de AFIP.-

II.- Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 53 inc. 2 L. 1.504).

1.- Competencia. Inconstitucionalidad arts.21, 22 y 46 LRT

En primer término corresponde dejar establecida la competencia de la justicia laboral provincial para entender en la materia de accidentes y enfermedades del trabajo, de conformidad a lo dispuesto por los arts.6 y 27 ley 1504, art.50 ley 2430 y art.75 inc.12 CN.-

Tal como lo resolviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Castillo" (7/9/04) el art.46 apartado 1 de la LRT que establece la competencia federal para entender en las acciones judiciales derivadas de accidentes de trabajo es

inconstitucional, "en razón de vulnerar las autonomías provinciales a la luz de lo normado por el art. 75 inc.12 CN, por trasuntar conflictos entre privados, y no resultar por la materia ni las personas, cuestión o agravio federal alguno", por lo que las mismas deben ventilarse ante los tribunales laborales locales. Este criterio fue seguido por el STJRN en "Denicolai" (10/11/04), y en forma pacífica y unánime en la jurisprudencia y doctrina, por lo que siguiendo dicha doctrina esta Cámara del Trabajo resulta competente para entender en la acción planteada.

Asimismo, corresponde analizar la cuestión previa por la que la accionada solicita el rechazo de la demanda invocando falta de acción, por considerar que el actor debió someterse y agotar el procedimiento médico establecido por el régimen propio de la materia, a través de las Comisiones Médicas.

La cuestión ha sido también resuelta por la jurisprudencia en reiterados antecedentes, estableciendo que no resulta obligatorio para el trabajador seguir o agotar la vía administrativa previa en el régimen de la LRT ni ello impide a éste el acceso a la vía judicial en procura del resguardo de sus derechos indemnizatorios, ya que no podrían imponerse cortapisas que cercenen el derecho del trabajador accidentado a una tutela judicial efectiva (fallos CSJN "Venialgo", "Marchetti", "LLosco", "Cachambí", y de este Tribunal en autos "MARQUEZ SOFIA c/ PRODUCTORES DE FRUTAS ARGENTINAS COOPERATIVA DE SEGUROS LTDA. s/ RECLAMO" (Expte. N°2CT-19482-07), entre muchas otras.- Con mayor razón cuando se persigue, como en el presente caso la responsabilidad civil, de índole extrasistémica, cuyo objeto resulta ajeno al marco de intervención de las Comisiones Médicas.-

Por todo lo expuesto, el sometimiento del trabajador al procedimiento administrativo estatuido por la LRT, tal como surge del dictamen de Comisión Médica de fs.49/53, no enervó su derecho de accionar ante la justicia a los fines de obtener el cabal reconocimiento de su incapacidad, ya sea en reclamo del régimen sistémico y aún de ejercer ejercer la acción civil que entienda pueda corresponderle.

2.- Inconstitucionalidad art.39 inc.1 LRT- Excepción de falta de legitimación pasiva:

A los fines de ingresar en el análisis del caso, corresponde resolver el planteo de inconstitucionalidad del art.39 de la ley 24.557, debidamente sustanciado.-

Corresponde seguir el lineamiento establecido por el más alto tribunal de la Nación, quien a apartir del fallo "Aquino" (21-9-04) se expidió por la inconstitucionalidad de dicha norma en cuanto exime de toda responsabilidad civil a los empleadores por daños derivados de accidentes del trabajo.- La inconstitucionalidad deriva de la negación al

principio "alterum non laedere" que resulta de la limitación del régimen de responsabilidad limitada establecido por la Ley de Riesgos del Trabajo, que no reemplaza con similar alcance la tutela de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil.- Tal criterio jurisprudencial ha sido seguido asimismo por el STJRN en fallo "San Martín" (2/3/05), "Durán" (2772/07), entre muchos otros, y determina la viabilidad procesal de la vía intentada.- Si bien el citado fallo se refiere a la posibilidad de extender al empleador la responsabilidad civil, igual consideración le cabe a la Aseguradora de Riesgos del trabajo, a la que el régimen especial le atribuye una responsabilidad especial y limitada, que no puede eximirla de la que pudiera resultar de su actuación en los términos del régimen general de responsabilidad.-

La demandada Mapfre ART opone falta de legitimación pasiva expresando justamente que el seguro contratado por su parte del cual es beneficiaria la actora, se encuentra regido y delimitado por el marco de la ley 24.557, y no cubre los perjuicios reclamados en estos autos de índole civil, ajenos al régimen especial referido.-

La inconstitucionalidad resuelta precedentemente determina el resultado adverso de tal planteo.- Sin perjuicio de ello, la posibilidad del trabajador de reclamar a la propia ART en los términos de la responsabilidad civil ha sido también expresamente resuelta en anteriores pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del Superior Tribunal de Justicia de esta provincia, como asimismo en fallos dictados por este mismo tribunal.-

Tal criterio fue seguido por la CJSN desde los fallos "Soria" (10-4-07), "Galván" (30-10-07) y posteriormente en "Torrillo" (31-3-09), en el que se estableció que más allá de la responsabilidad que le cabe a la ART por las prestaciones que surgen de la Ley de Riesgos del Trabajo, éstas no se encuentran excluidas del marco general del régimen de la responsabilidad civil. En dicho fallo se afirmó la responsabilidad de las ART como sujetos coadyuvantes a la realización plena en materia de accidentes y enfermedades laborales, que es el objetivo principal de la ley, tanto en materia de prevención como de reparación, concluyendo que "en suma, no existe razón alguna para poner a una 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 en 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 por parte de la primera de sus deberes legales".-

En materia de accidentes de trabajo, las ART revisten obligaciones específicas: antes del accidente, en materia de prevención tendientes a evitar o minimizar los riesgos de su acaecimiento, y después del accidente, de reparación, a través de las prestaciones dinerarias y en especie que establece la ley a su cargo.- Por ello, la omisión o deficiente cumplimiento de las prestaciones médicas hace pasible a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo de responder en los términos de la responsabilidad civil, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 1074, 1109 o 1113 CC, según el caso .-

Tal como se dijera en el fallo “Suárez c. Diomedi”, dictado por la Sala II de este Tribunal (11-12-09), “no existe impedimento legal para el reclamo civil a la ART cuando lo que está en juego es una denuncia de mala praxis médica en cualquiera de los servicios que la aseguradora está obligada a brindar a un trabajador accidentado”.

Como lo explica el Dr. Juan J. Formaro al referirse a la Responsabilidad de la aseguradora por deficiente atención médica (Riesgos del Trabajo- acción especial y acción común, editorial Hammurabi, 2ª edición actualizada, agosto/2013, pags. 371 y sgs) en coincidencia con lo expresado dijo: "...a) las ART son empresas prestadoras de servicios de salud; en consecuencia, son sujetos pasibles de demanda por falencia o denegación de atención sanitaria. B) Las ART son empresas de servicios de salud; en consecuencia, son responsables de la reparación de aquellos daños causados por mala praxis dentro del ámbito de la legislación civil. C) Las ART se ubican frente al paciente en idéntica posición que las obras sociales y otros deudores de servicios de salud, siendo su responsabilidad contractual y directa. Por ello, tal como ha resuelto la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la obligación de brindar una correcta atención médica pesa sobre la aseguradora, y debe ésta responder cuando no otorga la debida atención médica al actor CNAT Sala X 7/11/03, Romero Aldo c. Sociedad de Fomento de Villa Flandria y otro"- . En el mismo sentido se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en un caso donde se demandara a la ART y sus prestadores por la deficiente atención...Existe, además un deber implícito de seguridad, pues quien delega su deber de asistencia médica en un tercero debe responder por las faltas que éste cometa...existe por parte de la ART una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia médica. La vigencia de ésta obligación de seguridad encuentra razón suficiente en la norma del art. 1198 párrafo 1º del Código Civil. Ello sin dejar de mencionar como fundamento el aspecto social que aparece en el objeto del acto médico, pues la salud es un problema de interés general, el respeto a la persona humana y la necesidad de protección al

consumidor (de asistencia galénica) que es el más débil, justificando así la extensión de este deber de seguridad, argumentos que por analogía resultan aplicables al caso...". Por tales motivos, se rechaza la falta de legitimación pasiva opuesta.

### 3. Presupuestos de la responsabilidad civil:

Dilucidada la viabilidad del reclamo, ha de analizarse si se verifican en el caso los presupuestos que determinan la existencia de responsabilidad civil de la ART: esto es, el daño, el hecho o acto antijurídico, la relación de causalidad y el factor de imputación legal de responsabilidad.-

Se reclama en autos la reparación por el daño a la integridad física, dado por las lesiones e incapacidad así como el daño moral producido a la actora, que se atribuye al deficiente cumplimiento por parte de la ART de sus obligaciones médicas.-

La incapacidad de la actora se encuentra acreditada con la pericia médica producida en autos, de la cual surge que la misma padece una incapacidad del 22.08% dada por la inestabilidad antero posterior de la rodilla izquierda, a expensas de la insuficiencia del ligamento cruzado anterior y dolor en la interlínea articular por la secuela de la lesión meniscal interna, lesión que tuvo su origen en el accidente denunciado en autos, subsistiendo dichas secuelas pese a la intervención quirúrgica realizada.-

A los fines de establecer la responsabilidad por actos médicos, según lo considera la doctrina, debe tenerse en cuenta que el paciente ya está dañado por la enfermedad, que puede consistir en una afección permanente o transitoria de la salud, y tener su propio proceso evolutivo. Sobre este acontecer ocurre la acción profesional médica, por la cual el médico se obliga a prestar los medios tendientes a la curación. "Lo que se debe analizar en el plano de la causalidad es este "plus causal" que agrega el médico al acontecer de la enfermedad. Deben discriminarse las siguientes situaciones: a) el médico puede desarrollar correctamente su prestación y el enfermo puede curarse; no hay incumplimiento. b) Puede también desarrollar correctamente su prestación y el enfermo agravarse, ya que la enfermedad no es curable. En este caso el galeno también cumple correctamente puesto que no se obliga a curar. Hay daño en el sentido de que el paciente sufre, pero es causado por la enfermedad y no por el médico. c) El médico puede desarrollar una prestación culposa y agravar la enfermedad. En este caso es responsable por lo que su obrar causa al paciente y no por el que causa la enfermedad. Si el paciente se hubiera curado con una buena prestación médica, el galeno responde de todo el daño; si en cambio no se hubiera curado, pero habría mejorado o curado parcialmente, el médico responde por este plus de mejora parcial que no se logró. d) El

médico puede no desarrollar ninguna prestación, debiendo hacerlo. En este caso, no causó directamente ningún daño, ya que no hay un obrar comisivo, sino una abstención. Esta omisión resulta dañosa porque priva al paciente de la chance de curación" ("Responsabilidad civil de los médicos", Ricardo Luis Lorenzetti, Tomo II, Ed Rubizal Culzoni, p.124, ss. y cc.)

Asimismo se establece que en casos de actos complejos, en los cuales no solo participa el médico, sino asimismo la institución sanatorial, la obra social o como en este caso la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, debe tenerse en cuenta el rol y participación de éstos en la actuación que les cabe respecto al tratamiento dado a la paciente.- Según la doctrina mencionada, en estos casos debe distinguirse la responsabilidad de unos y otros según su respectiva injerencia: "El médico responde por su discrecionalidad técnica y la empresa sanatorial por los recursos estructurales en la medida de su injerencia. El médico responde entonces si ha obrado mal en la decisión de ordenar o no un estudio, una práctica, una medicación. La empresa sanatorial, la obra social, la empresa de medicina prepaga soportarán la carga por proveer o no los recursos. " (op. cit., p.31 y ss.)

En el caso se verifica entonces no solo el daño a la salud de la actora sino también su relación de causalidad, ya que si bien primigeniamente éste se originó en el accidente de trabajo, guarda relación con el propio actuar de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, ya que de los hechos tenidos por probados, surge el deficiente cumplimiento de las obligaciones a su cargo.- Éste se configura por la excesiva demora en concretar la intervención quirúrgica, que fue realizada 5 meses después del accidente y al menos 2 meses y medio después de su indicación médica (12-7-12 al 5-10-12) y por la no provisión del injerto proveniente de banco de tejidos tal como solicitaran sus médicos tratantes.-

En particular esta última omisión guarda relación de causalidad con el actual estado de la actora, toda vez que, tal como surge de la pericia practicada, allí se informa que la actual inestabilidad de la rodilla puede deberse a la falta de tensión en el ligamento reconstruido, explicable por la laxitud de los tejidos de la actora, señalando a su vez la solicitud efectuada para la intervención a fs.21 por el médico tratante Dr.Vega de injerto del Banco de tejidos, aduciendo que la rodilla derecha de la propia actora, eventual donante de tendones a utilizar en la reconstrucción del ligamento de la rodilla izquierda presentaba laxitud articular, solicitud que no fue atendida.- Destaca asimismo que la cirugía se practicó finalmente 6 meses después con los tendones semitendinoso y recto

interno de la rodilla derecha, sin constar en autos la razón por la que no se proveyó el tendón de Banco de tejidos, el cual no fue provisto por la ART.

Opina asimismo el perito que la realización de la intervención era necesaria, lo que justificó su realización aún con injerto de la propia donante teniendo en cuenta el tiempo que había transcurrido desde el accidente.- De los certificados médicos de fs.13,15,19,25, 27 surge que la actora llevaba varios meses con indicación de reposo por disbasia severa y dolor, lo cual fue reconocido por Mapfre ART quien le abonó durante dicho periodo haberes de incapacidad temporal, como surge de fs.179/181.-

Existe por tanto un incumplimiento atribuible a la ART, en cuanto no acreditó en modo alguno el cumplimiento de todas las prestaciones médicas que se encontraban a su cargo en debida forma, como así tampoco los motivos por los cuales no se proveyera el injerto requerido para la cirugía por sus médicos tratantes, lo que habría al menos aumentado las posibilidades de curación de la paciente, y encontraba objetiva justificación en la laxitud articular comprobada no sólo por éstos, sino también por el perito actuante en autos.- Las mayores posibilidades de curación se coligen también del propio dictamen médico, en cuanto indica la posibilidad de una nueva cirugía reparadora; sin que ello obste a la actualidad del daño ni a su carácter permanente, ya que, como señala el perito, su cuadro incluso se ha agravado desde la anterior revisión por parte de la Comisión Médica.-

Podemos entonces afirmar con certeza que la aseguradora no ha cumplido adecuadamente con la obligación que le adjudica la ley, cual es la de satisfacer las prestaciones perseguidas por la LRT a las víctimas del siniestro laboral en debida forma. No solo no dio respuesta a los requerimientos de los médicos por ella misma contratada, demorando la concreción de la intervención quirúrgica y omitiendo brindar los elementos indicados por sus médicos tratantes, sino que aun habiendo luego intimado la actora a la continuidad de las prestaciones (fs. 29) ninguna respuesta dio a la misma.-

Se ha dicho que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo "tienen 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 la 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" ( in re "GALARZA PEDRO REY C/ PREVENCIÓN ART S.A. y ESTABLECIMIENTO HUMBERTO CANALE S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO" (Expte.Nº 2CT-25834-12 / H-2RO-258-L2012).

Tal como allí se dijera, 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, el que reza: “ ...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...”.

En esta instancia judicial la ART asevera haber cumplido con todas las obligaciones legales a su cargo, sin invocar en forma expresa ni detallada las prestaciones brindadas, ni demostrar ante la pretensión de mala praxis deducida que ha cumplido debidamente con tales obligaciones. Es más, la demandada se limita a una negativa meramente formal de los hechos invocados en demanda, que, como se dijera, no satisface la carga del art.356 CPCC de expedirse en forma categórica sobre los hechos alegados.-.

Tal es así que no aporta la demandada antecedente médico alguno ni la historia clínica de Baroni a fin de demostrar que se llevaron a cabo las prácticas médicas debidas hasta el restablecimiento de la lesión padecida, y un actuar diligente a su respecto.

Pues si bien es el actor quien invoca la mala praxis de los prestadores de la ART, y su responsabilidad en el perjuicio sufrido, y esto lo coloca en la posición de tener que demostrar tal postulación, también resulta cierto que en estos casos entra en juego la teoría de las cargas probatorias dinámicas, donde la carga pesa sobre quien se encuentra en mejor situación de probar. Esto sin olvidar el viejo principio procesal de que “la actividad probatoria constituye, pues, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés”.-

La llamada “teoría de las cargas probatorias dinámicas” plantea que el derecho no debe basarse en rigideces y estructura pétreas, sino que debe ajustarse a las circunstancias del caso. Las reglas de la carga de la prueba sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar la certeza del juez, supuesto en que el tribunal debe fallar en contra de quien debía probar y no probó.- Superando la regla de distribución clásica por la cual cada parte debe probar los presupuestos de hecho de la norma que invoca, se arriba a esta teoría, según la cual la prueba debe colocarse en cabeza de la parte que está en mejores condiciones de producirla” (Peyrano Jorge W.,” Doctrina de las cargas

probatorias dinámicas”, en L.L. 1991-B-1034.)

Esta teoría resulta de particular aplicación en el campo de la responsabilidad civil por actos médicos, máxime cuando se advierten incumplidos deberes de colaboración y de información, al no haber acreditado la ART la historia clínica y registro de todo lo actuado en relación al caso.- "La historia clínica es un documento en el que se deja constancia de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente... Frente al derecho del paciente a ser informado y acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento . .... Siendo conteste la doctrina en cuanto a que en caso de omisiones e irregularidades, se traslada la carga de la prueba "(op cit. p.243 y ss. ).-

La actora requirió informes al Sanatorio Juan XXIII, del cual remitieron únicamente los antecedentes correspondientes a la intervención quirúrgica llevada a cabo en el mismo entre el 5 y 6 de octubre 2012; pero no así la totalidad de las constancias previas y posteriores correspondientes a las prestaciones indicadas y efectivamente brindadas a la actora-

La historia clínica completa con toda lógica estaba en poder de la ART o sus prestadores médicos o en su defecto debió procurar por ella, estando en mejor condición de aportar tal prueba y demostrar que cumplió con sus obligaciones como afirma.

Resulta ilustrativo reseñar que la Ley 26529 de “Derechos del paciente” en su art. 12 da la definición y alcance de la Historia Clínica “A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud”. La doctrina también ha dado su concepto como elemento de especial relevancia en los juicios de mala praxis, así ha dicho: : “La historia clínica es un documento que comprende el conjunto de elementos ordenadamente dispuestos sobre los cuales se puede formular un diagnóstico y efectuar un seguimiento evolutivo del paciente” (Costa Enzo Fernando “La historia clínica (H.C.): su naturaleza y trascendencia en los juicios de mala praxis”, en E.D. 168-962). Conceptos estos que muestran la relevancia de esta prueba en el proceso donde se encuentra en discusión el tratamiento dado al damnificado.

Es carga de los accionados demostrar que el proceder médico de sus prestadores –en este caso- fue correcto, que se extremaron todos los recaudos y que el resultado ocurrió como un riesgo ordinario que se corre en la respectiva práctica.

Existe general consenso en que la inexistencia o deficiencia de la historia clínica, en

relación con determinadas gestiones terapéuticas que debieron cumplirse para evitar el daño al paciente, genera una inversión de la carga de la prueba hacia el profesional o quienes responden por él, que entonces soportan la necesidad de probar que tales diligencias fueron satisfechas. La jurisprudencia tiene dicho: “ En ausencia de historia clínica, la carga de prueba debe considerarse invertida, ya que no es el paciente el que puede llevar documentadamente prueba de las prácticas a que se lo somete, y sí el establecimiento asistencial a través de la historia clínica. En ausencia de constancias circunstanciadas en la historia clínica, la prueba de que el tratamiento tuvo la extensión pretendida, debió producirla la demandada” (CNEsp. Civ. Y Com. Sala 2º, JA. 1986-II-116).

En esta causa no contamos con la historia clínica completa, y no se ha producido prueba tendiente a obtener la misma y demostrar que se ha cumplido con las prácticas médicas necesarias para el total restablecimiento de la lesión padecida por el actor. De allí que cobren singular relevancia los certificados médicos aportados por la propia actora y la pericia médica, a partir del conocimiento de la ciencia médica que aporta el experto sobre el proceso evolutivo y evaluación de las distintas medidas indicadas y las practicadas, y su relación con las secuelas que presenta la actora, y que permiten explicar la subsistencia de incapacidad a la fecha.

Es sabido que, ocurrido un infortunio laboral, la Ley 24557 impone a las ART la dación al damnificado de las “prestaciones en especie”, a las que dicha ley le dedica varias normas como los arts. 20, 3º apart. 2.b; 26, apart. 7; 40, apart. 2.d; y 21, 1.c).

El artículo 20 de la LRT enumera las prestaciones en especie a cargo de las ART, las cuales son: a) asistencia médica y farmacéutica; b) prótesis y ortopedia; c) rehabilitación; d) recalificación profesional; y e) servicio funeraria.

A fin de poder dar cumplimiento a las mismas, el art. 26, apart. 7 LRT expresa: “Las ART deberán disponer, con carácter de servicio propio o contratado, de la infraestructura necesaria para proveer adecuadamente las prestaciones en especie previstas en esta ley. La contratación de estas prestaciones podrá realizarse con las obras sociales”.

“No hay duda de que la relación entre la A.R.T. y el empleador, y entre este y el trabajador, es de naturaleza contractual, como tampoco la hay en que no media relación contractual alguna entre la A.R.T. y el trabajador damnificado. Entre el empleador y la A.R.T. media un contrato obligatorio cuyo beneficiario (el trabajador) no es parte. La situación aparece regulada en el art. 504 del Código Civil que introduce la estipulación

a favor de terceros, por la cual una persona (estipulantes/ empleador) conviene con otra (promitente/ ART) que esta realizará una prestación (prestaciones en especie y dinerarias de la LRT) a favor de otra (beneficiario/ trabajador o derechohabientes). En tales condiciones el beneficiario, si bien ajeno al contrato, adquiere un crédito a título personal para exigir el cumplimiento, a su favor, de la prestación pactada y, en su caso, la reparación de los daños provocados por el cumplimiento deficiente de dicha prestación pactada y, en su caso, la reparación de los daños provocados por el cumplimiento deficiente de dicha prestación, que naturalmente es independiente de la reparación que debe brindar la ART con fundamento en la Ley de Riesgos del Trabajo (véase Ricardo A. Foglia, capítulo 11: “Régimen para obtener las prestaciones de la LRT”, en la obra colectiva “Riesgos del Trabajo”, dirigida por Jorge Rodríguez Manzini y Ricardo A. Foglia, La Ley, 2008, págs. 651 y sts), citado en el fallo dictado por STJRN en autos “Suarez, Pedro Rolando c/Diomedes Juan; Diomedes Alberto Eduardo y Mapfre Aseguradora ART s/Reclamo s/ Inaplicabilidad de Ley” Expte. 25009/10, Sentencia del 03-11-201.-,

El contrato que vincula a la empresa “afiliada” con la Aseguradora de Riesgos de Trabajo es, en esencia, un contrato de seguro con características que escapan a la generalidad del instituto, con una regulación específica dada por la Ley 24557 y sus reglamentaciones, pues se trata de un seguro obligatorio que se debe contratar con compañías de seguro cuyo único objeto son los “riesgos del trabajo”, con características propias, y obligaciones específicas previstas en LRT.

Como dice el Dr. Horacio Schick “En el marco de ese contrato de seguro, es relevante la responsabilidad que les cabe a las ART, en cuanto a otorgar la debida atención médica a los trabajadores de la empleadoras afiliadas, es decir, la responsabilidad directa asumida por las ART, en el compromiso de “prestación adecuada” (rectius: integral y optima) por “mala praxis” de sus prestadores. La obligación de hacer de la aseguradora involucra el deber legal de vigilancia, elección y previsión de sus prestadores, y su inobservancia por deficiente prestación, constituye un grave incumplimiento contractual”. Continúa explicando en otro párrafo: “... Ocurrido el siniestro laboral, el accidentado se “convierte” (sin dejar de ser dependiente de su empleador), en paciente de la ART. Ésta a su vez –como cualquier otra empresa (obra social, prepaga, sanatorio privado, hospital público)- le debe prestaciones de salud, que tienen que ser eficientes, integrales y óptimas, dentro de un marco legal con límite mínimo obligatorio fijado por la autoridad sanitaria. A su vez, los profesionales y

auxiliares de la ciencia médica intervinientes deben cumplir con las reglas del arte, sean estas técnicas, legales o éticas. En este sentido, el art. 20, ap. 3, LRT, establece que las prestaciones a que hace referencia en el ap. 1, incs. a), b) y c) del presente artículo, se otorgarán a los damnificados hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes”. (“Régimen de Infortunios Laborales”, pág. 859 y sts. Edit. David Grinberg).

Dadas las características propias del seguro de riesgos de trabajo previsto por la LRT y sus reglamentaciones, esta normativa regula derechos y obligaciones, propias de un “contrato forzoso”, donde al trabajador se lo coloca ciertamente en una situación de indefensión pues se encuentra obligado a: 1) aceptar las prestaciones médicas ofrecidas, bajo pena de suspender el pago de las dinerarias (art. 20 inc. 2); 2) aceptar al prestador contratado por la ART (art. 26.7) y; 3) proporcionar, con carácter de declaración jurada, la información sobre antecedentes médicos y patologías que lo afecten y de los que tenga conocimiento” (art. 7, Res. SRT 43/97).

Como consecuencia del siniestro laboral el trabajador queda sometido a lo que la ART proponga como tratamiento o solución de su situación de enfermedad, siendo muy dificultoso poder acceder por fuera del sistema a una interconsulta o tratamiento alternativo al encontrarse –lógicamente- con la resistencia de la obra social de solventar gastos que el sistema pone en cabeza de la ART, más allá de las posibilidades de accionar por repetición. A esto se suma que el trabajador no está en condiciones económicas de afrontar los gastos en forma privada o particular.

En este plano, resulta evidente la necesidad de tutelar la integridad psicofísica del trabajador (deber de indemnidad) respecto de los daños adicionales a la salud, sumados a los propios del infortunio laboral, producidos directa o indirectamente, a través de la contratación de terceros prestadores de la asistencia médica. Pues la atención médica definirá el pronóstico de su salud psicofísica, repercutiendo en su propio proyecto de vida, y el de su grupo familiar si lo tiene, y en sus posibilidades de reinserción laboral.

Si la ART es quien tiene la “gestión y financiamiento” del sistema, no caben dudas de que tal gerenciamiento del sistema se deriva una “obligación tácita de seguridad” por los servicios otorgados por sus prestadores, de manera análoga a lo que se ha entendido con respecto a las obras sociales, pero va más allá dado que la ART no actúa con un listado de prestadores entre los que pueda escoger el trabajador, sino que impone directamente el servicio médico o profesional que intervendrá en su tratamiento. Lo que tiene como contrapartida la traslación de los riesgos a quien la limita o suprime. Si en

tal sentido la ley le impone un deber de vigilancia, elección y previsión de sus prestadores su incumplimiento por deficiente prestación, constituye una grave falta.

De modo que la responsabilidad que se le atribuye aquí a Mapfre ART S.A. es por el deficiente cumplimiento del sistema prestacional. En tanto no ha explicado ni probado el tratamiento o procedimiento médico adecuado, demorando en forma injustificada la intervención quirúrgica solicitada y desoyendo las indicaciones médicas para su realización con injerto de banco de tejidos, omisión que guarda relación de causalidad con la actual incapacidad que presenta la actora.-

Por último, frente a la alternativa de que el daño pueda no ser íntegramente atribuible a la forma en que se practicó la intervención quirúrgica, ya que aún de haber sido efectuada en tiempo y forma cabe la posibilidad de que no se hubiera alcanzado una recuperación total, caben dos apreciaciones. La primera es que la demostración de la medida o incidencia de tal concausalidad, que permita reducir la incidencia del obrar culposo atribuido a la ART, a ésta hubiera correspondido; surgiendo de la pericia médica lo contrario. Ello así, pues "en materia de responsabilidad médica la carga probatoria es compartida, no bastando una actitud meramente pasiva del profesional demandado, quien debe aportar toda su prueba para demostrar que obró con diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas, en una palabra, que obró sin culpa" (CNCiv sala C S.C.M. c/Municipalidad Buenos Aires, LL 11-1-94). Y en segundo lugar, no debemos olvidarnos que la ART también es responsable de la incapacidad primigenia derivada del accidente, en los términos de la LRT, por la cual ningún pago efectuó, pese al dictamen al respecto de la Comisión Médica que estableciera una incapacidad definitiva, incumpliendo injustificadamente la obligación que al respecto le impone la ley 24557.-

Resultando por todo ello la ART civilmente responsable de conformidad a lo dispuesto en los arts.1074 y 1109 CC., del lucro cesante por incapacidad sobreviniente, daño emergente futuro, daño psicológico y daño moral, así como de las prestaciones en especie hasta el completo restablecimiento de la salud del trabajador, según los términos de la ley 24.557.-

### 3.- Cuantificación del daño:

A los fines de la cuantificación del daño a ser resarcido, éste se integra en primer término con la indemnización por daño emergente material. Si bien la vida o la integridad humana no tienen precio, se han establecido por parte de la jurisprudencia diferentes mecanismos o fórmulas para su determinación a los fines indemnizatorios

(art.1083 CC.), entre los que cabe mencionar el criterio del fallo CSJN "Arostegui", concordante con el establecido por la CNAT en autos "Méndez" (28-4-08).- Con ello se supera el alcance restringido de la reparación sistémica, que solo indemniza lucro cesante, y éste a su vez en forma menguada.-

En el ámbito provincial, y en atención a la obligación legal impuesta en el art.43 de la ley 2430, he de atender la pauta del fallo "Pérez Barrientos" del STJRN del 30-11-2011, que contempla la pérdida de ganancias y de chance, extendiendo el periodo considerado hasta los 75 años, es decir más allá de la faz estrictamente laboral.

En dicho fallo, el Superior Tribunal provincial efectuó un detallado análisis histórico de la importancia que tiene la aplicación de fórmulas para el cálculo de indemnizaciones por daño material y desarrollando la evolución, a la luz de las concepciones jurídicas en los alcances de la reparación integral, en referencia a la conocida '\fórmula Vuoto\'', desarrollada en un fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo del 16.06.78, recaído en los autos '\Vuoto, Dalmero v. AEGT Telefunken\'.- Tal como allí se refiere "Vuoto\'" consiste en una fórmula financiera que posibilita determinar un capital (C) que, colocado a una tasa de interés compuesto (i), le permite al trabajador damnificado retirar mensualmente un importe equivalente al desgaste del sueldo que verosímelmente puede ocasionarle el porcentaje de incapacidad que detenta durante el tiempo de vida que le resta hasta el momento de lograr el derecho a la jubilación (n), momento en el cual el referido capital queda agotado por los retiros mensuales efectuados hasta ese momento. Precisamente, los datos que permiten despejarla serán la remuneración anual (A), la cantidad de años que le faltan a la víctima para cumplir 65 años (n), la tasa de interés compuesto anual del 6% (i) y el porcentaje de incapacidad laboral, además de un componente, el Valor Actual (Vn), que se obtiene del siguiente modo:  $Vn = 1 / (1 + i)^n$  . En consecuencia, y en mérito a lo expuesto, la fórmula comúnmente denominada "Vuoto" es la siguiente:  $C = A \times (1 - Vn) \times 1 \times \% \text{ de incapacidad}$  . ... Llegado a este punto, no puede soslayarse considerar lo que surge del fallo '\Méndez\'', también de la Sala III (del 28.04.2008), que recoge las críticas formuladas por la Corte en "Arostegui" (Fallos 331:570, del 08.04.08) y readapta la doctrina de '\Vuoto\'', a la que introduce los siguientes cambios: a) En lo que hace a la edad tope con la que se aplica la fórmula, introduce una modificación elevándola de 65 a 75 años, teniendo en cuenta el fin de la '\vida útil\' de la víctima, y que la presupuesta merma de salario que el trabajador sufre como consecuencia de su incapacidad laboral se reflejará, en la etapa pasiva, en su haber previsional. b) A partir de la crítica de

“Arostegui” acerca de ‘que la fórmula congela el ingreso de la víctima’, estima que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se halla estabilizado hacia el futuro; en consecuencia, el ‘ingreso a computar’ resulta de multiplicar el ingreso actual por 60 y dividirlo por la edad (tope de 60 años). c) Reemplaza la tasa de interés empleada en la fórmula original (6% anual) por la que la propia Corte adoptó en el fallo ‘Massa’ (27/12/2006), para los contratos de depósitos pesificados celebrados con entidades financieras, del 4% anual no capitalizable, pero sin advertir que además ello iba ajustado con el índice CER, mientras que en la causa ‘Longobardi, Irene y otros’ (del 18.12.07), en que se trataba del cumplimiento de un mutuo hipotecario entre particulares superior a los doscientos cincuenta mil dólares, mandó aplicar la fórmula del esfuerzo compartido y en ese caso la pesificación fue uno a uno y el interés se fijó en el 7,5% anual. En síntesis, se trata de soluciones particulares para situaciones derivadas de la emergencia pero no para indemnizar. En este sentido, preferimos mantener la tasa del 6% que se sustenta en criterios de estabilidad cuando se trata de fijar indemnizaciones sobre la base de cálculos probabilísticos proyectados a largo plazo....”.

En consecuencia, procederé a cuantificar la pretensión de la actora, conforme a los parámetros de “Pérez Barrientos” del STJRN.-

Ha quedado acreditado que Baroni se desempeñaba como vendedora B del CCT 130/75, y que contaba con 21 años de edad. La remuneración correspondiente al momento del accidente era de \$4834,02, correspondiente a mayo 2012, según informe de fs.180.-

Así, corresponde aplicar la fórmula “Perez Barrientos”, según las pautas explicitadas en Expte STJRN 26320/13 “Perez, Eduardo Juan c/Mansilla Jose Luis y Edersa S.A.” del 11/06/2013. Los datos que permiten despejarla son: (A): la remuneración anual, que no resulta solo de multiplicar por 13 (teniendo en cuenta la incidencia del S.A.C.) el ingreso mensual devengado en la época de la ocurrencia del accidente, sino que procura considerar además la perspectiva de mejora del ingreso futuro que seguramente el daño ha disminuido (perdida de chance), teniendo en cuenta la estimación de que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se estabiliza hacia el futuro, lo que se plasma al multiplicar por 60 el ingreso anual y dividirlo por la edad del actor a la fecha del siniestro; (n): la cantidad de años que le faltaban al actor para cumplir 75 años (54 años); (i): la tasa de interés compuesto anual del 6% (= 0,06); y finalmente, el (Vn) Valor actual, componente financiero de la fórmula que se obtiene del siguiente modo:  $V_n = 1 / (1 + i)^n$ , es decir,

$V_n = 1 / (1,06)^{54}$ , en el caso,  $V_n = 0,04300$ .-

De tal modo, el capital que le corresponde al actor, según la fórmula aplicable  $C = A \times (1 - V_n) \times 1/i \times \%$  de incapacidad, se traduce en autos del siguiente modo:  $\$179.549,31 \times 0,957 \times 16,666667 \times 22.08\% = \$632.329,53$ , a la que habrá de adicionarse intereses desde el evento dañoso.-

La actora reclama asimismo la restitución de gastos por la suma de \$2.500 que tuvieron origen en gastos de movilidad, coseguros, medicamentos y rehabilitación durante la recuperación que no fueron cubiertos por la ART.

Que sin perjuicio de que Mapfre ART S.A. se hizo cargo de las prestaciones en especie, resulta verosímil la necesidad del accidentado de tener que solventar de su propio peculio ciertos gastos menores sobre todo de traslado y de algún medicamento (ej. calmantes) durante el tiempo de recuperación. El monto de \$2.500 resulta razonable en mérito al lapso que transcurrió desde el accidente (8-5-2012) hasta el alta médica dispuesta el 5-2-13, máxime teniendo en cuenta que los síntomas incapacitantes incluso se prolongaron después de ésta, conforme lo describe el perito.

En cuanto a los gastos emergentes futuros, sin perjuicio de no haberse especificado monto en el reclamo, corresponden a cargo de la ART, en caso de ser requeridas por la trabajadora, de conformidad a la obligación impuesta por el art.20 de la ley 24.557, que establece la obligatoriedad de su provisión, hasta la completa curación o mientras subsistan los síntomas incapacitantes.

A ello habrá de adicionarse el rubro "tratamiento psicológico", cuya necesidad surge de la pericia psicológica agregada en autos y que no fuera impugnada (fs.125/131), por la suma de \$ 6.000 (arts.1077, 1083 y cc.CC).-

**DAÑO MORAL.** La definición misma del concepto presenta la idea de dolor y sufrimiento, que remite a lo que no es mensurable en términos económicos. De allí que se conceptualiza como todo aquello que está fuera de lo "patrimonial". Ergo, justamente por lo problemático de su mensura, cualquier apreciación que haga el juzgador puede tildarse de arbitraria, si tenemos en consideración que mediante el mismo se procura compensar el daño sufrido por el afectado.-

Que teniendo en cuenta el sufrimiento que implica el accidente en sí, las demoras sufridas en la atención, la intervención quirúrgica practicada, el postoperatorio y las dificultades de volver a realizar algunas actividades, estimo el daño moral en la suma de \$ 30.000, a la fecha del accidente.

4.- Intereses a aplicar:

Los intereses deben calcularse desde la fecha del accidente, que tuvo lugar el 8 de mayo del 2012 (art.1083 CC), y se extenderán hasta el momento del efectivo pago, sin perjuicio de su cálculo al momento del presente decisorio.-

"No hay motivos que justifiquen un apartamiento del principio general de las obligaciones civiles ("Araujo Narciso c/ La Palmira SA y Otro") razón por la cual el cómputo de los intereses será desde el momento del accidente de trabajo, o primera manifestación invalidante de la enfermedad laboral, hecho que da nacimiento a la obligación de indemnizar (art.1083 Código Civil) CNAT Sala 06 RAFFAGHELLI, CRAIG Id Infojus: FA13040052.-

Finalmente, con respecto a la tasa de interés a aplicar, este Tribunal ha decidido ya en recientes pronunciamientos (Durán, Albornoz, 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 2014. Es que la tasa de interés fijada como criterio por el Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados "LOZA LONGO" a partir del 28 de mayo de 2010 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 envejecimiento del signo monetario..."-.

Considero que por los mismos fundamentos que el STJ tuviera en cuenta en el señero fallo de "LOZA LONGO", la realidad actual impone adoptar otra solución, que sea más justa, equitativa, que más favorezca a la seguridad jurídica y que actúe como factor no estimulante de la promoción y duración de los juicios.

Allí se sostuvo que "aquellos mecanismos de compensación que al graficarse se encuentren por debajo de la línea trazada por la evolución de la inflación incumplirán el mandato legal de mantener incólume la condena y, por ende, el principio de reparación integral y la garantía constitucional al derecho de propiedad (art. 17 C.N.), amén de colocar al deudor moroso en mejor situación que la del cumplidor, con los consabidos efectos que ello produce tanto en el espíritu de ciudadanos que honran con sus conductas el cumplimiento de la ley como sobre la administración de justicia...", así

como que la tasa a aplicar "...presupone que resulte positiva, o sea que mantenga la integridad del capital frente a la corrosión inflacionaria; y que, con esa base, compense además el daño experimentado por el acreedor al verse privado de ese capital. Sólo así la tasa de interés podrá cumplir la mentada finalidad resarcitoria...".

Cabe agregar, que en dicho precedente se realizó una distinción entre las deudas dinerarias y las deudas de valor, señalándose que "...Las obligaciones dinerarias son aquellas cuyo objeto es la entrega de una suma de dinero. El dinero es lo debido y es el modo de pago, por ello se dice que está in obligatione, porque es objeto de la obligación, e in solutione, porque es el medio de pago (ej., el precio de la compraventa, la prima en el seguro, las rentas vitalicias, la que surge de títulos valores como el pagaré, el cheque o la letra de cambio, etc.)..".

Por su parte, que "...Las deudas de valor son aquellas en que el objeto es un bien, que es medido por el dinero. Lo que se debe entonces es un valor, y el dinero no es objeto, sino el modo de pagar; a diferencia del caso anterior, no está in obligatione, sino in solutione. Se trata de una diferencia sustancial en un contexto nominalista e inflacionario. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Deudas pecuniarias y de valor: hacia una jurisprudencia de valoraciones de valoraciones, en JA, 1976-IV-276, ps. 276). En las obligaciones de dar sumas de dinero siempre se debe la misma cantidad de dinero, aunque el mismo se deprecie, mientras que en las de valor lo debido es el bien, que se valoriza al momento del pago en una cantidad de dinero, de modo que en estas últimas el dinero varía según el aumento del precio del bien. Son obligaciones de valor, las indemnizaciones de daños y perjuicios, tanto en la responsabilidad por incumplimiento contractual como en la extracontractual; las obligaciones provenientes del enriquecimiento sin causa; la indemnización por expropiación; las deudas de medianería, las obligaciones de alimentos, etc.. En consecuencia, las obligaciones de valor permanecen al margen del nominalismo, por cuanto lo que se debe no es dinero, sino un valor que, aunque termine traducándose en dinero, permitirá siempre la actualización que sea pertinente hasta alcanzarlo y representarlo por medio de una suma de dinero. (LORENZETTI, ob. cit., ps. 162/164)...".

En párrafos subsiguientes, el Alto Tribunal agregaba que: "...No puede soslayarse que cuando se reclaman deudas de valor "los jueces fijan el monto de la indemnización teniendo en cuenta los valores de reposición al momento de la sentencia" (conf. Borda, G. A., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. I, Ed. Perrot, Bs. As., 1976). La deuda de valor permite la adecuación de los valores debidos y su traducción en dinero al

momento del pago, proceso que puede contemplar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, razón por la cual se ha entendido que no se encuentran alcanzadas por el principio nominalista, siendo susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes que permitan una adecuada estimación y cuantificación en moneda del valor adeudado al tiempo del pago (conf. Pizarro, R.D. - Vallespinos, C.G., Instituciones de derecho Privado. Obligaciones, T. I, n° 163, ps. 372/375, Hammurabi, Bs. As., 1999)...".

No cabe duda que la deuda que se reclama en autos es una deuda de valor, aunque para su cálculo y conforme criterios jurisprudenciales habrá de aplicarse la fórmula Pérez Barrientos, considerando los valores de ingresos del trabajador a la época del accidente.- Así determinado el monto de la indemnización corresponde 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, que aunque su determinación está sujeta a una fórmula matemática, no por ello, muta su esencia, la reparación del valor salud, pérdida como consecuencia del trabajo.

Frente a la nueva realidad económica imperante, entiendo que la tasa activa que fuera fijada in re "Loza Longo", ha quedado superada por el proceso de desvalorización monetaria y no garantiza la equivalencia de valores en el tiempo, provocándole un mayor perjuicio al damnificado.

En efecto, teniendo en cuenta la actividad de la construcción por su amplia repercusión no sólo en su sector sino también en industrias secundarias, conexas y afines, y de acuerdo a la información suministrada por el INDEC con fecha 14 de diciembre de 2.012 ([www.indec.mecon.ar/uploads/informaciones\\_deprensa/icc\\_12\\_12](http://www.indec.mecon.ar/uploads/informaciones_deprensa/icc_12_12)) respecto al índice del costo de la construcción en el Gran Buenos Aires, entre el período noviembre/2011 y noviembre/12, el incremento en los cuatro indicadores que se utilizan fue el siguiente: nivel general 25,8%, materiales 14,9%, mano de obra 33,5% y gastos generales 31,2%.

Por su parte, de acuerdo a la información de la Cámara Argentina de la Construcción, la variación del costo de un edificio tipo en Capital Federal en el año 2.013 fue el siguiente: costo de la construcción 29,4%, materiales 30,5% y mano de obra 28,4%. Y entre los meses de enero y abril del corriente año: costo de la construcción 18,4%, materiales 21,8% y mano de obra 15,6%.

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, pues en el año 2.012 fue del 30,50%, en el 2.013 del 33% y a partir del 2014 del 36% anual.

Sin embargo, en cuanto al ámbito temporal de aplicación de dicha tasa, advierto que el desequilibrio se produce se produce a partir de enero de 2.012 y por ello, adhiero a la solución que propiciara la Dra Vázquez, en un primer momento -en el Plenario aludido-, cuando señaló que: "...La tasa activa dispuesta por el Acta CNAT n° 2357 del 7/5/02 resultó, en principio, adecuada hasta el 1/1/2012 en donde se produjo un desfase que provocó que no haya interés puro" y en base a ello consideró que se debía "mantener la tasa activa hasta el 31/12/11 y se fije la nueva tasa desde el 1/1/2.012...".

En consecuencia, con relación a las deudas de valor, considero que hasta el 31 de diciembre de 2.011 corresponde aplicar 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 2.012 la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses, a aplicarse a ambos créditos tanto el resultante de la indemnización tarifada como al derivado de la responsabilidad civil.-

Tal como expresamente dijera en autos "DURAN CARLOS ALBERTO C/ MAPFRE ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO" (Expte.N° 1CT-25515-12) "Debe tenerse en cuenta que la fijación de la tasa judicial en caso de mora del deudor, es una facultad del juez de grado o de sentencia, conforme lo resuelto por la CSJN en el fallo "Banco Sudameris c/ Belcam S.A." (Sentencia del 17/05/94-B 876. XXV)", adhiriendo por las razones expuestas a la modificación de la tasa fijada en fallo "Loza Longo", por haber cambiado las condiciones económicas imperantes; lo que determina su aplicación a las causas en trámite.- Sin que ello importe una aplicación retroactiva de la ley, ya que no se modifica el contenido de la obligación sino que se trata únicamente de mantener la misma en su valor real y con ello la integralidad de la reparación correspondiente, debiendo tenerse presente que la tasa debe contemplar además del interés puro la depreciación de la moneda, lo que a tales efectos debe aplicarse a partir de la mora, conforme criterio sostenido en plenario "Samudio", de la Cámara Nacional Civil, del 20-04-09.- Los efectos del criterio adoptado se verían desvirtuados, consagrándose la afectación del crédito del actor, cuya licuación se busca precisamente evitar, de aplicarse la tasa propuesta únicamente para el futuro, ante un crédito que permanece impago a la fecha".-

8.- LIQUIDACIÓN:

Finalmente, de conformidad con todo lo desarrollado precedentemente, corresponde a la actora una indemnización por responsabilidad civil de \$670.829, comprensiva de daño material y moral (\$632.329+2.500+ 6000 +30000), a la que ha de adicionarse intereses. La presente planilla de liquidación se practica al 30 de abril de 2.015, conforme a los parámetros explicitados en el punto anterior, esto es, desde la mora al 8 de mayo del 2012, a la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses (2012 30,5% anual, a partir 30/9/13 33%, y a partir 5/2/14 36%).

1) Daño patrimonial .....	\$ 640.829
2) Daño moral .....	\$ 30.000
3) Subtotal .....	\$ 670.829
4) Intereses desde 8-5-12 (97,1%).....	\$ 651.374,95
5) TOTAL .....	\$ 1.322.203,90

Tal Mi voto.-

Los Dres.Nelson Walter Peña y Carlos Larroulet adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

-----

-----Por todo lo expuesto,LA CAMARA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL SALA I CON ASIEN TO EN ESTA CIUDAD;

-----

-----RESUELVE:1) Hacer lugar a la demanda instaurada por el actora PAULA ANAHI BARONI, contra la demandada MAPFRE ARGENTINA ART S.A. ,y en consecuencia condenando a ésta última a pagar al primero, en el plazo DIEZ DIAS de notificada, la suma de \$ 1.322.203,90 en concepto de indemnizaciones por daños y perjuicios (arts.1074, 1109 CC.), importe que incluye intereses calculados al 30-4-15, y que seguirán devengándose hasta el efectivo pago; todo conforme lo explicitado en los considerandos. Con costas a cargo de la demandada a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr.Armando Brusain en la suma de \$240.641 y los del Dr. Damián Leonart en la suma de \$ 185.108, y los del perito psicologo Pablo Franco en la suma de \$ 15.000 y los del perito médico Dr.Gustavo Breglia en la suma de \$ 30.000 (MB:\$ 1.322.203,90, 13 y 10%, 40% -Arts. 6,8,10 y 40 Ley de Aranceles).-

-----

-----2) 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.-

-----

-----3) Una vez que se encuentre firme la presente sentencia, por secretaría practíquese planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por la empleadora condenada en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal.

-----

-----Regístrese, notifíquese, cúmplase con Ley 869.-

Dra. Paula I. Bisogni  
Vocal de Trámite Sala I

Dr. Nelson Walter Peña Dr. Carlos O. Larroulet  
Vocal de Sala I Vocal de Sala I

Ante mi: Dra. Zulema Viguera  
Secretaria