

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 17 de agosto de 2012, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de esta Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial, Dres. Carlos María Salaberry, Juan Alberto Lagomarsino, y Edgardo Camperi, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "TENEB TENEB, Luis Alberto C/ RIVA S.A. y Otro S/ SUMARIO (1)", Exp. N° 21290/09, iniciado el 17/06/2009. Habiéndose cumplido el procedimiento de deliberación previa, de lo que da fe el Actuario, el Tribunal se planteó la siguiente única cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

---Practicado el sorteo, el orden de votación resultó ser el siguiente: primer votante, Dr. Carlos Salaberry; segundo votante, Dr. Juan Lagomarsino y tercer votante, Dr. Edgardo Camperi. -

---A la cuestión planteada, el Dr. Carlos M. Salaberry dijo:-

---I) ANTECEDENTES: a) La Dra. Ana M. Scalmazzi, en representación de Luis TENEB TENEB y con el patrocinio letrado de la Dra. Maria Jose Di Blasi, promueve demanda laboral contra RIVA SA y LIBERTY ART a fin de que se los condene al pago de la suma de \$52.200,09, con mas el accesorio de los intereses y las costas del juicio. Sostiene para ello que su representado trabajó bajo dependencia de la accionada y que el 14/03/2006, mientras trasladaba unos hierros, pisó un pozo torciéndose la pierna izquierda, comenzando de inmediato a sentir dolor y sufriendo un edema en la rodilla y el tobillo.-

--- Fue asistido por la ART en el Sanatorio del Sol, se le prescribieron analgésicos y desinflamatorios y se le indicó reposo, dado que había sufrido un esguince de rodilla izquierda con ruptura de meniscos. Posteriormente se indica cirugía.-

--- Luego de realizada la intervención quirúrgica y aun en tratamiento de rehabilitación ambulatorio, el trabajador sufrió una caída al salir del edificio, golpeándose la rodilla recién operada. Todo ello fue originado en la falta de asistencia domiciliaria y la falta de traslados y su inexperiencia para trasladarse con muletas.-

--- Por este segundo golpe, comenzó a padecer nuevamente de grandes dolores, debiendo realizar la fisiokinesioterapia indicada sin peso a causa del dolor y de un nuevo edema en su rodilla. -

--- El 30/08/06 se le da el cese de su incapacidad laboral temporaria, no pudiendo reincorporarse a su trabajo por no encontrarse en condiciones y siendo consecuentemente despedido el 05/09/06, aun sin haber una declaración de incapacidad permanente, ni tener un alta definitiva.-

--- Continuando con sus dolores, se realiza nuevos estudios y en base a ellos el Dr. Barbeito –traumatólogo- indica la realización de una nueva intervención quirúrgica de la lesión meniscal.-

--- Por ello, el trabajador reclamó a la ART la cobertura de las prestaciones pendientes, atento la necesidad de una nueva intervención quirúrgica y la imposibilidad de realizar sus tareas laborales habituales, la que en su momento fue rechazada.-

--- El 17/01/07 la Comisión Médica N° 9 sita en Neuquén, le reconoce al trabajador una incapacidad laboral del 11,06% de la t.o. atento la existencia de ruptura meniscal de rodilla izquierda.-

---Apelado el dictamen La Comisión Médica Central determina una incapacidad permanente, parcial y definitiva del 19,54%, obligando a la ART a brindar las prestaciones en especie que correspondan.-

-- Intimada la ART, continuó con las prestaciones en especie hasta abril de 2008, en que se negó al trabajador cualquier otra prestación, conforme informó en forma verbal el Sanatorio del Sol, haciendo entrega de una copia de mail remitido por Liberty ART donde se solicitaba la inmediata derivación del trabajador a la Obra Social.-

-- Respecto de los salarios por accidente, el trabajador percibió los devengados durante los meses de marzo 2006 a agosto 2006 inclusive, fecha en que la ART dio el cese de la ILT. Otorgada el alta, el trabajador no pudo reincorporarse, toda vez que se veía realmente incapacitado de reintegrarse a su trabajo.-

-- Lo cierto es que la ILT del trabajador, cesó con la declaración de ILP del 28/05/07, no con el alta del 31/08/06 y que fuera oportunamente impugnada.-

-- Reclama Daño Emergente (Incapacidad sobreviniente), lucro cesante (Salarios caídos), Pérdida de Chance y Daño Moral.-

-- Practica liquidación y ofrece prueba.-

-- b) Corrido el traslado de ley, comparece el Dr. Justo Giraudy quien, en representación de LIBERTY ART SA y con el patrocinio letrado de Sebastian Arroyo, contesta la demanda, solicitando su rechazo, con costas. Para ello niega puntualmente las afirmaciones de su contraria, en particular niega que el accidente sufrido por la actora hubiera sido en ocasión de sus tareas laborales; niega que deba aplicarse el art. 1.113 del C.C.; niega que hubiera mediado un claro nexo causal entre el supuesto riesgo creado y el origen del daño que dice haber sufrido y el efecto alegado; niega que no pudiera reincorporarse a su trabajo; niega la remuneración alegada por la actora.-

-- Manifiesta que su mandante tiene un contrato de afiliación con RIVA SA, pero que el

reclamo incoado por la actora se encuentra excluido de la cobertura otorgada en virtud del mismo.-

-- Su mandante ha otorgado cobertura asegurativa a aquellas contingencias previstas en la ley 24.557, es decir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales que se hallan enumeradas en el listado aprobado por el Poder ejecutivo. Son esos los riesgos por las cuales el asegurado ha abonado su prima y no por otros.-

-- Opone falta de legitimación activa del actor y falta de legitimación pasiva en cuanto a su poderdante.-

-- Impugna la liquidación y ofrece prueba. Pide el rechazo con costas.-

-- c) Asimismo, comparecen la Dras. Blanca Passarelli y Marisa D'Áquila quienes, en representación de RIVA SA, contestaron la demanda, cuya presentación se tuvo por extemporánea procediéndose al desglosándose la misma.-

-- d) Abierta la causa a prueba a fs. 304, realizada la pericia médica y demás prueba y agregado el memorial de la actora, los presentes quedan en estado de recibir la siguiente resolución.

---II) EL DECISORIO: Conforme las constancias de la causa, el día 14/03/2006 mientras trabajaba en una obra, el actor se torció el tobillo y la rodilla izquierda y se cayó produciéndose un esguince de tobillo y lesión de su rodilla.

-- Se realizó la denuncia de accidente de trabajo y comenzó el tratamiento del mismo en el Sanatorio del Sol, siendo atendido por especialista traumatólogo, se le prescribe analgésicos hielo y rehabilitación fisiokinesica.

-- Posteriormente la Resonancia Nuclear Magnética informó lesión meniscal interna de rodilla izquierda y se propone reparación quirúrgica que se realizó el 9/05/06.

-- Luego de la cirugía, Teneb debía colocarse, inyecciones de anticoagulantes y pese a que no resultaba conveniente que deambulara, debía concurrir al sanatorio a tales fines.

-- En esa ocasión, a los tres días de operado, habría tropezado y caído, golpeándose nuevamente la misma rodilla afectada.

-- A pesar de haber realizado 35 sesiones de FKT entre Junio y Agosto del 2006, continuó con dolor y molestias.

-- No obstante, la A.R.T. le dio el alta médica el 31 de agosto de ese año.

-- Debido a tal circunstancia, hacia finales de año debió consultar con otro profesional que RNM mediante, determinó la preexistencia de la lesión meniscal, aconsejando una nueva cirugía.

-- A su vez, en el interín, al no poder retomar su trabajo apeló la resolución de la ART.

-- Por su parte, si bien la Comisión Médica en Neuquén le otorgó un grado de incapacidad, convalidó el alta, debiendo recurrirse en consecuencia a la Comisión Médica Central que con fecha Mayo/07 emitió su dictamen, del que cabe resaltar: a) Acepta la RNM del 20/12/06 presentada por el actor como prueba de que continuaba con la lesión de su rodilla; b) Reconoce en el examen físico que el actor tiene lesión en su rodilla izquierda, casi 14 meses después del accidente y al año de la cirugía. c) Modifica la incapacidad, que es elevada aun 19,54 %. La que en esa oportunidad (a los fines indemnizatorios) es considerada definitiva por el hecho de haber transcurrido más de un años de la fecha del accidente, pero intima a la ART continuar con las prestaciones en especie, poniendo de resalto que una vez concluidas ellas, deberá dar el alta de corresponder.-

-- Respecto de las prestaciones en especie, se amplía posteriormente en forma detallada todas y cada una de ellas, poniendo de resalto en toda oportunidad que debe privilegiarse la salud del trabajador y que “Estarán a cargo de profesionales de la A.R.T correspondiente debiéndose ajustar a las normas de la ética médica y del consentimiento informado. Los profesionales seleccionados deberán ser especialistas en las afecciones cuya descripción consta en el presente dictamen. Dichos profesionales prescribirán el o los tratamientos más adecuados con el fin de lograr la curación completa o en su defecto reducir a su mínima expresión las afecciones que resultaran de naturaleza laboral. Los tratamientos a instituir en las afecciones de origen laboral serán seleccionados teniendo en cuenta el estado clínico general del trabajador, siempre se los elegirá entre aquellos de probada eficacia aceptados por la comunidad científica en general”.... “Tratamiento: Asistencia Médica (especialista en Ortopedia y Traumatología) y Fisiokinesica. Que las mismas deberán ser evaluadas por el médico asistencial tratante a los efectos de determinar la mejor conducta a adoptar conforme a las condiciones particulares del paciente”.....

-- Finalmente se señala que la ART debe recalificar al actor debido a que la dificultad para las tareas habituales es del 20%.

-- En diciembre del 2007 el médico de la ART continúa su tratamiento: le prescribe 10 sesiones de Fisiokinesioterapia y le informa que solicitará a la ART una autorización para nueva cirugía. (circunstancias corroboradas por la Historia Clínica a fs. 337/339). Todo ello hasta el 28 de febrero de 2.008.

-- Finalmente, el correo electrónico del 24 de abril de ese mismo año da cuenta del desentendimiento de la ART. de continuar con las prestaciones y del seguimiento hasta

el alta, conforme expresas directivas dadas por la Comisión Médica Central.

-- La pericia de autos concluye en que: "Actualmente el actor presenta una rodilla lesionada con un síndrome meniscal que le provoca dolor e impotencia funcional y malas posturas debido a una incipiente reingenua. De continuar sin la cirugía la rodilla podría progresar en su patología generando mayor sintomatología e impotencia funcional que la presenta actualmente. Esto puede mejorar de manera notable con una cirugía y la posterior rehabilitación" Adhiriendo el perito al porcentaje de incapacidad otorgado.

-- Se le cuestionó al perito la falta de algún estudio reciente para establecer el real estado del actor a la fecha.

-- Respondiendo a ello la parte actora acompañó una nueva RMN, del 13/06/11, que confirma que la rodilla se encuentra deteriorada y con el agravante de que este deterioro es mayor en la actualidad ya no solamente las lesiones están referidas al menisco interno, sino que ahora ese menisco está mucho más lesionado; el menisco externo también está muy lesionado y hay desgarramiento en ligamento cruzado anterior. Dicho estudio también arroja como resultado la presencia de osteocondritis en los cóndilos femorales y mesetas tibiales compatibles con osteocondritis y edema óseo.

-- A criterio del perito, "este estudio no hace más que confirmar lo referido en la pericia original, esta rodilla debió ser operada en su momento, y ahora también debe serlo, pero el tiempo ha empeorado su estado y la reparación será más difícil, costosa, lenta y con unas posibilidades de recuperación más limitadas...

-- Como podrá observar V.E., si la ART hubiera cumplido con lo indicado por la Junta Médica Central, el actor estaría operado, con alguna incapacidad, pero en condiciones de trabajar y producir nuevamente. En cambio el trabajador continúa con su lesión de rodilla, imposibilitado de trabajar en forma continua y constante y a la espera de una resolución de su problema médico."

-- De todo ello se deduce que la ART otorgó el alta del trabajador cuando aún no se encontraba en condiciones de retomar el trabajo. Y que de allí en más se desentendió de su salud, incumpliendo con las disposiciones de la ley 24.457 en relación a las Prestaciones en Especie que prescribe el art. 20.

-- Dicho incumplimiento reviste el mayor grado de gravedad a partir del dictamen de la Comisión Médica Central que así se lo ordenó y con todo detalle.

-- Surge palmariamente entonces la responsabilidad de la aseguradora en los términos del art. 1.109 del C.C. que reconoce para "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o

negligencia ocasiona un daño a otro", la obligación de reparar el perjuicio.

-- En tren de analizar la conducta que se reprocha, puede interpretarse que el incumplimiento inicial se debió a una negligencia, pero no cabe duda alguna que con posterioridad el incumplimiento fue producto de una culpa grave.

-- Pese al agravamiento en el deterioro de la rodilla de Tenebb, la incapacidad resultante, en función de sus limitaciones se mantiene. Por tal razón la diferencia de indemnización que reclama por este concepto deberá ser rechazado.

-- No ocurre lo mismo con los restantes rubros que se reclaman.

-- Si bien desde la sanción de la Ley de Riesgos del Trabajo el tema que mas se venía debatiendo en la doctrina y la jurisprudencia giraba en torno a los alcances de la responsabilidad civil de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, en los casos que habiéndose verificado un daño en la persona del trabajador que respondiera a un incumplimiento por el empleador de las normas de Higiene y Seguridad, que las ART tuvieran obligación de prevenir y/o controlar, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro" dictado en este contexto sienta la doctrina general por la cual las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) deben responder civilmente por los daños que sufre un trabajador a raíz de una enfermedad o accidente laboral, siempre que se demuestre la existencia de un nexo de causalidad adecuado entre el daño en la persona y la omisión o deficiencia en el cumplimiento por parte de la ART de sus deberes legales en materia de prevención y seguridad en el trabajo.

-- Ello no excluye, sino que ratifica el concepto que también responderá siempre que se demuestre la existencia de un nexo de causalidad adecuado entre el daño actual en la persona y la omisión o deficiencia en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley en relación a la asistencia médica, farmacológica, rehabilitatoria y otras prestaciones en especie al trabajador (Art. 20 LRT).

-- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya en tres causas anteriores a "Torrillo": en los casos "Busto", "Galván" y "Soria", por mayoría, se había pronunciado a través de la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad, estableciendo de una manera tácita, pero clara, la posibilidad de responsabilizar civilmente a la ART cuando existiera un nexo de causalidad adecuada entre la omisión y el infortunio laboral.

-- Con respecto a los rubros por los que ha de prosperar la presente acción, cabe señalar que la reparación integral en materia de infortunios laborales, como en el caso, no es mas que una derivación del principio constitucional "Alterum non laedere",

entrañablemente vinculado con la idea de reparación de la responsabilidad en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, que consagran el citado principio constitucional.-

-- Entrando en el análisis de los rubros reclamados, comprensivos de la reparación íntegra del daño sufrido, el primero en manifestarse es el daño emergente, en el sentido de la pérdida sufrida a causa del hecho (arts. 519 y 1069 del C.C.), el lucro cesante abarcativo de las ganancias dejadas de percibir: La transitoriedad de la incapacidad parcial del actor cesó definitivamente cuando así lo dictaminó la comisión médica central el 28/05/07 y no con el alta del 31/08/06. Ello ocasionó el perjuicio que se reclama en concepto de lucro cesante entre ambos períodos, por la suma de \$11.118,84.-

-- No puedo dejar de destacar que en el caso de autos, la actora también ha sufrido una frustración de ganancias o ventajas económicas, encontrándose privada -no ya del enriquecimiento patrimonial- sino de la posibilidad de obtener el sustento mínimo de sus necesidades ante las limitaciones físicas, por lo que le corresponde una indemnización por la pérdida de chance, dado que conforme ha quedado acreditado en autos (según el dictamen pericial a fs. 258), el grado de incapacidad parcial y permanente que padece la actora, le imposibilita de trabajar en forma continua y constante, provocándole necesariamente una disminución en su capacidad de ganancia, impidiéndole obtener un ascenso o una mejor ocupación para el resto de su vida útil.

-- Resultando mas que razonable el importe que se solicita, comprensivo del período mayo 2.007 (en que se declaró la ILP) a junio/09 (fecha en que se interpuso la demanda), por la suma de \$22.565,42.-

-- Finalmente debe indemnizarse el daño moral, entendiéndose éste como la lesión genérica a las afecciones, ya se trate de trastornos emocionales pasajeros que afectan la vida y las actividades de la víctima en su tranquilidad, con disminución notoria de la autoestima y la creciente inseguridad y angustia que genera la imposibilidad de trabajar y la falta de certeza en relación a su estado de salud.-

-- Consecuente con ello propicio receptor por tal concepto, la suma de \$10.000.-

-- Respecto de la codemandada Riva S.A, la demanda deberá ser rechazada en tanto y en cuanto los incumplimientos aquí señalados resultan responsabilidad absoluta del la ART.-

-- Sin perjuicio de ello y en razón de que el incumplimiento de la aseguradora dio origen al juicio, las costas que a ésta se impongan comprenderán también a las ocasionadas por la defensa de la codemandada.-

-- De compartirse mi opinión, corresponderá receptor la demanda condenando a LIBERTY ART S.A. a dar cumplimiento a las disposiciones del art. 20 de la ley 24.557, quien deberá cumplir con las prestaciones en especies necesarias hasta el restablecimiento de la salud del actor.

-- Asimismo deberá pagar en concepto de indemnizaciones la suma de \$43.684, con mas la de \$33.418,26.- en concepto de intereses conforme la tasa 1,55 % mensual desde el 14/03/2006 (doctrina Loza Longo, recientemente ratificada por la nueva composición del S.T.J., 76,5% a la fecha).-

-- Costas a la vencida.-

---Mi voto.

---A la misma cuestión planteada, los Dres. Juan Lagomarsino y Edgardo Camperi dijeron:-

---Adherimos al voto que antecede.

---Por todo lo expuesto, la Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial, RESUELVE:

---I) HACER LUGAR a la demandaa, condenando a LIBERTY ART S.A, a: 1) cumplir con las prestaciones en especies necesarias hasta el reestablecimiento de la salud del actor, conforme art. 20 de la ley 24.557. 2) a abonar al actor, TENEB TENEB, LUIS ALBERTO, la suma de \$77.102,26.- en concepto de capital e intereses la que deberá ser abonada dentro de los diez días de notificada la presente.-

---I) RECHAZAR la demanda contra RIVA S.A. tal como fuera interpuesta.-

---II) COSTAS a la parte coaccionada vencida, LIBERTY ART S.A .-

---III) REGULAR los honorarios de los letrados Ana M. Scalmazzi y María José Di Blasi, en forma conjunta y proporción de ley, por la parte actora, en la suma de \$17.270.- (16%+40%), los de los letrados Justo Giraudy, Sebastián Arroyo, María Laura Loureyro e Ines Cambiasso, por la ART, en conjunto y proporción de ley, en la suma de \$10.794.- (10% + 40%) y los de la Dra. Marisa D Aquila, en la de \$5.936.- (11% +40% / 2) de conf. arts. 6, 7, 8, 9 y c.c. de la L.A., la que deberá ser abonada dentro del mismo término que el monto de capital de condena (monto base de la regulación \$77.102,26).-

---IV) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese. Oportunamente archívese.-

JUAN A. LAGOMARSINO CARLOS M. SALABERRY EDGARDO CAMPERI

Juez de Cámara Presidente Juez de Cámara