

NEUQUEN, 24 de abril de 2024.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**SANHUEZA CESAR NESTOR C/ ASOCIART S.A ASEGURADORA DE RIESGOS DE TRABAJO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART**", (JNQLA2 EXP 535481/2022), venidos en apelación a esta **Sala III**, integrada por los vocales Fernando Marcelo **GHISINI** y José Ignacio **NOACCO** en legal subrogancia (conf. Ac. 1/2024), con la presencia de la secretaria actuante Dania **FUENTES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el juez **Ghisini** dijo:

I. El 18 de Agosto de 2023 se dictó sentencia definitiva de primera instancia (h. 73/75 vta.) en la que se rechazó la demanda laboral impetrada por César Néstor Sanhueza contra Asociart ART S.A.

Para así resolver, el magistrado entendió que estaba controvertida la existencia del siniestro denunciado, por lo que correspondía en primer orden indagar sobre este punto, para luego abordar una eventual incapacidad laborativa del actor y su vinculación con el trabajo.

Indagó en el informe pericial médico (h. 48/50) que da cuenta que el actor posee una nariz pequeña con punta redondeada y narinas pequeñas, surcos naso geniano sutil y una cicatriz oblicua notable. El experto utiliza el baremo general para fuero civil a los fines de cuantificar en el 10,8% de incapacidad, por cuanto el baremo laboral tiene un claro legal en la cicatriz en la nariz, la que reitera, es notoria (25 mm).

Puntualizó que la decisión de designar un perito (de la profesión que sea), es que el mismo asista y asesore al decisor en aquellas áreas del conocimiento científico que escapen al saber de este último. Agregó que la normativa es clara, en cuanto a que debe contarse con elementos objetivos

para considerar si existe o no incapacidad indemnizable en el ámbito del reclamo sistémico de la LRT.

Destacó los conceptos del precedente "Salinas" del TSJ, sin embargo recordó que en sucesivos pronunciamientos ha dicho que la determinación de incapacidad laborativa reclamada en el marco sistémico, debe realizarse conforme las pautas del decreto 659/96.

Luego expresó que la cicatriz de nariz no puede considerarse indemnizable en los términos de la LRT, y así lo entiende el experto, por ello utiliza otro baremo para su cuantificación.

En consecuencia, rechazó la demanda en todas sus partes. Reguló honorarios de los profesionales intervinientes e impuso las costas del proceso al accionante en su calidad de vencido.

II. Mediante presentación web n° 490559, con fecha de cargo el 30.08.2023, el perito médico Leonardo Luis Tejada dedujo recurso de apelación, en donde cuestiona la regulación de sus honorarios, por baja (h. 77 y vta.).

A su vez, la parte actora interpuso recurso de apelación (h. 78/79), mediante ingreso web n° 491810, con fecha de cargo 31.08.2023.

En primer lugar requiere que se declare la nulidad de la sentencia, por cuanto el juez no abordó el planteo de inconstitucionalidad del baremo realizado al instar la acción.

Agrega que desestima de cuajo la pericia porque el médico utiliza el baremo civil para determinar la incapacidad física, aun cuando esta tenga relación causal con el siniestro.

Cita la jurisprudencia aplicable a casos análogos al remitirse a la causa "Salinas" del TSJ y no la aplica. Sostiene que la circunstancia que la tabla no incluya las

secuelas que padece el actor no es óbice para denegar la reparación.

Destaca que el hecho que el perito haya tenido que recurrir al baremo civil, solo demuestra que el previsto en el decreto 659/96 resulta incompleto, y por tanto arbitrario.

Indica que hay un evento dañoso que genera incapacidad laboral y sin embargo no se ordena su reparación, y que con ello se altera el espíritu de la ley 24.557, que es indemnizar los accidentes laborales.

El 29 de septiembre de 2023 (h. 80) se conceden ambos recursos, corriéndose traslado a la contraria.

La demandada replica (h. 81/87 vta.) mediante ingreso web n° 499690, con fecha de cargo 11.09.2023.

Señala que no hay una crítica concreta y razonada del pedido de inconstitucionalidad del Baremo (decreto 659/96), desde que se omite indicar dónde radica la disolución de lo allí establecido con la Constitución Nacional.

Dice que la ley 26.773 establece que tanto los órganos administrativos como los tribunales están obligados a aplicar los baremos previstos en los decretos 658/96 y 659/96. Recuerda que ambos preceptos son el resultado de un profundo estudio técnico, que no solo consideró antecedentes de ANSES y SIJyP, sino también de la OIT, la organización Panamericana de la Salud, etc.

Agrega que la Corte Suprema ha marcado la diferencia entre la delegación de la facultad de hacer una ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo para el ejercicio de sus poderes reglamentarios.

Realiza reserva de caso federal.

III. Anticipo que se encuentran reunidos los recaudos previstos en el art. 265 Código Procesal a los efectos

del tratamiento del recurso interpuesto, en cuanto a su admisibilidad formal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.).

En primer lugar corresponde indagar sobre la existencia del siniestro, así el impulsor de la acción denuncia que el día 25.01.2022, alrededor de las 15 horas mientras se encontraba en su puesto laboral manipulando una moladora, y realizaba cortes de materiales plásticos, se parte un disco de esa herramienta e impacta en su rostro, puntualmente en la zona de la nariz, lo que le generó un corte profundo con mucho dolor, sangrado y ardor (ver h. 4).

Por su parte, el juez dice que el siniestro no está reconocido, *"las partes no resultan contestes sobre la existencia del siniestro denunciado"* (ver h. 73. vta.), esta afirmación resulta incorrecta, desde que la aseguradora al contestar la demanda expresa lo contrario *"En tal sentido reconozco, que el actor sufrió un accidente laboral el día 25.01.2022"* (ver h. 31) y luego cuando efectúa las negativas en particular, no cuestiona la forma en que sucedió el siniestro.

Entonces, parto de la premisa, que tanto el accidente, como su mecánica se encuentran reconocidos, por lo que el centro de la controversia radica en determinar si las secuelas denunciadas y constatadas en la prueba documental (1. Historia clínica del actor de Traumatología del Comahue; 2. Constancia de Alta brindada por la Aseguradora; y 3. Informe médico pericial de Ariel Santorio), le han generado incapacidad alguna al trabajador.

No soslayo que la CSJN en el fallo "Ledesma, Diego Marcelo c/ Asociart ART S.A. s/accidente - ley especial", del 19 de noviembre de 2019, con la mayoría conformada por los ministros Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Maqueda, consideró que el baremo, decreto 659/96, es de aplicación obligatoria en el régimen legal de reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Sin embargo, he de recordar mi posición en cuanto a que el baremo laboral es un mecanismo de simplificación de naturaleza transaccional pero con base epistémica, que procura brindar una respuesta general, previsible y escrutable frente a determinadas formas de probabilidad que acentúan los riesgos de actividad (claro está, sin cerrar la puerta a otros, en los que deberá volverse una y otra vez al esquema clásico de acreditación de la fenomenología causal jurídica).

De acuerdo a esta línea pensamiento, comprendo que puede recurrirse a otros baremos, cuando como en el caso de autos, de aplicar el específico de la materia (decreto 659/96) se llega a soluciones injustas, en orden a que la existencia de laguna normativa no puede ser pretexto para dejar sin reparación un daño acaecido en el ámbito del trabajo. Por cuanto, la prevención y reparación de este tipo de daños es el fin último de la ley de Riesgos del Trabajo.

El perito médico es claro al vincular las secuelas con el suceso denunciado, al sostener: *"El trabajador presenta una herida contusa cortante por esquirra del disco de la amoladora cuando realizaba sus tareas laborales en la sede de la empresa. Secuela del siniestro de autos evidencia cicatriz en la nariz. Valorando su porcentaje de incapacidad que ocasiona en el actor, utilizando el Baremo Civil Altube Rinaldi, porque no se encuentra en el baremo Ley 24.557."*, y también al explicar el porqué de su remisión al baremo civil.

Entonces, contrariamente a lo que comprende el *a quo*, debo dar crédito a las conclusiones emergentes del dictamen médico, en tanto el experto ha sido claro cuando explica que recurre al baremo civil por la existencia de una laguna en el baremo laboral en lo que respecta a la secuela detectada. Me refiero a la cicatriz de la nariz "notoria" del demandante, producida por haberse cortado con una moladora su cara.

Sobre el tópico bajo análisis, es dable aclarar que el baremo del Decreto 659/96 prevé la reparación de cicatrices en la cabeza y en rostro, sin embargo excluye -sin justificativo alguno- a la zona de la nariz. Contempla al contrario la frente, pómulo, orbita, pabellón auricular, mentón, comisura labial y maxilar inferior.

A qué obedece esta distinción no está justificado en el precepto, pues si con las cicatrices en el rostro -únicas cicatrices resarcibles según el baremo- se pretende reparar el daño estético que sufre la persona trabajadora, en un lugar que resulta imposible ocultar la lesión, no puede comprenderse como es que no se previó la reparación de cicatrices en la zona de la nariz, que se encuentre comprendida en ese segmento físico.

Sea por olvido o descuido, o por el contrario, por intención del legislador, lo cierto es que tal como afirma el galeno Tejada, existe una laguna jurídica, en la que no se prevé la reparación de la secuela detectada.

Desde esta óptica, el apartamiento del baremo previsto en el decreto 659/96 no deviene arbitrario, sino adecuadamente fundado, por cuanto se ha detectado un daño estético en el rostro del accionante, producido en el ámbito laboral y por tanto susceptible de ser reparado, y conforme lo expresa el experto ese listado no prevé la reparación de esa secuela -lo que no fue cuestionado por ninguna de las partes, ni tampoco por el juez-.

En tal orden, la validez del dictamen reposa no solamente en la ausencia de observaciones por parte de los contendientes, sino en que se han seguido los procedimientos y brindado razones -existencia de una laguna jurídica- que se encuentran mancomunadas con los restantes elementos de prueba, referidos en el cuerpo del informe.

Así las cosas, el perito explicó que la patología está vinculada al infortunio, acredita por tanto la existencia del nexo de causalidad y en tal inteligencia, determinó que el actor es portador de una incapacidad del 10,8%, incluida la incidencia de los factores de ponderación.

Respecto a la forma en que deben interpretarse las lagunas del derecho, habré de remitirme a lo dicho por nuestro Tribunal Superior de Justicia en el precedente "Salinas" (Acuerdo Nro. 14/2012 de la Sala Civil), cuando dijo: *"6.- Interpretación de la Ley.- Ante la ausencia de claridad del texto legal, justamente debemos tener presente que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir en modo alguno de la finalidad ni del espíritu de la norma.*

Espíritu que se encuentra plasmado en el mensaje del Poder Ejecutivo Nacional que acompañó al proyecto de la ley 26.773, en cuanto indicó: "La clave de bóveda de la iniciativa se resume en facilitar el acceso del trabajador a la reparación, para que la cobertura sea justa, rápida y plena, brindando un ámbito de seguridad jurídica que garantice al damnificado y a su familia un mecanismo eficaz de tutela en el desarrollo de su vida laboral".

Idea ésta que fue receptada por el art. 1° de la misma norma. En efecto, el art. 17.5 de la ley 26.773 debe ser interpretado a la luz de la letra contenida en el art 1°. Nótese que el art. 17.5, establece que: "Las disposiciones atinentes a

las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha”.

Y el art. 1, en su parte pertinente, dispone: “Las disposiciones sobre reparación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales constituyen un régimen normativo cuyos objetivos son la cobertura de los daños derivados de los riesgos del trabajo con criterios de suficiencia, accesibilidad y automaticidad de las prestaciones dinerarias y en especie establecidas para resarcir las contingencias...”

Entonces, es evidente el claro propósito de remarcar los conceptos de cobertura justa, rápida, suficiente, accesible y automática.”

La Sala I, aunque integrada por el ex juez Marcelo Medori y quien suscribe, sostuvo que: “Partiendo de que es el jurisdiccional, el órgano facultado para determinar la existencia o no del grado incapacitante, donde el juicio de causalidad es siempre jurídico y con efectos vinculantes (arts. 386 y 476 del CPCyC, 40 Ley 921), advierto que la doctrina judicial citada que impone que se evalúen conforme la “mayor plenitud al derecho del trabajador al resarcimiento de las consecuencias disvaliosas provocadas por el trabajo, en relación con la consagrada en los anteriores sistemas legales especiales” sentada en el precedente “Salinas” por el TSJ de Neuquén (Acuerdo nro. 14/2012 de la Sala Civil), motivo por el cual, ello debe ser el resultado de la evaluación de las constancias de la causa” (“BENITEZ CANO NELSON AGUSTIN C/ PREVENCIÓN ART SA S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART”, JNQLA1 EXP 508331/2016).

Interpreto, que las secuelas que prevé el baremo laboral -tanto el 658/96 referido a enfermedades, como el 659/96 que regula los accidentes- no configuran un “numerus clausus”,



pues resulta una obviedad que no pueden preverse normativamente todas las hipótesis de daño en la integridad psicofísica de las personas trabajadoras.

En este mismo sentido se expresa Diana Regina Cañal en autos: "GOROSITO, FEDERICO ALBERTO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE - LEY ESPECIAL" -JUZGADO N° 62 - Causa N° CNT 57166/2013/CA1 al afirmar: *"En relación a los baremos, he sostenido invariablemente, que los mismos son instrumentos que auxilian, tanto al perito como al juez, y que las leyes laborales, en general, han incorporado en su texto determinadas tablas de evaluación de las incapacidades, pero ello no implica que sean vinculantes (ver autos "ANDRADE, JESUS LUJAN C/PROVINCIA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ACCIDENTE - LEY ESPECIAL", (CNT 55025/2011/CA1,) de fecha 10/06/16, del registro de esta Sala III, entre tantos otros).*

Así, con independencia de esas tablas existen otras estimativas, llamadas así porque tienen en cuenta porcentuales relacionados con el grado de deterioro anátomo-funcional sufrido por el obrero o empleado, pero tales tablas no obligan a los jueces y no deben aplicarse de manera absoluta y rigurosa, de modo general e indiscriminado, sino que debe hacerse en relación a cada caso particular (en sentido análogo "BURLATO, SALVADOR C/ ABB MEDIDORES S.A. S/ DESPIDO", sentencia dictada el 24.09.01, del registro de la Sala IX).

En tales términos, sostuve en autos "IRRAZABAL, MARÍA FERNANDA ELISABET C/ PROVINCIA ART S.A. S/ ACCIDENTE LEY ESPECIAL", SD N° 93696, de fecha 30/08/2013, en el cual, justamente la parte demandada se agraviaba por la aplicación del baremo relativo al derecho común, que observaba con extrañeza, que si los índices que tomamos en cuenta para calcular el grado de incapacidad, son los baremos del fuero civil, se considera la capacidad "TOTAL VIDA", mientras que si el afectado es un trabajador, la medición se realiza sobre la "TOTAL OBRERA" que

establece la ley especial de riesgos en el trabajo, obteniéndose un porcentaje menor en el segundo caso. Esto es, según se considere para el cálculo la TOTAL VIDA o la TOTAL OBRERA, será la incapacidad atribuida, dependiendo si se está en el rol de un mero habitante en un incidente de tránsito (Derecho Civil), o si se trata del rol de trabajador, en su lugar de trabajo o dirigiéndose hacia allí -Ley de Riesgos del Trabajo-, como si estuviésemos hablando de cosas distintas en lugar de la SALUD como concepto unívoco.

Por lo tanto, si a una misma patología se la gradúa de manera diferente, será el juez quien deba decidir cuál resulta aplicable en el contexto de la causa.

Es interesante en este aspecto el análisis que el Dr. Miguel Rodríguez Jouvencel, desarrolla sobre el tema, quien cuestiona la legislación española que pretende la obligatoriedad de los baremos. Con sentido crítico, Rodríguez Jouvencel plantea la puja del sistema para que el baremo sea considerado vinculante y a su vez cumplir con la reparación de los daños provocados a las víctimas, pues afirma que impedirle al juez considerar las tablas de incapacidades de manera indicativa o indiciaria provoca que no pueda valorar en concreto las circunstancias del caso.

Menciona, que en su país se observa un "claro favoritismo de la norma hacia el asegurador", y en ese contexto, destaca que ha sido la interpretación judicial la encargada de defender la protección de la parte más débil.

En efecto, comparto el enfoque del autor, pues no se trata de diluir parámetros de valoración, sino que, de ampliarlos y utilizar lo que se considere más ajustado al caso."

A modo de ejemplo, me parece interesante resaltar el caso de Bélgica. Explica Rodríguez Jouvencel que, dicho país "cuenta con un "baremo indicativo" (Tableau Indicatif), muy



amplio, referido tanto a daños morales como patrimoniales, que es el resultado del trabajo de un equipo multidisciplinar compuesto por miembros de asociaciones de víctimas, abogados, aseguradoras, jueces y otras asociaciones profesionales. De su redacción material se encargan los jueces del grupo de trabajo para garantizar así la independencia del texto final de los intereses económicos en juego. La tabla que, como su nombre indica no tiene carácter vinculante, se utiliza tan solo para facilitar la tarea evaluativa. Además, se actualiza periódicamente y no sólo en lo que se refiere a sus cuantías sino también en lo que concierne a los conceptos perjudiciales que recoge y al modo de llevar a cabo su evaluación. Con todo, la Tabla tan solo proporciona indicaciones, tanto en lo referente a los conceptos perjudiciales como a la cuantía de las indemnizaciones y a su cálculo, y ofrece en ocasiones varias alternativas para determinar el alcance de un mismo perjuicio."

Concluyentemente, el experto señala que "los baremos, en general, gozan de poca seriedad, y como recuerda GEERTS, ningún baremo reposa en un estudio científico, elaborados a partir de opiniones personales, cuando no copiados unos de otros con ligeras variaciones, soliendo establecer un 100% de incapacidad para un daño importante (así, parálisis completa), escalonando las pérdidas parciales de una forma bastante arbitraria, pero con cifras que aún cuando han sido copiadas de unos países a otros, en ocasiones también se pueden observar divergencias notables. **En la medida que la preparación del médico en este terreno es más deficitaria, la capacidad de persuasión de la letra impresa de un baremo es mayor, más aún si se ha elevado al rango de Ley, de ahí que la lógica y el raciocinio de aquel no se atreva a despertar rebelándose contra lo que sin duda es la fuente que alimenta innumerables injusticias.** En todo caso, quien pretenda encuadrar un determinado déficit órgano-funcional valiéndose de una tasa barémica, lo primero que ha de cuestionarse, si ha de actuar con



coherencia, es si la cifra invocada es capaz de responder de forma fidedigna a la realidad particular objeto de estudio."

Es importante entonces, conocer cuál es el procedimiento de elaboración, y la idoneidad de las representaciones para poder discutir interdisciplinariamente cómo se conforman dichos baremos.

Obsérvese, que en nuestro país, el baremo del Decreto 659/95 fue conformado por el Comité Consultivo Permanente (art. 40 LRT) integrado por cuatro representantes del Gobierno, cuatro representantes de la CGT, cuatro representantes de las organizaciones de empleadores (dos de los cuales serán designados por el sector de la pequeña y mediana empresa), y presidido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación. (inc. 1° art. 40 LRT).

La ley determina el carácter vinculante de la opinión consultiva de este Comité en lo relativo a las Tablas de evaluación de incapacidad laborales.

Aquí es donde cabe la pregunta de cuál es el nivel de idoneidad y cómo se logran los consensos en dicho comité, para definir los porcentajes de incapacidad que integran el baremo. Entiendo que en la conformación de dichos organismos, se conjugan intereses políticos y económicos que no siempre responden a las necesidades del trabajador, que el sistema de Riesgos del Trabajo pretende proteger con prevención y reparación. Lo que justamente se realiza en un reclamo judicial, en el cual el juez está mirando el caso, la persona real que se accidentó o se enfermó en ocasión del trabajo y para su valoración es necesaria la discrecionalidad, sin confundir con arbitrariedad.

En efecto, este es otro de los puntos que se deben destacar, al que apela el profesional español y que también ha sido contemplado por la CSJN (precedente "Lucas de Hoz, Mirta

Liliana c. Tadey Eduardo y otro s. acción civil”, entre otros), y por la SCJBA (Ver en especial precedente en causa L. 119.914 “A.D. A. c M d L P y o s D y p” del 22/06/2020), esto es, tener presente “las circunstancias del caso”, para intentar alcanzar la reparación de los daños psicofísicos que sufre una persona con relación al trabajo.

Por lo que entiendo que la “vinculatoriedad” de los baremos no hace más que encorsetar a la justicia, alejándola de la ponderación de elementos concretos de la causa, de la realidad, lo que es contrario al sistema jurídico, que lidera la Constitución Nacional, destacando los Tratados de Derechos Humanos -especialmente los principios jurídicos pro homine y progresividad -y su art. 19.”.

En similar sentido -esto es, el apartamiento del baremo en casos puntuales-, me he expedido -aunque en voto minoritario- en autos “GUZMAN MARCOS MANUEL C/GALENO ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART”, (JNQLA3 EXP N° 506175/2015).

En este caso en particular, se trata de un decreto reglamentario (Dec. 659/96 del PEN), que emana del Poder Ejecutivo. Mal puede entonces, el magistrado dar preeminencia al baremo, cuando esta es una norma de cuarto orden y de forma que solo viene a reglamentar derechos sustantivos y de fondo consagrados en la Constitución Nacional, que no puede desconocer y mucho menos aniquilar.

Debe examinarse entonces -para esta situación en concreto- la constitucionalidad del baremo aprobado por el decreto 659/96 y por añadidura del artículo 9 de la ley 26.773, que obliga a los magistrados a ceñirnos a sus disposiciones.

El listado de incapacidades fue dictado por el Poder Ejecutivo Nacional en uso de la potestad Constitucional de reglamentar el artículo 8 ap. 3 de la ley 24.557 y del artículo 99 inc. 2 de la Constitución Nacional.

En el ejercicio de la atribución reglamentaria, el PEN está obviamente sujeto a la supremacía de la Constitución, de lo que se sigue que además de la limitante que veda la desnaturalización de la ley -art. 99 inc. 2-, la potestad reglamentaria se encuentra sujeta a la observancia del principio de supremacía de la Constitución -art. 31- (cfr., Quiroga Lavie, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, Derecho Constitucional Argentino, segunda ed., tomo II, p. 1174, ed. Rubinzal Culzoni; Badeni, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, tomo II, p. 1706, editorial La Ley).

Desde otra perspectiva, la potestad de dictar los reglamentos de ejecución de las leyes está sujeta al principio de razonabilidad, consagrado por el artículo 28 de la Constitución Nacional (cfr., Rosatti, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, tomo I, p. 201; tomo II, p. 377, ed. Rubinzal Culzoni).

Como es sabido, a partir de la reforma de la Constitución del año 1994 se estableció en forma explícita la jerarquización de los tratados internacionales en relación al ordenamiento jurídico interno y respecto de la propia Constitución, ordenándose de tal modo el orden de prelación normativa de los instrumentos internacionales adoptados por nuestro país, con las restricciones establecidas por el propio inc. 22 del artículo 75.

A partir de esta trascendental regulación Constitucional, todos los tratados ratificados pasaron a ostentar una jerarquía superior a las leyes, lo que implica precisamente que el Poder Ejecutivo Nacional, debe tomarlos especialmente en consideración al reglamentar las reglas legales.

El derecho individual a la integridad psico-física resulta indisociable del derecho a la salud, por cuanto resultan inescindibles, sin que pueda entenderse uno sin el otro.

El artículo 25 inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo XI de su homónima de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 12 del PIDESC (todos ellos con jerarquía constitucional), así como el artículo 10 del Protocolo de San Salvador (adicional a la CADH), artículo 45 inc. "a" de la Carta de la O.E.A., por mencionar los principales instrumentos internacionales, enfatizan sobre el alcance del derecho a la salud y su tutela.

Desde hace largo tiempo la salud tiene una comprensión decididamente más amplia que el de ausencia de enfermedad, lo que quedó plasmado en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en cuanto la define como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

Del mismo modo, el derecho a la integridad psicofísica tuvo un reconocimiento en instrumentos tales como los artículos 5 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por mencionar las principales.

La ligazón entre el derecho a la integridad psicofísica y la reparación de los infortunios laborales ha sido especialmente puesta de relieve por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Aquino", donde sostuvo que *"...la persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental..."* y que debe ser objeto de preferente protección la integridad e inviolabilidad física, psíquica y moral del trabajador, tomándose la consideración plena de la persona humana.

Por lo que, toda alteración en su aspecto físico repercute anímicamente, y tiene influencia en diversos aspectos de su vida de relación, más aún en la actualidad. Por eso considero que se trata de un daño que debe ser objeto de

reparación, como expresión del principio protectorio del hombre en su integridad, en todos sus atributos.

En el caso concreto está constatada la existencia del daño, resulta innecesario incluso el dictamen pericial para establecer el nexo de causalidad entre la mecánica del accidente y las secuelas detectadas, me refiero a que cualquier persona puede figurarse que de cortarse la nariz en forma profunda con un disco de amoladora, quedará en el rostro una cicatriz permanente, notoria e inocultable a la vista de terceras personas, en otras palabras, una desfiguración de la cara.

Comprendo a su vez, que si el propio baremo repara otras cicatrices producidas en el rostro humano, deviene arbitraria la exclusión de la zona de la nariz como área reparable, máxime que como aquí, se trata de una cicatriz notoria de 25 mm, imposible de ser ocultada, y detectable a simple vista conforme surge de la pericia médica y fotos del rostro del accionante anexadas a la misma (h. 48/50 vta.). De ello se colige, que no es razonable la exclusión del sistema tarifado de riesgos del trabajo, de la reparación de la cicatriz de nariz aquí detectada, más aun cuando esa propia norma prevé la reparación de otras cicatrices en el ámbito del rostro de la persona siniestrada, que solo ocasionan daño estético.

Como tampoco lo es, que la persona trabajadora que sufrió un accidente laboral deba recurrir a la vía del derecho común para lograr la reparación de una secuela directa del hecho. Es que, la igualdad debe ir de la mano de la progresividad en el goce de los derechos, no de la interpretación más restrictiva, máxime cuando está destinado a mejorar la situación de quien reclama en condiciones de vulnerabilidad, como es el caso de un trabajador accidentado o enfermo que el propio sistema reconoce (art. 9 de la LCT), aún antes de la incorporación del artículo 75 inc. 22 de la

Constitución Nacional, que vino a reforzar el principio con los Tratados sobre Derechos Humanos.

El legislador, no es un sujeto omnipotente, que pueda pensar todas las hipótesis susceptibles de reparación, antes bien todo lo contrario. Y he de recordar que este último, cuando legisla, lo hace en acuerdo y apego a la Constitución Nacional por la que jura su mandato, por lo que la norma cuya sanción propugna debe estar en línea con aquella, con ello se evita que los derechos reglamentados sean desconocidos o menoscabados en ese proceso.

En este mismo sentido se expresa la jueza Diana Regina Cañal en autos "SILVA. EUGENIO JOSE C/ PROVINCIA ART S.A. S/ ACCIDENTE - LEY ESPECIAL" - JUZGADO N° 07- Causa N° CNT 12118/2017/CA1. *"Por lo que, ratifico y sostengo que la justicia debe mantener un ámbito de discrecionalidad -no arbitrariedad- que asegure un análisis integral, tanto fáctico como jurídico, del caso, asegurando la independencia en la interpretación judicial."*

Con mayor razón cuando, como también lo refiere el Dr. Rodríguez Jouvencel, los baremos no son sinónimo de certeza. En efecto, he sostenido que el grado de certeza es prácticamente imposible de alcanzar, al menos que se trate de un universo cerrado, construido por el propio analista. Mas lo mismo, no sucede con el de probabilidad.

Este tipo de juicio -el de probabilidad-, se va conformando con el mero devenir, y no depende de la voluntad del que observa."

Concluyó, que no existe racionalidad en la exclusión que en forma imprecisa y ambigua trae el listado sobre el tema examinado, de lo que se sigue que constituye una restricción inaceptable de derechos y garantías de rango convencional y constitucional, que termina desnaturalizando la

norma que se propuso reglamentar, debiendo declararse su inconstitucionalidad (arts. 28, 31, 99 inc. 2 de la Constitución Nacional y artículo 8 inc. 3 de la ley 24.557).

La declaración precedente acarrea además la inconstitucionalidad del artículo 9 de la ley 26.773, por cuanto establece el inaceptable mandato para el Poder Judicial de aplicar una regla que como se ha visto es decididamente inconstitucional.

Por los argumentos expuestos, considero que la pericia se ajusta a derecho y por ello es que habré de adherir a sus conclusiones, y determinar que a raíz del siniestro el accionante padece una incapacidad física del 8 % (Cicatriz de piel lisa en la zona A = 5%, tamaño de la cicatriz de 2,1 a 4 mm = 2%, y características de la cicatriz pigmentación discrómica = 1%), sin embargo habré de apartarme al momento de merituar la incidencia de los factores de ponderación, en tanto no concuerdo con que se genere incapacidad para la tarea y tampoco en la ponderación del factor etario que realiza el experto. Interpreto ajustado, incrementar en un 1% por el factor de edad, por cuanto a mi entender la lesión no genera dificultad para la tarea, ni amerita la recalificación laboral del actor.

Concluyó entonces que el señor Sanhueza presenta una incapacidad total del 9%, incluida la incidencia de los factores de ponderación.

En lo que concierne a la interpretación del régimen reparatorio tarifado, en función de la fecha de acaecimiento del accidente (25.01.2022), resulta aplicable la ley 24.557 y sus normas modificatorias, leyes 26.773 y 27.348; como así también se encontraba vigente el posterior decreto de necesidad y urgencia N° 669/19.

Como he dicho en reiterados pronunciamientos, el DNU 669/19 es una norma inconstitucional, entre varios otros

aspectos, por la forma en que ha sido dictada. Recuerdo que, por un lado a la fecha de su promulgación el Congreso de la Nación se encontraba sesionando, y por otro, no se esgrimieron motivos suficientes para acreditar la urgencia, ni otros necesarios para habilitar el carril excepcional utilizado.

En cuanto a la interpretación para la determinación del IBM de la causa, y la cuantía de las prestaciones de los arts. 14 inc. 2 de LRT y 3 de ley 26.773 -que también prospera por tratarse de un accidente en ocasión del trabajo- habrá de seguirse la línea interpretativa dada por el TSJ en la causa contreras "Contreras" (acuerdo 16/2023) en tanto, es un pronunciamiento dictado en pleno por el alto órgano.

Más allá de no compartir la interpretación realizada, dado que las nuevas pautas para fijar el IB -con más intereses y capitalización- para luego determinar las prestaciones dinerarias contempladas en la Ley N° 24557, dan por resultado montos de IB que no guardan relación alguna con los salarios reales y actuales de los trabajadores siniestrados, no puedo soslayar que estas mismas críticas son trasladables al fallo "Retamales" pero en sentido inverso, me refiero a que siguiendo el razonamiento de ese precedente se obtiene un valor de IB que resulta muy inferior al de los salarios reales y actualizados de las personas trabajadoras accidentadas, lo que genera que las prestaciones resultantes de la ley sistémica resulten insuficientes para reparar el daño.

Los argumentos de tal tesitura, los he desarrollado en autos: "DIAZ FRANKLIN EDGARDO C/ LA SEGUNDA ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", (EXP N° 530717/2021).

Realizadas estas salvedades, la tarea de hacer los cálculos para la determinación del IB, como la cuantía de las prestaciones de los arts. 14 inc. 2 de LRT y 3 de Ley 26.773, deberá ser realizada en primera instancia al momento de

practicar planilla, conforme las pautas dadas por el TSJ en "Contreras" (ac.16/2023).

Las costas de ambas instancias se impondrán a cargo de la demandada por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 17, ley 921).

En atención a la forma cómo se resuelve, deviene de tratamiento abstracto la apelación arancelaria (h. 77/77 vta.) realizada por el perito de la causa.

IV. Por los fundamentos que anteceden, propongo al Acuerdo, hacer lugar al recurso de apelación impetrado por César Néstor Sanhueza, revocar íntegramente la sentencia apelada, y en consecuencia, hacer lugar a la acción y ordenar que Asociart ART S.A. indemnice el 9% de incapacidad reconocida, a tal fin los cálculos del ingreso base y las prestaciones debidas al amparo de la ley de Riesgos deben ser realizadas en primera instancia o por el gabinete técnico contable de acuerdo al reciente plenario "Contreras" del TSJ.

Regular los honorarios de primera instancia para Guillermo César Mercapidez, en el 21%, por su participación en doble carácter en representación del actor, los de Alejandro Diez, en el 14,7% por su participación en doble carácter en representación de la demandada y regular los honorarios del perito médico, Leonardo Luis Tejada en el 5% sobre la misma base, teniendo en cuenta para ello la importancia y relevancia del informe producido, como así también la incidencia en la resolución de la litis.

Costas de ambas instancias a cargo de la demandada por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 17, ley 921).

Se regulan los honorarios de los letrados de ambas partes en un 30% sobre lo regulado por su labor en la primera instancia.



Tal mi voto.

El juez **Noacco** dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y revocar la sentencia del 18.08.2023, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda interpuesta por César Néstor Sanhueza y condenar a ASOCIART ART S.A. a indemnizar el 9% de incapacidad reconocida, a cuyo fin los cálculos del ingreso base y las prestaciones debidas al amparo de la ley de Riesgos deben ser realizadas en primera instancia o por el gabinete técnico contable de acuerdo al reciente plenario "Contreras" del TSJ.

2. Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada sustancialmente vencida (art. 17, ley 921 y 68 del CPCC).

3. Regular los honorarios por su labor en primera instancia para el letrado Guillermo Cesar Mercapidez, en el 21%, por su participación en doble carácter en representación del actor; los de letrado Alejandro Diez, en el 14,7% por su participación en doble carácter en representación de la demandada y al perito médico Leonardo Luis Tejada en el 5% sobre la misma base (arts. 6, 7, 10, 20, 39 y ccds. de la ley 1594).

4. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia, en el 30% de los fijados por su participación en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

5. Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente, devuélvase.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dr. Fernando Marcelo Ghisini Juez
Dr. José Ignacio Noacco Juez
Dra. Dania Fuentes Secretaria