NEUQUEN, 27 de abril de 2017

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"ROSALES LUIS MARCELO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA1 EXP Nº 500828/2013)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

**1.** El Sr. Juez rechaza la demanda en todas sus partes. Para así hacerlo considera:

*"…De la pericia médica practicada en autos que obra glosada a fs. 137/138 y que mereciera la impugnación de la actora según su escrito de fs. 144/149, se extrae que el actor no padece secuela incapacitante alguna con motivo de las cicatrices resultantes del accidente por cuanto, según lo describe el experto, estas son imperceptibles a distancia social (3 metros) y han evolucionado favorablemente.*

*La impugnación de fs. 144 no pasa de ser una discrepancia subjetiva con las conclusiones del experto puesto que no produce ninguna disputa con el núcleo de la principal afirmación de la perito que sostiene que las cicatrices son "imperceptibles" y que por esto no son generadoras de incapacidad indemnizable.*

*Si bien no comparto, plenamente, con la perito que no corresponda otorgar porcentaje alguno de incapacidad ante tal circunstancia, lo que resulta claro es que en autos no ha quedado en modo alguno acreditado que el porcentaje fijado en sede administrativa y en función del cual el actor percibiera el resarcimiento del 12% de incapacidad, muestre que resultara insuficiente en el caso.*

*De modo que, no habiéndose acreditado en autos que exista un saldo incapacitante pendiente de resarcimiento, la acción no podrá prosperar…”*

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de hojas 201/216 y cuyo traslado no es respondido.

**1.2.** Los agravios planteados se resumen en las siguientes cuestiones:

a) Sostiene que el magistrado no tuvo en cuenta las impugnaciones que oportunamente efectuara. Dice que el perito no respondió en la forma debida, desconociéndose la grave incapacidad que afecta al actor.

Dice que las lesiones producidas son dos heridas en el rostro, en la región frontal izquierda. Indica que las heridas sufridas han interesado a las capas más profundas de la dermis.

Se refiere al Baremo aplicable y dice que la perito se aparta de sus preceptivas. Alude a los términos de la impugnación.

b) En este mismo punto, alude a la falta de imparcialidad de la perito. Indica que la perito tiene una visión sesgada de la normativa aplicable que perjudica al trabajador. Dice que su situación es encuadrable en las causales de recusación, en tanto existe conflicto de intereses y se afecta la garantía de imparcialidad, atento a que la misma se ha desempeñado en el ámbito de las ART.

Dice que, además, las graves deficiencias del dictamen no han sido receptadas por el magistrado, lo que afecta su derecho de defensa.

c) Se explaya sobre la importancia de la pericia y dice que el magistrado omitió ponderar el informe médico

adjuntado por su parte, del cual surge la incapacidad reclamada.

Solicita que en su caso y de considerarse necesario, se practique nueva pericia ante esta Alzada.

**2.** En primer término debo señalar que los cuestionamientos acerca de la parcialidad de la perito, que se entroncan con el planteo recusatorio subyacente no puede prosperar.

Más allá del análisis de atendibilidad, no puedo dejar de señalar que no se cuestionó oportunamente a la perito, sino sólo a partir de que la auxiliar evacuara el informe encomendado.

Al respecto señalan Koch y Rodríguez Saumell:

"…el perito designado de oficio por el juez sólo puede ser recusado con justa causa, dentro del quinto día de notificado el nombramiento… Si bien el plazo antes mencionado es perentorio, se refiere a las causales de recusación ya existentes al momento de su designación. Por lo tanto, nada obsta a que en el supuesto de que se comprobara la existencia "sobreviniente" de causales de recusación con posterioridad a la designación del perito, las mismas puedan ser invocadas.

Aún más, la causal de recusación pudo existir con anterioridad y no ser conocida por la parte…"

Pero, aún en estas hipótesis, "…deberá deducírsela dentro del quinto día de haber llegado a conocimiento del recusante la causal pertinente" y ello, además, con un límite: "…Así como la recusación con causa de los jueces, deberá deducirse antes de quedar el expediente en estado de sentencia, por analogía se interpreta que la recusación con causa de los peritos puede deducirse hasta el momento de la presentación del dictamen…" (cfr. Koch, Eduardo Alfredo -

Rodríguez Saumell, Mariana "Informe pericial - (Su impugnación. Distintos supuestos. Poderes y deberes del juez)", Publicado en: LA LEY 1990-A, 881).

Como se advierte, ninguno de los extremos concurre en el caso, no sólo por cuanto el planteo –como se señalara- fue efectuado con posterioridad a la presentación del informe, sino que –además- lo fue con posterioridad a los cinco días de conocer el motivo en el cual se funda: Nótese que adjunta una presentación de fecha 15/05/2015; que el 01/06/2015 pide se intime a la presentación de pericia y el planteo se concreta con fecha 18/06/2015.

Por ello y en orden, además, a las razones dadas por el magistrado en hojas 156, tal planteo no habrá de prosperar.

**3.** Sentado lo anterior, tampoco advierto que el dictamen efectuado carezca de argumentaciones serias, a punto tal de carecer de sustento.

En este sentido, en realidad, el recurrente no rebate el argumento central del magistrado: *"la impugnación de fs. 144 no pasa de ser una discrepancia subjetiva con las conclusiones del experto puesto que no produce ninguna disputa con el núcleo de la principal afirmación de la perito que sostiene que las cicatrices son "imperceptibles" y que por esto no son generadoras de incapacidad indemnizable".*

Nótese que, al efectuar el dictamen, La Comisión Médica Nro 9 consignó: "… Rostro: Se observan cuatro cicatrices lineales superficiales en la frente. Todas son lineales de bordes prolijos y todas tienen un ancho de 1 mm. Todas son verticales en el lado izquierdo de la frente. La primera de 4 cm, otra paralela y a 1 cm. de 3 cm. Otras dos, en la cola de la ceja izquierda que forman una V. Una de las ramas mide 1 cm y la otra 1.5 cm… que si bien en el examen efectuado en la audiencia se constataron cicatrices lineales

superficiales de trazo uniforme, oblicuas, paralelas, de bordes finos, con una separación idéntica entre cada una de ellas… Que las cicatrices son prácticamente imperceptibles y desaparecerán con el paso del tiempo, haciéndose visibles con buena luz y a una distancia de 50 cm…”.

En base a ello, se determina una incapacidad del 12%, no aplicándose factores de ponderación.

Luego, al practicarse la pericia, se indica: “Rostro simétrico, sin deformidades. En región frontal izquierda presenta dos cicatrices paralelas y en sentido oblicuo al eje transversal frontal. Ambas cicatrices de iguales características: lineales de 4.5 y 3.5 cm respectivamente, ligeramente hipocrómicas en relación a la piel perilesional, no adheridas a planos profundos. Visibles a una distancia social de 3 mts”.

Determina la inexistencia de incapacidad, indicando que “sólo toman la capa superficial de la piel, sin dañar tejido celular subcutáneo… Las heridas de capas superficiales con el transcurso del tiempo se va aclarando (hipocrómica) su superficie hasta hacerse imperceptibles como en el caso de autos que no son visibles a una distancia social de 3 mts”.

Debo aquí hacer notar que más allá de que el Baremo previsto por el Decreto 659/96 contempla la incapacidad por cicatrices en el rostro, lo hace en el siguiente contexto que el mismo recurrente invoca: Al referirse a las lesiones de la piel indica que *“La evaluación de las mismas toma en cuenta: las zonas afectadas, la profundidad y extensión de la lesión, la repercusión funcional y el grado de dificultad laboral que ocasionan; en función de estos factores, se fijará el grado de incapacidad dentro del rango establecido”.* Y, en punto al rostro, nuevamente consigna, en similar línea: *“Para la evaluación de las lesiones producidas en la cabeza y el rostro*

*se tendrán en cuenta: la zona afectada, la extensión de la lesión, la profundidad de la misma, el aspecto, complicaciones, cambios de color y el compromiso anátomo-funcional de los distintos órganos allí localizados. Asimismo se valorará la repercusión estética…"*

Es que, en términos generales, la lesión estética constituye daño resarcible *"siempre y cuando se den los siguientes factores: 1. El daño estético sea visible, es decir apreciable exteriormente, 2. Se genere por una lesión anatómica -observable a simple vista- o funcional -perceptible en la dinámica del desenvolvimiento somático del sujeto- y 3. Debe subsistir. En otras palabras, debe tener estabilidad temporal al momento de ser apreciado (conf. Zavala de González, "Daños a las personas", t. 2.a, ps. 150/55).*

*En el campo del derecho laboral, se ha establecido que la lesión que afecta la estética del trabajador es indemnizable en los términos de la ley 9.688 sólo cuando pueda significar disminución de ganancia, dificultad o imposibilidad para obtener trabajo, circunstancia a decidir en cada caso concreto (CNTr. acuerdo plenario n° 56, 30/07/59, "Silva, Heliodoro c/Florio y Cía SRL").*

*Si bien la ley 24.557 ha reemplazado a la n° 9688 no puede dudarse que la doctrina plenaria transcripta goza de buena salud pues en el caso que nos ocupa (CNTr. Sala II, 31/08/16, "Zambelli, Aníbal Gustavo c/Consolidar ART SA s/Accidente-ley especial") se defiende similar postura ante un siniestro laboral…"* (cfr. Pawlowski de Pose, Amanda Lucía, "Sobre las lesiones estéticas y el régimen de tutela impuesto por ley 24.557", Publicado en: DT 2017 (marzo), 507).

Y así se ha dicho: "…Tratándose de una lesión estética y sin necesidad de efectuar un análisis exhaustivo respecto a su naturaleza, es claro que si la misma no es

susceptible de afectar la aptitud laboral del trabajador, no resulta resarcible en función de las pautas fijadas en legislación específica en la materia. En tal caso, le asiste a víctima la posibilidad de acudir a las normas del derecho común, que en cuanto a la lesión estética consideran a los fines del resarcimiento otros parámetros que se vinculan no sólo con la actividad funcional, sino con otros aspectos propios de la vida de relación del individuo y esencialmente teniendo en vista la noción de integridad corporal que es, en definitiva, un bien extrapatrimonial.

Por lo tanto, si como en el caso que nos ocupa las cicatrices no resultan generadoras de ningún menoscabo de la capacidad funcional o laboral del Sr. V., no cabe computar las mismas a los fines de la incapacidad laboral prevista en los términos de la ley 24.557, 26.773 y normas concordantes….” (cfr. Cámara Segunda del trabajo de Bariloche, V., A. A. c. S.M.G. A.R.T. S.A. s/ accidente de trabajo • 23/09/2015 Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/46484/2015).

Y así también se ha sostenido que *“Desde el punto de vista médico legal, sólo interesan las cicatrices "viciosas", ya que las cicatrices normales, planas, libres, no retráctiles ni adherentes a los planos profundos, que no desfiguran, ni incapacitan en forma parcial ni permanente o que sólo provocan una incapacidad temporal no interesan, en tanto sólo la cicatriz cutánea viciosa puede generar incapacidad laborativa…”* (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, Alfaro, Walter c. Tintorería y Estampería Industrial Nueva Pompeya S. A. • 12/07/1996 Publicado en: DT 1996-B, 2908),

**3.1.** Sin embargo, a esta altura del desarrollo es importante destacar que, como lo indicara precedentemente, el Baremo de aplicación efectúa un específico tratamiento de las cicatrices en el rostro; según lo interpreto, esto es lo que

da fundamento a la consideración que efectúa el magistrado, al consignar *"…no comparto, plenamente, con la perito que no corresponda otorgar porcentaje alguno de incapacidad ante tal circunstancia…".*

Pero lo cierto es que, en orden a las constancias existentes, también encuentro acertado el razonamiento que efectúa renglón seguido: *"lo que resulta claro es que en autos no ha quedado en modo alguno acreditado que el porcentaje fijado en sede administrativa y en función del cual el actor percibiera el resarcimiento del 12% de incapacidad, muestre que resultara insuficiente en el caso…".*

Nótese aquí que el apelante no adujo en la demanda, en el alegato ni en la queja que las heridas sufridas posean alguna característica específica que pudiese dar pie a pensar que es incapacitante en mayor grado que el reconocido. Así, no adujo, que las cicatrices sean queloides, que hayan tenido un proceso patológico de curación, que la sensibilidad esté aumentada ni que dicha herida suturada afecte algunas de la funciones de la cara.

Nada de esto surge tampoco del informe elaborado por el médico particular. Véase que, por el contrario, y en línea coincidente con los restantes dictámenes, se refiere a las cicatrices de la siguiente manera*: "Se observan tres cicatrices lineales [el recurrente al impugnar y en el recurso hace alusión sólo a dos] superficiales en la frente, de bordes prolijos, normopigmentadas. Todas tienen un ancho de 1 mm. Todas son verticales en el lado izquierdo de la frente. Sobre el arco ciliar, en cercanía de la unión con el cuero cabelludo se extienden dos de ellas, la más importante de 4 cm de longitud, la otra de 3 cm. A 2 cm de la cola de la ceja se proyecta la tercera de un 1 cm de longitud. No se observan retracciones".*

**4.** Es que, en definitiva, *"…Bernabé L. Chirinos señala que los baremos pretenden crear criterios objetivos de evaluación de incapacidades; pero, como criterio de medición, debe ser utilizado en función del paciente, dado que basado en el principio que no hay enfermedad sino enfermos, siempre tiene que tenerse en cuenta los factores personales. De allí que para ponderar en definitiva el grado de incapacidad, además de las tablas o baremos se tendrán en cuenta, entre otros factores, la edad del trabajador, el tipo de actividad y las posibilidades de reubicación laboral (los tres mandados incorporar por el decreto n° 659/1996) –cfr. aut. cit., "La reparación del daño en la ley de Riesgos del Trabajo", DT 2014, pág. 987-.*

*"Ahora bien, teniendo en cuenta que el recurso a los baremos es a mero título instrumental, puesto que su valor es sólo indiciario (cfr. CNAT, Sala VI, "Alem c/ Marifan Internacional S.A.", 11/8/1997; ídem., Sala X, "Carbonel c/ Con Ser S.A.", 26/3/2001, ambos citados por Mark, Mariano – Vardé, Francisco, "Manual de jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", Ed. LexisNexis, 2007, pág. 35)" y que, en definitiva, es el magistrado judicial quién, en ejercicio de sus potestades decisorias, debe apreciar la pericia judicial en consonancia con los restantes elementos probatorios (art. 476, CPCyC de aplicación en el sub lite en virtud de lo dispuesto por el art. 54 de la Ley 921)"* debo aquí concluir que el análisis efectuado por el magistrado se ajusta a las constancias de la causa, mostrándose como una solución razonable (cfr. "RAMIREZ JUAN CARLOS C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ RECURSO ART.46 - LEY 24557", Expte. Nº 470307/2012, del registro de la Sala II).

En mérito a estas razones, propongo al Acuerdo, desestimar el recurso de apelación, confirmando el

pronunciamiento de grado, en todo cuanto ha sido materia de agravio. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**:

**RESUELVE**:

**1.-** Desestimar el recurso de apelación deducido por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de hojas 194/197 vta. en cuanto fue materia de recurso y agravios.

**2.-** Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (arts. 17, Ley 921 y 68 del CPCC).

**3.-** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

**4.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**