NEUQUEN, 27 de agosto de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"GUZMAN MARCOS MANUEL C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", (JNQLA3 EXP N° 506175/2015**), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando Marcelo **GHISINI** y Jorge **PASCUARELLI** -por apartamiento del Dr. Marcelo Juan MEDORI-, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Ghisini, dijo:**

I.- La sentencia de primera instancia (fs. 139/141 vta.), rechazó la demanda que perseguía el cobro de la prestación prevista por los artículo 14 ap. 2 inc. "a" de la ley 24.557 y la contemplada por el artículo 3 de la ley 26.773.

Determinó el magistrado que la cuestión litigiosa fincaba en determinar la existencia de incapacidad física y luego, con sustento en el informe pericial médico y su sustanciación, determinó la inexistencia de relación de causalidad entre la espondilosis y las tareas del actor, así como la inexistencia de secuelas no resarcidas del accidente.

Para una mejor comprensión de la presente resolución, se pone de relieve que a fs. 51 el *a quo* desestimó la producción de la prueba pericial psicológica, en la inteligencia que no surgía del relato de los hechos ni del reclamo efectuado la existencia de patología psicológica alguna, estimando innecesaria la medida probatoria.

II.- El fallo es apelado y fundado por la parte actora en la pieza procesal que corre agregada a fojas 145/149.

El primer planteo se endereza a formular señalamientos relativos a la producción de la pericial medica, achacando arbitrariedad a la sentencia por haber valorado en forma deficiente las pruebas rendidas.

Afirma que si bien la perito describió una serie de secuelas invalidantes, tales como cicatriz en labio superior, cara externa e interna y herida en cara interna de labio inferior, dificultades fonéticas para la pronunciación de las letras "s" y "d", se las desvinculó del evento ocurrido, descartando incluso dificultades masticatorias invocadas en la demanda.

Asevera que yerra el magistrado al señalar la inexistencia de incapacidad, por cuanto existe incapacidad funcional que la perito no ha valorado por considerarlas ajenas al evento traumático; establece que no existe ningún estudio médico o examen preocupacional o periódico que así lo demuestre.

Destaca que la galeno nunca brindó respuesta respecto de la falta de valoración de las cicatrices, limitándose a señalar que no generan alteraciones en la mímica gestual y porque considera que no resultan visibles a una distancia de tres metros.

Posteriormente formula diversas consideraciones referidas a los exámenes de salud preocupacional y su incidencia para determinar –a su juicio- la existencia de preexistencias, resultando aplicable al sub lite el principio de indiferencia concausal.

El segundo agravio, remite a la denegatoria en la producción de la prueba pericial psicológica decretada por el *a quo* al proveer la prueba y la requisitoria de producción de la prueba ante esta Alzada.

A fs. 151/152 se encuentra agregada la respuesta de la expresión de agravios de la parte demandada. En resumidas cuentas, sostiene como correcto el razonamiento del sentenciante y afirma que no existió afectación del derecho de defensa en la denegatoria de la producción de la prueba pericial psicológica.

III.- De modo liminar al tratamiento del recurso ensayado, cabe recordar que son los litigantes quienes delimitan con sus quejas, como regla general, el alcance del conocimiento de la Alzada, que por tanto se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), conforme la propuesta llevada a decisión del inferior (art. 277) y en ese marco es que corresponde analizar el recursos deducido.

Además, los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllas que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386 del C.P.C. y C.).

En relación al planteo de apertura a prueba debidamente sustanciado y proveído favorablemente a fs. 158, corresponde señalar que la excepcional medida fue adoptada teniendo muy especialmente en consideración las características de la mecánica del accidente de trabajo. Las partes se hallaban contestes al respecto, en cuanto a la forma de acaecimiento del hecho con intervención de terceros, en un marco particularmente violento.

En este orden, si bien la demanda adolece en la narración de los hechos de una marcada imprecisión, se juzgó procedente la solicitud de designación de un ”perito psicólogo para que se expida sobre la real minusvalía padecida por el actor” introducida a fs. 12 vta., en el marco

de una mecánica incidental que luce como grave, considerando el acaecimiento de un hecho delictual violento, sin que resulte óbice alguno para considerar víctima del mismo al actor su condición profesional de policía.

Con ello, se traza un distingo entre el presente caso y otros en que se ha resuelto idéntica petición en forma diferente, ante demandas que contienen la misma precariedad argumental en relación a la prueba pericial psicológica. Vale decir, que el dato que funciona como determinante es la gravedad del hecho de base y sus particulares características.

A fs. 178 la Lic. .... presentó un exhaustivo dictamen pericial que fue adecuadamente sustanciado y no mereció ningún pedido de observaciones y aclaraciones por los litigantes.

Este dato procesal es un proemio que fluye como indisputable indicio de lo que se corrobora luego con su lectura. Se trata de un informe que satisface todas las expectativas que la magistratura deposita en sus auxiliares. Respeta el mismo los aspectos procedimentales atinentes a la construcción del dictamen, con un prolijo detalle de la individualización, datos personales, familiares, sociales y de antecedentes médicos.

Luego señala las técnicas administradas, que constaron de una entrevista semi-dirigida y otra de administración de una abundante batería de tests cuya interpretación y conclusiones son expresadas en un lenguaje claro y accesible.

En suma, todos los elementos anteriormente indican que el dictamen pericial se encuentra sólidamente fundado, por cuanto las conclusiones e inferencias realizadas por la experta están respaldadas en la ciencia que motivó la

convocatoria y además objetivadas en tests rigurosos cuya interpretación ha sido ampliamente explicitada, para posibilitar una adecuada comprensión de todos los intervinientes en el proceso (v. respuestas a los puntos "a" y "b" del cuestionario pericial).

En la respuesta al punto "g" de los puntos propuestos por la parte actora, la licenciada Fernández concluyó que el actor cuenta con un trastorno depresivo mayor de leve a moderado, con sintomatología de ánimo deprimido, trastornos de sueño y deterioro en la capacidad resolutiva, resultando reactivo al evento traumático base del proceso.

En su respuesta al punto de peritaje "i" la experta encuadró la incapacidad en una RVAN depresiva de grado II, asignando un porcentaje de incapacidad del 10%, que será compartido por el suscrito.

Luego establece los factores de ponderación, que fija como una dificultad intermedia para la realización de sus tareas (15% del porcentual de incapacidad), necesidad de recalificación (10% del porcentual de incapacidad) y edad (2%).

No obstante el valor que puede tener la opinión de la experta sobre este tema, señalo que lo atinente a la aplicación de los factores de ponderación constituye un aspecto de apreciación reservado a los magistrados, con arreglo a las constancias de la causa y las reglas de la sana crítica racional.

Toda vez que los factores de ponderación deben ser incorporados luego de determinada la incapacidad definitiva, retomaré el tratamiento de esta cuestión luego de tratar las críticas del actor relativas a las conclusiones del informe pericial médico y la valoración efectuada por el

a quo. (v. punto 2 del título "Factores de Ponderación" del listado de incapacidades laborales).

La perito médica determinó en su informe de fs. 103 vta., que el actor presentó pérdida de piezas dentarias 11, 21 y 22, que fueron reemplazadas por prótesis fijas. Descartó asimismo que padezca de disfunción masticatoria y estableció que las alteraciones fonéticas están relacionadas a deformación palatina, que le dificulta la oclusión.

Del mismo modo señaló que el actor tiene una cicatriz lineal de 1 cm. que por sus características resulta imperceptible a una distancia social de 3 metros, detectándose una de idéntica dimensión en la mucosa bucal.

Concluyó que la cicatriz por sus características no acarrea incapacidad, que las disfunciones fonéticas no tienen relación con el hecho traumático y finalmente que no existen dificultades masticatorias, por lo que el accionante carece de incapacidad.

Este segmento del informe pericial cuenta con sólido basamento, por cuanto o bien está motivado en la imperceptibilidad de las cicatrices, o en una deformación palatina originada por la propia fisonomía orgánica del actor o finalmente por la inexistencia de constatación de dificultades en la función masticatoria.

Frente a las observaciones deducidas por el demandante, la experta las abasteció adecuadamente a fs. 113, explicando que para determinar el origen de la dificultad fonética se valió del informe complementario del odontólogo ...., que la perito acompañó fotografías tomadas a 50 cm. en las que no se advierten las cicatrices, de lo que se sigue que si no son visibles a una distancia de médico paciente difícilmente puedan ser vistas con mayor claridad a una distancia superior.

La sustanciación posterior transita por los carriles anteriormente señalados, en que la parte actora y la experta actuante sostuvieron posiciones análogas a las anteriormente narradas.

Estos aspectos de la labor pericial y la correlativa valoración que se realizó en la sentencia del medio probatorio no pueden ser sino compartidos.

No obstante, entiendo que el agravio relativo a la desestimación de la incapacidad física por la pérdida de tres piezas dentarias constatada en autos, resulta admisible.

En efecto, el listado aprobado por el dec. 659/96 establece que la pérdida traumática de menos de 1/3 parte de las piezas dentarias conlleva una incapacidad del veinte por ciento, pero luego determina que: "[…] en lo que concierne a pérdida de piezas dentarias por estomatitis, mercurial o traumáticas secundarias a accidentes laborales, sólo se otorgará la incapacidad señalada en el caso que dichas pérdidas no sean reemplazadas por prótesis fijas, es decir con puentes o implantes de titanios […]" (el subrayado es propio).

La primera impresión que arroja la lectura del baremo es que la regla es que la pérdida de piezas dentarias conlleva incapacidad.

En lo que atañe a las situaciones traumáticas y tal como me he encargado de subrayar, la nota exhibe una marcada ambigüedad, al referirse a «traumáticas secundarias a accidentes laborales», sin que podamos interpretar que la forma de la construcción es neutra.

El adjetivo "**secundarias**" asociado a "pérdida" y "traumáticas", significa para la Real Academia Española «Segundo en orden y no principal» (fuente: Diccionario de la

Real Academia Española, versión consulta web, disponible en https://dle.rae.es/?id=XQOKazg).

Por confusa que resulte, la limitante alude entonces en su estructura gramatical a las lesiones secundarias producto de un accidente de trabajo, de lo que debería inferirse que una secuela física de mayor entidad o principal que absorbería la lesión en cuestión.

No es este el caso de autos, en que la única secuela física es la pérdida de tres piezas dentarias que se ubican en el centro de la cavidad bucal.

Al margen de ello, que permite exponer serios reparos a que la limitante de la tabla de incapacidades resulte de aplicación al caso, considero que de estimarse así y en forma acorde a lo determinado por el *a quo* –con sustento en el informe pericial médico-, la regla resultará, además de confusa e imprecisa, inconstitucional.

Debe examinarse entonces –para esta situación en concreto- la constitucionalidad del baremo aprobado por el dec. 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 Poder Ejecutivo Nacional 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., Quioroga Lavie, Humberto, Benedetti, Miguel Angel y Cenicacelaya, Maria 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, ed 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.* (disponible en https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf) .

Del mismo modo, el derecho a la integridad psico-física 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". Vale decir que, en línea con lo expresado en el considerando 6° de aquél fallo, si la restricción de la vía civil que consagraba el artículo 39 inc. 1 de la ley 24.557 resultaba lesivo de la dignidad humana, va de suyo que resulta igualmente calificable la irrazonable expulsión del umbral mínimo de reparación tarifada de una secuela directa que menoscaba la referida integridad física.

Está plenamente acreditado en autos, sin que exista en rigor controversia sobre el punto, que como consecuencia del hecho el actor sufrió la pérdida de tres de sus piezas dentarias, que fueron reemplazadas por implantes.

En un exhaustivo estudio de la experta Marta Beatriz Maldonado (Coordinadora del Departamento de Odontología Legal del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), señaló que:

"[…] se debe considerar que la mejor restauración protésica lograda, tanto a nivel técnico como de materiales y adaptación, no podrá competir jamás con las piezas naturales del individuo, ya que no suprimen el déficit fisiológico que sufre una persona al perder sus piezas dentarias naturales, pues supone una serie de efectos indeseables como sensación de cuerpo extraño, modificación en la masticación y el habla, lesiones gingivales, etc.(…). Toda prótesis, además, tendrá un tiempo promedio de funcionalidad dado que se ira deteriorando, desadaptando lentamente, ya que la cavidad bucal es un medio de interrelaciones óseas, dentarias, musculares y articulares en continuo cambio. Por lo tanto, será importante tener en cuenta, factores como la edad del individuo, posibilidad de restauración, contención protésica, etc […] (aut. cit, en Cuadernos de Medicina Forense, año 4, N° 1, p. 53-65, publicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, disponible en https://www.csjn.gov.ar/cmfcs/files/pdf/_Tomo-4(2005-2006)/Numero-1/Maldonado.pdf).

Me he permitido trascribir en forma extensiva y textual las conclusiones elaboradas por la científica referida, por cuanto luce contrario a la lógica y las propias máximas de la experiencia que pueda equipararse un cuerpo extraño a la humanidad de la persona víctima de la pérdida dentaria a sus propias piezas, tal como lo hace el baremo sobre este punto.

La cuestión traída a examen no implica un apartamiento del dictamen pericial médico producido en autos,

puesto que en rigor lo que hizo la experta actuante fue limitarse a informar con sustento en lo que dice el baremo, reproduciendo sus términos frente a una secuela claramente determinada en su existencia y extensión.

El tema en cuestión –una vez verificada la situación de hecho, conforme lo hizo la perito con la placa e informe odontológico de fs. 98 y 99-, trasciende ampliamente la labor pericial y está constituida por determinar en términos jurídicos, si es razonable la exclusión del sistema tarifado de riesgos del trabajo, la pérdida de piezas dentarias.

No resulta razonable que el trabajador que sufrió un accidente de trabajo deba recurrir a la vía del derecho común para lograr la reparación de una secuela directa del hecho.

Vale indagar, entonces, cuál sería el fundamento último por el cual para el derecho de daños la pérdida de piezas dentarias constituiría un daño patrimonial resarcible y no así para el sistema de riesgos del trabajo, que paradojalmente se asienta sobre bases de automaticidad y celeridad en el otorgamiento de las prestaciones.

A nadie se le ocurriría establecer que la colocación de cualquier prótesis en cualquier otro segmento del cuerpo frente a una amputación implicaría, en el marco sistémico, una restitución integral de la capacidad laborativa. El listado aprobado por el dec. 659/96 da muestra acabada de ello en relación a diferentes secuelas. No existen fundamentos de ningún orden para tratar a las piezas dentarias de otra forma.

Se valora siempre a la integridad física a partir del equilibrio del propio ser humano anterior al evento.

Concluyo entonces, 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.

De acuerdo con el baremo de la Asociación Argentina de Compañías de Seguro (AACS) –que es por ejemplo el que utilizará una aseguradora en el marco de una cobertura de daños y perjuicios-, la pérdida de un incisivo acarrea una incapacidad del 2%, de lo que se sigue que las piezas dentarias 11 (incisivo central superior derecho), 21 (incisivo central superior izquierdo) y 22 (incisivo lateral superior izquierdo), acarrea una incapacidad parcial y permanente del 6% (cfr. baremo disponible en http://www.aacs.org.ar/doc /baremo/baremo.pdf).

Consecuentemente, la incapacidad psicofísica parcial y permanente –por aplicación de la fórmula de la capacidad restante-, se determina del siguiente modo: [[(100% – 10% de incapacidad psicológica) x 6 de incapacidad física] / 100] + 10 = 15,4%.

Modular la incidencia de cada uno de los aspectos de los factores de ponderación (la edad, la dificultad para la realización de la tarea y la necesidad de recalificación), son actividades que exceden ampliamente el ámbito de la

ciencia médica y psicológica, que sólo puede aportar al efecto elementos de valoración.

Sentado lo anterior, corresponde señalar que el accionante tenía al momento del hecho 23 años, que conlleva un rango, por aplicación del baremo aprobado por el dec. 659/96, que va del 0 al 3%.

Al tratar la operatoria de los factores, establece el decreto anteriormente citado que "[…] La existencia de rangos de valores para cada factor, implica que queda a criterio del evaluador la aplicación de un valor particular en función de las circunstancias que rodeen al damnificado […]".

El criterio del evaluador está ceñido por las circunstancias que rodean al damnificado y precisamente ello implica analizar detenidamente la entidad de la lesión incapacitante, de modo tal que no exista una desproporción que desnaturalice la finalidad de la inclusión del factor.

En otro orden, si se considera la relevancia que tiene la edad de la víctima del infortunio en el diseño de la reparación sistémica, aspecto abiertamente considerado en el artículo 8 inc. 3 de la ley 24.557 y se atiende a la forma en que están organizados los porcentuales, se concluye que en la operación de ponderar conforme al caso, implica que la operación intelectual exigible al intérprete es de un razonamiento fundado en el que debe existir proporcionalidad entre el porcentual a incrementar y la importancia de la minusvalía. Por el contario, ello no exige reducir el procedimiento a una operación aritmética, puesto que si la teleología de la norma hubiera sido encorsetar a quien debe aplicarla de tal modo, no hubiera existido un "rango" ni tampoco un mandato de optimización en punto a la operatoria.

De manera que, entiendo que el porcentaje de aplicable al factor edad debe establecerse en un 2%, con arreglo fundamentalmente a la proporcionalidad que debe existir respecto del porcentaje de incapacidad puro y a la mayor proximidad del reclamante a la edad mínima del rango, que lo acerca más al máximo que al mínimo del rango.

Estimo que el accionante no amerita recalificación alguna, por cuanto de las constancias de la causa, particularmente del informe recabado de la empleadora del actor, se desprende que sólo tuvo diez días de baja y que continuó trabajando (v. fs. 60). A fs. 127 la empleadora informó la situación de revista del actor, sin que se desprendiera la reasignación de tareas.

Finalmente, en relación al factor de dificultad para la realización de tareas, valoro que la perito psicóloga actuante concluyó que el actor " […] ha logrado volver casi al normal desarrollo de sus actividades cotidianas, con un adecuado desenvolvimiento subjetivo, presenta leves remanentes del impacto traumático del que fue objeto […]" (v. fs. 179, párrafo final).

Con ello, entiendo que si bien existe algún tipo de dificultad para la realización de las tareas, con sostén en el informe pericial psicológico, debe calificarse como leve, por lo que lo fijaré en el diez por ciento, que debe calcularse sobre el porcentaje de incapacidad.

De esta forma, si al porcentaje de incapacidad psicofísica anteriormente determinado (15,4%) se le suma la dificultad leve para la realización de las tareas (1,54%) y la edad (2%), se arriba a una incapacidad parcial y permanente del 18,94 % sobre la T.O.

Tomando en consideración la fecha de acaecimiento del accidente (17/2/2014) y la fecha de ingreso del actor

informada por la Policía de la Provincia del Neuquén a fs. 74 (1/9/2013), transcurrieron 169 días durante los cuales el numerario de la fuerza policial devengó remuneración.

Asimismo, la sumatoria de las remuneraciones percibidas, conforme los recibos acompañados a fs. 65/72, son: Nov-13 $7.768,44; dic-13 $12.621,55; S.A.C. 2° sem. Año 2013 $3.928,85; ene-14 $12.623,53; feb-14 $7.664,28 ($ 12.623,53/28x17).

En relación a los meses de septiembre y octubre de 2013 se observa que la Policía de la Provincia del Neuquén no remitió la información requerida. Ante tal circunstancia, con fundamento en el artículo 165 del C.P.C.yC (aplicable por vía del artículo 54 de la ley 921), advierto que la remuneración del período considerado es razonablemente constante. De tal modo, para los períodos septiembre y octubre de 2013 se tomará como remuneración la del mes de noviembre del mismo año.

Por tal motivo, el I.B.M. es el siguiente $ 10.818,71($60.143,53/169*30,4).

La fórmula polinómica arroja el siguiente resultado: $306.253,05 [$10.818,71 x 53 x 18,94% x 2,826 (65/23)].

Resulta además procedente la prestación fijada por el artículo 3 de la ley 26.773, que asciende a $ 61.250,61.

El monto total de condena es de $367.503,66, importe que acrecerá con una tasa de interés moratorio equivalente a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, desde la fecha de acaecimiento del accidente (artículo 2, ley 26.773).

IV.- En virtud de lo considerado, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación deducido por la

parte actora y revocar en todas sus partes el fallo apelado, con costas en ambas instancias a la parte demandada en atención a su condición de vencida (arts. 17, ley 921 y 68, CPCC).

A mérito de la naturaleza del trámite, su complejidad, la calidad de las actuaciones desarrolladas por ambas partes y el éxito obtenido, se regulan los honorarios de los letrados de la parte actora, ... –apoderada- y .... –patrocinante-, en el 6,4% y 16% respectivamente y los de ....., en el doble carácter, en el 15,68%; en todos los casos sobre la base del artículo 20 de la ley 1594 (arts. 6, 7, 10, 37 y concordantes, ley 1594).

Los honorarios por las actuaciones desarrolladas en esta instancia se fijan en el 35% para los letrados de la actora y en el 30% al letrado de la demandadas de los anteriormente fijados y a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

Atendiendo a la extensión de los informes periciales, la calidad de los dictámenes y la incidencia de cada medida de prueba en la presente sentencia, se regulan los honorarios de la perito médica ..... en el 4% y los de la perito en psicología interviniente en esta instancia ..... en el 4%, sobre idéntica base que la anteriormente establecida para los letrados.

Tal mi voto.

El Dr. Pascuarelli, dijo:

1. Ingresando al análisis de las cuestiones planteadas en la apelación del actor y teniendo en cuenta la prueba pericial psicológica entiendo que resultan parcialmente procedente por las siguientes razones.

En punto a la incapacidad psicológica en el informe la perito parte de señalar las condiciones

particulares del actor, las pruebas realizó (entrevista semi-dirigida, pruebas de Bender, adaptación de Hutt del test guestaltico visomotor de Bender, Test de Toulousse Pieron, HTP, DL, persona bajo la lluvia, MMSE, desiderativo, TRO, EGS-F) amnémsis, a partir de los cuales desarrolla sus fundamentos previo a contestar los puntos de pericia.

La psicóloga descartó patologías previas al acontecimiento de autos, desarrollo las consecuencias psicológicas del hecho traumático como el accidente de autos y su incidencia en la salud del actor. Ello relacionándolo puntualmente con las conclusiones de los tests practicados, dictaminando RVAN grado II con una incapacidad del 10% más factores de ponderación (dificultad para tareas habituales alta 10%; posibilidad de reubicación laboral, amerita, 10% y edad 2%) por lo que el total es de 14,5%.

Las partes no pidieron aclaraciones ni impugnaron la pericia.

2. Luego, en punto al cuestionamiento de la determinación de la incapacidad psicológica realizado por el actor en su recurso cabe partir de considerar que la competencia de la Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.) que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277) y en ese contexto el agravio no resulta procedente (el actor planteo una acción sistémica, no cuestionó la validez del baremo del decreto 659/96 ni planteo su inconstitucionalidad, sino que cuestionó la validez probatoria del informe pericial).

Es que la queja del recurrente formulada a fs. 134/136 resulta insuficiente para desvirtuar las conclusiones del *A-quo* apoyadas en los informes del perito médica, en particular cuando expresa "*En relación con la dificultad*

fonética este perito ya ha explicado el por qué no se corresponde al evento de autos. El actor tiene una deformidad constitucional del paladar lo que hace que exista una incorrecta oclusión entre las piezas superiores y las inferiores, haciendo la expresa aclaración de que el actor fue evaluado por un especialista en odontología donde además de la deformidad palatina explica la casuística de tal deformidad […] no correspondiendo incapacidad habiendo sido reemplazadas sus piezas dentarias por piezas protésicas según baremo ley".

"En relación con la secuela estética por implante dentario este perito informa que no presenta alteración de la mímica ni gestual por lo que no corresponde valoración alguna conforme a baremo ley. No presentando el actor desfiguración alguna".

"La discrepancia con la Dra. .... se basa en que este perito solicita interconsulta especializada en odontología para fundamentar las conclusiones. Téngase presenta que el dictamen de la Comisión médica, la información aportada por el profesional odontólogo la de este perito son coincidentes en la valoración", (fs. 119).

A mayor abundamiento, en relación con el examen preocupacional, en un caso parecido esta Alzada sostuvo: "*Cuando he atribuido efecto jurídico a la falta de presentación del examen de salud preocupacional, lo ha sido justamente para tener por acreditado el nexo causal entre el trabajo y la disminución de la capacidad laborativa del trabajador, pero en autos la inexistencia de nexo causal se encuentra acreditada con la prueba pericial médica, conclusión científica que impide la aplicación de la presunción que deriva de la ausencia de examen médico de ingreso"*, ("SIEDE RICARDO JUAN C/PREVENCION ART S.A.

S/ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART", Expte. N° 464482/2012; "NIEVAS ARIEL C/ ASOCIART ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", JNQLA1 EXP 506083/2015).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: "*Que, en el marco expuesto, no queda margen de dudas acerca de que el daño alegado por el actor como producto de la escoliosis que padece -del cual deriva el resto de sus padecimientos- resulta preexistente a su relación con Darlene S.A.I.C. y no hay elementos probatorios idóneos que demuestren en forma concluyente que se hubiera agravado por su actividad laboral. De tal modo, la sola circunstancia de que la demandada al momento de realizarle el examen preocupacional no hubiera especificado el grado de incapacidad que lo aquejaba -determinación que no le es impuesta por norma legal alguna- no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad civil en atención a la preexistencia del daño y la ausencia de prueba de su agravamiento y de su relación causal con su actividad*", (CSJN, 09/04/2019, FAL CNT 35057/2010, *Báez, Jorge Guillermo c/ Darlene SAIC y otro s/ accidente - acción civil*)", ("ALMAZA HECTOR LEONEL C/ SWISS MEDICAL ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", JNQLA4 EXP 501202/2013).

3. Luego, teniendo en cuenta el IBM conforme fuera determinado en el voto anterior, corresponde determinar el resultado de la fórmula del art. 14.2.a) LRT es de $ 234.958,70 (53 x 10.818,71 x 2,826 x 14,50%). A lo que corresponde agregar la prestación adicional del art. 3 ley 26.773 por $ 46991,74 por lo que el monto de condena es de $ 281.950,44.

A dicho monto corresponde agregar la tasa de interés activa del BPN conforme "*Alocilla, Luisa del Carmen y Otros C/ Municipalidad de Neuquén S/ Acción Procesal*

Administrativa", Ac. N° 1590/09 y "*Mansur, Lian c/Consolidar ART s/Accidente de trabajo con ART*", Expte. N° 13/12, Ac. N° 20/13, del T.S.J.

4. Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo hacer lugar parciamente al recurso de apelación deducido por el actor a fs. 145/149 y modificar la sentencia de fs. 139/141vta. haciendo lugar a la demanda y condenar a la accionada a abonar al actor $ 281.950,44 con más los intereses determinados en los considerando. Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida, readecuar los honorarios de primera instancia y regular los de esta etapa (arts. 17 ley 921, 68 y 279 del CPCyC).

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con la **Dra. Cecilia PAMPHILE**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del Dr. Jorge PASCUARELLI, adhiero al mismo.

En definitiva, y como lo expresara en autos "SAN MARTIN VELOSO ITALO Y. CONTRA LIBERTY ART S.A. SOBRE ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA3 EXO 469611/2012), en el ámbito de la L.R.T., el daño que se indemniza es la limitación funcional. Es decir, que la incapacidad es valorada solo desde el menoscabo de la actividad productiva.

En el caso, conforme la prueba producida, no se ha acreditado tal limitación en relación a la perdida de las piezas dentarias.

Tal mi voto.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia dictada a fs. 139/141 y vta., haciendo lugar a la demanda y condenar a la accionada

a abonar al actor la suma de **$281.950,44** con más los intereses determinados en los considerando respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada vencida (arts. 68 C.P.C.C. y 17 Ley 921).

3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la anterior instancia y regular los honorarios de los letrados de la parte actora, ... –apoderada- y ..... –patrocinante, en el 6,4% y 16% respectivamente y los del letrado de la parte demandada Damián Leonart, en el doble carácter, en el 15,68%; a la perito en medicina ..... se en el 4% y los de la perito en psicología ..... en el 4% en todos los casos sobre la base del artículo 20 de la ley 1594 (arts. 6, 7, 10, 37 y concordantes, ley 1594).

4.- Los honorarios de esta Alzada, se fijan en el 35% para los letrados de la actora y en el 30% al letrado de la demandadas de los anteriormente fijados y a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando M. Ghisini - Dr. Jorge Pascuarelli - Dra. Cecilia Pamphile
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA