En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. FIORDELISI y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y Dr. Julián E. JALIL para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"F., J. O. C/ F. P. S. S.A. S/ Accidente de trabajo (sistémico)"** (Expte. N°203 Año 2018), venidos del Juzgado Laboral N°1 (Expte.N°75/17), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 117.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. F., dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 1 de esta ciudad dictó sentencia a fs. 96/101 vta., la que fue apelada a fs. 103 por la parte demandada, siéndole concedido el recurso a fs. 104. Expresó agravios la recurrente a fs. 105/107 vta., siendo contestado por la contraria el traslado de los mismos a fs. 109/y vta.

2 – La sentencia

La sentencia dictada en la instancia originaria decretó la inconstitucionalidad de las normas de la LRT que determinan la competencia de la Justicia Federal y las que ordenan la intervención previa de las Comisiones Médicas; hizo lugar a la demanda condenando a F. P. S. S.A. a abonar a J. O. F. la suma de $ 812.370,95.- mediante depósito judicial en autos, con más los intereses desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina que fijan las

Resoluciones N° 414/99 y 287/01 SRT; impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Dejó constancia la a quo que en los dictámenes de fs. 69/77 y 84 el perito médico concluyó que la incapacidad parcial, permanente y definitiva que presenta el actor es del 32% de la T.O., guardando relación de causalidad de características de enfermedad profesional, que ello fue consentido por las partes y que le otorgaba pleno valor probatorio (arts. 390 y 481 CPCC).

En lo que hace al resarcimiento del que resulta acreedor el actor conforme el art. 14 inc. 2 a) LRT, determinó la sentenciante un IBM de $ 33.827,14.- y conforme al mismo fijó la indemnización en la suma de $ 676.975,79.-, a la cual se le debe incorporar el 20% previsto por el art. 3 de la Ley 26.773 ($ 135.395,16.-), lo que hace un total de condena de $ 812.370,95.-

3 – <u>El agravio de la demandada</u>

La parte demandada plantea como agravio que la a quo ha hecho una incorrecta consideración del porcentaje de incapacidad del actor determinado por el perito médico. Esgrime que debió aplicarse el Decreto 659/96 y que la sentencia debió modificar el porcentual de incapacidad determinado por el experto.

Plantea que no corresponde realizar una sumatoria lineal de la incapacidad como hizo el perito (28% + 4%). Insiste en que el experto determinó incorrectamente el porcentaje de incapacidad lo cual le genera un aumento de la obligación de su parte. Insiste en la aplicación del Decreto 659/96 y manifiesta que la a quo omite considerar la incapacidad determinada en otra sentencia N° 25/16 dictada en otro proceso iniciado por el mismo actor. Agrega luego que corresponde aplicar en autos la fórmula Balthazar, también conocida como la regla de la capacidad residual.

Realiza después un cálculo sobre lo que –según su criterio— es la

incapacidad que tiene el actor; afirma que se cuantifica la obligación a cargo de su parte considerando un porcentaje mayor de incapacidad del que efectivamente corresponde, lo cual perjudica su patrimonio y beneficia al actor.

Culmina afirmando que la a quo le reconoce facultades legislativas al perito.

4 – <u>Cuestión previa</u>

Si bien es cierto que la recurrente en su recurso mezcla críticas a lo resuelto en el fallo que impugna, trayendo argumentos simplistas y subjetivos, no es menos cierto que –respetando el criterio amplio que tiene esta Alzada sobre el tema— cabe admitir la fundamentación recursiva y tratar los agravios expuestos. Ahora bien, dado que en la presentación se confunde el concepto de ***"agravio"*** y ***"argumento"***, es necesario plantear esta cuestión previa, conforme lo vengo haciendo de manera reiterada ante presentaciones similares.

He dicho ya que la SCJBA, con el carácter de doctrina legal, ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de *"agravio"* del de *"argumento"*.

La jurisprudencia, siguiendo esa doctrina legal, tiene dicho que debe ser considerado *"agravio"* toda crítica dirigida a las denominadas *"cuestiones esenciales"*, que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio, debe entenderse por *"argumento"* toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas *"cuestiones esenciales"*. Los *"argumentos"* no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (conf. SCBA, Ac. 32.953, 12/06/84; Ac. 42.311, 31/10/89; Ac. 43.836, 20/11/91; Ac. 43.658, 17/03/92; Ac. 50.762, 07/03/95; Ac. 54.992, 19/10/96; Ac. 67.337, 01/07/97; CALZ, Sala I, Reg. Sent.

Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00, entre otros; CALZ, Sala I, 11/03/2008, in re: *"Zárate A. J. c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Daños y Perjuicios"* --N° 62.948— y *"La Construcción S.A. c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Cobro de Pesos"* --N° 62.948 bis—).

Es indudable que el Juez debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de la pretensión y la contestación; es decir, sobre las *"cuestiones esenciales"* cuando su consideración tenga influencia en la resolución del caso.

Ingresando al planteamiento de la demandada recurrente, advertiré que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquellas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (conf. CSJN, 08/11/81, in re *"Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles"*, en "Actualización de Jurisprudencia", N° 1440, La Ley, 1981-D, pág. 781; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 32/90, 172/00, entre muchas otras).

Tales *"cuestiones esenciales"* son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que –por su naturaleza— influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (conf. SCJBA, Ac. 21.917, DJBA, T. III, pág. 15; ídem, Ac. 35.221, in re *"Ramos de Pagella c/ Escot"*, 22/04/86; CALZ, Sala I, 11/03/08, cit.).

Efectuadas estas consideraciones previas y reiterando que haré aplicación de la doctrina "amplia", en cuanto a la valoración del recurso deducido por la demandada, pasaré a tratar sus quejas.

5 – <u>Tratamiento del agravio</u>

Mediante su expresión de agravios la recurrente intenta realizar una impugnación a la pericia médica practicada en estos actuados, cuando nada dijo sobre ella y sus conclusiones en la etapa procesal oportuna. El intento no es válido.

Teniendo en cuenta que la sentencia valoró y se basó en las conclusiones de la pericia médica practicada en estos autos para cuantificar la indemnización a favor del reclamante y que la misma no fue objeto de observación alguna por parte de la recurrente en la estación procesal pertinente, deviene claramente improcedente esgrimir una queja al respecto recién al expresar agravios mostrando su disconformidad con tal proceder. Es muy claro que cuando el fundamento de la queja constituye una crítica contra la resolución que está basada en lo dictaminado por la pericia practicada en autos que el agraviado no observó ni impugnó y que, por lo tanto, consintió, no hay agravio contra la sentencia susceptible de ser estimado (conf. CNFed.Civ.Com., Sala III, 16/06/81, ED, 95-300; esta Cámara in re *"Rodríguez Zeballos A. c/ Meibar SRL s/ Cobro de Pesos"*, 21/05/2013, Reg. SD 31/13; entre otras).

En este sentido, las decisiones jurisprudenciales son uniformes al decidir que si agregada la pericia a las actuaciones no merece impugnación de las partes ni pedido de explicación como el rito concede (art. 473 CPC Pcia. Bs.As. – 477 CPCC Chubut), resulta improcedente y extemporánea la discrepancia en sede de agravios, ya que aquella oportunidad no es recuperable, pues implicaría una tardía verificación probatoria en etapa ya clausurada, instalando una peculiar situación en la que ya no se podría oír al experto (conf. C.C.C.1a.Quilmes, 12796, RSD-12-11, S 09/03/2011; ídem, 12607, RSD-90-10, S 23/12/2010; ídem, 11469, RSD-56-9, S 07/07/2009; ídem,

10883, RSD-41-8, S 22/07/2008; ídem, 9441, RSD-23-7, S 18/04/2007; ídem, 9387, RSD-96-6, S 30/11/2006; ídem, 9068, RSD-78-6, S 26/10/2006; ídem, 8203, RSD-108-5, S 03/11/2005; ídem, 7458, RSD-118-4, S 04/11/2004; ídem, 6213, RSI-130-3 I, 06/06/2003; ídem, 4990, RSD-36-2 ,S 19/06/2002; ídem, 4238, RSD-74-1, S 17/08/2001; ídem, 2815, RSD-13-00, S 16/02/2000; ídem, 2303, RSD-20-99, S 05/04/1999; ídem, 1327, RSD-4-98, S 05/03/1998; JUBA B2900595; Cám 1a.Civ.Com.San Nicolás, 05/10/2010, Reg. 129-10; ídem, 16/04/09, Reg. 32-9; JUBA B858434).

En el caso, la pericia médica fue oportunamente incorporada a estas actuaciones (fs. 69/77 y 84/y vta.) sin que la misma fuera objeto de pedido de explicaciones al experto o de impugnación (art. 477 C.P.C.C.), es por ello que han devenido claramente improcedentes los cuestionamientos planteados a su respecto por la apelante en la sede de agravios. Y ello es así porque pasó la oportunidad procesal de realizarlo, siendo imposible volver atrás, no se puede remontar *"in extremis"*, toda vez que implicaría una tardía verificación probatoria en una etapa precluida, generando argumentos a esta altura novedosos al no haber sido considerados en la anterior instancia por el juzgador (art. 280 CPCC).

Es que la ausencia de una oportuna protesta ante el dictamen pericial producido en autos –tal lo que aquí ha ocurrido— permite sentar que si la pericia no fue objeto de observación ni de impugnación alguna por los interesados, las consideraciones generales que se vuelquen por el apelante en la expresión de agravios carecen de relevancia y debe estarse, por consiguiente y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 477 del ritual, a las conclusiones que llegó el experto, si no juegan elementos eficaces de convicción que autoricen a apartarse de ellas, lo cual aquí no se ha demostrado.

La apelante no formuló objeciones a las conclusiones del experto cuando tuvo la oportunidad procesal para hacerlo, dejándola consentir. Por lo tanto, los agravios que ahora expresa, son inaudibles. Sus meras impugnaciones a lo que surge de la pericial en cuestión, resultan extemporáneas.

Si bien la a quo no tuvo en cuenta el dictamen pericial de fs. 84, resulta claro que la apelante consintió la pericia médica y ello hace caer su pretensión de aplicación de la fórmula y demás puntos que invoca en su fundamentación recursiva.

6 – <u>Conclusión</u>

Teniendo en cuenta que los agravios constituyen el alcance y medida del recurso concedido a la recurrente y que los expuestos no logran torcer el rumbo de lo sentenciado en la instancia originaria, corresponde confirmar la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia de agravios. Es mi voto.

7 – <u>Costas de la Alzada</u>

La costas de la Alzada se imponen a la parte demandada en su condición de vencida en el recurso que se le concediera (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada, Dra. V. P., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los que corresponden al Dr. E. A. M., apoderado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. F. vota por la **AFIRMATIVA**.

<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN:</u> la Sra. Jueza de Cámara María Inés de

Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones siguientes.

2.

Tratamiento del agravio

La parte demandada plantea como agravio que la *a quo* hizo una incorrecta consideración del porcentaje de incapacidad del actor determinado por el perito médico. Esgrime que debió aplicarse el Decreto 659/96 y que la sentencia debió modificar el porcentual de incapacidad determinado por el experto.

a) Previo al ingreso del tratamiento de la cuestión de fondo, es menester recordar, que el agravio es la medida de la apelación. Es decir, que los tribunales de Alzada sufren en principio una doble limitación: la que resulta de la relación procesal que aparece con la demanda y contestación (congruencia) y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso al formular sus agravios.

Por su lado vale señalar, que la expresión de agravios, constituye un acto de alegación. Este tipo de actos procesales tiene por objeto aportar al proceso datos de hecho y de derecho involucrados en el conflicto determinante de la pretensión, ya para introducirlos, ya para enjuiciar su valor. Esta última

función la cumplen las alegaciones críticas y de esta naturaleza participa la expresión de agravios.

Por ello, la fundamentación del recurso debe contener, esencialmente, una crítica o censura de las motivaciones de la sentencia apelada. La crítica debe ser concreta; esto es, precisa, dirigida a las argumentaciones desarrolladas en el fallo impugnado. Asimismo, la expresión de agravios debe ser razonada. No alcanza para superar el vallado del juicio de admisibilidad tanto del art. 60 de la Ley XIV N° 1 como del art. 268 del CPCC enunciar los errores que exhibe la sentencia impugnada; es necesario demostrarlos. En otras palabras, la crítica debe instalarse en la propia expresión de agravios. Por fin, el acto de alegación que analizamos, debe respetar los principios de la lógica.

Con tales premisas y tal como afirma el Señor Juez de Cámara que me antecede en el voto, voy a tener presente que este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional, ingresaré al tratamiento de los agravios de la parte demandada.

b) El agravio de la empresa demandada no será atendido.

Es que el apelante procura en su queja impugnar las conclusiones de la pericia médica cumplida en el expediente y lo hace desde una perspectiva que no puede convalidarse.

Toda pericia suministra al juez argumentos o razones para la formación de su conocimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento son ajenos al saber jurídico de los magistrados.

En primer término, la magistrada de grado refiere en la sentencia que el perito concluyó que la incapacidad parcial, permanente y definitiva que presenta el actor es del 32% de la TO y que guarda relación de causalidad con las características de la enfermedad profesional que porta.

No se agravia la recurrente que la enfermedad que porta el Sr. F.

tiene carácter profesional.

Luego dijo "Determinado entonces, conforme las conclusiones de la pericia receptada, **que fue consentida por ambas partes**, el carácter definitivo de la incapacidad laboral permanente parcial (IPP) mediante dictamen al que asigno pleno valor probatorio en los términos de los arts. 390 y 481 del C.P.C.C., corresponde determinar el resarcimiento por incapacidad parcial y permanente (art. 14 inc. 2 a) L.R.T..

Quiero señalar que el perito B. indicó en su informe que se valió del Dec. 659, por lo que es de toda evidencia que al tiempo de correrse el traslado la demandada tuvo la oportunidad de impugnar las conclusiones periciales en lo que hace a la evaluación del actor y donde indicó las limitaciones funcionales y los factores de ponderación que hoy irritan al apelante.

Luego y a requerimiento de la parte recurrente (fs. 82), se remitió el Expte 117/15 al CMF a efectos de considerar la procedencia de cálculo de la incapacidad allí determinada.

EL perito B., a fs. 84 llegó a dos conclusiones a) ratificó que la incapacidad portante era del 32 % TO y b) que las incapacidades expuestas en ambas pericias son sucesivas, no simultáneas y polifuncionales por lo cual se procede en forma individual y por sumatoria directa, la que en el caso concreto (sumada a la incapacidad decidida en Expte.N°117/15) sería del 37,35 % TO.

Refirió también que si se tratara de incapacidades simultáneas y

polifuncionales se aplicaría la fórmula de capacidad restante y en el caso de ser sucesivas, monofuncionales y no simultáneas se aplica la Fórmula de Balthazard.

Ninguno de los informes periciales mereció observaciones ni cuestionamientos de las partes.

La falta de impugnación del dictamen en primera instancia obstaculiza, en principio, su observación en la alzada.

Hacerlo en la instancia de grado al evacuar el traslado de fs. 78 y para el que no hay duda la letrada apoderada se notificó y retiró las copias (fs. 78 vta.) y digitalmente a fs. 85, hubiera posibilitado el debate con la participación del perito y no se confrontaría el análisis de aquéllas solo con el esfuerzo dialéctico del recurrente.

Agrego que, pese a resultar para la parte una sencilla operación matemática y que ha producido un perjuicio económico a su parte, tampoco impugnó sendas conclusiones del perito médico al tiempo de alegar, segunda oportunidad que le brinda la norma procesal para cuestionar el informe.

Lo dicho es suficiente para desestimar la queja.

En segundo lugar, en otro aspecto de la queja, la Aseguradora recurrente cuestiona que en la sentencia se omitió considerar –deliberadamente-, la incapacidad determinada en otra sentencia dictada por la misma magistrada y donde se determinó una incapacidad del 5,35 %.

Es cierto que la magistrada de grado no tuvo en consideración el informe pericial de fs. 84, pero también lo es que la parte consintió, al no impugnar la pericia médica, la razón por la cual no correspondía el cálculo de la incapacidad con las fórmulas de Capacidad restante ni la de Balthazar.

Sabido es que el principio procesal de "reformatio in pejus" impide al Juez superior empeorar la situación de quien recurre una resolución judicial, cuando el oponente no ha interpuesto recurso; concretamente, no es viable decidir en contra del único apelante, empeorando su situación en relación

con la que estaría de no haber recurrido (CNCom. Sala B, "Cascella Edelma c/ Valetta Margarita s/ sum.", del 26.05.95).

Tal el caso concreto, pues de admitirse el error incurrido, estaríamos modificando la sentencia en perjuicio del único apelante, lo que es inadmisible.

En definitiva, debe desestimarse la apelación, con costas a la parte demandada en su condición de vencida en el recurso que se le concediera (art. 69 CPCC). Los honorarios propuestos por el Dr. F. se ajustan a la actividad cumplida en esta sede, sin perjuicio de los mínimos legales con más el IVA si correspondiera. (conf. arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la cuestión, por la AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. F., dijo:

De compartir mis colegas de Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente: **1) CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia recursiva.

2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada en su condición de vencida en el recurso que se le concediera (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada, Dra. V. P., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los del Dr. E. A. M., apoderado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

3) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. F..

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Julián Emil Jalil no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de noviembre de 2018.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia recursiva.

2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada en su condición de vencida en el recurso que se le concediera (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada, Dra. V. P., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los del Dr. E. A. M., apoderado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

3) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

Registrada bajo N° /2018 SDL.