En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de febrero del año dos mil veinte, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Julián Emil JALIL y Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M. M. A. C/ L. S. ART S.A. S/ Accidente de trabajo (sistémico)" (Expte. 136 - Año 2019)** venidos del Juzgado Laboral N° 2(Expte N° 101170/17), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **S. CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 98.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 2 de esta ciudad dictó sentencia a fs. 82/87 de autos, la cual fue oportunamente apelada (fs. 88) por la parte demandada, concediéndosele el recurso a fs. 89. Expresó sus agravios la recurrente a fs. 90/91 vta., siendo replicados los mismos por la parte actora a fs. 93/y vta.

2 – La sentencia

La sentencia dictada en la inferior instancia declaró la inconstitucionalidad del art. 46, ap. 1 de la Ley 24.557; hizo lugar a la demanda condenando a L. S. ART S.A. a abonar a M. A. M., dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 136.380,99.-, con más los intereses a la tasa activa mensual que percibe el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento de documentos, desde la fecha del accidente hasta

el efectivo pago; impuso las costas del proceso a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

La inconstitucionalidad fue declarada por el Sr. Magistrado sentenciante de conformidad con la doctrina y jurisprudencia imperante sobre el tema.

El actor reclamó se determine el grado de su incapacidad y que se efectivice el pago de las prestaciones dinerarias por ILPPD con más la suma del art. 3 de la Ley 26.773.

Tuvo en cuenta el a quo que se trata de un accidente reconocido por la ART quien brindó las prestaciones de ley hasta otorgar al actor el alta médica sin incapacidad. Ha dicho la sentencia que el dictamen médico (pericia practicada en autos) concluyó que la incapacidad parcial, permanente y definitiva que presenta el actor es del 13,5% y que sufre las afecciones que invoca en su demanda. Plasmó también la decisión que esta pericia fue consentida por ambas partes, otorgándole pleno valor probatorio (arts. 390 y 481 CPCC).

En cuanto al resarcimiento, determinó el IBM en $ 7.617,83.- conforme el informe de la AFIP y fijó el monto indemnizatorio (Art. 14.2 a) LRT) en la suma de $ 113.650,83.- de conformidad con el mínimo fijado por la Resolución N° 28/2015 de la Secretaría de Seguridad Social. A dicho importe le incorporó el 20% previsto por el art. 3 de la Ley 26.773 y llegó así al monto final de condena de $ 136.380,99.- con más los intereses ya indicados aquí.

3 – <u>Agravios de la parte demandada</u>

Expresa la demandada en su fundamentación recursiva que la sentencia ha acogido no solo lo reclamado por el actor sino que ha tomado en cuenta el

elevado porcentaje de incapacidad que determinó el médico forense sin apoyatura en estudios médicos.

Refiere que el sentenciante expresó que la pericia médica había sido consentida por las partes y que ello no fue así. Explica que su parte tuvo en cuenta lo dispuesto por el art. 152 del ritual y consideró que no era necesario efectuar una impugnación a dicho dictamen en razón de su extralimitación y que el juez al estudiar el tema lo advertiría.

Esgrime que el a quo le dio pleno valor probatorio al dictamen pericial médico y menciona el art. 481 del CPCC que establece las condiciones para que el juez considere eficazmente probatorio al dictamen de un perito. Refiere que previo a la sentencia debió analizarse la discordancia existente entre los médicos de la aseguradora y el médico particular del actor.

Continúa haciendo referencia a la pericia médica practicada en autos y critica a la misma en cuanto el experto no dio ninguna explicación sobre porqué consideró que había acuñamiento en el actor. Refiere que no surge de los estudios la existencia de acuñamiento columnar en el actor. Afirma que el gráfico acompañado con el informe pericial no se condice con la realidad. Que no está demostrado el acuñamiento. Sostiene que no hubo compromiso radicular. Critica que el perito médico no explicó porqué le otorgó un 10% de incapacidad y no le otorgó menos como lo hizo el Dr. Lorea. Manifiesta su disconformidad con la sentencia porque no detuvo en el factor de ponderación “Recalificación” por el que se le otorgara un 1%. Dice que no corresponde ese otorgamiento.

Manifiesta que se agravia porque se la ha condenado al pago indemnizatorio sobre la base de un 13,5% TO de incapacidad cuando correspondía considerar el 0% por no existir acuñamiento y se opone a la imposición de un 1% por el factor de ponderación “recalificación”.

4 – Cuestión previa

Por lo pronto, debo señalar que los agravios desarrollados por la recurrente no constituyen una crítica concreta, pormenorizada y razonada de los argumentos traídos por el magistrado de grado para admitir la demanda instaurada, conforme lo exige el art. 268 del CPCC y el art. 60 de la Ley XIV N° 1.

En efecto, la crítica supone un análisis de la sentencia mediante raciocinios que demuestren el error técnico, la incongruencia normativa o la contradicción lógica de la relación de los hechos que el juez considera conducentes para la justa composición del litigio, de su calificación jurídica y de los fundamentos de derecho que sustentan su decisión, por ello la ley procesal exige que esa crítica sea razonada, es decir que el apelante refute las conclusiones de las partes que considere erradas, requisito que, en el caso, no encuentro cumplido puesto que la quejosa tan sólo se limita a expresar su disconformidad con el fallo del Sr. Juez de Primera Instancia criticando la valoración del dictamen pericial médico e intentando una impugnación al mismo- no obstante lo cual he de examinar la presentación con el objeto de dejar salvaguardado el derecho de defensa de la parte y en función del criterio restrictivo con que, a mi juicio, debe ejercerse la facultad otorgada por la ley de declarar desierto el recurso (conf. C.N.Trab., Sala X, 25/10/2019, in re *"Sosa Pabla c/ Jumbo Retail Argentina S.A. (D) s/ Diferencias de Salarios"*, voto del Dr. Corach).

5 – Tratamiento de los agravios

5.1 – La impugnación del dictamen pericial

A-) Si bien en la exposición de la demandada no se encuentran

debidamente ordenados los temas en tratamiento, la misma está dirigida a intentar una impugnación a la pericia médica practicada en autos y a exhibir su disconformidad con la valoración de dicha prueba por parte del a quo. Me referiré en primer término al intento de impugnación del dictamen pericial.

Corresponde considerar aquí las expresiones que contiene la queja en varios y reiterados puntos y que -en realidad- más que agravios constituyen una clara impugnación o crítica al dictamen pericial médico presentado en autos (conf. fs. 60/63 vta.), el cual no fue objeto de una oportuna impugnación por parte de la demandada. O sea, las conclusiones del perito médico adquirieron firmeza para la parte demandada en razón de no haber realizado ninguna observación a las mismas en la etapa procesal pertinente. El ataque al dictamen en cuestión recién intenta hacerlo por vía de la fundamentación recursiva y ello no es admisible, conforme lo ha dicho ya reiteradamente esta Alzada ante planteos similares y sin que sea procedente considerar la norma del art. 152 del CPCC mencionado en la queja dado que juegan en el trámite las normas específicas de la Prueba Pericial que contiene el CPCC, conforme lo que desarrollaré al final de este punto.

Teniendo en cuenta que la sentencia se basó y tuvo en cuenta las conclusiones de esta prueba pericial médica y que éstas no fueron 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 el contenido y resultado de la misma.

Por lo demás -y conforme lo ha resuelto también reiteradamente esta Cámara- 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 oposición a ello, 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 ofrecida como prueba por la actora y por la ART y la misma fue incorporada a estas actuaciones sin que fuera objeto de observación o impugnación por parte de la recurrente, es por ello que han devenido claramente improcedentes los cuestionamientos planteados a su respecto por ella 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 médico producido en esta sede e incorporado en autos como prueba -tal lo que aquí ha ocurrido- permite sentar que si el mismo 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, 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 la incorporación del dictamen ni a las conclusiones del experto cuando tuvo la oportunidad procesal para hacerlo, dejándola consentir. Por lo tanto, los agravios que ahora expresa, son meras afirmaciones dogmáticas y/o argumentaciones sin fundamento fáctico o científico. Es por ello que sus meras impugnaciones a lo que surge de la pericia y a sus conclusiones, resultan extemporáneas.

B-) Si bien el tema que aquí abordaré está directamente relacionado con lo que ya he dicho en el apartado anterior, corresponde que haga una breve referencia a lo expuesto y pretendido por la quejosa con respecto a que debe aplicarse en el caso la norma del art. 152 del CPCC y que por ello no puede afirmarse que su parte consintió el dictamen pericial médico. No le asiste la razón.

Y no la tiene en razón de que se ha acotado, de manera concordante, que si el artículo 473 de la legislación adjetiva (art. 477 del CPCC Pcial.) permite a las partes requerir explicaciones al perito, brindando una concreta y clara oportunidad para manifestar las discrepancias que eventualmente se tengan con su dictamen, y se la deja pasar, **mal pueden luego plantearse cuestiones en la expresión de agravios que no fueron sometidas al sentenciante originario** (arg. art. 272, Cód. Proc.) (conf. Cám. 2ª., Sala III, La Plata, C. B-65.935, reg. sent., 293/88; reg. sent. 309/88; cit. en MORELLO – SOSA – BERIZONCE, *"Códigos Procesales en lo Civ. y Com. de la Pcia. de Bs.As. y de la Nación"*, T. V-B, Edit. Platense – A.Perrot, 1992, págs. 419 y sigs.).

Siempre según el punto de vista que señalo, se ha declarado que si bien la pericia puede ser impugnada por haberse apartado los expertos de las cuestiones propuestas al examen, o por considerar equivocado al procedimiento seguido por ellos en la diligencia, o por haberse violado alguna de las formalidades prescriptas para la misma, para admitir su procedencia formal, **el ataque debe exteriorizarse dentro del plazo por el cual el dictamen fue puesto de manifiesto, o bien, antes de consentir el auto que ordenó su agregación** (conf. Cám. 1ª., Apel. Bahía Blanca, JA, 1969, Sec. Reseñas, pág. 775, N° 28; Cám. 2ª., Sala II, La Plata, C. B-9762, reg. int. 591/63). O sea, que las observaciones formuladas a la prueba pericial y que importan en definitiva un análisis de ese medio probatorio, deben hacerse **en la debida oportunidad procesal** (conf. Cám. 2ª., Sala I, La Plata, C. 95.224, reg. int. 525/59; Cám. 2ª., Sala III, La Plata, C. B-16.729, reg. int. 49/66).

De allí que se haya declarado que si en primera instancia no fue impugnada la pericia, **no se lo puede hacer luego ante el Tribunal de segundo grado, al fundar el recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria** (conf.

Cám., 2ª., Sala III, La Plata, C. B- 61.297, reg. sent., 5/87). O de manera coincidente, que si la pericia fue agregada en autos y puesta al examen de las partes por el plazo legal, sin haber merecido objeción alguna de la recurrente, **ésta no puede agraviarse si el juzgador falló de acuerdo al dictamen pericial** (conf. Cám., 1ª., Sala II, La Plata, La Ley 150-242; todos fallos cit. en MORELLO…, *"Códigos…"*, ob. cit., T. V-B, págs. 419/420).

Como vemos, en modo alguno puede admitirse la postura de la recurrente al pretender sostener que su parte no ha consentido el dictamen pericial médico en razón de lo dispuesto por el art. 152 del CPCC. dado que juega en el caso lo dispuesto por el art. 477 CPCC y la jurisprudencia citada .

5.2 – <u>Valoración de la prueba pericial</u>

Surge también de los fundamentos del recurso una crítica a la valoración que ha hecho el a quo de la prueba pericial médica producida en autos, pero en ningún momento demuestra -con rigor científico- que dicho dictamen debió ser dejado de lado en el momento de dictarse la decisión final en la instancia de origen en razón de los errores o por carencia de fundamentación y/o de rigor científico. Esto hace que la postura no tenga peso para torcer el rumbo de la sentencia.

Ante la situación que aquí se ha presentado -y conforme lo vengo sosteniendo uniformemente en casos similares- es para mí esencial tener en cuenta que lo que legitima (hace admisible) la prueba pericial es, en realidad, el hecho de que la apreciación de los hechos controvertidos requiera de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 461 CPCC). Eso basta.

En definitiva la prueba pericial tiende a legitimar la decisión jurisdiccional y a reforzar la confianza acerca de su certeza, e incluso permite a las partes actuar y contradecir durante el mecanismo de recepción de la prueba, lo que

no podría hacerse en el caso del juez-perito. Aunque, la praxis nos impone reconocerlo, la real operatividad, utilidad y valía de la prueba pericial radican en el complemento del conocimiento del magistrado en saberes no jurídicos (conf. QUADRI, G.H., *"La prueba en el proceso civil y comercial"*, Abeledo Perrot, ed. 2011, T. II, pág. 1266).

La jurisprudencia cordobesa se ha ocupado de señalar que la pericial tiene una doble vertiente: a) verificar e informar sobre hechos que requieren conocimientos especiales que escapan a la cultura común del juez y de las personas, a la par que explicar sus causas y sus efectos, y b) suministrar las reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos para formar la convicción del juez sobre tales hechos (conf. C.Civ.Com. Córdoba, Sala 6ª., 20/02/07, AP 1/70041836-4).

El Código procesal establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez al tener en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 481 CPCC).

Valorar la prueba pericial significa verificar los juicios de hecho del experto mediante un análisis lógico-gnoseológico de ese fenómeno que se denomina "peritaje" y del seno del cual surgen los juicios que constituyen el dictamen, lo que en definitiva permite al juzgador expresarse sobre la materia litigiosa, sin necesidad de hablar de temas que no conoce (conf. C.Civ.Com. La Matanza, Sala I, 16/03/04, AP 1/1001525).

Denti ha dicho que no se puede pedir al juzgador que posea una ciencia superior a la del perito, que le permita rehacer por su cuenta la valoración efectuada por él; pero se le debe pedir que controle el grado de

aceptabilidad, según el conocimiento común, de los métodos científicos o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito (conf. DENTI, V., *"Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador"*, Revista Iberoamericana de Derecho procesal, N° 2-3, Madrid, 1972).

Es totalmente cierto que el juez puede apartarse del dictamen pericial, pues -como es sabido- éste, en principio, no lo constriñe. Pero para apartarse de las conclusiones del experto existe un requisito insoslayable: expresar las razones (suficientes y objetivas) que tiene para ello, fruto de un análisis crítico, profundo y serio tanto de sus fundamentos como de sus conclusiones que desacredite, y así descalifique como tal, el peritaje realizado con base en otros elementos no menos convincentes. Ello así, pues debe evitarse que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad y trasunte un proceder arbitrario, caprichoso o infundado y una (indebida) sustitución del sistema de la sana crítica racional por el de la íntima convicción. Concretamente: la argumentación descalificatoria de las conclusiones periciales debe ser razonable y fundada. Así el juez no puede ignorar lisa y llanamente la opinión del facultativo, dejar de valorarla o apartarse del resultado de la pericia sobre la base de razonamientos subjetivos, que no consultan la realidad de las constancias de la causa y llevan ínsito un claro voluntarismo. Tampoco puede descartar las conclusiones periciales so pretexto de su propia falta de capacitación técnica para entenderla (cuando el método y las conclusiones se han expresado suficientemente), ni apartarse de ellas en virtud de acudir solamente a sus conocimientos privados, técnicos o científicos, pues ello implicaría sustituir al perito en los conocimientos propios de la ciencia de que se trate y, al igual

que no es lógico que el perito sustituya al juez, tampoco es dable que éste sustituya a aquél (conf. QUADRI, G.H., ob. cit., T. II, pág. 1357).

Se habla de dos presupuestos para aceptar la fuerza probatoria de la peritación: a) el presupuesto de que el perito no cae en error y b) el presupuesto de que no tiene intención de engañar (conf. Cám. 1ª. Civ. Com. La Plata, Sala 3ª., 11/08/92, Juba, Sum. B200841).

En ampliación de esto se ha dicho que el fundamento del mérito probatorio de la peritación radica en una presunción concreta, para el caso particular, de que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado, cuando es una persona honesta, capaz, experta en la materia de que forma parte el hecho sobre el cual dictamina, que además ha estudiado cuidadosamente el problema sometido a su consideración, ha realizado sus percepciones de los hechos o del material probatorio del proceso con eficiencia y ha emitido su concepto sobre tales percepciones y las deducciones que de ellas se concluyen, gracias a las reglas técnicas, científicas o artísticas de la experiencia que conoce y aplica para esos fines, en forma explicada, motivada y convincente (conf. DEVIS ECHANDIA, H., *"Teoría general de la prueba judicial"*, 3ª. ed. 1974, T.II, pág. 321).

Es así que la CSJN ha señalado que en cuestiones de carácter predominantemente técnico no es admisible que el medio probatorio idóneo (la pericial) sea sustituido válidamente por otro (CSJN, 19/11/91, JA 1992-II-153).

Sobre la base de lo hasta aquí dicho, se pueden sentar -como pautas genéricas- las siguientes: 1era.) cuando tratándose de una cuestión fáctica de orden técnico o científico es prudente atenerse al dictamen del perito, en la medida en que éste se encuentre debidamente fundado, sus conclusiones resulten claras, asertivas y categóricas y si no resulta contradicho por otras

probanzas o argumentos de mayor atendibilidad (conf. Fallos 183:19; CSJN, 14/11/06, AP 4/60833; 30/09/08, AP 4/67765 y AP 4/68115; Cám. Fed. La Plata, Sala 1ª., 03/07/84, JA 1984-III-síntesis y 04/09/84, JA 1985-II-566, entre muchos más); y 2da.) para desvirtuar el dictamen debe contarse con elementos que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de los conocimientos técnicos científicos de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (conf. CNCiv., Sala M, 08/03/93, LL 1993-E-476 y 16/12/04, AP 1/70056393-1; íd. Sala E, 29/03/96, LL 1996-D-729; 24/02/97, LL 1997-D-581; 12/08/97, LL 1998-A-39; entre muchos otros).

A la luz de los principios hasta aquí analizados, considero que el dictamen pericial médico producido en autos (fs. 60/63 vta.) está científicamente fundado y emana de un profesional con sólida versación en su especialidad, cuya objetividad, idoneidad e imparcialidad se encuentran garantizadas y sus conclusiones no han sido desvirtuadas científicamente durante el desarrollo del proceso (arg. art. 481 y concs. CPCC).

En base a lo que acabo de referir, comparto el procedimiento empleado por el Sr. Magistrado del inferior en cuanto le ha otorgado al mismo pleno valor probatorio en los términos de los arts. 390 y 481 del ritual. Es mi opinión que si el experto ha sido claro y terminante en cuanto a un punto esencial que él ha vertido en su dictamen, no cuento como juez con elementos científicos probatorios y sólidos que no me permitan considerar válida su conclusión. Nada se ha demostrado aquí acerca de que el perito haya incurrido en un error o que existan probanzas científicas serias que demuestren que sus conclusiones son incorrectas o carentes de bases científico-técnicas; por lo tanto, corresponde otorgar pleno valor probatorio al mismo y avalar sus

conclusiones conforme se hiciera en la instancia de origen (arg. art. 481 y concs. CPCC).

6 – <u>Conclusión</u>

Teniendo en cuenta que los agravios constituyen el alcance y medida del recurso concedido al recurrente y que los expuestos no logran hacer mella en la decisión recurrida, corresponde confirmar la misma en todo lo que ha sido materia recursiva. Así lo voto.

7 – <u>Costas de la Alzada</u>

Corresponde imponer las costas de la Alzada a la parte demandada recurrente en su condición de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. B. E. M., en el 30% del monto que le corresponda en concepto de honorarios por su labor en la instancia originaria y los del Dr. J. G., letrado apoderado de la demandada, en el 25% del monto que le corresponda en concepto de honorarios por su labor en la primera instancia, 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 Arancelaria).

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

<u>A LAPRIMERA CUESTIÓN</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

1.- Las cuestiones fácticas traídas a decisión. Las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por la colega que me precede en el voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos los desarrollos

efectuados al respecto por el Sr. Magistrado preopinante. Centraré la atención, para el sustento individual de mi argumentación, en el análisis de los aspectos jurídicos objeto de revisión a esta Cámara.

2.- La sentencia. El Señor Juez de grado declaró la inconstitucionalidad del artículo 46 ap.1 de la Ley 24.557 e hizo lugar a la demanda condenando a LA S. ART S.-A. a abonar al señor M. A. M. la suma de $ 136.380,99 con más intereses calculados a tasa activa del Banco Nación para las operaciones de descuento de documentos desde la fecha del accidente hasta su efectivo pago.

Para así decidir, tuvo en cuenta el Señor Juez que el accidente fue reconocido por la ART, y que ésta brindó las prestaciones dispuestas por la ley hasta la fecha en la que se dispuso el alta médica sin incapacidad.

La incapacidad parcial, permanente y definitiva reconocida en la sentencia fue del 13,5% basándose en el dictamen pericial que hubo de quedar firme merced no haber sido cuestionado en el momento procesal pertinente. Se determinó el IBM en $ 7.617,83 y se fijó el monto indemnizatorio en $ 113.650,83.- (conf. Res. N°28/2015 de la Secretaría de Seguridad Social).

Adunado que fuera el 20% de incremento conforme lo dispuesto por el art. 3 le la Ley 26.773, la condena ascendió a la suma de $ 136.380,99.- con más intereses.

3.- Los agravios. La demandada apelante se agravia de que la sentencia ha tomado en cuenta el porcentaje de incapacidad determinado en la pericia forense sin apoyatura en estudios médicos.

No obstante reconocer que no cuestionó el dictamen en su momento, pone de relieve que dio por sentado que la jurisdicción judicial tomaría nota de la extralimitación del experto (Conf. Art. 152 del CPCC).

A partir de ello cuestiona que la pericia tiene por cierto que existe "acuñamiento" en la columna del actor sin que existan estudios médicos que den cuenta de tal afección. Plantea que la gráfica acompañada no se condice con la realidad. Considera que el porcentaje de incapacidad debía ser 0% y se opone a la aplicación del 1% por el factor de ponderación "recalificación".

4.- Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982,

AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario. En base a lo expuesto, separaré las cuestiones por títulos y centraré el tratamiento de los agravios siguiendo el orden empleado por el Sr. Magistrado que me precede en el voto.

5- Tratamiento del agravio relativo a la falta de consentimiento respecto del dictamen pericial. Los argumentos que la parte apelante erige contra la sentencia de primera instancia se hallan configurados por inteligencias que deberían haber formado parte de la impugnación a la pericia en la cual la jurisdicción de grado se funda; dictamen que cumplo en señalar una vez más, no fue oportunamente cuestionado habiendo adquirido firmeza. En este sentido, y teniendo especialmente en cuenta que la sentencia se fundó en las conclusiones a las que el experto arribó en el dictamen pericial,

es que tendré especialmente en cuenta que la parte aquí apelante no formuló en su momento su disconformidad con los razonamientos y las conclusiones del mismo.

La queja en tratamiento debe ser desestimada.

Existe un criterio técnico procesal para fundar el rechazo, y este es, la diferente naturaleza de los actos jurídicos procesales en cuestión.

La impugnación de la pericia es un acto procesal que se inscribe en la dialéctica propia del diseño de prueba; mientras que la expresión de agravios no revive las contingencias de esa etapa ya cerrada en mérito a la

preclusión, sino que, muy por el contrario, sobre la base de su pétrea inalterabilidad, permite a las partes el cuestionamiento, no ya del decir del perito, sino más bien de la corrección o incorrección con la que la jurisdicción judicial toma los argumentos del experto. La apelación es un mecanismo por el que se cuestiona el acto procesal emanado de la jurisdicción de los magistrados y no la instancia previa que coadyuva a su preparación.

Lo expuesto, basta para desestimar la queja de la parte apelante.

6.- Agravio relativo a la no subsunción de los hechos en la norma del artículo 152 bis de la LCT. He sostenido que la oportunidad procesal para articular las críticas del apelante en este sentido ya han precluído.

Sin perjuicio de ello, y en orden a evacuar el argumento que la parte apelante erige en torno a la lógica del artículo 152 del rito, he de detenerme sucintamente en esta cuestión. La norma referida reza: "El plazo para contestar vistas y traslados, salvo disposición en contrario de la Ley, será de CINCO (5) días. Todo traslado o vista se considerará decretado en calidad de autos, debiendo el juez o Tribunal dictar resolución sin más trámite. La falta de contestación del traslado no importa consentimiento a las pretensiones de la contraria".

La norma transcripta se refiere de manera general a los traslados.

Sin embargo, el artículo 477 del mismo ordenamiento es una norma que específicamente se refiere a la prueba pericial y dispone: "Del dictamen del perito se dará traslado a las partes, que se notificará por cédula. De oficio o a instancia de cualquiera de ellas, el juez podrá ordenar que el perito dé las explicaciones que se consideren convenientes, en audiencia o por escrito, atendiendo a las circunstancias del caso.

Si el acto se cumpliere en audiencia y los consultores técnicos estuvieren presentes, con autorización del juez, podrán observar lo que fuere pertinente; si no comparecieren esa facultad podrá ser ejercida por los letrados.

Si las explicaciones debieran presentarse por escrito, las observaciones a las dadas por el perito podrán ser formuladas por los consultores técnicos o, en su defecto, por las partes dentro del QUINTO (5) día de notificadas por Ministerio de la Ley. La falta de impugnaciones o pedidos de explicaciones u observaciones a las explicaciones que diere el perito, no es óbice para que la eficacia probatoria del dictamen pueda ser cuestionada por los letrados hasta la oportunidad de alegar con arreglo a lo dispuesto por el artículo 481.

Cuando el juez lo estimare necesario podrá disponer que se practique otra pericia, o se perfeccione o amplíe la anterior, por el mismo perito u otro de su elección.

El perito que no concurriere a la audiencia o no presentare el informe ampliatorio complementario dentro del plazo, perderá su derecho a cobrar honorarios, total o parcialmente".

De ahí que una norma especial disponga que la facultad de cuestionar se extiende hasta los alegatos a fin de que las objeciones puedan ser evaluadas por el Juez de Primera Instancia.

Por lo expuesto la pretensión del recurrente por la que plantea que no ha consentido el dictamen pericial carece de asidero y debe ser desestimada.

7- Tratamiento del agravio relativo a la valoración del dictamen pericial.

Por último, el juez cuenta con amplias facultades para apreciar el dictamen pudiendo acogerlo y también apartarse de él mediante resolución fundada.

El artículo 481 del CPCC dispone: “La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los artículos 477 y 478 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”.

El apelante en momento alguno demuestra por qué razón basada en el arte o la ciencia médica, la pericia debe ser dejada de lado.

La convicción judicial generada a partir del decir especializado del experto en la materia que domina, debe ser rebatida con argumentaciones igualmente técnicas que den cuenta del error en el que la sentencia que acoge el criterio del perito se halla incursa.

Con base en lo expuesto, entiendo que la pericia que obra a fs. 60/63 de estos autos se halla fundada técnica y científicamente, que emanada de un profesional habilitado por la matricula, con formación idónea para producir el dictamen en cuestión, cuya objetividad no ha sido desvirtuada por la parte recurrente.

Por lo expuesto, el agravio será desestimado.

8- Conclusión. Corresponde en consecuencia desestimar las inteligencias sobre las que se funda el recurso confirmando la sentencia en cuanto ha sido materia de agravios.

9- La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de

Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta la forma en la que se propone sea resuelto el recurso incoado, considero que las costas deben ser soportadas por la apelante perdidosa (Conf. arts. 69 CPCC).

10. La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 LÑey XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados corresponde regular honorarios del Abogado de la parte actora B. E. M. en el 30% de los que le correspondiere por su labor en la instancia anterior, y al abogado de la demandada J. G., en el 25 de los fijados en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo

previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **AFIRMATIVA.**

A LA S. CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir mis colegas integrantes de esta Excma. Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

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

2) **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** a la parte demandada recurrente en su condición de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. B. E. M., en el 30% del monto que le corresponda en concepto de honorarios por su labor en la instancia originaria y los del Dr. J. G., letrado apoderado de la demandada, en el 25% del monto que le corresponda en concepto de honorarios por su labor en la primera instancia, 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 Arancelaria).

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

A LA S. CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

En base a los argumentos expuestos entiendo que la solución es la que propone mi distinguido colega preopinante.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de Villafañe 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 febrero de 2020.

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 apelada en todo lo que ha sido materia recursiva.

2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada recurrente en su condición de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. B. E. M., en el 30% del monto que le corresponda en concepto de honorarios por su labor en la instancia originaria y los del Dr. J. G., letrado apoderado de la demandada, en el 25% del monto que le corresponda en concepto de honorarios por su labor en la primera instancia, 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 Arancelaria).

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

REGISTRADA BAJO EL N° /20 SDL. CONSTE.