



NEUQUEN, 13 de junio del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"VERA PALMA ISMAEL LEONARDO C/ ASOCIART ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"**, (JNQLA2 EXP N° 502637/2014), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo con el orden de votación sorteado, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I.- Contra la sentencia definitiva dictada el día 20 de marzo de 2018 (fs. 233/238), interpone recurso de apelación la parte demandada a fs. 243/255 en memorial que es contestado por la parte actora a fs. 257/269 vta.

II.- En primer lugar, la demandada plantea la nulidad de todo lo actuado desde la presentación de fs. 137, por cuanto se omitió correrle traslado a su parte de la respuesta a la impugnación de pericia formulada por la parte actora, mediante la cual se incrementa el porcentaje de incapacidad del actor a un 87,41%, cuando en el primer dictamen la perito indicó que padecía solamente 7,5%.

Señala que dicha omisión ha vulnerado el derecho de defensa de su representada y que el control probatorio por parte de los justiciables no releva al Juez de sus obligaciones procesales, sobre todo cuando tienen una incidencia decisiva en la suerte del pleito.

Refiere que se le ha ocasionado un perjuicio claro y evidente en virtud de haberse visto impedido de ejercer su derecho a impugnar el informe de fs. 137 en abierta contradicción con el primer dictamen.

En segundo lugar, se agravia la demandada por cuanto la sentencia en crisis determina que las dolencias



físicas que sufre el actor son de índole laboral, ello en base al cuestionado informe de fs. 137.

Señala que no existe en autos prueba alguna que demuestre que las hernias que padece el Sr. Vera Palma se relacionen causalmente con el siniestro de autos, como tampoco sobre las tareas denunciadas y las condiciones en que habrían sido cumplidas.

Insiste en que la patología del actor es de naturaleza inculpable.

Afirma la demandada, que en el expediente no se identifica el agente causante de la supuesta enfermedad en los términos del Decreto 658/96 y que las tareas de chofer de camiones pesados -cuyo efectivo desempeño no se encuentra probado en el expediente- no son agentes causales de hernias de disco.

Se agravia también porque la sentencia acepta que la perito fije un 30% de incapacidad por cada hernia, cuando en su primer informe ni siquiera las individualizó ni explicó el motivo del porcentaje, máxime cuando en el dictamen original le fijó 5% por una hernia.

Del mismo modo, se queja por cuanto sostiene que resulta infundada la sentencia de grado que acepta lo determinado por la perito respecto de que no podrá desarrollar sus tareas habituales, cuando en el primer dictamen informa que el propio actor da cuenta de que fue operado de columna por hernia discal L4-L5 y que luego presentó a su empleador un certificado de aptitud para conducir camiones y que reinició su tarea habitual.

Lo mismo señala con respecto a las pequeñas limitaciones de movilidad que surgieron del examen físico de columna realizado.



Insiste la demandada en que la sentencia resulta infundada al aceptar que el actor pasa repentinamente de sufrir una incapacidad del 7,5% a una casi total permanente y definitiva, con necesidad de tratamiento intensivo y de rehabilitación por tiempo prolongado.

Concluye el apelante en que resulta inverosímil que una persona padezca una incapacidad física del 87,41% a la que se le agrega un 29% de incapacidad psicológica y que, no obstante ello, reconozca llevar a cabo una vida laboral activa.

En segundo lugar, se agravia la demandada por cuanto la sentencia ha determinado que el actor padece una incapacidad psicológica del 29% correlativa a una RVAN Grado III, todo como consecuencia del accidente de trabajo sufrido.

Señala que el decisorio ha omitido considerar los argumentos planteados por su parte al impugnar el dictamen, sin siquiera explicar los motivos que lo llevaron a aceptar las conclusiones expuestas en la pericia psicológica.

Dice, igualmente, que en ningún momento se asocia el diagnóstico a la supuesta enfermedad profesional.

Finalmente, se agravia por cuanto el diagnóstico (RVAN GRADO III) no se condice con el dictamen, en tanto no describe ninguna de las características que contempla el Decreto 659/96, siendo que hay intervención de características y componentes de la personalidad basal en el cuadro al no poder elaborar conflictos.

Formula reserva del caso federal.

En su escrito de responde la parte actora pide se rechacen los agravios con expresa imposición de costas.



Concretamente, respecto del planteo de nulidad, sostiene que ambas partes se notificaron por nota del traslado.

Además, explica que ningún acto procesal puede ser declarado nulo si la ley no prevé expresamente dicha sanción, por lo que -no encontrándose prevista la nulidad para el caso de autos- cabe desechar tal planteo.

A ello, le agrega que durante varias etapas del juicio con posterioridad al escrito de fs. 137 se le notificó a la demandada acerca de la existencia de la respuesta de la Dra. ... y, finalmente, con fecha 03.11.2017 se pusieron los autos para alegar, sin que la contraparte haya efectuado manifestación alguna respecto del informe en cuestión.

Con relación al dictamen pericial médico y el grado de incapacidad física cuestionado por la ART, la parte actora señala que su parte siempre tipificó las dolencias del actor como resultado de un accidente de trabajo y que tanto las tareas de chofer como su antigüedad en el puesto surgen de la prueba documental agregada a autos (recibos de haberes).

Señala que, de acuerdo a la pericia, la sentencia determinó la relación entre las tareas desarrolladas por el Sr. Vera Palma y las dolencias en su columna y que ello no fue desvirtuado por la contraparte, como tampoco se han agregado exámenes pre ocupacionales o periódicos que permitan acreditar algún tipo de preexistencia.

Concluye en que no asisten razón a la demandada respecto al encuadre de las hernias de disco, por lo que corresponde aplicar al caso de autos de las Leyes que aprueban los Convenios OIT n°15 y 187 y Protocolo 2002.

En cuanto al agravio relacionado con la pericia psicológica, y remitiéndose a los argumentos reseñados respecto del valor probatorio de los informes periciales y los



motivos que permiten apartarse de los mismos, se limita a resaltar aspectos del informe como ser la referencia a la angustia, minusvalía, depresión, etc.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de la parte demandada, advierto que en lo referente a la nulidad planteada, la misma no ha de prosperar.

En primer término parece necesario remitirnos a lo dispuesto en el artículo 475 del código procesal, siendo que en su parte pertinente dispone que: *"...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 día de notificadas por ministerio de la ley. La falta de impugnaciones o pedido 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 en la oportunidad de alegar con arreglo a lo dispuesto por el artículo 477"*.

Los principios de especificidad, trascendencia e instrumentalidad de las formas se ven reflejados en el ordenamiento vigente, al decir que ningún acto procesal será nulo si la ley no prevé esa sanción expresamente y que esta declaración procederá sólo cuando carezca de los requisitos que imposibiliten la obtención de la finalidad a la que estaba destinado.

En este sentido, se sostiene que no es posible decretar nulidad alguna sin que exista un vicio que afecte alguno de los requisitos del acto y que surja desviación trascendente e interés jurídico en la declaración -no hay nulidad por la nulidad misma o para satisfacer un mero interés teórico-; razón por la cual debe existir y demostrarse al



momento en que se plantea el agravio concreto, mencionándose las defensas, también concretas, que no han podido oponerse.

Igualmente se presentan otros principios rectores en la materia como aquel que indica que el sujeto que no ha dado lugar a la nulidad deba ser quien solicite la invalidez del acto (principio de no contradicción), siendo que nadie puede alegar su propia torpeza; y que el interesado no haya convalidado o consentido la contingencia por la cual se pretende retrotraer las actuaciones (principio de convalidación o subsanación), ya sea en forma expresa o tácita, al no promover el incidente dentro de los cinco días subsiguientes a la toma de conocimiento.

En virtud de lo expuesto, advierto que -sin perjuicio de no haberse corrido el pertinente traslado de la respuesta- la parte demandada fue efectivamente notificada por nota de las explicaciones, momento a partir del cual comenzó a computarse el término de los cinco días. No habiéndose articulado el planteo de nulidad oportunamente, deviene extemporáneo el intento en esta instancia, por lo que debe rechazarse.

Sentado ello, corresponde analizar el agravio vertido sobre la incapacidad física determinada en la sentencia en base al informe de fs. 137.

Se advierte que el porcentaje de incapacidad receptado por la jueza de grado es el que la perito determina al contestar la impugnación de la parte actora (fs. 137), momento en que rectificó su primer dictamen donde lo había fijado en el 7,5%, esa rectificación es realizada luego de reconocer haber "incurrido involuntariamente en algunos errores".

En efecto, la magistrada ha concluido que:
"...Analizado el dictamen y las sucesivas presentaciones de la



experta y de las partes, considero que la conclusión se corresponde con el examen físico desarrollado y con lo previsto en el baremo de ley”, por lo que tiene por acreditado que el actor padece una incapacidad física del 87.4%.

Sobre el particular, corresponde recordar que el artículo 474 del C.P.C. y C. establece que la pericia debe contener: “... la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funde”, a su vez el artículo 476 dispone que: “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 los letrados, conforme a los artículos 474 y 475, y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”.

Señala Falcón que: “El perito debe producir su informe con plena ciencia y honrada consciencia. Debe agotar la investigación y sobre la base objetiva de los hechos como son, sin prejuicios, suministrar al juez los elementos necesarios para ilustrarlo, no para confundirlo...” (Tratado de Derecho procesal Civil y Comercial, Tomo II, pág. 1168, Rubinzal Culzoni Editores)

A continuación, refiere que: “El dictamen debe ser claro y sencillo, explicando las cuestiones científicamente, pero volcando al lenguaje vulgar los conceptos y relaciones, a menos que ello sea imposible.” (ídem, pág. 169). Y detalla los pasos que se deben seguir a saber: relacionar el tema sobre el cual se expide en el texto mismo de la pericia, no por referencia a otros escritos; indicar las fuentes de las que se ha servido; indicar qué operaciones técnicas ha realizado, cómo las ha realizado y que fiabilidad le merecen las mismas; y describir cómo se



compadecen estas operaciones con lo requerido en cada caso de modo específico, contestando concretamente el requerimiento, el punto o la pregunta, mostrando el alcance de lo descubierto. (Ibíd., pág. 1169/1709).

En su informe pericial, el profesional elabora su informe a partir de un breve interrogatorio clínico al paciente, el examen físico y la lectura de la prueba documental obrante en autos.

A partir de allí, arriba a sus conclusiones y renglón seguido contesta escuetamente los puntos de pericia de ambas partes.

Al responder la impugnación de la parte actora, a fs. 137, y con fundamento en haber incurrido involuntariamente en algunos errores aumenta el porcentaje de incapacidad de 7,5% a 87,4%.

Advierto que en ese su breve desarrollo no cumple con los requisitos legales ya citados, modifica sustancialmente el dictamen en base a que al haber reexaminado el informe reconoce haber incurrido en "errores involuntarios", los cuales tampoco explica, todo lo cual le quita a su labor todo rigor científico y fuerza de convicción.

Del escrito de fs.137 se desprende que los argumentos brindados por la Dra. Sagarna para corregir el porcentaje de incapacidad se relacionan con las tareas de chofer de camiones pesados por muchos años, las secuelas de la operación que le fuera realizada y el hecho de que el actor no podrá realizar en el futuro su trabajo habitual, circunstancias todas que se encontraban presentes al momento de realizar el primer dictamen.

En consecuencia, siendo que la pericia en cuestión no logra brindar al juzgador los elementos necesarios



para poder sostener válidamente dicha resolución, deviene necesario la realización de un nuevo dictamen.

En efecto, la falta de fundamentación por un lado y la considerable diferencia emergente de ambos informes por el otro, privan al intérprete de toda posibilidad de arribar a una valoración justa de la real incapacidad del actor, objeto de agravios; por ello y a fin de abordar el recurso de apelación de autos, resulta necesario la realización de una nueva pericia conforme los puntos ofrecidos por las partes en sus escritos constitutivos (parte actora a fs. 67 vta. y 68 y parte demandada a fs. 100 y vta.), supeditando el tratamiento del agravio en torno al dictamen psicológico a las resultas de la nueva pericia que se ordena.

Este requerimiento ha de ser encuadrado como medida para mejor proveer.

No desconozco la controversia que suscita el dictado de medidas para mejor proveer, pero lo cierto es que nuestra legislación procesal otorga a los magistrados la posibilidad de su dictado (art. 36 inc. 2º, CPCyC), y de tal posibilidad ha hecho uso incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. autos "G., M.E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", sentencia del 23/6/2011, LL on line, AR/JUR/26824/2011) y, en materia laboral -como la de autos, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (cfr. Sala III, "Los Santos c/ Asociart ART S.A.", 11/11/2008, LL on line, AR/JUR/20132/2008).

Sobre esta, la jurisprudencia ha dicho que la facultad de dictar medidas para mejor proveer que poseen los jueces es amplia e independiente de la actividad que pudieran haber cumplido u omitido los litigantes, pues en tales supuestos ponen en ejercicio facultades que les son privativas y que se relacionan directamente con el deber que les incumbe



de administrar justicia rectamente, según derecho y sobre la base de la verdad averiguada sobre los hechos (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala E, "Guerchicoff c/ Sosa", 3/9/2008, LL on line, AR/JUR/6745/2008). Si bien no comparto una posición tan amplia respecto de la posibilidad de dictar medidas para mejor proveer, ya que entiendo que éstas no pueden suplir negligencias u omisiones absolutas de los litigantes (excepción hecha de aquellas situaciones en la que se encuentren comprometidos intereses superiores, que exceden los de las partes o que atañen a derechos humanos esenciales), si acepto que puedan dirigirse a mejorar, completar o aclarar pruebas anteriores o aspectos referidos a hechos verificados, porque si en la causa ya obran pruebas que el juez sólo ha de completar para un mejor acabamiento de la sentencia, no resulta posible perjudicar a la otra parte con la incorporación de una prueba totalmente ausente en el proceso (cfr. Cám. 5° Apel. Civ., Com., Minas, Paz y Tributario Mendoza, "Charif, Emir Darío", 23/2/2011, LL on line, AR/JUR/4594/2011).

El caso de autos se enmarca entre aquellos que habilitan el dictado de una medida como la resuelta, en tanto se trata de aclarar una prueba ofrecida y producida en la causa, respecto de la cual se ha determinado un porcentaje de incapacidad notoriamente superior al dictaminado en primer lugar, sin que se observen fundamentos suficientes que justifique la modificación plasmada a fs. 137.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, requerir, como medida para mejor proveer, a la perito médica designada en autos que realice un nuevo informe pericial conforme los puntos de pericia ofrecidos por las partes en los escritos constitutivos de fs. 67 vta. y 68 (actora) y fs. 100 y vta. (demandada); informe que deberá ser presentado en la causa dentro de los quince días de notificada de esta resolución. En



el ínterin, se suspenderá el llamado de autos para sentencia y se diferirá la imposición de las costas para el momento procesal oportuno.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Requerir, como medida para mejor proveer, a la perito médica designada en autos que, en el plazo de quince días de notificada de esta resolución, realice un nuevo informe pericial conforme los puntos de pericia ofrecidos por las partes en los escritos constitutivos de fs. 67 vta. y 68 (actora) y fs. 100 y vta. (demandada).

II.- Diferir la imposición de las costas para el momento procesal oportuno.

III.- Suspender, ínterin, el llamado de autos para sentencia de fs. 272.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y siga la causa de conformidad con lo aquí ordenado.

Dra. Patricia Clerici - Dr. José I. Noacco
Dra. Micaela Rosales - Secretaria