NEUQUEN, 6 de Septiembre del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"LAGOS JOSE ANTONIO C/ EXPERIENCIA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA3 EXP 470312/2012)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. La actora deduce recurso de apelación.

Cuestiona la valoración efectuada de la pericia y el trabajo pericial, en punto a las conclusiones a las que arriba el auxiliar.

Sostiene que el perito se extralimita en punto a su análisis de relación de causalidad y sostiene que es errado considerar, tal como lo hizo el magistrado, receptando lo dictaminado, que la dolencia tiene una causa crónica y degenerativa y es de carácter inculpable.

Expone que el perito reconoce como acertado el diagnóstico de la Comisión Médica de lumbalgia postraumática y que, a continuación manifiesta que también presenta una radiculopatía L5 crónica y dos hernias de disco L1 L2 y L5 S1, las cuales define como patología degenerativas y a las que atribuye la totalidad de las limitaciones funcionales.

Indica que su parte nunca sostuvo que las hernias de disco fueran causadas por el infortunio, habiendo iniciado la acción a efectos que se evaluara específicamente las secuelas de la lumbalgia postraumática. Cuestiona las conclusiones y dice que sus respuestas fueron apresuradas y no agregó mayores fundamentos.

Dice luego que la preexistencia de la discopatía lumbar con causa no laboral, sólo podría haberse acreditado mediante la existencia de exámenes preocupacionales, los que en el especie no existen.

Cita pronunciamientos dictados en otras causas, los que considera aplicables al presente.

Subsidiariamente, apela la imposición de costas, entendiendo que el actor pudo creerse con derecho a promover la demanda.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 192/194.

2. Ahora bien, al acceder a la instancia judicial, el actor plantea que existe relación de causalidad entre la dolencia que padece y el accidente sufrido en el trabajo.

Hace alusión a los estudios practicados de los que resultan las lesiones informadas en la RMN.

Luego de relatar las distintas vicisitudes por las que atravesara el trámite ante la ART, relata que fue al Hospital donde se le diagnosticó discopatía lumbar y hace referencia al resultado de la nueva RMN practicada.

Indica que las lesiones padecidas, sus secuelas no se compadecen por lo dictaminado en la Comisión, por lo que solicita “se proceda a la designación de un perito médico legista, especialista en medicina laboral, a fin de que previa evaluación y examen del actor, se expida acerca de su verdadera minusvalía, con motivo del hecho súbito y violento sufrido en cumplimiento de sus tareas habituales”.

Como se puede advertir de la transcripción efectuada, el reclamo que en esta causa se deduce se centra en el accidente de trabajo ocurrido el día 16 de enero de 2012.

Y esto determina la suerte de la impugnación, en tanto es claro que, a partir de los términos de la pericia, con causa en dicho accidente, no se registra incapacidad alguna. El perito refiere:

"El actor sufrió un accidente de trabajo en enero de 2012, caracterizado como lumbalgia post-esfuerzo (se le realizó un EMG que mostró radiculopatía L5 crónica. Realizó posteriormente RMN que mostró dos hernias de disco L1-L2- y L5-S1. El mecanismo accidental no tiene la entidad para producir dos hernias de disco. En el momento del examen pericial no hay signosintomatología para evaluar (Laségue negativo bilateral, ni a maniobras de compresión).

Es que, como sostuviera al resolver la causa Esparza "las consideraciones que pudieran efectuarse en punto a que las lesiones registradas pudieran tener relación de causalidad con las tareas realizadas, coloca el eje de la pretensión en otro esquema, distinto del planteado en autos (que se circunscribe a la existencia de un accidente, hecho súbito y violento…).

Justamente, por eso, en este caso, la ausencia de planteo de la dolencia con causa en el tipo de tareas desarrolladas, impide sopesar con carácter dirimente a la ausencia de exámenes preocupacionales y periódicos. Nótese que éstos últimos, están destinados a efectuar un control de la evolución de su salud, cuando el trabajador se encuentra expuesto a determinados agentes de riesgo y tienden a verificar la aparición y desarrollo ulterior de enfermedades infecciosas o degenerativas en el transcurso de los años.

Insisto en que en el caso, la cuestión fue planteada como accidente de trabajo y no como enfermedad degenerativa producto o agravada por del tipo de tareas llevadas a cabo".

El perito refiere a que la patología que presenta (relacionada con la discopatía lumbar a la que se hace alusión en la demanda al describirse las lesiones que resultan de las RMN), no es atribuible al trabajo y que se trata de un enfermedad degenerativa (hojas 95 vta.).

Advierto aquí, que al impugnar los informes periciales, contrariamente a lo ahora planteado en esta instancia, en línea con los términos de la demanda, la actora cuestionó que no se reconocieran que las hernias tuvieran origen en el accidente (ver consideraciones vertidas en hojas 115/116 y puntos 5) y 6) de hojas 102/103).

Frente a ello, al brindar explicaciones, el perito dice que el actor "al momento del examen no tenía signosintomatología y movilidad columnaria completa y normal". Aclara que "El mecanismo accidental del Sr. Lagos no tiene entidad para producir hernias en primer lugar. En segundo lugar en el momento del examen pericial no presentaba ninguna signo sintomatología" y aclara que "no se informa la goniometría ya que tiene los valores normales especificados en el baremo".

De allí que las conclusiones a las que arriba el magistrado son correctas en orden las constancias probatorias de la causa.

Es que, aún siguiendo los lineamientos dados por el recurrente, esto es, de considerarse que la pericia contiene yerros que no pueden dar sustento al pronunciamiento (lo que, aclaro, no advierto), la solución en el caso no variaría, en tanto no existiría en la causa, prueba alguna que permitiese

afirmar que la patología que registra el actor es producto del accidente de trabajo: la carga de la prueba del daño pesaba sobre la actora y, por lo tanto, a todo evento, la insuficiencia de prueba perjudica a esa parte.

Justamente, como hemos señalado *"Era carga de la actora probar el daño reclamado y si la prueba era insuficiente, en el proceso de formación del material probatorio, debió solicitar las medidas que entendía pertinentes; de hecho, debe notarse que los precedentes que cita en apoyo a la declaración de nulidad de la pericia y la procedencia de la realización de una nueva, se han dictado o, los planteamientos habían sido efectuados, en el curso de la etapa probatoria.*

El control que las partes ejercen sobre la producción de la prueba, justamente, posibilita efectuar los planteos que hagan al pleno ejercicio del derecho a probar y por lo tanto, la carga no puede ser trasladada al magistrado. La facultad de que éste puede ejercer, con el alcance que está contemplado en el ordenamiento procesal vigente, no determina que su no ejercicio invalide la decisión judicial (dejando además de lado la controversia de orden ideológico-filosófico, que la interpretación de los alcances y oportunidad de ejercicio, involucra).

Por estas razones, las críticas efectuadas, estrictamente sobre estas bases, no pueden prosperar…" (cfr. "RAMOS JOSE EMILIO C/ JARA JOSE FELIPE Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE" JNQCI6 EXP Nº 449646/2011).

Nótese –por otra parte- que, en el caso, no se ha solicitado oportunamente la declaración de nulidad de la pericia, desde donde la reserva de solicitar la apertura a

prueba en esta instancia es inconducente. Y, por las mismas razones, igual de improcedente es la apertura aquí solicitada.

Es que como reiteradamente hemos señalado, la "procedencia de producción de prueba en segunda instancia, es excepcional y se funda, principalmente, en que el Juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada. Además, el criterio de admisibilidad de la misma debe ser restrictivo por cuanto importa retrotraer posibilidades que tienen una oportunidad prefijada. Por otra parte, si la cuestión pudo ser debatida con anterioridad y esto no ocurrió por la inactividad de los interesados no corresponde abrir a prueba en la Alzada (PS. 1994-I-38/40- Sala I)" –cfr. Sala II, "Betanzo y otros c/ IPVU", P.S. 1999-III, n° 132; "Aguirre c/ Rueda", P.S. 2011-I, n° 8).

Y aquí, a todo evento cuadra señalar que, ante la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del experto -técnicamente ajeno al hombre de derecho- para desvirtuarla, es imprescindible ponderar otros elementos de juicio que permitan concluir de un modo certero en el error o en el inadecuado o insuficiente uso que el perito hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado.

En autos, estos extremos no se presentan y tampoco existen otros medios de prueba, de relevancia comparable o superior a la que en el caso reviste esta prueba, que persuadan que las conclusiones periciales hubieran debido ser dejadas de lado por el magistrado (cfr. Ammirato, Aurelio Luis, "Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial" publicado en: LA LEY 1998-F, 274).

De allí que el fundamento del pedido de producción de prueba en segunda instancia radica únicamente en la

disconformidad del actor con el resultado de la pericia, y ello no es razón suficiente para determinar el diligenciamiento de una nueva pericia.

Por todas estas razones, entiendo que el recurso no puede prosperar. En cuanto a la imposición de costas, no advierto que existan motivos objetivos para apartarse del principio objetivo de la derrota.

Propicio en consecuencia al Acuerdo, se desestime el recurso de apelación, con costas al vencido. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

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

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Desestimar el recurso de apelación deducido por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de hojas 180/182 en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17, Ley Nº 921).

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

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA