NEUQUEN, 18 de Octubre del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"STONE DIEGO RUBEN C/ PREVENCION ART S.A S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA3 EXP 502863/2014)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Jorge PASCUARELLI y Marcelo MEDORI,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Celina BARTHES, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 277/280 se dictó sentencia por la cual se rechazó la demanda, con costas.

A fs. 285/300 vta. apela el actor. Relata los antecedentes del caso y en el primer agravio se queja por la valoración del informe pericial porque en la etapa oportuna recusó con causa a la perito, así como también porque lo impugnó y planteo su nulidad. Expresa que puso consultor técnico que contradijo la pericia en cuestiones no opinables como los ángulos de movilidad del hombro y las técnicas que se deben aplicar. Sostiene que la sentencia es inmotivada porque no se analizaron la pericia y las impugnaciones planteadas.

Dice que se desconocieron falsedades en la pericia como que solo en el marco de la recusación con causa se pude comprender que no se otorgara incapacidad, que la pericia es nula porque se informan limitaciones funcionales en el hombro derecho que no se condicen con la realidad y se deben a que no se utilizó la técnica normal y que la perito participó movilizando el brazo y hombro del actor.

Sostiene que la técnica es equivocada cuando se tomaron valores estando el actor de pie además de forzar la médica los movimientos, cuando se debía realizar en posición pasiva especialmente en decúbito. Alega que la perito realiza afirmaciones falsas.

Solicita que se realice nueva pericia en los términos del artículo 475 del CPCyC, basa su pedido en la discrepancia del informe pericial con el del consultor técnico y el certificado médico, que al contestarse la impugnación no contradijo sus observaciones, no se informaron los ángulos pasivos y activos para tabular la incapacidad, es falsa al información sobre la asimetría de los hombros, es evidente la enemistad de la perito con los letrados, se debe buscar la verdad real y la perito forzó la movilización de lesión dañada reconociéndolo al decir que tomó ángulos pasivos.

Luego se refiere a la real patología del actor, sostiene que incluso de no estar comprendidas en el baremo se deben reparar y cita jurisprudencia que entiende aplicable. Expresa que el actor presenta una articulación del hombro derecho limitada funcionalmente con una incapacidad total del 25,96% conforme el baremo del decreto 659/96.

También alega falta de fundamentación y arbitrariedad de la sentencia debido a que se ignoraron sus planteos respecto a la pericia, que el informe no se ajusta al estado real del actor y se desestimó una nueva revisación o medición de los ángulos de movilidad.

Asimismo sostiene que se desconoce el precedente “Salinas” del TSJ.

Solicita una nueva pericia en los términos del art. 475 del CPCyC fundada en la búsqueda de la verdad real.

A fs. 302/306 la contraria contesta el traslado de los agravios. Solicita su rechazo, con costas.

II. 1. En relación con la solicitud de producción de prueba en la Alzada cabe señalar que el pedido no encuadra en

ninguno de los supuestos del art. 260 del CPCyC por lo cual es improcedente.

Al respecto, esta Alzada sostuvo: *"[…] que la apertura a prueba en la segunda instancia se encuentra limitada a los supuestos previstos por los incisos 2do. y 5to., – apartados a) y b) – del artículo 260 del Código Procesal; es decir en la hipótesis de tratarse de un replanteo de prueba o cuando se hubiese alegado un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista por el artículo 365 del citado cuerpo legal".*

"Es así que cualquiera de las partes, puede solicitar el diligenciamiento en esta segunda instancia de la prueba indebidamente denegada en primera instancia ó respecto de la cual hubiere mediado una también errónea declaración de negligencia o caducidad por negligencia (v. Kielmanovich, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado", 5ta. edic. actualizada, Edit. Abeledo Perrot, Año 2010 pág. 604)".

"En este contexto, la petición en la Alzada, debe encontrarse debidamente fundada (artículo 260 inciso 2 "in fine"), lo que implica la necesidad de señalar los errores cometidos en la resolución del magistrado de grado, a los efectos de demostrar que las probanzas no fueron correctamente denegadas o decretadas negligentes o caducas (…)".

"Así las cosas, este Tribunal ha sostenido que la instrucción del proceso es, como regla, actividad cuyo desarrollo corresponde al trámite en primera instancia, siendo solo excepcionalmente admisible la reedición de la etapa probatoria en la alzada (CNCiv. Sala H, 3/9/97, in re "Kirikian, Jorge A. y ot. c/ Delmas Sabia, Marcos A", LL 1998-B-pág. 434)".

"En su mérito, al no observarse que se encuentren configurados ninguno de los supuestos que habilitarían la producción de prueba en los términos del mencionado artículo 260 del código de forma, se desestima la solicitud que se efectúa" (CNCiv., Sala H, *"D., J. A. c. M., E. y otros s/ daños y perjuicios resp. prof. médicos y aux."*, 15/08/2014; AR/JUR/45056/2014), ("MENDEZ SILVINA BEATRIZ C/ POLICLINICO NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ D. y P. - MALA PRAXIS", Expte. Nº 395618/2009 y "MARAMBIO ALBERTO C/ COOP. FRUTIC. Y DE CONS. LA FLO Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL", JNQCI1 EXP 327220/2005, ACUMULADOS CON LOS AUTOS "URBINA NESTOR FABIAN C/ COOPERATIVA LA FLOR LTDA. s/ ACCIDENTE ACCIÓN CIVIL", Expte. N° 327220/5).

A partir de lo expuesto, corresponde desestimar el replanteo de prueba pericial pedido por el actor, atento que no se encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el art. 260 del C.P.C. y C. sino que la recurrente solicita su reproducción por la divergencia en las conclusiones con el informe pericial.

2. Ingresando al análisis de los agravios cabe partir de señalar que en el caso el actor interpuso demanda por la diferencia del porcentaje de incapacidad determinado en sede administrativa en el 18,06% (fs. 38, por el cual percibió $ 162.303,06 el 28/05/2013, fs. 39) que estimó en el 25,96% (fs. 69vta.) sobre la base del dictamen médico que acompaño a fs. 40/46.

El *A-quo* rechazó la demanda a partir del informe de la perito médica que determinó una incapacidad del 12,97%.

La recurrente se agravia de esta valoración sosteniendo que en la etapa oportuna recuso con causa a la perito, así como también porque lo impugnó y planteo su nulidad.

Al respecto, cabe señalar que la recusación del perito fue rechazada por extemporánea fs. 129 conforme el art. 465 del CPCyC (fs. 108, 127/128 y 132), sin perjuicio de que el art. 35 Ley 921 establece que no son recusables.

Y resulta improcedente fundar el agravio en los motivos alegados para recusar al perito (antes de que realice su informe) porque no hacen a la valoración efectuada por el *A-quo* en la sentencia del informe pericial.

Por otra parte, en el informe de fs. 190/191 la perito dictaminó que el actor presenta una lesión del manguito rotador derecho (miembro hábil) y tiene una incapacidad del 12,97% permanente parcial y definitiva basada en el examen físico del actor, en la documental agregada al expediente y estudios complementarios.

Luego, en la apelación se reitera lo expuesto en la impugnación y planteo de nulidad de la pericia (fs. 195/196). Alega que la técnica empleada por la perito médica no resulta adecuada porque los ejercicios fueron efectuados de pie y la Dra. Elena participó movilizándole los brazos, por lo que no son correctos los valores goniométricos referidos en la pericia y se realizan afirmaciones falsas porque el actor presenta asimetría de hombros y la perito dijo que no se evidencia (fs. 196 y reiterados a fs. 291)

Entiendo que la sentencia no resulta infundada por cuanto se apoya en las contestaciones de la perito médica que lucen adecuadamente fundadas en cuento sostiene que *"Este perito aclara que el exámen clínico semiológico se realizó conforme a protocolo de examen de hombro realizado el mismo en posición de bipedestación, no variando la técnica semiológica, no siendo un dato de relevancia el cambio de decúbito"* y citó bibliografía en su apoyo. Además, aclaró que la evaluación-

medición de los ángulos de movimiento si bien se realiza con movimientos en activo y pasivos, que la incapacidad se efectúa en base a los movimientos activos explicando los realizados y como se evaluaron (fs. 206).

El consultor técnico de la parte no participó del examen realizado por la médica al actor (art. 471 del CPCyC) pese a que se citó a la parte con la debida antelación (fs. 180), asimismo dice *"Que si bien el baremo de la ley 24557 no contempla alguna de las patologías que contempla el actor, todas las informadas por el Dr. Alegre se corresponden con las halladas por el dicente y se coincide con el porcentaje de incapacidad determinado, es decir el 25,96% V.T.O."* (fs. 201) pero no dice cuales son esa patologías (contempladas o no por el baremo) y en el informe del Dr. Alegre se determina incapacidad conforme el baremo del decreto 659/96; por lo cual resulta insuficiente para sostener la nulidad de la pericia que alega el recurrente.

Entonces, como sostuvo el *A-quo* al rechazar la nulidad de la pericia (fs. 207) la queja del recurrente no se funda en la omisión de las formas procesales que constituyen el presupuesto esencial de su validez (cfr. Palacio – Alvarado Velloso, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. 8, pág. 522, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 1999).

Además, cabe agregar que el recurrente en ningún punto de su apelación aclara concretamente cual es la patología no incluida en el baremo por la cual reclama la aplicación del precedente "Salinas" del TSJ, repárese que en el informe médico de parte se determinó incapacidad conforme el baremo del decreto 659/96.

Al respecto, corresponde considerar que "[…] *tal como se ha señalado en otras oportunidades, que para apartarse de*

las conclusiones del perito, deben existir razones serias con fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos, con las reglas del pensamiento científico o con las máximas de experiencia, la existencia de errores de entidad, o que hay en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (cfr. TSJ Ac. 1.702/09).”

“Es que si bien es cierto que la ley no confiere a la prueba de peritos el carácter de prueba legal, no lo es menos 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 (cfr. Ammirato, Aurelio Luis, “Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial” publicado en: LA LEY 1998-F, 274)”, (“MUNOZ DIEGO EDUARDO C/ PREVENCION ART S.A. S/ RECURSO ART 746 LEY 24557”, JNQLA3 EXP Nº 469772/2012).

En el caso, la recurrente no acredita que hayan elementos que determinen la incompetencia técnica o que persuadan de que las conclusiones a la que arriba el perito no sean plausibles en el contexto de la causa, ni que la *A-quo* se haya apartado de las pautas del art. 476 del C.P.C. y C. en su valoración.

III. Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo rechazar el pedido de replanteo de prueba en la Alzada y la apelación deducida por el actor a fs. 285/300vta. y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 277/280 en lo que fue materia recurso y agravios. Imponer las costas por la

actuación ante la Alzada a la parte recurrente vencida (arts. 17 ley 921 y 68 del CPCyC).

Tal mi voto.

El Dr. **Marcelo MEDORI** 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. Rechazar el pedido de replanteo de prueba en la Alzada y la apelación deducida por el actor a fs. 285/300 vta. y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 277/280 en lo que fue materia recurso y agravios.

2. Imponer las costas por la actuación ante la Alzada a la parte recurrente vencida (arts. 17 ley 921 y 68 del CPCyC) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los de la anterior (art. 15, LA).

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

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Marcelo MEDORI
Dra. Celina BARTHES - SECRETARIA