NEUQUEN, 13 de agosto del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MOLINA MIGUEL ANGEL C/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"**, (**JNQLA1 EXP** N° **508113/2016**), 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 al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia **CLERICI dijo:**

I.- Ambas partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 241/244 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

A) La parte actora reseña el devenir del trámite, y se agravia por la discriminación, que realiza el a quo, respecto de factores propios del trabajo y factores propios del trabajador.

Destaca que en autos no se han agregado ni el examen preocupacional ni los exámenes periódicos del actor.

Dice que el perito médico ha informado que el trabajador presenta en su rodilla izquierda lesiones seculares, pero desde el punto de vista médico legal no es posible afirmar que las mismas sean resultantes exclusivas del accidente sufrido, y fija la incapacidad del demandante en el 11,35%. Agrega que también se encuentra probado que el demandante sufrió un accidente de trabajo que afecta su rodilla izquierda y que, a partir de este evento dañoso, el actor no pudo seguir trabajando, requiriendo asistencia médica.

Cita jurisprudencia referida a la improcedencia de discriminar los factores como lo ha hecho el juez de grado.

También se queja porque entiende que el juez de primera instancia no ha valorado la impugnación que formulara su parte respecto de la prueba pericial médica.

Transcribe las impugnaciones oportunamente formuladas, señalando que la incapacidad real del actor es del 34,5%.

Reitera que la sentencia recurrida nada dice de la impugnación ni sobre el mal encuadramiento en el baremo de las secuelas descriptas por el propio perito.

Sostiene que la pericia médica de autos carece de los requisitos mínimos para ser tenida como tal, pues no se ajusta al baremo, no se han dado las debidas explicaciones, por lo que, en definitiva, no se ha informado ni a las partes ni al juez adecuadamente.

Sostiene que el fallo apelado se aparta del precedente "Salinas" del Tribunal Superior de Justicia.

Hace reserva del caso federal.

B) La parte demandada se agravia por la regulación de los honorarios de los letrados de la parte actora en un 21%, y de los peritos médico y psicóloga, en un 12%, excediendo el límite de la confiscatoriedad.

Dice que la sumatoria de los rubros a cargo de la demandada es del 33%, y si se agregan los importes correspondientes a tasas y contribuciones, se eleva al 36,50%.

Cita el precedente "Ippi c/ Sánchez" del Tribunal Superior de Justicia.

Solicita se reduzcan los honorarios referidos.

Hace reserva del caso federal.

C) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 284/286 vta.

Entiende que el memorial de la actora no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, siendo una mera disconformidad con los argumentos dados por el juez de grado.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Dice que el dictamen del Dr..... ha sido claro y terminante, y determinó que el actor presenta síndrome meniscal y artrosis, que le ocasionan gonalgia izquierda con limitación funcional.

Sigue diciendo que el experto ha revisado los antecedentes médicos aportados a la causa, concluyendo en que el actor presenta lesiones preexistentes de larga data, razón por la cual sostiene que no es posible determinar la existencia de un nexo causal eficiente.

Es por ello, afirma la demandada, que la sentencia de grado entiende que el factor trabajo actuó como agravante de las lesiones ya padecidas.

Insiste en la claridad de la pericia.

II.- El memorial de la parte actora reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que he de proceder a su análisis.

III.- Comienzo el tratamiento de los recursos de apelación de autos, por el planteado por la parte actora, el que refiere a la incapacidad que presenta el actor, y la medida de la responsabilidad de la demandada.

Inicio este tratamiento por la cuestión referida al porcentaje de incapacidad que le corresponde al demandante.

La pericia médica de fs. 175/176 vta. ha determinado que el trabajador de autos presenta una incapacidad del 11,35%, con fundamento en la presencia de síndrome meniscal con signos objetivos (hidrartrosis,

hipotrofia muscular, bloqueo maniobras) en la rodilla izquierda.

La accionante oportunamente pidió aclaraciones al experto, y luego impugnó la pericia, con basamento en el informe acompañado con la demanda (fs. 18/19), que otorga al trabajador una incapacidad del 26%, con fundamento en 1) dolor en puntos meniscales; 2) limitación funcional de rodilla a maniobras de cuclillas; y 3) hipotrofia de cuádriceps homolateral. El perito de parte fija la incapacidad referida en base a la existencia de inestabilidad interna con atrofia, hidrartrosis y alteraciones en la marcha.

De una comparación de estos informes surge que el diagnóstico es prácticamente el mismo, ya que el perito designado en autos indica que existe hidrartrosis, la diferencia en el diámetro entre los cuádriceps izquierdo y derecho, como así también las dificultades para permanecer en cuclillas. No comparten la existencia de inestabilidad en la marcha (el perito señala al contestar el pedido de explicaciones –fs. 199/vta.-, que el actor presenta dificultades en la marcha, pero no tiene marcha inestable); y el resultado del signo de Bragard, que para el médico de parte es positivo, y para el perito negativo.

Ahora bien, la parte actora pretende que la lesión que presenta el demandante no puede ser calificada como síndrome meniscal con signos objetivos –conforme lo ha hecho el perito-, sino que lo correcto es encuadrarla como inestabilidad interna con atrofia, hidrartrosis y alteraciones en la marcha.

Llegado a este punto, existiendo una disparidad de criterios entre el médico de parte y el perito oficial, entiendo que debe estarse a lo dictaminado por este último, en tanto el informe elaborado se ajusta a las prescripciones de

ley (arts. 474 y 475 del CPCyC), ya que ha revisado al actor, ha evaluado los estudios obrantes en autos y sus conclusiones se encuentran fundadas. Insisto en que al contestar el pedido de explicaciones, el perito sostuvo que no existe inestabilidad en la marcha del actor, sino dificultad.

Conforme lo señala Gualterio Martín Mareschi, *"la mera discrepancia de una de las partes resulta insuficiente para disminuir la eficacia probatoria de las pericias"*, y para apartarse del informe pericial *"es necesario el basamento de otros elementos de prueba;…si es formalmente inobjetable y sustancialmente apoyada en ciencia y lógica, frente a la ausencia de toda prueba por lo menos de igual rango, no es dado al tribunal apartarse de sus conclusiones…"* (cfr. aut. cit., "Funciones y atribuciones del perito médico en los casos de infortunios laborales", LL 1989-B, pág. 843).

Esta Sala II se ha expresado en similares términos al sostener que *"En este punto, debe señalarse 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.*

"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 la prueba pericial, que persuadan que las conclusiones del experto deban ser dejadas de lado (cfr. Ammirato, Aurelio Luis, "Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial" publicado en: LA LEY 1998-F, 274" citado en "ANTIL NECULQUEO BELISARIO C/ CNA ART

S.A. S/ RECURSO ART. 46 L. 24557" (EXP N° 372475/2008) Sala I, 12/2/2015)" -cfr. autos "García c/ Provincia ART S.A.", expte. n° 509.132/2016, sentencia de fecha 2/7/2019-.

De lo dicho se sigue que resulta correcto lo actuado por el juez de grado en orden a la valoración de la prueba pericial médica, por cuanto la impugnación de la parte actora no resulta suficiente para quitarle fuerza convictiva.

IV.- Asiste razón a la recurrente en el restante agravio formulado respecto de la sentencia de grado.

La situación que se plantea en autos, lesión preexistente agravada o manifestada por un hecho súbito y violento (accidente de trabajo), ya ha sido abordada por esta Sala II, en anterior composición.

Tanto en autos "Mieres c/ Prevención ART S.A." (expte. n° 450.006/2011, sentencia de fecha 5/5/2016), como en autos "Gutiérrez c/ Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A." (expte. n° 474.151/2013, sentencia de fecha 15/2/2018) se han abordado casos similares al de estas actuaciones.

En el primero de los precedentes señalados se sostuvo que: "*desde el primer aspecto -lógico- no puedo pasar por alto que si una parte del cuerpo de una persona ya se encuentra afectada o lesionada, una acción sobre este segmento que para una zona sin afecciones previas no trae consecuencias, si las puede ocasionar cuando el hombro, en este caso, ya se encuentra lesionado o afectado por un proceso degenerativo.*

"Es por omitir esta circunstancia que el médico de la aseguradora entiende que el mecanismo narrado por el accionante no es idóneo para la producción de la lesión que presenta (fs. 11), en tanto que la Comisión Médica alude a la inexistencia de patología traumática aguda (fs. 16). En ambos casos falta considerar, en mi opinión, la incidencia del

movimiento descripto por el trabajador en un hombro ya lesionado.

"Esta última cuestión no puede no ser valorada en oportunidad de determinar la existencia de relación causal, desde el momento que para el sistema de riesgos del trabajo rige la indiferencia de la concausa, por lo que los factores predisponentes, en autos la edad del demandante y el consecuente proceso degenerativo, no tienen relevancia jurídica (cfr. autos "Vázquez c/ I.A.P.S.E.R. ART", expte. n° 453.707/2011, P.S. 2014-VII, n° 183).

"De ello se sigue que la incapacidad que presenta hoy el accionante (17%) debe atribuirse al accidente de trabajo que nos ocupa".

En el segundo de los precedentes citados, se dijo: *"En tanto no se cuenta en autos con el examen preocupacional del trabajador debo presumir que éste ingresó a trabajar a las órdenes de su empleadora en perfectas condiciones de salud.*

"Agrego que poco importa que los exámenes preocupacionales en general solamente incluyan estudios que no detectan hernias, en tanto un buen empleador y una buena aseguradora de riesgos del trabajo -conforme el parámetro que utiliza la legislación para valorar las conductas- debieran realizar, en trabajos como el que desarrollaba el actor, como parte del examen de admisión, aquellos estudios, dado que se trata de tareas de esfuerzo (recolección o cosecha de frutas).

"Luego, si el trabajador ingresó a las órdenes de la empleadora en buenas condiciones de salud, he de presumir que la hernia -ya sea que el accidente actuara como disparador de la etapa aguda de la enfermedad, o la provocara- es una dolencia laboral.

"Para llegar a esta conclusión no solamente tengo en cuenta la ausencia de examen preocupacional, sino que el actor tenía, al momento del accidente, una antigüedad en su trabajo de cuatro años (de acuerdo con los recibos de haberes agregados a autos su fecha de ingreso es 1 de febrero de 2001), que su categoría laboral era la de peón de cosecha y peón vario, por lo que las tareas que desarrolló en esa época son aptas para provocar la hernia".

Trasladando estos conceptos al caso de autos, entiendo que le asiste razón al recurrente en cuanto a la medición de la incapacidad por la cual tiene que responder la ART demandada.

Juan J. Formaro, con cita del art. 6, apartado 3 de la ley 24.557 sostiene que la hipótesis contemplada en esta norma *"constituiría una exclusión parcial de responsabilidad fundada en una acotada excepción a la aplicación de la teoría de la indiferencia de la concausa, que exige para su procedencia la acreditación de la preexistencia de la incapacidad mediante examen preocupacional cumplido según las condiciones indicadas.*

"Acreditada la preexistencia, la aplicación de esa disposición abrirá dos posibilidades: que no exista examen preocupacional o que el realizado no reúna los recaudos expresamente indicados por la ley, hipótesis en la cual opera la indiferencia de la concausa y por la que el trabajador tendrá derecho a recibir las prestaciones en especie y dinerarias en su totalidad…" (cfr. aut. cit., "Riesgos del Trabajo", Ed. Hammurabi, 2013, pág. 125).

En autos, el perito médico afirma que la rodilla izquierda presenta lesiones preexistentes de larga data, y que al no existir en el expediente el examen preocupacional, ni los exámenes periódicos, es imposible determinar el estado de

salud que presentaba el actor al ingreso laboral y el estado de salud postraumático (fs. 176).

En estos términos, y por aplicación del criterio precedentemente expuesto, la demandada debe responder por el total de la incapacidad de la que es portador el actor, sin que quepa diferenciar entre factores atribuidos al trabajador (lesión preexistente) y factores atribuidos al accidente de trabajo.

Teniendo en cuenta que la fecha de ingreso del actor es 1 de agosto de 2000, al momento del accidente de trabajo contaba con cuatro años de antigüedad en el empleo, por lo que debió realizársele examen preocupacional como así también examen periódico.

La ausencia de estos exámenes, los que no fueron acompañados a autos, hace que deba presumirse que el actor ingresó a trabajar en buenas condiciones de salud física, descartándose la existencia jurídica de la lesión preexistente.

Consecuentemente la demandada debe responder por el 11,35% de incapacidad.

Aplicando este porcentaje de incapacidad a la fórmula del art. 14 inc. 2 apar. a) de la ley 24.557, utilizando los restantes elementos precisados en la sentencia de grado –los que no se encuentran controvertidos-, se obtiene un resultado de $ 57.035,07.

Comparando este resultado con el piso mínimo vigente a la época del accidente –conforme resolución n° 22/14 de la SSS, utilizada por el a quo y consentida en esta instancia-, se advierte que este piso mínimo resulta superior ($ 620.414 x 11,35% = $ 70.416,99), por lo que la demanda progresa por esta última suma.

Luego, corresponde liquidar sobre esta prestación dineraria el adicional previsto en el art. 3 de la ley 26.773, por lo que el capital de condena se eleva a la suma de $ 84.500,39 ($ 70.416,99 + $ 14.083,40).

V.- Para finalizar, corresponde abordar el tratamiento de la apelación arancelaria.

Conforme lo invoca la recurrente, el Tribunal Superior de Justicia ha dicho en autos "Ippi c/ Sánchez" (expte. n° 251.554/2000, Acuerdo n° 15/2018, del registro de la Secretaría Civil) que "*Va de suyo, que no se puede "afianzar la Justicia" con regulaciones de honorarios que eleven los costos del proceso de manera tal que impulse a los justiciables a no someter sus conflictos a los estrados judiciales (Acuerdo Nro. 6/11 "GARCÍA DE SABATTOLI").*

"En este punto, no es ocioso recordar, lo ya sostenido por este Tribunal, respecto de la finalidad de la Ley Nº 1.594 cual es: "[…] por un lado resarcir con justicia la labor profesional y por otro no crear a través de esa legislación una ley de privilegios o una ley que pueda estar en contra de los intereses de la comunidad […]" (Diario de Sesiones –Honorable Legislatura Provincial XIII Período Legislativo 1984 – Tº XII, pág. 24).

"Conforme reiteré en el Acuerdo Nro.14/18, dictado en autos "MICHELI, CRISTIAN" -como regla corresponde observar las escalas arancelarias sin traspasar los porcentajes máximos y mínimos previstos en el arancel.

"Sin embargo -añadí-: "su apartamiento puede justificarse cuando la aplicación de los topes legales afecta el derecho de propiedad de los obligados al pago".

"Es por ello que reafirmé que los honorarios de los profesionales intervinientes en el pleito (abogados y peritos) no pueden superar el 33% del monto de condena. Esto es, del beneficio obtenido por la llamada gananciosa.

"Dicho importe -dije-: "solventará los emolumentos de los abogados de la parte gananciosa más los correspondientes a los peritos por la labor que unos y otros hubieren realizado en Primera instancia".

Si aplicamos estos parámetros al caso de autos, tenemos que la sumatoria de los porcentajes de los honorarios

de los letrados de la parte actora y de los fijados para la retribución de los peritos, nos coloca en un 33% de la base regulatoria, conformada por el capital de condena con más sus intereses.

Consecuentemente, esta regulación no supera el límite establecido por el Tribunal Superior de Justicia (el que no incluye tasa de justicia y contribución al Colegio de Abogados), por lo que serán confirmados.

VI.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar la queja arancelaria y hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora.

En consecuencia, se modifica parcialmente el resolutorio recurrido, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 84.500,39, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, en el 6,3% de la base regulatoria para el Dr. ....., y 4,41% de la base regulatoria para la Dra....., todo de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. José I. **NOACCO dijo:**

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

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs.241/244 vta., incrementando el capital de condena en la

suma de $ 84.500,39, confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, en el 6,3% de la base regulatoria para el Dr....., y 4,41% de la base regulatoria para la Dra..... (art. 15 de la ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria