NEUQUEN, 6 de Agosto del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CARRASCO HERNAN GABRIEL C/ GALENO ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA4 EXP 512439/2018)** 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 el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 149/165VTA. se dictó sentencia por la cual se hizo lugar la demanda por la suma de $ 4.094.604,28 más intereses y costas.

A fs. 171/176 apela la demandada. Alega arbitraria valoración de la prueba al considerar una afección autoinmune previa. Dice que el perito informó una incapacidad del 10% por psoriasis y manifestó que se trata de una enfermedad autoinmune previa al accidente que ocasionó su agravación. Señala que la psoriasis es una enfermedad inculpable previa al siniestro que afectó el tobillo por lo cual el accidente fue un factor concausal no considerado por la LRT.

Expresa que no es el experto quién debe establecer el nexo de causalidad porque el juicio de causalidad es jurídico y solo compete al juez.

Sostiene que el nexo de causalidad no se encuentra debidamente probado entre el accidente y las secuelas por psoriasis por lo cual resultó sobrevalorada la incapacidad del actor.

En segundo lugar alega un error en la suma de las incapacidades determinadas por el perito médico. Dice que es del 27,5% por incapacidad física en lugar del 42% considerado en la sentencia.

Luego, se agravia porque considera que se sumaron dos veces los factores de ponderación porque fueron considerados en la incapacidad física y en la psicológica sumándose luego en la sentencia.

En cuarto lugar, alega arbitraria valoración de la prueba y la improcedencia de la incapacidad psicológica relacionada con la enfermedad previa. Dice que el perito psicólogo solo menciona las afecciones causadas por la psoriasis que era previa al accidente, sostiene que el nexo de causalidad no se encuentra probado.

La contraria no contestó el traslado de los agravios.

II. Ingresando al análisis de las cuestiones planteadas adelanto que el recurso resulta parcialmente procedente.

En punto al primer agravio referido a la valoración de la pericial médica entiendo que no le asiste razón al recurrente por cuanto la sentencia se sustenta en el informe pericial, que no fue impugnado por el recurrente, donde el médico refirió que luego del accidente el actor: "*Comenzó con signos de ansiedad con poussé aguda de dermatitis crónica (psoriasis) con sobreinfección que debió ser medicada con antibióticos y terapia psicológica y tratamiento psiquiátrico, hasta el alta el 06/05/18*", "*Presenta psoriasis en todo el cuerpo con áreas sobreinfectadas*" (fs. 90).

Posteriormente, en las conclusiones dijo que "*El accidente desencadenó un cuadro de dolor que debió ser tratado por especialista (del dolor) y el estrés produjo una exarcebación de su psoriasis por sobreinfección. Fue tratado por especilistas en dolor y por psiquiatra*" y dijo "*La psoriaris es una enfermedad autoinmune, en el caso el estrés que provocó el dolor que no calmaba produjo produjo una*

exarcebación de la misma que mereció tratamiento psiquiátrico junto con el dolor. Desde el punto de vista médico, si bien el actor ya presentaba la psoriasis, todo el evento y evolución le produjo un agravamiento de la misma creando así una relación de causalidad directa […]", (fs. 91). Además el responder el punto propuesto por la demandada respecto a si las lesiones en la piel están relacionadas con el accidente sostuvo que sí. (fs. 39 y 91vta.).

La demandada no solicitó aclaraciones ni impugnó la pericia.

A partir de ello la queja resulta insuficiente para desvirtuar los fundamentos de la sentencia (art. 265 del CPCyC). Es que el recurrente nada dice respecto a lo sostenido por el perito en relación con las razones por las cuales el accidente agravó la enfermedad, fundamentos sobre los cuales se apoya el *A-quo* para fundar su decisión.

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 N° 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 las que arriban los expertos 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.

Lo expuesto anteriormente también determina la improcedencia de la queja respecto a la valoración de la pericial psicológica dado que se fundó en que se otorgaba incapacidad psicológica por una enfermedad previa.

Luego, en punto a los agravios referidos al error en la determinación de la incapacidad y la consideración de los factores de ponderación le asiste razón al recurrente.

Es que el perito médico expresó que la incapacidad física es del 20% y con los factores de ponderación (tipo de actividad alta 20%; amerita recalificación 10% y edad 1,5%) alcanza el 27,5% (fs. 91).

Por su parte el perito psicólogo determinó una incapacidad del 20% por RVAN grado III, que con los factores de ponderación (tipo de actividad intermedia 15%; recalificación 10% y edad 2,5%) es de 27,50% (fs. 98).

Entonces, por aplicación del criterio de capacidad restante y de conformidad a los porcentuales fijados en ambas pericias, resulta una incapacidad del 48,30% (100% - 20% = 80%; 80 x 20% = 16%; 20 + 16 = 36%).

De acuerdo con el Decreto n° 659/96 los factores de ponderación se aplican una vez determinada la incapacidad funcional del individuo, o sea, una vez que se ha obtenido el porcentaje único de incapacidad, aunando, como sucede en autos, las incapacidades física y psíquica mediante el método de la capacidad restante o fórmula de Balthazard.

Consecuentemente, sobre el 36%, corresponde aplicar los factores de ponderación considerados en la pericia médica, dificultad para la tarea alta (7,2%), amerita recalificación (3,6) y edad (1,5%). La incapacidad total es del 48,30% (en lugar del 57,95% establecido en la sentencia).

En consecuencia, el resultado de la fórmula del art. 14 LRT es de $ 2.353.161,2 (53 x 36.769,58 x 2,5 x 48,30%) y la prestación adicional del art. 3 ley 26.773 es de $ 470.632,24 por lo que el monto total es de $ 2.823.793,44.

Además, teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad no corresponde el monto único del art. 11 LRT.

Entonces el monto de condena es de $ 2.871.793,44 ($ 2.823.793,44 + 48.000).

III. Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 171/176 y modificar la sentencia de fs. 149/165vta. en punto al monto de condena que se establece en $ 2.871.793,44. Imponer las costas de la Alzada por su orden teniendo en cuenta la falta de contradicción en esta etapa (arts. 17 ley 921 y 68 del CPCyC).

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

Concuerdo con la solución dada por mi colega.

Como él lo señala y surge del escrito de apelación, los agravios de la demandada se centran en la crítica a la fijación de la incapacidad física por psoriasis y, como consecuencia de este punto, se cuestiona la existencia de dolencia psicológica.

1. Al igual que mi colega, entiendo que los cuestionamientos que ahora trae a análisis, son insuficientes para apartarse de lo dictaminado por el perito médico.

Además, las pericias realizadas en sede judicial no fueron impugnadas en término durante la etapa probatoria (ni siquiera el recurrente hizo uso de la posibilidad de alegar sobre su mérito, al no presentar escrito alguno en dicha etapa). Y esta situación no puede minimizarse: es fundamental que la pericia sea observada en forma tempestiva, a fin de posibilitar que el perito pueda contestar las refutaciones, aportando los elementos que permitan al juzgador analizar la seriedad y pertinencia de los reparos efectuados.

En este punto debe destacarse, tal como lo señalara el TSJ que: *"…si bien es cierto que la falta de impugnación de las partes en ocasión de dárseles vista del dictamen pericial, no les impide formular las observaciones que se estimen convenientes al alegar -oportunidad en que pueden expedirse sobre el valor probatorio de la pericia- lo cierto es que la ausencia del oportuno cuestionamiento incide en la valoración jurisdiccional: como imperativo del propio interés, la falta de impugnación o pedido oportuno de explicaciones puede incidir negativamente en la posición de la parte.*

En efecto: si un peritaje sólo puede impugnarse mediante la demostración cabal de la incompetencia técnica, la crítica debe sustentarse sobre bases sólidas demostrativas de la equivocación del experto; la objeción debe contener fundamentos válidos que formen la convicción del magistrado sobre su procedencia, debiendo reunir la suficiente fuerza para lograr evidenciar la falta de idoneidad, competencia o principios científicos del dictamen; en definitiva, debe constituir una "contrapericia" y, por ende, contener una adecuada explicación de los principios científicos o técnicos en los que se la funde: por ello no puede ser una mera alegación de los pareceres subjetivos o de razonamiento genéricos del contenido del dictamen...

Así se ha dicho 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…Si la pericia fue agregada en autos y puesta al examen de las partes por el plazo legal, sin haber merecido objeción alguna del recurrente, éste no puede agraviarse si el juzgador falló de acuerdo al dictamen pericial…Cuadra insistir en que la oportunidad reglada en el artículo 473 del ordenamiento procesal, es la más adecuada para cuestionar la prueba pericial, al posibilitar un debate con participación del perito, a quien puede entonces pedirse ampliación de su dictamen o, incluso, decretar un nuevo estudio técnico…" (cfr. Morello, Sosa, Berizonce, Códigos Procesales… Comentados y Anotados, Tomo V-B, pág. 420).

Desde esta perspectiva, es relevante que la actora guardara silencio durante la etapa probatoria, con la consecuente imposibilidad de que el perito -en su caso- pudiera expedirse sobre los argumentos que recién mencionó en

el alegato…" (cfr. Ac.1614 Autos "Tardugno", del voto del Dr. Massei).

Coadyuva a lo expuesto, como también se destaca en el voto antecedente, la circunstancia de que, para apartarse de las conclusiones del perito, deben existir razones serias con fundamentos objetivamente demostrativos de su error, lo que no se configura en el caso.

2. En cuanto a la incapacidad psicológica, advierto que el agravio no cuestiona la idoneidad de la pericia, ni las conclusiones a las que arriba en punto al grado de incapacidad, sino que se circunscribe a criticar que se condene por una incapacidad que se relaciona con una enfermedad psicosomática previa al accidente.

Como se advierte, propuesta de esa forma la crítica, la correlación existente con el anterior agravio, determina que la suerte de aquél, selle la respuesta a éste.

3. Coincido también con mi colega en punto a la determinación del grado de incapacidad y aplicación de los factores de ponderación.

Por lo cual, no estando cuestionados los restantes componentes de la fórmula, su resultante asciende a $2.353.161,20 (53 x 36.769,58 x 2.5 x 48.30%) y por aplicación del art. 3 de la ley 26.773, debe adicionarse la suma de $470.632,24.

Finalmente, debe agregarse la suma de $ 48.000 fijados por el magistrado como prestación en especie, en tanto no ha sido motivo de agravio.

La condena ascenderá, entonces, a la suma de **$2.871.793,44,** con más los intereses fijados en el pronunciamiento de grado, tampoco discutidos. **MI VOTO.-**

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 171/176 y modificar la sentencia de fs. 149/165 en punto al monto de condena que se establece en **$2.871.793,44,** confirmándola en lo restante que fue materia de recuso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada por su orden (arts. 17 ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los de la primera instancia (art. 15, L.A.).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE- JUEZA Dr. Jorge D. PASCUARELLI- JUEZ Estefanía MARTIARENA- SECRETARIA