

NEUQUEN, 20 de marzo de 2024.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**GARRIDO FABIAN ARIEL C/ GALENO ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART**", (JNQLA1 EXP N° 507913/2016), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de hojas 186/188vta., dictada el día 24 de octubre de 2023, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) En su memorial de hojas 190/197vta. - presentación web n° 537465, con cargo de fecha 3 de noviembre de 2023-, la recurrente formula replanteo de prueba ante la Alzada.

Dice que su parte oportunamente impugnó la pericia médica y solicitó la realización de una nueva pericia, lo que fue rechazado por el juez de grado, argumentando que no existían causales formales de nulidad, sino un mera disconformidad de la parte.

Cita el art. 475 del CPCyC, y señala que las conclusiones periciales son absurdas a la luz del baremo de ley.

Entiende que la negativa del juez a quo en orden a realizar una nueva pericia implica una renuncia consciente a la verdad, agravada por causar la aniquilación del derecho fundamental del trabajador de acceder a la reparación plena del daño causado por la enfermedad profesional y el accidente de trabajo.

Luego, plantea los agravios que le ha ocasionado el fallo recurrido.

Dice que su parte invocó, en la demanda, tener una enfermedad profesional (hernia discal) y que había sufrido un

accidente de trabajo con traumatismo de columna lumbar, que le causó una lumbalgia.

Sigue diciendo que el perito reconoció la existencia de la enfermedad profesional y determinó que el trabajador padecía una hernia discal LS-S1, y que el accidente de trabajo le causó una lumbalgia. Agrega que de acuerdo con el decreto n° 49/2014, la hernia de disco es indemnizada por el daño del disco en sí y nada más, daño que provoca inestabilidad de la columna vertebral.

Sostiene que la lumbalgia o lumbociatalgia es un daño neurológico, y que el nervio o su raíz es otro órgano anatómico lesionado, distinto al órgano denominado disco intervertebral, y la ley paga por separado el daño osteoarticular del disco (hernia) y el daño neurológico, bajo la forma de lumbalgia.

Explica las calificaciones del baremo y los porcentajes de incapacidad asignados y afirma que, más allá de la opinión del perito médico, el juez de primera instancia debía aplicar el baremo de la LRT, el que, de acuerdo con las afecciones detectadas por el experto, llevaba a asignar incapacidad.

Se refiere a la obligatoriedad del baremo.

Entiende que el juez de grado ha hecho una aplicación regresiva del derecho, desarrollando tal premisa.

Considera también que lo actuado por el juez a quo constituye una errónea valoración de la prueba, con violación de las reglas de la sana crítica.

Subsidiariamente cuestiona la imposición de costas de la sentencia apelada, peticionando que sean distribuidas en el orden causado.

A tal fin, insiste en que las afecciones del actor se encuentran reconocidas en la pericia, por lo que es evidente que el trabajador tenía sobrados motivos para litigar.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada no contesta el traslado del memorial.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, comienzo el análisis por el replanteo de prueba ante la Alzada.

Reiteradamente he sostenido que el replanteo de prueba en segunda instancia es de carácter excepcional y su interpretación debe ser restrictiva; en tanto que su procedencia se funda, principalmente, en que el juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada.

Insisto en que el criterio de admisibilidad debe ser restrictivo, por cuanto el replanteo de prueba importa retrotraer posibilidades que tienen una oportunidad prefijada, no pudiendo ser consecuencia del descuido, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno o en el diligenciamiento de los medios probatorios perdidos, de modo tal que la apertura a prueba en segunda instancia solamente puede habilitarse cuando la decisión que denegó la prueba se deba a un error, una negativa injustificada o negligencia decretada inoportunamente (cfr. autos "Masso c/ Frávega", expte. jnqfa3 n° 43.903/2010, 10/9/2015; "Puglisi c/ Banco Prov. del Neuquen S.A.", expte. jnqla3 n°376.843/2008, 11/10/2016; "Sucesores de Pérez María Cristina c/ SMG Life Seguros de Vida S.A.", expte. jnqla4 n° 468.655/2012, 20/2/2020, entre otros).

El juez de grado ha denegado la producción de una nueva pericia en resolución de hoja 112/vta.

En dicho resolutorio, y con criterio que comparto, se sostuvo que el motivo por el cual la parte requería que se

reiterara la prueba pericial era su disconformidad con el resultado de la pericia ya desarrollada, y no porque ésta última presentara algún vicio de procedimiento que determinara su nulidad.

En su pedido de apertura a prueba en segunda instancia nada agrega el recurrente para controvertir esta conclusión. El motivo de su pretensión de que se ordene la realización de una nueva pericia se asienta solamente en la disconformidad con las conclusiones del experto, lo que no puede habilitar el replanteo de prueba.

En oportunidad de sentenciar la causa "Puglisi c/ Banco Prov. de Neuquén" (JNQLA3 EXP n° 376.843/2008, 11/10/2016) y ante una petición similar a la de autos, sostuvo: *"El fundamento del pedido de replanteo de la prueba pericial es la disconformidad de la parte con el resultado del medio probatorio. Si bien es cierto que oportunamente se impugnó el informe pericial, de ello no se sigue que tal circunstancia habilite la realización de una nueva pericia en segunda instancia.*

"La prueba pericial fue ordenada por el juez de grado, no advirtiéndose irregularidades en su diligenciamiento. Reitero, la sola disconformidad con el resultado de la pericia, aún cuando la parte considere que él no es correcto y haya impugnado el informe pertinente no es una causal que habilite la reiteración del medio probatorio en segunda instancia".

Adviértase que, de permitirse la realización de una nueva pericia cuando el resultado no es favorable a la pretensión de la parte, los litigantes se encontrarían habilitados a petitionar indefinidamente la realización de pruebas ya producidas, y que les resultan desfavorables, hasta obtener una que les otorgue razón.

En consecuencia, no presentándose en autos causales que permitan la apertura a prueba en segunda instancia, no se hace lugar al replanteo de prueba.

III.- Yendo ahora al análisis de los agravios formulados, todos se vinculan con el contenido del informe pericial, con el cuál no acuerda el apelante.

De la contraposición entre el memorial, la sentencia recurrida y el informe pericial (junto con las respuestas a las impugnaciones) surge que no le asiste razón a la parte actora.

En efecto, tal como lo explica el perito médico, el actor sufrió un accidente laboral con traumatismo lumbar, presentó un cuadro de lumbalgia y, al realizarle los estudios pertinentes, se descubrió una discopatía a nivel L5-S1. Realizó sesiones para rehabilitación, y *"En el momento del examen pericial no se encontró patologías ni secuelas para evaluar"* (hoja 93vta.).

Ante la impugnación de la pericia, el perito agrega a su conclusión: *"El actor, por el tipo de tareas que realiza, presenta una enfermedad profesional, la hernia de disco. Esta no se produjo en el accidente, ya que no tiene entidad para provocarla, sino que la puso de manifiesto."*

"La valoración de todas las patologías laborales, sean por accidentes o enfermedades profesionales se valoran según el decreto 659/96 reemplazado por decreto 94/2014 y según sus pautas debe haber una limitación funcional producida por la hernia, para que pueda evaluarse la incapacidad y/o la sintomatología consistente en una lumbalgia como entidad autónoma y además estar presentes en el momento del examen pericial. En el caso del actor la movilidad es completa (no hay incapacidad por limitación funcional) y tampoco presentó dolor en forma espontánea o al realizar las maniobras (no hay

lumbalgia), por esas razones no se otorgó desde el punto de vista médico porcentaje de incapacidad, porque no existe. Las hernias de disco no otorgan incapacidad por el solo hecho de tenerla sino por la signo-sintomatología que producen. En este caso específico no hay nada" (hoja 107).

Lo dicho determina que el actor tiene una hernia de disco, que el perito calificó como enfermedad profesional, pero no se traduce en una incapacidad para el trabajador.

Reiteradamente he sostenido que la ley 24.557 "*... no indemniza enfermedades ni accidentes en sí mismos considerados, sino que repara incapacidades -temporarias o definitivas; parciales o totales- para trabajar" (autos "Calfuqueo c/ Mapfre ART S.A.", CNQCI EXP n° 394.418/2009, 20/5/2014; "Muñoz c/ Prevención ART S.A.", JNQLA2 EXP n° 472.342/2012, 13/11/2018; "Montalbán Bravo c/ Galeno ART S.A.", JNQLA1 EXP n° 504.669/2014, 9/8/2019, entre otros).*

Al no haber incapacidad física, conforme sucede en autos, nada hay para indemnizar.

El mismo baremo excluye el supuesto del actor, conforme también lo ha explicado el perito en hoja 113/vta.

Si vamos al apartado OSTEOARTICULAR del decreto n° 49/2014, vemos que se otorga incapacidad para la hernia de disco inoperable u operada -ninguno de estos supuestos comprende al del actor-, pero para la hernia de disco sin ninguna manifestación, conforme sucede en autos, se otorga 0% de incapacidad. Igual sucede con la lumbalgia y la lumbociatalgia, a ambas sin manifestaciones ni alteraciones se les otorga un 0% de incapacidad.

No se trata entonces de aplicación regresiva del derecho, ni de violación de la ley o de las reglas de la sana crítica, sino de que, dentro del régimen sistémico, al cual acudió el demandante, si no hay incapacidad no hay

indemnización. Y el trabajador de autos, si bien tiene una enfermedad (hernia de disco), no tiene incapacidad.

Lo dicho determina que he de propiciar se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto rechaza la demanda.

IV.- Subsidiariamente, la parte recurrente solicita se revea la imposición de costas de la sentencia apelada.

Esta Sala II ha dicho: *"El principio objetivo de la derrota es la regla que rige en materia de distribución de las costas procesales. Quien resulta vencido en el pleito tiene que hacerse cargo de los gastos del proceso, incluidos los de su contraria, a la que obligó indebidamente a litigar. Y este principio rige plenamente en el ámbito laboral, aunque con algunas atenuaciones en virtud del carácter alimentario que invisten las pretensiones relacionadas con el contrato de trabajo para el trabajador"* (cfr. autos "Bruno c/ Casino Magic Neuquén S.A.", Expte. JNQLA4 n° 503.546/2014, 14/10/2020; "Olave c/ Sucesores de Rosales Luis", Expte. JNQLA4 n° 502.183/2013, 10/2/2021).

"También se ha sostenido en torno a la razón fundada para litigar, que es el motivo que invoca en definitiva el apelante para solicitar la dispensa parcial en el pago de las costas del proceso, que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha dicho que la expresión razón fundada para litigar contempla aquellos supuestos en que, por las particularidades del caso, cabe considerar que el vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado en el litigio (Sala E, 22/3/2011, "Dos Santos c/ La Estrella S.A. Cía. de Seguros de Retiro", LL AR/JUR/6428/2011).

"Esta Sala II, en anterior y en actual composición, ha sostenido que las razones para creerse con derecho a litigar deben resultar de carácter objetivo y no ser meramente subjetivas pues -en principio- es de toda lógica que quién se

presenta a un litigio lo hace -la más de las veces- con el convencimiento de encontrarse con razón para ello y que en muchas ocasiones el resultado del pleito no refleja una irrazonabilidad del planteo (autos "Leoman S.R.L. c/ Banco Prov. del Neuquén S.A.", JNQCII2 EXP n° 451381/2011, 1/3/2016; "Azcurra c/ Pesoa", JNQCII1 EXP n° 540117/2020, 2/2/2022)" -cfr. autos "Giandana c/ La Segunda ART S.A.", JNQLA2 EXP n° 515225/2019, 28/6/2023; "Schell c/ Moño Azul S.A.", JNQLA3 EXP. n° 517.371/2019, 15/9/2023; "Heredia Terrazas c/Mañueco", JNQCII1 EXP n° 544.338/2021, 7/2/2024 -.

No encuentro que en las presentes actuaciones se cuente con estos motivos objetivos que justifiquen el convencimiento del actor en que le asistía razón para litigar.

Es cierto que al demandante se le había detectado una hernia de disco, pero también lo es que no tenía sintomatología alguna que lo invalidara para trabajar, ni temporaria ni permanentemente, por lo que, en definitiva, perseguía la reparación de una incapacidad que no tenía, ni se manifestaba en síntoma incapacitante alguno.

Incluso el certificado médico de parte que le otorga una "incapacidad parcial actual" del 12%, hace constar expresamente "Sujeto a modificación según evolución" (hoja 3).

Consecuentemente se confirma la imposición de costas de la primera instancia.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, 1) no hacer lugar al replanteo de prueba ante la Alzada; y 2) rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la recurrente perdedora (art. 68, CPCyC).



Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada del letrado Gustavo Andrés Kohon en el 30% de la suma que se le liquide por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

El juez José NOACCO dijo:

Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- **Confirmar** la sentencia dictada el día 24 de octubre de 2023 (hojas 186/188vta.) en todo lo que fue materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de segunda instancia a cargo de la actora vencida (art. 68, CPCyC)

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

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

Dra. PATRICIA CLERICI Jueza

Dr. JOSÉ NOACCO Juez

**Dra. VALERIA JEZIOR
Secretaria**