000755/2009

--- Trelew, agosto de 2010.- ----------

--- AUTOS Y VISTOS: estos autos venidos al acuerdo a los fines del artículo 293 de la Ley XIII-Nº 5, Anexo A (art. 290 del CPCyC), y----------

--- CONSIDERANDO: ---------- ----------

--- I.- **Sentencia-Recurso de casación**.- ---------- --------

--- A fojas 474/501 mediante sentencia definitiva Nº 13/2010 esta Cámara confirmó en lo principal el fallo apelado, modificándolo única y exclusivamente en cuanto al monto de la condena. ---------- ----------

--- A fojas 535/548 contra dicho decisorio la parte demandada interpuso recurso extraordinario de casación, invocando el artículo 291 incisos c) y e) de la Ley XIII Nº 5, Anexo A (por notorio error de pluma citó el CPCyC), es decir, por "no contener declaración alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en juicio" y por "arbitrariedad" (fs. 536-e). ---------- ----------

--- De fojas 538/545, conjuntamente con el relato de los hechos, el recurrente fue exponiendo sus agravios, particularizándolos a fojas 545-V. ---------- -------

--- A fin de lograr una eficaz sistematización, el examen formal del presente recurso de casación habrá de acompañar el método adoptado por el recurrente para formular sus agravios, es decir, tomando como punto de referencia las numeraciones romanas conque el magistrado votante en primer término identificó los diferentes puntales de su voto. ----------

--- II.- **Agravios.-** ---------- ----------

----V.---------- ----------

----**A)** Método para efectuar la pericia (fs. 507 vta.): ----------

----*Agravios*: A fojas 538 vuelta A) criticó el casacionista lo que dijo el magistrado Dr. Carlos Dante Ferrari a fojas 476 vuelta V-A) acerca del agravio "por delegación de tarea en terceros, por parte del perito médico".---------- ----------

----*Sentencia*: Sin embargo, la lectura de dichos fundamentos del fallo permite advertir, que el recurrente extrajo parte de esos fundamentos y su crítica fue dirigida solamente contra esa extracción parcial. ----------

----A saber: omitió refutar que "a la luz de los elementos aportados a la causa, puede advertirse con mayor dificultad que esta recriminación es infundada". Que "el dictamen médico pericial, necesariamente debe llevar una metodología y una forma para cumplir su objetivo". Que "esa metodología incluye, cuando las circunstancias lo aconsejen, la realización de estudios y operaciones técnicas destinadas a brindar datos objetivos y a respaldar, en definitiva, la opinión del experto". Que "en el caso que nos ocupa, el principal hecho controvertido consiste en determinar si el médico demandado realizó debidamente la práctica quirúrgica encomendada en el año 1992, consistente en extirpar la vesícula biliar de la actora, tal como figura en su historia clínica". Que "según lo relatado en la demanda, estudios médicos posteriores habrían detectado la presencia

de dicho órgano en el cuerpo de la actora, sin indicios de ablación alguna, mientras que el demandado afirma en su defensa haber realizado la extirpación del mismo". Que "frente a ello, claro está que el método científico aconsejaba como primera medida obtener imágenes radioscópicas destinadas a explorar la zona abdominal y determinar, en definitiva, si dicho órgano había sido extraído, o bien se encontraba intacto y en su sitio". Que "a este fin y en el estadio actual de la ciencia médica, nadie puede ignorar que la manera más expeditiva e incruenta de esclarecer esta situación es a través del estudio por imágenes". Que "también resulta indisputable que ese estudio en particular debía ser realizado por un especialista y no por el propio perito, ya que se trata de una especialidad médica que además requiere el empleo de un costoso equipamiento técnico destinado al efecto, requisitos que de ningún modo podrían serle exigidos a un médico legista". Que "la crítica carece de fundamento, por cuanto no se trató de una "delegación" de responsabilidades propias, sino de solicitar al juez el aporte previo de un elemento no sólo apropiado sino imprescindible, a fin de que el perito pudiera luego efectuar su dictamen sobre bases científicas objetivas". Que "los peritos deben buscar todos los datos o elementos que puedan ilustrarlos para tener un conocimiento preciso del objeto de la peritación, requiriendo al efecto todo el material que consideren pertinente". ----------

----**B)** Fundamento científico del dictamen (fs. 477): ---------- -----

----*Sentencia*: A fojas 477 el magistrado votante en primer término Dr. Carlos D. Ferrari, consideró que la queja vertida en este tema es insostenible. Que no debe confundirse la relativa concisión del dictamen con una ausencia de fundamentación.- ----------

----Y agregó que, en la especie, el perito designado, teniendo en cuenta los elementos ponderados, procedió a dictaminar sobre el punto oportunamente propuesto por la actora, referido a "si efectivamente se ha extirpado la vesícula biliar a la Sra. I. S. de P.". Al respecto, el médico forense actuante, tomando como base la colangioresonancia nuclear magnética (CNM) practicada a la actora y el informe acompañado a dicho estudio, realizó una serie de consideraciones médico legales, a saber: "**1.** La vesícula biliar es una bolsa membranosa ubicada contra la cara inferior del hígado y habitualmente contiene bilis en su interior. La ubicación de la imagen que nos ocupa, visualizada en la CNM realizada y que resultó *´estar a nivel subhepático´*, resulta análoga con la ubicación topográfica habitual de la vesícula biliar. El hecho de que la vesícula sea una bolsa membranosa resulta ser coherente con que produzca una *´imagen circunscripta´*, como la obtenida en la CNM que tenemos a la vista. El contenido bilioso de la vesícula resulta ser coherente con la *´señal líquida, homogénea´* presente en el estudio de CNM realizado a esta persona. **2.** Encontrándose controvertida la cuestión de si a esta persona le fue extirpada la vesícula biliar, no hay posibilidad, sin prejuzgar, de *´correlacionar con los antecedentes clínico-quirúrgicos de la paciente´*, tal cual se aconseja en el Informe de CRM en cuestión, dado que éste es el tema objeto de peritación. **3.** *´La introducción por Wallner en 1991 de la*

colangiopancreatografía nuclear magnética (CNM) ha permitido generar imágenes de la vía biliar de alta resolución, sin la introducción de contraste oral o endovenoso, utilizando la capacidad de la bilis de resonar en la fase tardía del T2´ (Prof. Mario G. Jiménez, Profesor Adjunto de Cirugía, Fac. de Medicina, Univ. de Bs. As. (http://www.aac.org.ar/PDF/UTI1202.pdf). Este autor refiere que la sensibilidad del método, según la experiencia en el Hospital Francés, fue del 95,4%. **4.** Respecto de la confiabilidad de la CNM, comparándola con la ecografía, el Dr. F.J. J. P. del Hospital de Navarra, Pamplona, en la página web de la Asociación Española de Endoscopía Digestiva, afirma que *´Actualmente para los casos dudosos a las exploraciones de imagen habituales, se puede recurrir a la colangioresonancia magnética nuclear´* (http://www.aeed.org/protpan1.htm)". ---------- En base a las consideraciones transcriptas precedentemente, el perito médico formuló luego la siguiente conclusión: "Atento a la sensibilidad y confiabilidad de la Colangioresonancia Nuclear Magnética (CNM) como método para diagnosticar mediante imágenes, a lo requerido por V.S. (*´estarse a los puntos de pericia de fs. 25 y 25 vta.´*) se concluye que del estudio de CNM realizado a la Señora I. S. de P. en fecha 03/06/04 no surge nada que permita siquiera sospechar que a esta persona efectivamente se le haya extirpado la vesícula biliar" (conf. pericia, fs. 158 vta.).----------

---

----De la lectura de la pieza reproducida puede apreciarse que el dictamen emitido por el experto satisface las exigencias técnicas establecidas en el ordenamiento procesal. Al respecto, la doctrina expresa que las conclusiones del dictamen deben ser claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos, requisitos que aquí se ven debidamente satisfechos, por cuanto la conclusión transcripta se aprecia como una derivación racional y sistemática de los elementos ponderados a tal fin por el perito, de conformidad con las reglas técnicas y científicas actuales en la materia. Ninguna vacilación hay en el pronunciamiento del médico forense al expedirse acerca del punto controvertido, y mal puede calificarse a su dictamen como una "mera opinión" cuando, como se ha visto, el emitente ha brindado cabal y concreta razón de su juicio conclusivo en los términos previstos en los arts. 476 y 481 del C.P.C.C. (texto seg. Ley XIII N° 5).---- Sostuvo el magistrado que, en punto a la apreciación de la prueba científica por parte del juez, resultan muy ilustrativos los conceptos expresados por Michele Taruffo, catedrático en Italia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavía, ("La prueba, artículos y conferencias"-Monografías Jurídicas Universitas-Ed. Metropolitana, Santiago de Chile-2008). A fojas 508 vuelta, último apartado, transcribió dichos conceptos, para terminar diciendo que, a su juicio, la conjunción de estos dos estudios es por demás contundente acerca de la existencia y características físicas actuales de dicho órgano en la anatomía de la demandante. Que, por si ello fuera poco, su presencia puede observarse con toda nitidez en las tres placas reservadas en la caja de seguridad del tribunal que, en el acto de sentenciar, tuvo ante su vista.----------

--- *Agravios*: A fojas 539 vuelta el recurrente expuso en dos apartados de media página su opinión sobre lo *ut supra* trascripto del decisorio. Es decir, la lectura de esos apartados evidencia que el casacionista soslayó impugnar los fundamentos del sentenciante desplegados en el capítulo B) del fallo.---------- --------

----**C)** Expresiones del médico demandado (fs. 478 vta.): ----------

----*Sentencia:* A fojas 478 vuelta afirmó el Dr. Ferrari que lo expresado por los litigantes en sus escritos o en las audiencias constituye tan sólo una alegación de parte, sujeta por tanto a las reglas generales en materia probatoria (arts. 358, 360, 377 y conc., C.P.C.C.), pues en definitiva la aportación de pruebas a través de los medios idóneos es lo que permite "producir la convicción psicológica del juez en un sentido determinado con respecto a un dato o conjunto de datos procesales". En consecuencia, mal podría reprochársele al juzgador "no haber tenido en cuenta" dichas manifestaciones, referidas a un hecho controvertido que, como se ha visto, carece de toda evidencia confirmatoria en la causa, en tanto el interesado no probó los extremos de hecho invocados.----------

--- *Agravios*: Al respecto guardó silencio el recurrente, limitándose, en lo sustancial, a sostener que "el sentenciante deja totalmente de lado las manifestaciones vertidas por el demandado, profesional conocedor de su especialidad (cirujano)..." (fs. 540). ----------

----**D)** Apreciación de la prueba (fs. 479):---------- ------

----*Sentencia:* A fojas 479 sostuvo el Dr. Ferrari que las respuestas de la Dra. V. han sido un tanto contradictorias y conjeturales, "con lo que la afirmación inicial acerca de que a la actora se le extrajo la vesícula queda opacada bajo un manto de incertidumbre" (anteúltimo ap.). ---------- ----------

----En cuanto a la declaración del Dr. L. M., admite haber actuado como ayudante en dicha intervención por cuanto, si bien no lo recuerda, "si en mi protocolo figura, debo haberlo hecho" (resp. ala 4ta. preg.). A lo largo de toda su declaración este testigo manifiesta en forma reiterada que no recuerda, que "no conoce el caso", limitándose a referir lo que suele hacerse en estas prácticas. En ese marco, cuando se le pregunta si en cirugías similares el Dr. Z. ha dejado la vesícula, contestando: "jamás, que yo sepa jamás" (resp. a la 2da. repregunta). Esta respuesta podría tener a lo sumo un valor meramente estadístico y relativo, ya que se basa en la memoria -ciertamente poco precisa, atendiendo a que el declarante ha perdido la cuenta y no recuerda las operaciones en las que le tocó intervenir, incluyendo la que aquí nos ocupa- pero de ningún modo permitiría adquirir certeza acerca de la extracción de la vesícula biliar de la actora.---------- ----------

----Afirmó el sentenciante, que los dos testigos describen los usos y prácticas de estilo en este tipo de intervenciones, pero a la hora de la verdad, ninguno de ellos recuerda haber visto la sácula biliar extirpada y fuera de la cavidad ventral de la actora. ------- -----

----*Agravios*: Por su parte, a fojas 540 vuelta (primer ap.) se agravió el recurrente, de que en el fallo cuestionado se "descarta el testimonio de los testigos que estuvieron en el acto médico y los desestima porque no recuerdan con exactitud el caso".-------- --------

----Sin embargo, no tiene en cuenta el casacionista que el hecho que los testigos no hayan recordado, no invalida la conclusión del sentenciante de Alzada en cuanto a que, “en definitiva, ambos testimonios carecen, tanto individualmente como en su conjunto, de adecuada entidad, exactitud y precisión para convencer acerca de la existencia del hecho o la omisión en disputa, conforme a las reglas de la sana crítica racional (arts. 390 y 460 del C.P.C.C. – texto según Ley XIII N° 5; su doctrina)” (fs. 479 vta., segundo ap.). Estos déficit no fueron impugnados por el recurrente.---------- ----------

----**F y H)** Conocimientos de ciencia médica-Dictamen del perito médico forense (479 vta. y 481):----------

----A fojas 541 y vuelta el recurrente se limitó a transcribir parte de los fundamentos del fallo sobre este tema, empero sin rebatir la totalidad de lo votado a fojas 479 vta./480 y fojas 481 y vta.; tanto como que, “para ser desoído, el dictamen pericial elaborado con las pautas y exigencias previstas en el artículo 481 C.P.C.C. (texto seg. Ley XIII Nº 5) requiere el concurso de razones serias, inobjetables y fundadas en ciencia y lógica, mas nada de ello sucede en la especie (fs. 480 vta., primer ap.). – ----------

----**I)** Historia clínica-Hipótesis de extracción parcial (fs. 481 vta.).- ---------- ----

----*Sentencia:* A fojas 481 vuelta sostuvo el sentenciante que el agravio referido a que el juez *a quo* no tuvo en cuenta la inexistencia de Historia Clínica y la sola constancia de una fotocopia ilegible, se muestra francamente “inconducente, ya que carece de toda virtualidad para desmerecer el juicio lógico elaborado por el juzgador respecto de la responsabilidad civil atribuida en el caso”. Sostuvo además: Que “ha sido el propio demandado quien adujo en su defensa haber efectuado la colecistectomía o extirpación de la vesícula biliar y no sólo extracción de cálculos”. Que “trátase por tanto de un hecho afirmado en forma expresa por el propio litigante, de manera que a éste le competía aportar la prueba correspondiente a dicha aserción (conf. art. 381, 2do. párrafo, C.P.C.C. – texto seg. Ley XIII N° 5)”. Que “en este contexto, la imposibilidad de contar con la historia clínica original en principio nada quita o agrega acerca de la existencia del principal hecho controvertido –consistente en determinar si, en efecto, se extirpó o no la vesícula biliar– ya que las copias de la misma obrantes en el expediente administrativo agregado por cuerda a esta causa no contienen ninguna referencia a una extirpación parcial del órgano, tal como lo señalara con acierto el perito médico actuante, haciendo notar asimismo que tampoco expresa nada al respecto el parte quirúrgico del médico demandado de fecha 10/02/1992 copiado a fs. 3/4 de dichas actuaciones administrativas.”.---------- ----------

----A fojas 482 (segundo ap.) se dijo más aún: “si a título de mera hipótesis se considerara la posibilidad de una extracción sólo parcial de dicho órgano, en tanto nada de ello consta en la historia clínica y ante la falta de toda prueba por parte del médico, en tal supuesto dicha circunstancia, lejos de favorecerlo, lo perjudicaría de todas maneras, pues a la luz de las consecuencias dañosas ulteriores, ello constituiría una omisión o defecto relevante, que autorizaría a extraer presunciones en su contra.”.-------

--- *Agravios*: A fojas 542 el recurrente sólo se agravió de esta última parte del decisorio.
--- **J)** Información de la enfermedad (fs. 482). - ----------
----Ningún agravio le mereció al casacionista los fundamentos vertidos a fojas 482.----- -
----Ya finalizando gran parte del examen formal, resulta oportuno afirmar que no son atendibles en casación las reflexiones que se refieren a argumentos que en el fallo sólo tienen valor accesorio o que aún en el supuesto de que fuesen erróneas no alteran la exactitud de la decisión sobre la base de las motivaciones principales (Bacre, Aldo, *Recurso ordinarios y extraordinarios*, Ed. La Rocca 1999, p. 744). ---- ----------
----III.- **Daño moral, arbitrariedad, *citra petita***.- ----------
----Habiendo omitido el recurrente, cumplir con requisitos de admisibilidad del recurso de casación, carece de trascendencia examinar formalmente el agravio en materia de daño moral (fs. 542 vta./545), de arbitrariedad y de *citra petita* (fs. 545, en adelante). Consecuentemente no ha de ingresarse al análisis de esos tópicos. ----------
---No obstante, excediendo en consideraciones, ha de decirse que en los capítulos del recurso dedicados a "arbitrariedad y a *citra petita*" prima la suma de citas de jurisprudencia y de doctrina, procedimiento ajeno a todo planteo revisor en casación. La mera transcripción, por profusa que sea, de citas jurisprudenciales o de doctrina, sin siquiera intentar una explicación para relacionarla con lo debatido en la causa, y por ende, sin justificar la aplicabilidad de las conclusiones sentadas en aquellas en el caso a resolver, no permite tener por fundado el recurso (S.I.C. 143/07, Sala "A"-CAT). --------
--- IV.- **Acuerdo Plenario Nº 3870/10**.- ----------
--- 1) Sintetizando, ha quedado en evidencia que el recurrente ha incumplido con el requisito de refutar todos y cada uno de los fundamentos independientes que dieron sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones legales planteadas, tal como lo establece el Acuerdo Plenario Nº 3870/10 del Excmo Superior Tribunal de Justicia Provincial (Anexo, art. 3, inc. c-III). Este incumplimiento ha sido puesto de manifiesto inclusive a fojas 546 vuelta (segundo ap.) por el mismo recurrente. ----------
--- Ya ha sido jurisprudencia de esta Cámara considerar inoperante el recurso de casación que sólo ataca algunos de los fundamentos del fallo, omitiendo referirse a otro u otros que, siendo esenciales por sí mismos, acuerdan a éste debido sustento (Bacre, Aldo, *Recurso ordinarios y extraordinarios*, Ed. La Rocca 1999, p. 744). Por otra parte según el Excmo. Superior Tribunal de Justicia los planteos inoperantes, limitados a una impugnación tan solo parcial -esto es sometiendo a la crítica a una o algunas de las varias razones expuestas por el juzgador, sin hacer lo propio con la otra u otras decisivas-, convierten en inoficiosa la vía de gravamen. En tales condiciones, entrar el juez del recurso al examen de los motivos criticados importaría un laboreo meramente académico prohibido a la jurisdicción, desde que cualquiera que fuese el resultado de dicho examen, el fallo recurrido habrá de mantenerse incólume, montado -cuanto menos- sobre sus consideraciones tácitamente consentidas y, por tanto, firmes, susceptibles por decisivas para abastecer, por sí solas, la sentencia impugnada. (conf.

STJCh sent. N° 23 SRE del 18/12/02). En tales circunstancias el Alto Cuerpo de Justicia Provincial ha calificado como inadmisible el recurso extraordinario que no refuta todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia recurrida (STJCh sent. N° 23 cit.)----------

--- Resulta procedente señalar que el recurrente circunscribió su agravio al voto del magistrado que resolvió en primer término -salvo la remisión efectuada a fs. 542 vta., tercer ap.,- lo que deja a la luz que también faltó impugnar los fundamentos con que el magistrado votante en segundo término Dr. Marcelo J. López Mesa sustentó el fallo cuestionado (fs. 486 a fs. 500); a modo de ejemplo: que “el recurrente para cuestionar con éxito la apreciación de la prueba efectuada en la instancia anterior debe demostrar no ya un simple desacierto sino una valoración absurda o indefendible de la prueba. No alcanza con menos para conmover la apreciación de la prueba efectuada en el grado. Y verdad es que en este caso el apelante no ha logrado ese cometido, con lo que su ataque naufraga ...” (fs. 489, *in fine*). ---------- ----------

--- 2) Han de señalarse también algunos déficit más que recaen sobre la hoja aparte adjuntada a fojas 533 y vuelta por el recurrente, a saber: a) La carátula está incompleta; b) El domicilio constituido está incompleto; c) La descripción hecha de la decisión recurrida es ineficaz, en vista de que no puede inferirse en qué consistió la misma; d) Se omitió expresar el número de la foja donde se halla adjuntada la decisión recurrida; e) El artículo 286 Ley XIII Nº 5, Anexo A (ex art. 286 CPCyC) es el que confiere jurisdicción al Excmo. Superior Tribunal de Justicia en materia de recurso de casación (no el art. 291 CPCyC citado, hoy art. 294 Ley XIII Nº 5, Anexo A). ----------

---V.- **Inadmisibilidad**.- Concluyendo, entonces, por consecuencia de todo lo expuesto, y en cumplimiento de lo que establece el Acuerdo Plenario Nº 3870-STJ, Anexo, art. 11º, corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, al no haber sido satisfecho todos los requisitos impuestos en el citado Acuerdo Plenario, Anexo, art. 3, inc. c-III). ---------- ----------

-------Por ello, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de Trelew RESUELVE: ----------

----Declarar la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto a fojas 535/548 por la parte demandada, contra la sentencia definitiva Nº 13/2010 dictada por esta Cámara. ---

--- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Carlos Dante Ferrari (Art. 7º Ley V Nº 17; antes art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550).---------- ----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase. ---------- ---------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO

----REGISTRADA BAJO EL Nº DEL AÑO 2010-SIC “A”-Conste.- ----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO