En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de junio del año 2012, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"N., S. D. c/ K., R. A. y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 329/ 2011)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. Nº 050/09) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿satisface la fundamentación del recurso de fs. 427/431 los requisitos técnicos establecidos por el art. 268 del CPCC?, **SEGUNDA CUESTIÓN**: en su caso, ¿es justa la sentencia apelada? **TERCERA CUESTIÓN**: ¿son justos los honorarios de los letrados regulados en la sentencia? **CUARTA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden del sorteo de fs. 437.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia dispuso rechazar la demanda entablada por el Sr. S. D. N. contra R. A. K. y L. A. S.R.L. Impuso las costas a la parte actora perdidosa y reguló los honorarios profesionales de los letrados y del perito médico.

Para así decidir, señaló que cuando se demanda por responsabilidad médica incumbe a la parte actora acreditar la concurrencia de los elementos que determinan la existencia de aquella responsabilidad: daño, culpa y relación de causalidad y que, conforme lo establecen los arts. 512 y 1109 del C.C., la culpa del galeno debe determinarse valorando si la conducta desplegada por el profesional ha sido negligente o imprudente. Luego de

ello, analizó la declaración testimonial del Dr. C. (fs 214), la Historia Clínica del actor acompañada por el Sanatorio de la Ciudad, la denuncia de accidente de trabajo, realizada ante CONSOLIDAR (fs. 253), la Historia Clínica acompañada por L. A. S.R.L a fs. 300/320, de las que concluye que pueden distinguirse dos actos médicos a cargo de K., una primera atención en 2006 por lesión en hombro izquierdo y una segunda, a partir de enero de 2007, en hombro derecho.

Se avoca luego a la valoración del informe pericial médico emitido por el Dr. L. O. a fs.356/366 del que resulta que para el accidente de trabajo del 24/1/07 por esfuerzo en miembro superior derecho, el actor es derivado al Servicio de Medicina Laboral del Sanatorio de la Ciudad y atendido por K., diagnosticando Omalgia derecha por Síndrome del supraespinoso, que se realizan estudios radiológicos, prescribe analgésicos, fisiokinesioterapia y Resonancia Nuclear Magnética, indicando que esta última, es el método mas preciso para evaluar la patología sospechada y considerando que la conducta médica adoptada, fue adecuada en relación al motivo de consulta y diagnóstico final. En cuanto a la dolencia del 7/4/06 refiere que el tratamiento conservador aplicado es la opción terapéutica inicial y muchas veces la definitiva y que en el caso del actor así fue, pues a las cuatro semanas regresó a sus tareas habituales. En cuanto a la indicación de cirugía luego del resultado de la Resonancia magnética, refiere que conforme los resultados arrojados por la misma y tratándose de una persona en buen estado general, el tratamiento quirúrgico reparador es el indicado para mejorar la función del hombro, evitando el progreso de la lesión y agravación del cuadro, describe la intervención quirúrgica desarrollada por K., Artroscopía de Hombro derecho y los hallazgos intraoperatorios, considerando que el tratamiento desarrollado ha sido el más aconsejado por la literatura médica actual. En cuanto a la cirugía del 22 de marzo y el método empleado, Artroscopia de hombro, dijo que es un

moderno método que en la actualidad se ha convertido en la técnica más difundida para tratar lesiones similares y considera que fue el más adecuado según las lesiones y características del paciente sin que se presentaran complicaciones postoperatorias durante la internación y que el actor realiza rehabilitación hasta el alta, el 2 de octubre, con incapacidad.

Concluye el perito que tanto la intervención quirúrgica como la atención por consultorio externo se ajustan a la signosintomatología que presentara el paciente y se realizaron de acuerdo a la ciencia médica.

Refiere luego la Magistrada de grado, que el informe pericial fue impugnado a fs. 371/373 por la parte actora, en tanto sostiene el perito es miembro activo de un grupo de médicos que trabaja con el demandado K. en el Sanatorio de la Ciudad, y existe entre ambos una relación contractual, por lo que entiende el perito debió excusarse, resolviendo sobre la cuestión que la parte no ha acreditó, de manera alguna, la existencia de la vinculación que imputa al perito por lo que la impugnación, no prosperó.

En el análisis de la prueba, señala que se agregó a fs. 321/325 copia de Historia Clínica del actor, acompañada por el S. T. S.R.L, de la que surge que en fecha 18/1/08, N. fue intervenido quirúrgicamente por el Dr. B. por lesión supraespinoso derecho, recepcionándose la declaración de este médico a fs. 228, el que confirma que operó al actor en el año 2008 por lesión del tendón supraespinoso, desconoce quien operó con anterioridad al actor y la técnica utilizada, aunque por la cicatriz infiere que se trató de la técnica clásica y asegura que la técnica que él utilizó es la más apropiada para el caso, según su entender.

Sigue diciendo la Sra. Jueza, que de los elementos de prueba que analizó no puede asegurarse que el codemandado K. hubiere desplegado un obrar negligente o imprudente y que de la prueba colectada, entiende que no existió trasgresión de la Lex Artis de la Medicina, sino que su actuar resultó acorde con el nivel de conocimientos que hace presumir su título

habilitante y las técnicas utilizadas para el tipo de dolencias como las padecidas por el actor, concluye entonces que conforme lo informado por el perito, la práctica médica resultó adecuada a la lesión padecida sin encontrarse acreditado un actuar negligente que comprometa la responsabilidad del médico (arts. 512 y 1109 C. C.) y que, resultando ello un presupuesto necesario para el nacimiento de la obligación de reparar, corresponde el rechazo de la demanda. En consonancia, desestima la demanda contra L. A. S.R.L desde que no fue probada la culpa del galeno invocada.

A fs. 402, el Ab. L. Á. N. apela los honorarios que se le regularon por bajos, fundando el recurso a fs. 403.
A fs. 405 la parte actora apela la sentencia definitiva. A fs. 406 la letrada G. C. Q., por la representación acreditada, apela los honorarios que le fueron regulados, por bajos. A fs. 427 /431 se agregan los agravios de la parte actora y a fs. 433/435 la contestación de los mismos por la representación letrada del demandado, codemandada y citada en garantía.

2.

<u>Los agravios de la parte actora</u>:

Luego de señalar que considera que la sentencia es injusta y no ajustada a derecho, porque llega a conclusiones absolutamente erradas y pasando por alto hechos y situaciones claves, para resolver la atribución de responsabilidad del galeno demandado lo que la torna arbitraria, identifica cuatro agravios: a) la indebida interpretación de la prueba documental e inexistencia de análisis crítico de lo planteado por la parte sumado a la errónea calificación y desacreditación de pruebas acreditativas de la mala praxis médica; b) ignora lo exigido por la ley a los auxiliares de la justicia; c) incorrecta aplicación e interpretación de los certificados médicos que

demuestran misma lesión y agrava luego de haber sido operado por el Dr. K. y d) error en la apreciación de la prueba de informes, la Historia Clínica y naturaleza jurídica de la Teoría Dinámica de la Prueba.

En el primer agravio sostiene que la Magistrada de grado se basa en la historia clínica aportada por la demandada de la que surge que al referirse al hombro izquierdo hay una sobreescritura que deja entrever que antes decía derecho, lo que dejó pasar la a quo a pesar que sostuvieron hasta el hartazgo, que se trataba del hombro derecho y que hay pruebas concretas que así lo demuestran. Dice que el error, surgió de la denuncia del accidente de trabajo por la empleadora y que fue subsanado, al producirse la reapertura del accidente de trabajo y la tramitación por ante la comisión médica; todo hizo decir erróneamente a la Señora Jueza, que fueron dos actos médicos uno por el hombro derecho y otro por el izquierdo cuando respecto de este nunca existió atención alguna.

El segundo agravio se refiere a que la juzgadora se apoya fundamentalmente en la prueba pericial médica. Cuestiona que el perito cae en la confusión al leer las HC, sin mencionar la sobreescritura ya referida, lo que puede considerarse un mero descuido o una acción deliberada. Acota que puso de manifiesto en la anterior instancia, que el perito es un miembro más del cuerpo médico del Sanatorio de la ciudad y que señaló que ha sido identificado en los actos operatorios del actor y que surge claramente de las HC; que frente a esa impugnación la señora jueza señaló que nada se probó, cuando como reitera, surge de las constancias de la HC y que jamás tuvo posibilidad de saber que sería designado un perito médico que trabajaba con el demandado; que frente a la falta de garantías de objetividad, la jueza debió removerlo de oficio, aludiendo en su agravio a las facultades ordenatorias e instructorias que el CPCC establece. Con tales fundamentos sostiene que la Magistrada debió considerar impugnada

a la pericia, pues la perspectiva médica se encontraba viciada de subjetividad.

En el tercer agravio refiere a que, como surge de la testimonial del Dr. B., la técnica que él utilizó es la más apropiada para la lesión padecida por el Sr. N. y que debió la *a quo* realizar un análisis pormenorizado de los certificados médicos aportados en la presente causa antes de la intervención quirúrgica de K. y los posteriores, sumado al informe de la Lic. en Kinesiología P. M., que dieron cuenta de la falta de evolución favorable del actor y respecto de los cuales nada dice la Magistrada de grado que debió haber apreciado el resultado obtenido con la intervención quirúrgica que hace el Dr. B. acreditando de tal modo la culpa de K. quien abiertamente, frente a la técnica propuesta por B., decidió realizar otra acción. Dice que esa prueba es conducente para resolver el caso y que fue obviada por la jueza de primer grado.

En el cuarto agravio dice que la sentencia ignoró la prueba de informes que refieren opiniones objetivas de otros profesionales, entre los que destaca la del Dr. B., profesional que resalta que, luego de la intervención quirúrgica del Dr. B., la evolución ha sido muy buena. Que ambos médicos se basan estrictamente en las imágenes de la RMN, las que muestran que la lesión requería una técnica para curar, esto es la colocación de arpones de tipo SLAP. Técnica no utilizada por K. y que un año después realiza B., con cambios significativos, certificados por el Dr. B.

Alude aquí, a que la doctrina ha aceptado hasta el hartazgo que la prueba corre por cuenta de quien imputa culpa al galeno, demostrando la existencia de negligencia o errores de diagnóstico, sin perjuicio del deber de aportar el médico los elementos que hacen a su descargo conforme el art. 377 del CPCC.

Para este cometido señala, con base en jurisprudencia, que se acude al criterio de carga probatoria dinámica, y que las afirmaciones del actor

tienen correlato en las pruebas rendidas tato la documental, informes y testimonial por lo que nada más alejado de la realidad que rechazar la acción.

Finalmente señala se deberá hacer extensiva la responsabilidad al Sanatorio de la Ciudad S.R.L. por aplicación del art. 504 pues recae en la clínica una obligación tácita de seguridad por la eficacia del servicio de salud estipulado, lo que conduce a responsabilizar por la conducta negligente del prestador.

Concluye señalando que el juez debe ser imparcial pero nunca neutral debiendo colocarse en el lugar de las partes y al menos virtualmente ensayar la solución más justa y equitativa, siguiendo a su conclusión cita de jurisprudencia a la que me remito.

Los codemandados y citada en garantía, dan respuesta a los agravios de la parte, sosteniendo la confirmación de la sentencia en todo lo que ha sido materia de la queja.

3. <u>Tratamiento de los agravios</u>

En los límites demarcados por los agravios reseñados ingresaré a su tratamiento como si se tratara de una única queja, toda vez que no he podido desentrañar la existencia de críticas que, previamente particularizadas, pudieran ser atendidas de manera individual.

Lo dicho es porque resulta fácil advertir de una lectura detenida de la pieza de agravios, que la misma proyecta un claro e indisimulable desacuerdo global con lo decidido aun cuando en la pretensión de puntualizar aspectos específicos del mismo, la queja se subsume en la valoración de la prueba del expediente.

En tal contexto, resultará útil ubicar el eje central sobre el cual desarrolla el argumento sobre el que apoya su veredicto el juzgador del anterior grado, para luego verificar si éste mereció un ataque técnicamente suficiente.

La señora jueza de grado señaló: "*De los elementos analizados hasta aquí no puede asegurarse que el codemandado K. hubiere desplegado un obrar negligente o imprudente. Es más de la prueba colectada, entiendo que no ha existido transgresión de la Lex Artis de la Medicina, sino que su actuar resultó acorde con el nivel de conocimientos que hace presumir su título habilitante y las técnicas utilizadas para el tipo de dolencias como las padecidas por el actor. Conforme lo informado por el perito, la práctica medica resultó adecuada a la lesión padecida. He de señalar que si bien en materia de responsabilidad médica tanto doctrina como jurisprudencia son contestes en la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, ello no implica una inversión de la carga de la prueba, pues la culpa del galeno debe ser determinada por el paciente, por aplicación del art. 377 del C.P.C.C. Por lo hasta aquí expuesto, no se encuentra acreditado un actuar negligente que comprometa la responsabilidad del médico (arts. 512 y 1109 C.C) y siendo este un presupuesto necesario para el nacimiento de la obligación de reparar, corresponde el rechazo de la demanda*".

En el primer agravio sostiene que la demanda refiere a una dolencia en el hombro izquierdo cuando se ha probado que la actuación médica de K. siempre fue sobre el derecho.

La primera reflexión que genera el agravio, es que lo argumentado por la señora jueza tiene correlato en las constancias del expediente y no hay crítica objetiva, que las refute. Si en definitiva, la actividad profesional que se cuestiona es la cumplida respecto del hombro izquierdo, advierto que la resolución judicial bajo recurso es congruente, es decir, acorde a la petición que dirime -identidad entre el caso controvertido y el caso resuelto-, sobre ello ha girado la prueba analizada por la Señora Jueza para desestimar la demanda, cumpliendo así con su obligación de dar respuesta fundada a las cuestiones que los litigantes han sometido a consideración y decisión (art. 165 inc.6 y 34 inc.4 del CPCC).

Los restantes agravios refieren a la valoración de la prueba.

En concordancia con el principio general emanado del art. 390 del CPCC, los jueces forman convicción, apreciando la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

En ese sistema de apreciación de la prueba, el juez debe valorar las distintas pruebas que han sido producidas con el fin de demostrar los hechos controvertidos en el proceso. Estas reglas, como ya he señalado, son entonces las de la experiencia y las de la lógica, pues ambas permiten que el juzgador -un sujeto neutro a los intereses de los justiciables-, valore el grado de verosimilitud de los datos aportados y en base a ello, tenga la mayor o menor convicción de que las circunstancias fácticas invocadas han realmente acontecido.

Se ha dicho en tal sentido que: *"La certeza moral que el juez obtiene al ponderar la prueba no se obtiene con una evaluación aislada de los diversos elementos de prueba, sino en su totalidad, pues probanzas que individualmente estudiadas pueden ser objeto de reparos, débiles o imprecisas, en numerosos casos se complementan entre sí de tal modo que unidas llevan al ánimo del juez la convicción de la verdad de los hechos"* (Conf. CNCivil, Sala H, 05/04/2000, LL, 2000-F, 480).

Luego de lo expuesto si el Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan, para conmoverla, se requiere algo más serio y atendible que la mera apreciación subjetiva ya en sus pareceres o preferencias. Deberá el apelante demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad. (CAPM entre otras: "H. E. M. C/ B. T. E. S / Cobro de pesos" SDL Nº 28/10, "M. M. c/I., M. F. s/ Pago por Consignación" SDL Nº 32/10).

La prueba pericial médica puede ser impugnada en tanto se ataque su contenido y las conclusiones, a cuyo fin el justiciable agraviado debe

exponer una censura punto por punto, tratando de demostrar el equívoco en que incurrió la experta. Esto viene a guisa, de la impugnación que procura la parte en reiteración a la formulada en la anterior instancia.

Me explico. Ambas partes ofrecieron la prueba pericial médica en la especialidad de medicina traumatológica y cirugía traumatológica, el Juzgado proveyó, que deberían proponer las partes al perito frente a la ausencia de listado de peritos en esa especialidad. A fs. 141 se propuso al Dr. S. (la codemandada y citada), se lo designa a fs. 171, sin que aceptara el cargo; a fs. 220 la actora propone al Dr. L. B., desestimándose a fs. 221 la propuesta por haber sido designado por la parte actora como consultor técnico (fs. 146/147), a lo que agrego era testigo ofrecido por la misma parte (v. su declaración de fs.228); a fs. 224 la parte actora propone al Dr. M. G., el que es designado a fs. 328, sin que aceptara el cargo; a fs. 338 las codemandadas y citada reiteran la propuesta del Dr. L. O. quien acepta el cargo (30-03-2010) a fs.399 vta..

A fs. 341 (20-04-2010), la actora solicita su remoción por no haber aceptado el cargo, a lo que se provee la intimación al perito para que en el término de cinco días cumpla su cometido bajo apercibimiento de remoción; a fs. 343 (4-05-2010) obra cédula con firma de la letrada de la parte actora, la que numerada bajo el Nº 1095/10 notifica la providencia con la intimación dispuesta; a fs. 344 (26-05-10) se presenta el perito, fijando fecha para examinar al actor, ordenándose la citación y notificación al consultor técnico. A fs.352 (02-06-10) obra cédula, con firma de la letrada de la parte actora, por la que notifica a los codemandados y citada en garantía la fecha fijada por el perito médico.

A fs. 356/366 y en fecha 1 de julio de 2010 se agrega el dictamen pericial del Dr. L. A. O.

A fs. 371 /373 se presenta la apoderada de la actora impugnando la pericia.

Allí formula la impugnación señalando que el perito "*es miembro activo del grupo de médicos que trabaja y opera junto al demandado (Dr. K.) no solo en las instalaciones del Sanatorio de la Ciudad donde fue operado el actor- en la que los une una relación de tipo contractual, ya que éste último es su empleador directo- sino además que forman parte del equipo de traumatología del hospital zonal; por ello esta parte entiende que el Dr. O. debió excusarse para entender en estos actuando, ello así por una cuestión estrictamente de ética profesional, ya que su perspectiva médica se encuentra absolutamente viciada de subjetividad, perdiendo la imparcialidad que le es requerida como perito auxiliar de la justicia*"

Debo señalar, que en el marco estrictamente procesal, la recusación de los peritos debe efectuarse dentro de los cinco días de notificado el nombramiento por ministerio de la ley (art. 469). Me he permitido individualizar todas las actuaciones cumplidas por la letrada de la parte actora, para poner en evidencia lo extemporáneo de su planteo tanto en la primera instancia como en esta sede. Más aún, en aquella impugnación nada advierte de las circunstancias que introduce en su agravio. Y efectivamente, como señala la Magistrada de grado, nada de lo argüido en la anterior instancia, se ha probado.

No puedo dejar de señalar, una cuestión que me provoca cierta perplejidad. En la búsqueda de la imparcialidad del informe pericial, no se alcanza a comprender que la parte actora haya propuesto para dictaminar, a quien conforme escrito de fs. 146 propuso como perito consultor técnico, cuando es de presumir que éste atiende al interés de aquel que lo ha propuesto, lo que en modo alguno quiere decir que no ponga su saber al servicio de la verdad, pero su función es poner sus conocimientos, desde una perspectiva inevitablemente ligada a quienes, como litigantes, les han confiado dicha función. Debo indicar que al tiempo de incoar la demanda y ofrecer la prueba la actora ya había propuesto como testigo al Dr. B. y había formulado reserva de designarlo como consultor técnico (v. fs.51 vta).

Luego de ello y sobre la base de la particular visión de la parte respecto de la objetividad de los peritos, debo señalar que es improcedente y vacío de contenido, el reproche a la Magistrada de grado por no haberse valido de las facultades instructorias que le otorga el art. 36 inc. 4 del CPCC para complementar o integrar de oficio, el material probatorio incorporado por las partes. En primer lugar porque la medida para mejor proveer es un acto espontáneo del juez, que las partes no pueden exigir; luego de ello, no es un "deber", el artículo 36 del CPCC no lleva como título "Deberes y facultades ordenatorias e instructorias"; los primeros están consignados en el art. 34 del CPCC y en segundo lugar, las medidas para esclarecer no están destinadas a suplir la inacción de las partes.

Superada la impugnación de la pericia, la parte no critica las conclusiones periciales en cuanto al fondo de la cuestión, salvo la expresión *"que cae en la confusión más elemental al leer las historias clínicas y pasa por alto sin mencionar la sobreescritura grosera que se mencionara supra"*.

Dejaré aquí nota, que la parte dice incorporar en la impugnación las conclusiones y/o fundamentos alcanzados junto al Dr. B., al analizar la pericia. La función del consultor técnico está bien determinada en nuestro ordenamiento procesal y constituye una figura de carácter auxiliar y facultativo, que obra en interés y defensa de la parte que lo designa (cfr. Palacio, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", T. I, pág. 591, Buenos Aires, 1983). Su actuación, por tanto, está limitada en esencia a: 1) presenciar las operaciones técnicas que realice el perito y formular las observaciones que considere pertinentes (art. 475 CPCC); 2) presentar, por separado, su respectivo informe en base a la pericia practicada, dentro del mismo plazo fijado para el perito y con iguales requisitos (art. 476 CPCC); 3) formular observaciones ante la pericia en referencia a las explicaciones ordenadas por el juez al perito (art. 477 CPCC). No existe en autos, informe del consultor técnico de la parte actora y aún cuando se pretendiera dar

entidad científica a la impugnación, lo cierto es que el citado profesional no firma la presentación.

El tercer agravio está dirigido a que la señora jueza omitió dar relevancia a la declaración testimonial del Dr. B. La afirmación es incorrecta y denota una discrepancia meramente subjetiva con la señora jueza. En primer lugar cuestiona que no haya analizado todos los certificados médicos aportados por el Dr. B. y la Licenciada M. En su discurso recursivo pretende que la Magistrada de grado valore prueba documental negada por las contrarias y respecto de las cuales no ofreció prueba subsidiaria, para obtener su validación en el proceso (art. 381). Ya hemos señalado que *"Los documentos emanados de terceros tienen el solo valor de un testimonio y son computables en cuanto el emisor los reconozca ante el actuario, en calidad de testigo, pudiendo las partes interrogarlos libremente sobre su contenido. (D. de S., M. E. y otros vs. E. F. A. s. Daños y perjuicios. Cám. Fed. de Apelaciones Sala II, General San Martín; 15-05-1995; Rubinzal on line; RC J 3995)"* (CAPM in re " Z. C. V. c/ C. A. S. H. s/Cobro de pesos."(Expte. Nº 34 Año 2012) SDL Nº 19/12). En segundo lugar señalar que *"hay culpa, porque debió curar y no lo hizo"* entra en contradicción con lo expuesto luego, en el sentido que la obligación del médico es de medios y no de resultado como se infiere en la primera parte de su queja. La crítica a la sentencia no cumple ni aún mínimamente con los requisitos técnicos que le impone al recurrente el art. 268 CPCC.

En cuanto al cuarto agravio, su queja adolece de la misma falta de técnica recursiva. Refiere a que existen pruebas objetivas de otros galenos que permiten concluir en la deficiente atención del Dr. K.

El Dr. B. ha reconocido con nota agregada a fs. 232, el informe médico laboral de fs. 41, el que debo inferir fue a requerimiento de la propia parte. De sus conclusiones, no puedo inferir en modo alguno que se pueda acreditar la negligencia o impericia configurativa de la culpa (arts. 512, 902, 909 y 1109 CC) que se le atribuye al Dr. K. y que pueda contraponerse,

seriamente y con rigor científico a las conclusiones del perito médico, que ha valorado la señora jueza.

Por otro lado, no se advierte que en el caso sea necesario al sistema de cargas probatorias dinámicas en materia de responsabilidad médica. Como bien afirmó la señora Magistrada y reconoce en el agravio la parte, el concepto clásico es quien alega la culpa de otro para demandarlo por daños y perjuicios, tiene la carga de probarla, pero, por aplicación de aquél, ello recae no sólo en el que alega el hecho sino también en aquél que se encuentra en mejor situación para desvirtuarlo.

La opinión de la doctrina mayoritaria nacional que propicia el desplazamiento de la carga de la prueba hacia el demandado en los juicios de responsabilidad médica, en función de las normas procesales exige al profesional médico o al personal paramédico una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos relativos a la controversia. Si un profesional médico alega que actuó de un modo diligente y pretende que el juez recepte tal criterio deberá colaborar con el órgano aportando todos los elementos a su alcance para demostrar su no culpa, pues lo contrario, esto es una conducta pasiva en materia probatoria, constituiría una violación a elementales principios de buena fe, que el juez no podrá dejar de valorar al momento de dictar sentencia.

Pues bien, la prueba pericial médica ofrecida por todas las partes en esta litis, ha concluido que el Dr. R. A. K. ha actuado conforme las reglas de la buena praxis médica, adecuadas en virtud de las características de las lesiones y las condiciones propias del paciente (v. fs 357, 358, 360, 364). No se alcanza a comprender la aplicación en el caso de autos del sistema probatorio que preocupa a la parte, constituyendo la crítica una exposición teórica con trascripción de citas de jurisprudencia que no tienen relación con la cuestión debatida en autos y por tanto sin sustento jurídico ni fáctico que sustente la queja.

El último punto del agravio, tan solo amerita señalar que Sanatorio de la Ciudad S.R.L. no ha sido parte de este proceso por lo cual, el agravio que debiera tratarse si el resultado de la queja fuera otro, implica desconocer, el principio procesal de congruencia, que exigen la identidad entre las postulaciones de las partes y el pronunciamiento del tribunal y que constituye un límite a las facultades decisorias del juez, que deriva del sistema básicamente dispositivo del proceso civil.

Luego de lo expuesto, concluyo expresando que el escrito de expresión de agravios, no resulta una mera fórmula o un medio técnico desprovisto de sustancia, sino que debe tener un contenido tal, que cumpla con el requisito de ser un análisis razonado punto por punto de las partes de la sentencia que se consideran erróneos y una fundamentación indicativa, precisa y adecuada de los motivos en que el apelante sustenta su pretensión revocatoria.

En síntesis no basta la simple disconformidad genérica o disenso con el fallo sin dar las bases jurídicas de la oposición. Si falta ese fundamento puntual en la refutación o no se dan las bases jurídicas que sustenten un punto de vista contrario al fallo, no hay expresión de agravios. No significa pues, sólo disentir con la interpretación del juez o transcribir fallos y doctrina, sino que el escrito debe incluir un análisis razonado de los considerandos de la sentencia y su réplica concisa y exacta (conf. CNC, sal F, RED-16, pág. 767, n° 93, id. T.98, 303; id. Sala C, ED. t.108, 379).

El apelante debe examinar los fundamentos de aquélla, puntualizando de modo crítico -es decir, emitiendo un juicio impugnativo- concreto y preciso, con una derivación lógica adecuada -o sea razonada-, del por qué a su juicio la decisión es errónea, injusta o equivocada. Dicho de otro modo, no basta con dar una apreciación dogmática que trasunte un criterio diferente al del juez o una mera disconformidad, sino que deben esgrimirse argumentos

jurídicos fundantes de una opinión jurídicamente relevante en sentido opuesto al del fallo.

"... Las afirmaciones que ahora trato, más allá de exponer la existencia de una disconformidad con la decisión de la Alzada, no resultan suficientes para conmover los fundamentos del fallo, ya que no demuestra, cual era su deber, el desacierto de la sentencia. La expresión de agravios debe aportar algún nuevo elemento de convicción u otras razones que justifiquen una solución distinta, puesto que las meras discrepancias con el criterio del tribunal apelado no constituyen una crítica concreta y razonada del fallo. De no hacerlo, se reputará insuficiente la fundamentación del recurso y se lo declarará desierto. (conf. Fallos 289:329; 304:1444; 307:2216; 308:541; C.518.XXII, del 26 de setiembre de 1989. TAWIL, Guido Santiago, Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte Suprema de Justicia, Ed. Depalma, pág. 154)... En este sentido, se ha destacado que "La expresión de agravios supone dos elementos que confluyen para determinarla. Uno es la existencia del perjuicio que se infiere a la parte que apela, lo que supone un aspecto endógeno con sus consecuencias. Pero los recaudos no se detienen allí, porque el perjuicio, para llegar al ámbito conceptual de agravio, debe provenir de errores de la sentencia. Para que exista expresión de agravios no bastan manifestaciones imprecisas, genéricas. Se exige legalmente que se indiquen, patenticen, analicen parte por parte las consideraciones de la sentencia apelada. En la expresión de agravios deben precisarse parte por parte los errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo" (CNCI H, Capital Federal 24-5-1999, "V. G. del V. c/ B., J.C. s/ Divorcio", ED 185-534-49769; citado por HITTERS, Juan Carlos, Técnica de los Recursos Ordinarios, 2da. edición, Librería Editora Platense, pág. 459) (STJCH SD 01/10).

Por todo lo expuesto y aún cuando hago propio que en la sustanciación del recurso de apelación debe ponderarse el cumplimiento de los requisitos con tolerancia, mediante una interpretación amplia que tienda a la garantía de la defensa en juicio, *"Frente a una expresión de agravios insuficiente, el tribunal*

debe declarar desierto el recurso, pues no se trata de un obrar que quede al capricho o discreción del órgano jurisdiccional, sino del acatamiento de expresas normas " (SCBA 12/8/97) he de proponer al acuerdo la deserción del recurso de apelación (art 269 del CPCC), con costas al apelante (art. 69 CPCC).

Conforme ya es criterio de esta Cámara (entre otras SDL Nº 03/10 SDL Nº 06/10 SDL Nº 16/10) y a los efectos de la regulación de honorarios profesionales, no devenga honorarios el escrito de expresión de agravios que es tenido por insuficiente considerándose su actividad inoficiosa (Cfme. Ure-Finkelberg Honorarios de los Profesionales del Derecho. Pág. 178 Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2009). Los honorarios del Ab. L. Á. N., por mérito, extensión y resultado obtenido por su actuación en la Alzada, deben regularse en el 25 % de los que resulten en la primera instancia (art. 5 y 13 del CPCC)

VOTO a esta cuestión por la **NEGATIVA**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

Que los antecedentes de autos han sido claramente expuestos en el voto anterior por la Dra. de Villafañe, por lo que, en honor a la brevedad, los doy por reproducidos.

Por tal razón, me adentraré en el análisis de los agravios traídos por la parte actora, adelantando que mi voto será en sentido coincidente con el de la Sra. Jueza preopinante, y daré razones de ello.

2.

La parte actora expresó sus agravios a fs. 427/431, reprochando a la sentencia de autos, sosteniendo que interpretó indebidamente la prueba

documental acompañada, la parcial pericia médica realizada en autos, la incorrecta aplicación e interpretación de los certificados médicos que dan cuenta del agravamiento del actor tras la intervención del demandado; la errónea valoración de la prueba informativa, en la historia clínica y la no aplicación de la teoría de las cargas dinámicas probatorias.

En el mismo sentido que la Sra. Jueza prevotante, trataré a las quejas en su conjunto, por entender que todas, en suma, se reducen al cuestionamiento del rechazo de la demanda en orden a la falta de prueba en la responsabilidad que se endilga al demandado.

En primer lugar debo señalar que la crítica que la agraviada formula en el sentido que la Sra. Jueza erró al considerar que el demandado realizó dos actos médicos, uno por el hombro derecho y otro por el izquierdo, y que, como consecuencia de ello omitió cumplir con el rol protagónico del juez de esclarecer la verdad, no es, ni razonada, ni concreta.

En todo caso, la apelante debió indicar en qué medida tal consideración sentencial la afectaba, y, de haber el decisorio considerado en otro sentido, ello hubiese variado el resultado del pronunciamiento (arg. art. 268, CPCC).

En lo que respecta a la pericia médica de autos, y el, a mi juicio, extemporáneo planteo sobre la imparcialidad de su autor, cabe señalar que el apellido del perito, consta en el protocolo anestésico de fs. 269, integrante de la historia clínica acompañada en autos.

Al agregarse dicha documental, el Juzgado hizo saber a las partes tal circunstancia (fs. 325 vta) sin que la actora hiciera objeción alguna al respecto, quedando dicha providencia firme y consentida.

Designado el perito O. a fs. 339, aceptó el cargo a fs. 339 vta, sin que la parte hiciera uso de las facultades que le otorga al respecto el art. 469, del CPCC.

Tales razones, me llevan a concluir que la impugnación de la pericia en función de las condiciones personales del experto de fs. 371/373 a ese

respecto, resultaron extemporáneas. Los planteos que formula en este sentido la apelante al expresar sus agravios, no lo son menos.

A ello, debo sumar que resulta inaudible la queja de la actora, cuando señala que jamás estuvo dentro de sus posibilidades saber que sería designado un perito que trabajaba con el demandado. De haber analizado el protocolo anestésico de la historia clínica, corroborada la identidad del cirujano (que figura como "O., L.") bien pudo hacer uso -mas no lo hizo- de las facultades que la norma adjetiva le confiere.

Por tales razones, teniendo en cuenta el principio de preclusión en materia procesal, considero que no cabe analizar la queja traída, la que a mi juicio, no embate contra la sentencia sino contra la pericia de la que ella se valió para desestimar la demanda, considerando que la queja no constituye, por tanto, crítica razonada, ni concreta (art. 268, del CPCC). Ello, sin perjuicio de las consideraciones de la Sra. Jueza de primer voto respecto de las medidas para mejor proveer que la Sra. jueza de la otra Instancia no adoptó y las relativas al consultor técnico -al que me referiré luego-, con las que coincido plenamente, y resultaría redundante expresar.

La apelante señala que el decisorio no tuvo en cuenta las afirmaciones del testigo B., respecto de quien se reservó el derecho de designar como consultor técnico en la demanda y señala haber arribado con él a las conclusiones de que da cuenta a fs. 371.

Pretende luego la quejosa que el decisorio tome para sí las conclusiones que dicho galeno -ya en condición de testigo- arribó, tras su declaración de fs. 228/229, pues nadie puede tener por acreditado un hecho por su mera invocación (art. 381, del CPCC). De allí que el valor probatorio de sus conclusiones no puede ser asimilado al de las enunciadas por el perito de oficio (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, "Liporace, Roque c. Vázquez Ferro, Guillermo y otros", 09/02/1988, LA LEY 1989-B, 617, AR/JUR/315/1988).

Tal crítica carece de sustento jurídico, pues, se ha sostenido jurisprudencialmente que el consultor técnico es un defensor de los intereses de la parte que lo propuso (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, "Liporace, Roque c. Vázquez Ferro, Guillermo y otros", 09/02/1988, LA LEY 1989-B, 617, AR/JUR/315/1988).

En el mismo sentido, se ha señalado que el consultor técnico constituye una figura sustancialmente análoga a la del abogado. Por ello, las razones que pueda exponer deben ser evaluadas como si proviniesen de la parte misma (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, "Oholeguy de Devicenzi, G. E. y otros c. Huber, Ronaldo R. y otro", 25/08/1994, LA LEY 1995-A, 436 DJ 1995-1 DJ 1995-1, 531, AR/JUR/880/1994).

Y aun cuando no haya presentado informe personalmente, tras la "reserva" mencionada, es la misma parte quien reconoce haber arribado conjuntamente con él a las impugnaciones a que he hecho referencia. Mal pueden considerarse, en consecuencia, a los fines probatorios sus afirmaciones testimoniales de fs. 228/229.

Con respecto a la mención del informe elaborado por la Lic. M., huelga destacar que, por no tratarse de una profesional médica, mal podría concluirse que su opinión pudiera comprometer la responsabilidad del demandado.

De lo expuesto precedentemente y de las afirmaciones de la Dra. de Villafañe en el voto anterior, me permito concluir que tampoco en este caso la apelante articuló una crítica razonada ni concreta. Ello así, pues, pretendió valerse de prueba ciertamente inconducente, por subjetiva y de otra no corroborada (tal el caso de la documental desconocida en su autenticidad por la contraria), para modificar el decisorio desfavorable a su parte (arg. art. 268, CPCC).

En tal sentido, se ha señalado que lo fundamental de todo recurso de apelación es que debe contener una "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas" de tal modo que a través de su argumentación se tienda a atacar la sentencia dictada tratando de demostrar los errores que se atribuyen al a quo, ya sean en el campo de lo fáctico o de lo jurídico (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, "Tavasci, Francisco C. c. Colombo de Derito, María T. y otra", 13/06/1978, AR/JUR/3440/1978).

Finalmente, la apelante sostiene que el decisorio ha sido arbitrario, ya que ignoró otras pruebas, entre la que se destaca la de informes, tal el caso del evacuado por el Dr. B.

Sin embargo, la quejosa no señala en qué medida, el informe del galeno, en caso de haber sido atendido, hubiese modificado la resolución del fallo en crisis, convirtiéndose entonces tal queja en una mera discrepancia con el pronunciamiento.

Lo mismo sucede cuando se agravia de no haber acudido el decisorio a la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Aquí también discrepa con el pronunciamiento, mas no lo ataca.

Digo ello, pues con la aplicación de tal teoría, la actora no da cuenta en qué sentido hubiese cambiado la resolución de la otra Instancia. Ello así, a menos que la actora pretendiese que el demandado probase su propia mala praxis, lo que se encuentra reñido con la garantía del derecho constitucional de defensa en juicio y el principio de inocencia.

Tal teoría no resulta ser derogatoria del principio establecido en el art. 381, del CPCC en materia de "*onus probandi*", y menos puede constituir un remedio de amplio espectro que sirva para subsanar cualquier suerte de omisión en la obligación de probar los hechos que se alegan.

No menos inconducente resulta ser su agravio en cuanto a que pretende extender la condena a quien no ha sido parte en el proceso, pues no resiste

el más elemental principio de garantía de defensa en juicio, consagrado por el art. 18, CN.

Por lo expuesto, comparto el criterio de la Sra. Vocal preopinante en el sentido que su queja debe ser declarada desierta en todos sus aspectos (art. 268, del CPCC).

3.

Coincido con la Dra. de Villafañe que las costas de esta Instancia deben ser soportadas por la actora (art. 69 y cc. del CPCC). También lo hago respecto a que no corresponde regular honorario alguno, tal como lo tiene decidido para estos casos esta Excma. Cámara (cfr. CAPM, SDL 03/10, 06/10,16/10, entre otras), cuando el letrado apelante no lograre superar con su tarea los requisitos técnicos del art. 268.

Con respecto a los honorarios del Dr. L. A. N., coincido con la Sra. jueza preopinante en los fundamentos brindado y cuantía en que los practica (arts. 5 y 13, ley de aranceles).

Por las razones expuestas voto por la **NEGATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

Conforme propuse la deserción del recurso invocado, deviene en abstracto expedirme sobre esta cuestión.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Coincido con mi colega de Cámara que la presente cuestión no ha de tratarse, pues, en atención al modo en que se resuelve, la misma deviene en abstracto.

A LA TERCERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

A fs. 402 el abogado L. Á. N. apela por bajos los honorarios que se le regularon, fundamentando el recurso dentro del plazo legal. (Art. 48 Ley XIII Nº 4 y su mod. y art. 246 CPCC).

Conforme criterio receptado por este Tribunal, (entre otras "R. c/ S. A. I. y E. de la P s/Cobro de pesos".Laboral (Expte. Nº 328 Año 2011) SDL Nº 41/ 12) en el caso de rechazo de la demanda, los intereses integran el monto del proceso sobre el que se calculan los honorarios profesionales. El Excmo. Superior Tribunal señaló *"Asimismo, sostengo que no corresponde la exclusión de los intereses a los efectos de determinar la base económica de regulación, no solo porque importaría negar el beneficio económico que la labor de los profesionales le proporcionó a su cliente, sino que también implicaría negar la plena operatividad del principio de onerosidad de los servicios, preceptuado en el art. 3° de la Ley XIII Nº 4 (Antes Ley 2200), y apartarse de lo expresamente dispuesto en el inc. a del art. 5° de la ley arancelaria local, en cuanto a que para fijar el monto del honorario, se tendrán en cuenta -sin perjuicio de otras pautas regulatorias- "el monto del asunto o proceso, si fuere susceptible de apreciación pecuniaria, el que estará comprendido por el capital e intereses y demás accesorios"*. (STJCh en autos **"**L., E. G. c/ S., R. s/ Sumario (daños y perjuicios)" (Expte. Nº 21.836-L-2009) Sent. Nº 03/S. R. E. /2011).

En el caso y atento la naturaleza del reclamo, los intereses deberán calcularse desde la fecha en que se interpuso la demanda.

Luego de lo expuesto para fijar los honorarios la señora jueza ha tenido en cuenta el conjunto de pautas expresamente previstas en el régimen arancelario y que puede ser evaluadas por los jueces con un razonable margen de discrecionalidad, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, la calidad, eficacia y extensión del trabajo, entre otros aspectos. Realizados los cálculos pertinentes, debe concluirse que los porcentajes establecidos no reflejan la importancia y extensión de los trabajos cumplidos por el apoderado de la demandada, por los que cabe reajustarlos en el 17 % por la actuación cumplida para el codemandado R. A. K., en el 15 % por la realizada para el codemandado L. A. S.R.L y en el 15% por la representación de T. C. de S. S.A.. (art. 5, 6 7,10, 38, 46 y cctes de la ley arancelaria).

Por su lado, la letrada G. C. Q., apela por la representación acreditada, los honorarios que le fueron regulados por bajos y luego señala que deben readecuarse también los del patrocinante.

La presentación a resolver es confusa.

La legitimación procesal para recurrir se da solamente cuando concurren en la calidad y actitud del impugnante la personería, el interés, el plazo y la forma, de manera tal que la carencia de cualquiera de estos atributos o circunstancias torna ilegal e improcedente la gestión recursiva, debiendo el tribunal de alzada -aún de oficio- declarar la errónea concesión, por el carácter de orden público del recurso, que nace de la ley y no es susceptible de ser abierto por voluntad de las partes o equivocada decisión del juez al concederlo.

Desde esa perspectiva, debe entenderse que el Sr. N. apeló los honorarios regulados a la Ab Q. y al Ab. A., por considerarlos bajos, aún cuando las costas que se impusieron son a su cargo.

No obsta señalar que de la redacción del escrito, puede inferirse que los argumentos que articula son los propios de la letrada.

Con las reservas éticas del caso, y la lectura atenta de las actuaciones profesionales cumplidas, soy del criterio que no existe mérito para apartarme de las regulaciones establecidas en la sentencia de grado, por la actividad profesional de los letrados que actuaron en la representación y patrocinio letrado de la parte actora.

Voto a esta cuestión **PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.**

A LA TERCERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Con respecto a la apelación de honorarios interpuesta por el Dr. L. A. N., a fs. 402, fundado a fs. 403 dentro del plazo legal (arts. 48 y, ley de aranceles y art. 246, del CPCC), soy partidario que los mismos deben ser elevados en el modo en que lo practica la Dra. de Villafañe, en atención al mérito, extensión y complejidad de la labor desarrollada (arts. 5, 6,7 y cc. de la ley arancelaria), debiendo utilizarse como base regulatoria el monto de la demanda con más los intereses que la Sra. Jueza prevotante señala (arg. STJCh, S.R.E. 03/10), calculados desde su interposición.

En orden al recurso interpuesto a fs. 406, respecto de los emolumentos profesionales de la parte actora, debo señalar que también comparto el voto de la Sra. Juez a preopinante, en cuanto a que, por la forma en que se encuentra redactado el escrito recursivo, fue el actor, a través de su representante quien interpuso apelación de honorarios, por considerarlos bajos, pese a la imposición de costas a su cargo.

Tal como lo expresa la Dra. de Villafañe, y sin perjuicio de lo normado por el art. 1908, Cód. Civil, soy de la opinión que la regulación de honorarios de la Instancia anterior venida a revisión, ha sido practicada adecuadamente y en orden a las prescripciones de los arts. 5, 6, 9 y cc. de la ley de aranceles.

Voto a esta cuestión **PARCIALMENTE por la NEGATIVA.**

A LA CUARTA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir el sentido de mi voto los Sres. Jueces de Cámara el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1. DECLARAR LA DESERCIÓN del recurso fundado a fs. 427/431.

2. IMPONER las costas en la Alzada a la actora vencida (art. 69 del CPCC)

3. REGULAR los honorarios profesionales del Ab. L. Á. N. en el en el 25 % de los que resulten en la primera instancia (art. 5 y 13 del CPCC). Sin regular honorarios a los Ab. G. C. Q. y J. G. A. por resulta inoficiosa sus tareas en esta sede.

4. REVOCAR LOS HONORARIOS regulados al Ab. L. Á. N. en la sentencia de grado y ajustarlos en los siguientes porcentajes en el 17 % por la actuación cumplida para el codemandado R. A. K., en el 15 % por la realizada para el codemandado L. A. S.R.L y el 15% por la representación de T. C. de S. S.A., porcentajes que deberán calcularse sobre el monto del juicio reclamado en la demanda con más los intereses, desde la fecha de interposición de la demanda.

5. CONFIRMAR los honorarios regulados en la primera instancia de los letrados G. C. Q. y J. G. A.

6. De forma.

Así lo voto.

A LA CUARTA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de junio de 2012.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. DECLARAR LA DESERCIÓN del recurso fundado a fs. 427/431.

2. IMPONER las costas en la Alzada a la actora vencida (art. 69 del CPCC)

3. REGULAR los honorarios profesionales del Ab. L. Á. N. en el en el 25 % de los que resulten en la primera instancia (art. 5 y 13 del CPCC). Sin regular honorarios a los Ab. G. C. Q. y J. G. A. por resulta inoficiosa sus tareas en esta sede.

4. REVOCAR LOS HONORARIOS regulados al Ab. L. Á. N. en la sentencia de grado y ajustarlos en los siguientes porcentajes en el 17 % por la actuación cumplida para el codemandado R. A. K., en el 15 % por la realizada para el codemandado L. A. S.R.L y el 15% por la representación de T. C. de S. S.A., porcentajes que deberán calcularse sobre el monto del juicio reclamado en la demanda con más los intereses, desde la fecha de interposición de la demanda.

5. CONFIRMAR los honorarios regulados en la primera instancia de los letrados G. C. Q. y J. G. A.

6. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDC.