TOMO XXIX **-INTERLOCUTORIO-** T.S.J.-

REGISTRO Nº 3397

FOLIO Nº 5709| 5710

PROT. ELECT. TSS1 058 I.181

Río Gallegos, 11 de julio de 2018.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"LLANOS MIRTA V. c/ FOURNIER ARTURO R. Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS"**, Expte. Nº **LL-26.267/08** (LL-2169/17-TSJ), venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los presentes autos a tratamiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, en virtud del recurso de casación articulado por la parte actora, por intermedio de su letrado apoderado, Dr. Miguel Nicolás Cano (cfr. fs. 892/906), contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, que confirmó la sentencia de Primera Instancia (cfr. fs. 867/885).-

Esta última rechazó la demanda incoada, con costas a la actora en su condición de vencida (cfr. fs. 798/805).-

Contra esta solución, la actora interpone recurso de casación con fundamento en lo siguiente: "...Aplicación Errónea de la Doctrina de las Cargas Dinámicas de la Prueba...es menester destacar que en la sentencia en crisis, el sentenciante, a lo largo de sus argumentaciones denota una postura totalmente incongruente y parcial, pues, en muchos de sus pasajes, se aparta del thema decidendum y da por ciertas todas y cada una de las alegaciones de la demandada, las que constantemente tacha de prolijas y acertadas, como las de su memorial de contestación de agravios, y sin hacer mérito y mucho menos profundizar en los argumentos vertidos por la actora, lo que violenta todos los principios que consagra la Constitución Nacional, Constitución provincial, no realiza un análisis pormenorizado de las probanzas de autos, a la vez que se empeña en efectuar interpretaciones que beneficien solo a la demandada, pues, no analiza tampoco el hecho de que la demandada se encontraba en mejor posicionada (sic) para probar los hechos...por ella alegados, y sin embargo no probó las eximentes de responsabilidad por ella alegadas." (cfr. foja 896).-

A ello agrega, "...el Sr. Juez ad quem violenta el principio de irretroactividad de la ley, previsto en el art. 5° del Nuevo Código Civil y Comercial, por lo que al haber entrado en vigencia el nuevo código, tal y como lo indica, el nuevo código civil, entró en vigencia luego de que se dictara la sentencia, por lo que de ningún modo puede ni debe aplicarse el nuevo código Civil, pues no se trata de las

relaciones y situaciones jurídicas existentes al momento de dictar la sentencia en crisis. Pese a ello, y a decir que aplica dichas normas no lo hace o lo hace erróneamente." (cfr. foja 896 vta.). Continúa expresando que la Excma. Cámara "... no aplica de modo alguno los principios que el mismo pregona, en primer lugar porque aplica la normativa del Nuevo Código Civil y Comercial, lo que pretende se haga con efecto retroactivo, y luego reconoce que esas normas procesales no son de aplicación, pero sí la aplicación de las cargas probatorias dinámicas. Pese a ello, a lo largo de la sentencia, el Sr. Juez ad quem desconoce la prueba aportada por esta parte, desmereciendo en todo momento la actividad profesional del suscripto, descalificando su actuación de distintas maneras, sobrevalorando la actuación y las pruebas aportadas por el demandado y desconociendo las pruebas aportadas por esta parte, aun cuando se trataba de la misma prueba (historia clínica). En función de la aplicación de las cargas probatorias dinámicas, el Sr. Juez ad quem debió entender que mi mandante se veía privada de aportar las mismas, tales como el diagnóstico del Dr. Cabana, como la TAC realizada por el Dr. Palavecino, las que nunca fueron aportadas por las demandadas, sino sólo mencionadas por el Dr. Fournier. Es decir no se incorporaron al proceso, por lo que da por ciertas las alegaciones del Dr. Fournier pese a que no acreditó de ninguna manera los hechos por él alegados, pese que a la luz de lo normado por el art. 1734 de CCC, a él le incumbía la carga de la prueba de las eximentes alegadas." (cfr. foja 897). Continúa refiriéndose con meticulosidad a la apreciación de los hechos y las pruebas aportadas, agregando: "...mal puede pretender el Sr. Juez ad quem que esta parte pruebe '...cual período de evolución de la obstrucción intestinal...', pues el Dr. Fournier no realizó estudios en esa área del abdomen, por lo que no se contaba con herramientas para determinarlo siendo Fournier el único que las podía aportar..." (cfr. foja 898 vta.).-

Afirma, que "...el Sr. Juez ad quem no aplica o aplica erróneamente las normas civiles, y se violan las leyes sobre pruebas, incurriendo en absurdos, violando consecuentemente el principio de congruencia, pues si bien inicia la sentencia haciendo un resumen de la teoría de derechos de daños y de la carga dinámica de la prueba, carga sobre la actora la obligación de probar los hechos y especialmente la culpa y responsabilidad del Dr. Fournier." (cfr. foja 899).-

Realiza numerosas críticas a la sentencia atacada, sosteniendo que la misma "Tacha de dogmáticas las alegaciones de esta parte, pero no hace una apreciación de la prueba, y se aparta no sólo de la doctrina de la carga dinámica de la prueba, sino también de la sana crítica, del principio de congruencia y del ideal de justicia, en tanto, se busca justificar lo injustificable, basándose en que no se le puede pedir a un médico que detecte lo indetectable, pues este no es el caso, debido a que si la enfermedad no hubiera sido detectada a tiempo en la Clínica del Valle y por la

exigencia del marido de la actora para que la misma fuera derivada a Comodoro Rivadavia, el resultado habría sido muy distinto. No es necesario ser médico para darse cuenta que la enfermedad era detectable, pues de hecho así lo fue, por médicos que actuaron profesionalmente y conforme el arte de curar lo requiere, y que la sana crítica, la lógica y el sentido común nos lleva a esa conclusión." (cfr. foja 903 vta.).-

Finalmente, expresa: "...yerra al decir que al no haber incapacidad no hay daño, pues el sólo hecho de que la actora haya sufrido crueles padecimientos, haya debido afrontar un tratamiento psicológico como se prueba en autos, para poder continuar con su vida, y las cicatrices en su cuerpo, más allá de las existentes, ello también constituye daño. O sea, no es necesario que haya incapacidad para que haya daño si se tiene en cuenta que por la intervención médica hayan cesado tales padecimientos pero no las cicatrices y otras circunstancias dañosas que constituyen el daño moral y el daño material, en tanto la misma debe depender de analgésicos para paliar el dolor." (cfr. foja 904 vta.).-

Por otro lado, señala que en la sentencia, la Cámara incurrió en violación de la ley y del principio de congruencia (cfr. foja 905 vta.).-

A fs. 905 vta./906 hace reserva del caso federal.-

A foja 923 pasan los presentes al Acuerdo.-

II.- Que, corresponde efectuar el examen preliminar que establece el artículo 7° del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6°, parágrafo 2° -Recurso de Casación- del CPC y C conforme Ley N° 3453/15 -Decreto N° 2228/15-, a efectos de valorar si se encuentran reunidos los extremos formales que autoricen la admisibilidad del recurso intentado; considerando que -tal cual reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de este Alto Cuerpo- la casación es un sendero extraordinario que no constituye una tercera instancia común, lo que conduce a discernir que para que este Tribunal Superior de Justicia pueda entrar a revisar el mérito del recurso interpuesto, deben reunirse determinados presupuestos cuya carencia conlleva a la inaceptabilidad del planteo casatorio.-

Los términos del recurso traslucen que, no obstante invocarse por la recurrente que la casación se sustenta en la violación de la ley y la violación del principio de congruencia, en realidad lo cuestionado es la valoración que han efectuado los jueces de las instancias ordinarias respecto de los hechos y pruebas aportadas a la causa, cuestiones ajenas al ámbito casatorio.-

En este análisis previo, se detectan varias falencias en la fundamentación del recurso, que obsta a su concesión.-

En efecto, remite a la consideración de cuestiones de hecho y prueba, ajenas -por principio- al recurso extraordinario de casación, salvo que se demuestre arbitrariedad, extremo que no se advierte cumplido en el recurso bajo

estudio.-

Debemos decir que, de la atenta lectura del instrumento recursivo, surge que la principal embestida a la construcción lógica de la sentencia en crisis gira en torno a un cuestionamiento pertinaz por parte de la recurrente de la valoración de hechos y pruebas de la causa (responsabilidad del médico, violación de las reglas relativas a la valoración de la prueba, prueba del daño) materia, a todas luces improcedente en esta instancia extraordinaria.-

Es decir, y como bien puede advertirse, la pretensión de la recurrente está dirigida a que se traten en esta instancia extraordinaria cuestiones relativas a la existencia o inexistencia de las responsabilidad del galeno y/o del nexo causal y/o de valoración de las circunstancias de hecho y prueba que las partes han traído al proceso y que han merecido ya la intervención de las anteriores instancias ordinarias. En este sentido, es dable señalar que los elementos fácticos del litigio no deben ingresar al tratamiento de la revisión casatoria, ya que el Tribunal que se ocupa de resolver este recurso sólo debe revisar la estricta aplicación del derecho, toda vez que en lo atinente a los hechos, los jueces de grado son soberanos y por consecuencia el relato histórico cumplido por éstos, escapa a la revisión del ad quem (cfr. Juan Carlos Hitters, "Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación", Ed. L.E.P.,1998, pág. 382).-

Las críticas del impugnante sólo traducen diferencias de opinión con el Juzgador y no resultan suficientes para rechazar las consideraciones expuestas en el pronunciamiento recurrido, máxime frente a la excepcionalidad del remedio que se intenta. Los motivos impugnativos están directamente referidos a un defecto de apreciación legal en relación a los hechos, pruebas y constancias de la causa por parte de la Excma. Cámara de Apelaciones, o error de subsunción; esto es, se ataca la actividad de juzgamiento del "ad quem" referenciándose cuestiones de hecho y prueba que resultan ajenas a esta instancia casatoria (cfr. TSJ Santa. Cruz, Interlocutorio, Tomo XXVIII, Reg. 3314, Folio 5518/5521, entre otros).-

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "...No puede tenerse por demostrada a los fines del recurso extraordinario la arbitrariedad de la sentencia que reparó el daño causado al actor por mala praxis...si los agravios vertidos configuran meras discrepancias con los argumentos y fundamentos del decisorio...sobre cuestiones de hecho, prueba e interpretación de normas de derecho común y procesal..." (cfr. sum. "G., G. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno y otro", del 05/09/2002, LA LEY 2003-A, 47 - DJ 2002-3, 803 - RCyS 2002, 1088).-

Se pretende recrear en este contexto la meritación y apreciación jurisdiccional, sin llegar a producir una crítica razonada, profunda, visceral, concreta

y eficaz de la estructura sentencial atacada (cfr. TSJ Santa Cruz, Interlocutorio, Tomo VI, Reg. 880, Folio 1019/1021). Sólo el error palmario y fundamental autoriza la apertura de la casación para el examen de cuestiones de hecho. Ello, por cuanto se pretende impugnar las conclusiones emitidas respecto de cuestiones fácticas de la litis, responsabilidad del demandado y valoración de la prueba, presentando su propia versión sobre las mismas sin que se realice un juicio crítico de los razonamientos desarrollados y la demostración de un error grave, trascendental y fundamentado (cfr. TSJ Santa Cruz, Interlocutorio, Tomo XXVIII, Reg. 3314, Folio 5518/5521, entre otros).-

Este Tribunal también ha dicho que "...no promueve una cuestión para ser tratada en casación el recurso que sólo trasunta una opinión diversa a la sostenida en las instancias de grado, insuficiente por ende, para demostrar que ésta conduzca a un apartamiento palmario de la solución jurídica prevista para el caso o adolezca de una decisiva carencia de fundamentación..." (cfr. Interlocutorios, Tomos XIX, Reg. 2463, Folio 3721/3724; XX, Reg. 2618, Folio 3914/3917, entre otros).-

En definitiva, el pronunciamiento de la Cámara, derivado del análisis de la prueba producida, no puede ser objeto de censura en la instancia extraordinaria de casación porque es producto del ejercicio de una facultad propia de los jueces de mérito, salvo que se denuncie y demuestre la existencia de absurdo, circunstancia ésta que no ha ocurrido, máxime cuando la sentencia atacada, cuenta con fundamentos de hecho y de derecho que, no obstante las discrepancias que se pueda mantener con ellos, dan sustento al decisorio.-

III.- Finalmente, la recurrente afirma que en la sentencia en crisis se violenta el principio de irretroactividad de la ley, previsto en el artículo 7° del Nuevo Código Civil y Comercial. Al respecto, afirma que no se aplica "...de modo alguno los principios que el mismo pregona, en primer lugar porque aplica la normativa del Nuevo Código Civil y Comercial, lo que pretende se haga con efecto retroactivo, y luego reconoce que esas normas procesales no son de aplicación, pero sí la aplicación de las cargas probatorias dinámicas. Pese a ello, a lo largo de la sentencia, el Sr. Juez ad quem desconoce la prueba aportada por esta parte, desmereciendo en todo momento la actividad profesional del suscripto, descalificando su actuación de distintas maneras, sobrevalorando la actuación y las pruebas aportadas por el demandado y desconociendo las pruebas aportadas por esta parte..." (cfr. foja 897). Es por ello que considera que se ha violado en los presentes el principio de congruencia.-

En primer lugar, corresponde realizar una consideración sobre estos dichos. La Excma. Cámara de Apelaciones sí realiza las afirmaciones apuntadas respecto de la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial al momento de

sentenciar, en particular en cuanto a la valoración de la prueba; y la aplicación de las "cargas probatorias dinámicas".-

Pero, como lo expresa la recurrente, la Cámara aclara sin hesitación: "En adelante, para los nuevos juicios, debemos tener en cuenta que el art. 1734 del nuevo ordenamiento de fondo impone, excepto disposición legal en contrario, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega; pero el artículo siguiente le da facultades al juez para distribuir la carga de la prueba de a (sic) culpa y de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa. Si bien no son de aplicación esas normas procesales con efecto retroactivo ya con anterioridad en múltiples ocasiones y con múltiples fundamentos se ha justificado la aplicación de las cargas probatorias dinámicas avaladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación..." (cfr. fs. 878 vta./879). Es decir, en la sentencia de marras, la prueba aportada en autos es considerada conforme las reglas monocordemente exigidas para casos como este.-

No existe en el caso entonces, violación del principio de congruencia ni la aplicación errónea de la doctrina de la carga dinámica de la prueba, y sí discrepancias respecto de cómo fué valorada la misma.-

Efectivamente, y como se mencionara supra, se cuestiona la sentencia que rechazó la demanda resarcitoria de los daños y perjuicios derivados de una mala praxis médica, "...en la medida en que los agravios vertidos se basan en cuestiones de hecho y prueba que contienen solo meras discrepancias con los argumentos y fundamentos del decisorio. Siendo asi porque tales cuestiones planteadas remiten a la consideración de circunstancias de hechos, pruebas y de derecho común, que son propios de los jueces de la causa y ajenas, como regla, a la instancia extraordinaria..." (cfr. TSJ Santa Cruz, Interlocutorio, Tomo XX, Reg. 2638, Folio 3963/3966).-

En efecto, la recurrente señala que el fallo se encuentra viciado de errores de consideración y apreciación de los hechos y las pruebas, respecto de las que alega que han sido consideradas de modo equívoco, y se limita a exponer lo que seria a su criterio la apreciación correcta.-

Por otra parte, en los presentes se decidió que no ha existido acreditación suficiente del daño que dice padecer la actora. Es doctrina de este Tribunal Superior de Justicia, que al juez le es indiferente establecer a cuál de los litigantes correspondía probar, siempre que los hechos esenciales de la causa queden probados. Contrariamente, ante la insuficiencia o ausencia de evidencias es necesario

recurrir a los principios que ordenan la carga de la prueba y fallar responsabilizando a la parte que, debiendo justificar sus afirmaciones, no llegó a formar la convicción judicial acerca de los hechos controvertidos (confr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 22/06/2000 'Duvi S. R. L. c. Rasic Hnos. S. A. y otra', LLBA 2001, 107). Así pues, se insiste en el sentido que sobre este punto las partes no han cumplido con la carga procesal de probar el extremo que invocan. Es que si al juez se le impone el deber de resolver es necesario que, al mismo tiempo, el derecho le diga cómo ha de solucionar la situación de incertidumbre en que le coloca la falta de prueba sobre un hecho. Aparece así la doctrina de la carga de la prueba, que adquiere su verdadero sentido cuando se la contempla desde el punto de vista del juzgador y al final del proceso. Las reglas en que se resuelve la distribución de la carga de la prueba no tratan de modo directo de determinar "a priori" qué hechos deben ser probados por cada parte, sino que pretenden decir al juez qué debe hacer cuando una afirmación de hecho no ha sido probada, esto es, fijan las consecuencias de la falta de la prueba de los hechos. El magistrado es soberano en la apreciación de la prueba, analizada como se hizo conforme las reglas de la sana crítica (art. 364 Cód. Procesal), motivo éste que no puede ser objeto de recurso extraordinario, como pretenden los recurrentes (cfr. Interlocutorio, Tomo XX, Reg. 2644, Folio 3980/3984).-

En definitiva, no procede la queja intentada contra la resolución que rechazó el recurso de casación interpuesto, toda vez que la recurrente no ha intentado demostrar la arbitrariedad de la sentencia ni el manifiesto apartamiento de la legislación vigente, o ignorancia de los hechos y pruebas de la causa. El juicio que se intenta, relativo a su acierto o error, es una cuestión ajena a la instancia extraordinaria.-

IV.- Que, en virtud de lo expuesto, doctrina y jurisprudencia citadas, el recurso de casación articulado por la actora, a fs. 892/906, no ha logrado habilitar la presente instancia extraordinaria, por lo que corresponde declararlo mal concedido, y en consecuencia, revocar la resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Mineria de la Segunda Circunscripción Judicial obrante a fs. 908/909 de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6°, Parágrafo 2° -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley N° 3453/15 -Decreto N° 2228/15-, teniendo presente la reserva del caso federal efectuada.-

Por ello, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1°) Declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto por la actora a fs. 892/906, y en consecuencia, revocar la resolución dictada por la

Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial obrante a fs. 908/909.-

2°) Tener presente la reserva del caso federal.-

3°) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvase.-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

RENEE GUADALUPE FERNÁNDEZ
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia