CONTESTO AGRAVIOS

EXCMA. CAMARA:

MARIANO GUAQUINCHAY, por el Gobierno de la Provincia de Mendoza, conforme Poder acompañado oportunamente en copia fiel, en estos autos CUIJ: 58092/ (13-06754703-3) caratulados: "FONTEMACHI PEREZ FLORINDA MABEL C/ LLAVER GERMAN A Y OTROS P/ DAÑOS Y PERJUICIOS", a V.S. digo::

Que en legal tiempo y forma vengo a contestar los agravios expresados contra la sentencia de primera instancia por el actor, solicitando que por las razones que expondré, se rechace totalmente el recurso deducido, con costas al mismo.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS:

Deserción del recurso: Tiene dicho reiteradamente nuestra jurisprudencia que existen diferencias entre criticar y disentir. Lo primero implica un ataque directo y pertinente de la fundamentación, formulando la demostración de los errores fácticos o jurídicos que pudiese contener la sentencia recurrida, mientras que disentir es proponer meramente el desacuerdo con la sentencia. La verdadera labor impugnativa no consiste en denunciar ante el Tribunal de Alzada las supuestas injusticias o errores que el fallo apelado pudiese contener, sino que debe demostrárselas con argumentos concretos, poniendo en evidencia qué elementos de hecho y de derecho le dan la razón a quien protesta, y si ello no sucede, debe declararse desierto el recurso. La

virtualidad de la expresión de agravios no depende de la cantidad de hojas escritas, sino de la calidad y eficacia crítica concreta y razonada de los argumentos del fallo. Hechos que en el escrito de la actora no ha logrado exponer, solo resulta del mismo un mero disenso.

Así por ejemplo "Criticar es muy distinto a disentir. La crítica inexistente en la presentación de los recurrentes - debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación, tratando de probar los errores fácticos y jurídicos que la resolución pudiese contener. En cambio, disentir es meramente exponer desacuerdo, sin base jurídica atendible, que ante la falta de crítica concreta y razonada debe declararse desierto el recurso de apelación."(Expte.: 34217 - FARMED S.A. - OBRA SOCIAL DE LA FUERZA AEREA O.S.F.A. DAÑOS Y PERJUICIOS - PRIMERA CAMARA CIVIL - Ubicación: LA167 – 193).

En idéntico sentido las distintas Cámaras de Apelaciones de esta Circunscripción se han manifestado. Así por ejemplo la Tercera Cámara en autos 33084 - MIRANDA MIGUEL ALBERTO C/ COBO GALDAME MARIA ELISA Y OTS. P/ DYP - Fecha: 15/02/2011 dijo: "Debe distinguirse adecuadamente la diferencia existente entre criticar y disentir. Lo primero implica un ataque directo y pertinente de la fundamentación, formulando la demostración de los errores fácticos o jurídicos que pudiese contener la sentencia recurrida, mientras que disentir es proponer meramente el desacuerdo con la sentencia." Este fallo ratifica la decisión de la antigua composición de esa Cámara en LS077-120. En este último precedente citado se agrega: "La

verdadera labor impugnativa no consiste en denunciar ante el Tribunal de Alzada las supuestas injusticias o errores que el fallo apelado pudiese contener, sino que deben demostrárselas con argumentos concretos, poniendo en evidencia qué elementos de hecho y de derecho le dan la razón a quien protesta, y si ello no sucede, debe declararse desierto el recurso, máxime cuando se efectúan remisiones y transcripciones efectuadas en los alegatos, que fueron analizadas por el sentenciante en el dictum recurrido. La virtualidad de la expresión de agravios no depende de la quantitas -cantidad de hojas escritas- sino de la qualitas -eficaz crítica concreta y razonada de los argumentos dirimentes del fallo."

En lo que refiere el anterior párrafo, esta parte infiere de manera directa que la actora, trae en la apelación una serie de hechos que ni siquiera ha expresado en los alegatos, y en cuanto a los puntos que exceden a dichos hechos ahora referidos, no son más que elementos configurativos del disenso al que esta parte se refiere, que distan en forma patente de configurar una crítica a la sentencia atacada.

En idéntico sentido la Primera Cámara de Apelaciones resolvió: "Declarar desierto un recurso de apelación se justifica cuando existe una falta de crítica elemental a la resolución recurrida, reiterándose argumentos vertidos ante la instancia precedente, sin criticarse de modo acabado el auto o sentencia en crisis." (Expte.: 44046 - ADUCCI CARLOS DONATO C/ A. Y A. METALES S.R.L. Y OTS. P/ CUEST. DERIV. LEY DE SOCIEDADES - 03/07/2012 - Ubicación: LA 196).

La Excma. Quinta Cámara de Apelaciones resolvió: "Los agravios deben controvertir la resolución, ya que de lo contrario no resultan atendibles. Criticar es muy distinto a disentir, ya que lo primero implica un ataque directo y pertinente a la fundamentación de la sentencia tratando de demostrar los errores fácticos o jurídicos que ésta pueda contener, mientras que disentir es exponer un mero desacuerdo, sin relevancia procesal ni base jurídica… Los agravios deben controvertir la resolución, ya que de lo contrario no resultan atendibles. Criticar es muy distinto a disentir, ya que lo primero implica un ataque directo y pertinente a la fundamentación de la sentencia tratando de demostrar los errores fácticos o jurídicos que ésta pueda contener, mientras que disentir es exponer un mero desacuerdo, sin relevancia procesal ni base jurídica. Expte.: 13433 - ALDECO, JUAN CARLOS P/ SUCESION - 07/02/2012)

Ratificando lo dispuesto en LA020 - 050

En el mismo sentido se expresan los comentarios del artículo la obra comentada dirigida por Gianella (pág. 1026).

Bien dice el Código Procesal Civil Comentado de nuestra Provincia, obra dirigida por Gianella, que "para que el tribunal ad-quem pueda abrir sus compuertas y considerar el recurso de apelación; debe constituir la expresión de agravios una exposición jurídica "completa y autosuficiente" que contenga el análisis razonado y crítico de la resolución impugnada, caso contrario

con sujeción al art. 137 del C.P.C. debe declararse desierto el recurso de apelación." Que si bien es de aplicación en la actualidad la normativa del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, el artículo en mención continúa con la misma dirección en tal sentido.

Como podrá apreciar V.E., de un análisis al escrito de expresión de agravios de la actora, no se ha realizado una crítica pertinente a la sentencia, sino un mero y vago disenso.

Por las consideraciones expresadas, y atento al tenor de los agravios, si V.E. considera, solicito se declare desierto el recurso de apelación interpuesto por la actora.

III. VALORACIÓN DE LOS AGRAVIOS ESGRIMIDOS

1. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, y con la finalidad de dotar a mi representada de una defensa integral, contestaré la expresión de agravios.

En autos no se ha acreditado, según surge de la sentencia apelada, una acreditación de culpa médica y, en consecuencia, no existe en el caso particular responsabilidad civil que pese sobre los codemandados, todos hecho analizados y valorados por el sentenciante conforme las reglas de la sana crítica.

Que, según surge de una simple lectura de los agravios, el apelante más allá de fundar un disenso y no una crítica razonable y fundada de la sentencia, efectúa en su escrito una argumentación asimilable a la figura de Alegatos en vez de una crítica propia de una expresión de agravios, de hecho, lleva su argumentación a un extremo, cual es la permanente referencia a las constancias del expediente penal y su conclusión, hecho que desde ya manifiesto que en el citado juicio, la misma dejó firme la sentencia no instando vía recursiva alguna, y cuya continuidad pretende, pareciera, en este proceso, ya que en su postura argumental hace referencia en forma constante a hechos y actos procesales cumplidos en esa sede y que aquí pretende ventilar nuevamente.

Curioso resulta a esta parte que en su escrito de expresión de agravios, el apelante continúa pretendiendo demostrar la responsabilidad del galeno como si estuviéramos en la etapa de alegatos. De lo que surge nuevamente claro, que el mismo no hace más que una expresión de disenso respecto a la sentencia y no una crítica razonada y fundada de la sentencia propia de una apelación.

Curioso resulta también a esta parte que el apelante hace referencia a una supuesta amistad de uno de los testigos (Dr. Roberto Martín) con el codemandado, Dr. Llaver, hecho que hubiera motivado una eventual tacha, hecho que no utilizó en el proceso, consintiendo tal declaración y hoy pretende ponerla en discusión. Situación similar se repite con la declaración de una de las enfermeras que asisten al Sr. López, cuando el apelante manifiesta que esta titubea. Es claro que el actor pretende que el juez de primera instancia

hubiera efectuado una valoración que supla las omisiones que el mismo no ejecutó mediante herramientas procesales en la etapa oportuna.

A lo dicho agrego que el apelante, en cuanto a la falta de determinación de cuál fue o qué conductas configuran la falta de servicio en cabeza del Gobierno de la Provincia, el mismo no precisa por ejemplo cuántos médicos debían estar atendiendo al Sr. López, cuando de las constancias valoradas en la sentencia resulta que en la Guardia del Hospital se encontraban presentes dos médicos y enfermeras, y que la atención del paciente no requería mayor cantidad de profesionales que un médico.

El apelante se alza contra el decisorio de grado, en virtud de los elementos tenidos en cuenta por el a quo para eximir de responsabilidad civil a los codemandados, Dr. Llaver, Hospital Saporiti y Gobierno de la Provincia de Mendoza, determinando en este último que en el caso concreto no existió falta u omisión de servicio por parte de mi representada, no coincidiendo el apelante con tal fundamentación.

Manifiesta la errónea valoración del hecho particular por parte del a quo, siempre desde el punto de vista del disenso. En el mismo, el apelante, tras una copiosa cantidad de fojas, no hace más que transcribir capítulos o párrafos enteros de la sentencia, y de una forma repetitiva ataca la misma, apoyando su disenso en puntos reiterados casi hasta el hartazgo, cuales son:

- Disiente con el resolutivo en cuanto a que el a quo manifiesta que no se ha acreditado la responsabilidad civil del médico, Dr. Llaver. El

magistrado concluye en que no se ha acreditado omisión o culpa en cabeza del galeno, como tampoco un obrar diligente o culposo dentro de su intervención profesional. Que resulta a todas luces manifiesto, según se desprende del texto de la sentencia, la utilización de las reglas de la sana crítica utilizadas por el Juez de primera instancia a la hora de valorar las pruebas y fundamentar su sentencia.

- El apelante en su, reitero, extenso disenso, pretende atacar la sentencia apelada apoyándose en una pretendida errónea interpretación y valoración de la prueba, siendo que de la simple lectura, dicha sentencia tiene un pormenorizado detalle de cómo logra concluir el resultado final, donde se pronuncia por el rechazo de la pretensión de la actora.

- Que el apelante pretende imponer de manera refleja una pretendida responsabilidad civil del galeno actuante y demandado, Dr. Llaver, sobre el Nosocomio codemandado en su calidad de principal, atento a que allí presta funciones el citado médico; y sobre el Gobierno de la Provincia de Mendoza, en virtud de ser, según dichos de la actora, el titular del nosocomio codemandado, atento a haber supuestamente incurrido en una omisión de prestar el servicio en el caso concreto, sin precisar y probar concretamente cual fue el deber incumplido y su influencia en el hecho puntual. Respecto a ello, y tal como concluye el a quo, en autos, el actor no ha logrado acreditar responsabilidad civil alguna en cabeza del médico tratante, no ha logrado en consecuencia acreditar responsabilidad refleja por parte del Hospital Saporiti, y así, tampoco ha logrado acreditar de qué modo incurrió mi representada, en falta o irregular prestación del servicio.

- Que la actora pretende dotar de fundamentación este recurso de apelación, basándose en el disenso de cómo el a quo arribó a la sentencia

recaída en autos, pero ello sin argumentos que tiendan a desvirtuar que el magistrado arribó a su sentencia aplicando en forma totalmente visible la reglas de la sana crítica, haciendo una valoración detallada de las pruebas y su interacción de unas sobre otras. Así, surge claramente expuesto por el sentenciante que el mismo hace una valoración de las circunstancias, como así de las distintas pruebas producidas, entre ellos por ejemplo del expediente penal ofrecido de donde surgen declaraciones testimoniales, y también de la sentencia absolutoria allí recaída y los argumentos allí referenciados por el Magistrado de sede penal. Esta última prueba, especialmente valorada y cuyo aporte resulta a todas luces concluyente, donde además de quedar acreditada la ausencia de responsabilidad penal por parte del codemandado, de allí surgen declaraciones de las que se extrae por ejemplo de que el Sr. López ingresó al Hospital en su primera atención efectuada por Llaver, por sus propios medios, realizando trámites previos por sí solo, orientado y demás, esto entre otros muchos datos recopilados allí como luego en sede civil, y que permitieran no solo su valoración dentro de los estándares o principios de la sana crítica sino también en su interacción con el resto de los medios probatorios producidos.

- Respecto a la obligación del médico demandado y cuya determinación hubiera incidido sobre la extensión de las consecuencias a mi representada, es que tanto doctrinaria como jurisprudencialmente el médico contrae una obligación de medio consistente en la aplicación de su saber y de su proceder, a favor de la salud del enfermo. Aunque no está comprometido a curar al enfermo, sí lo está a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación. En las obligaciones de medios, de

prudencia y diligencia o de comportamiento, el deudor está obligado legal o convencionalmente a poner de su parte los medios razonablemente necesarios para llegar a un resultado, a tomar ciertas medidas, a observar conductas o comportamientos que normalmente conducen a un resultado determinado o previsto, aunque sin garantizarse el resultado mismo.

- En el caso particular y que el juez ha valorado correctamente en la sentencia, el actor no alcanzó a acreditar un obrar negligente por parte del médico tratante por las pruebas acompañadas o producidas ni menos aún acreditó o fundó positivamente indicio alguno que permitiera al sentenciante arribar a un resultado distinto.

- Que el actor, hoy apelante, pretende dotar a la pericia practicada como único y exclusivo modo de acreditar su pretensión, siendo que del total de las pruebas restantes, las de enorme importancia en el presente juicio, nos permiten arribar a una claridad de las circunstancias y hechos que permiten fundar la sentencia recaída, no bastando la pericia producida para torcer el destino de la misma.

- Que el actor, en su demanda como en los alegatos y, ahora en esta etapa recursiva, pretendió imputar sobre el Gobierno de la Provincia una supuesta responsabilidad por falta de servicio de una manera muy vaga y que aún así no logró acreditar, ello independientemente de que esta parte ratifica la falta de legitimación pasiva, por los argumentos ya expuestos. Ello se debe a que si bien la responsabilidad del Estado surge regulada por la Ley Provincial N°, el demandado ni siquiera se tomó el tiempo en fundar su pretensión acorde a la citada normativa. Que más allá de esto último, si bien es sabido que la responsabilidad a la que alude dicha normativa opera de manera objetiva, aún así

el actor debió manifestar y acreditar cuál fue el deber omitido y como influyó en el caso particular, ello no ocurrió. Además, el actor esboza de una forma manifiestamente débil que se atribuye responsabilidad al Estado en virtud de no haber utilizado el médico un desfibrilador, hecho que surge claro de la sentencia dictada que el médico tratante actuó conforme un procedimiento determinado y dentro del criterio que su profesión así lo sugirieron teniendo en cuenta también que la sintomatología no lo ameritaba, no existió obrar culposo.

También el actor pretende imputar responsabilidad manifestando una supuesta ausencia de desfibrilador en el nosocomio y en la ambulancia, siendo que tal como surge valorado en la sentencia, dichos artefactos existían en la ambulancia y en el Hospital. Pretende imputar también responsabilidad el actor sobre mi representada en falta de personal profesional, hecho desvirtuado y que surge plenamente acreditado de las pruebas y lo expresado en la sentencia de una manera clara y contundente. También surge manifiesto en la sentencia que no se acreditó de manera alguna la supuesta caída del Sr. López de la camilla o de la ambulancia, por lo que todo ello surge de la valoración correcta del magistrado en su sentencia y apoyado en pruebas legalmente producidas e incorporadas en autos.

Sin perjuicio que ya expresáramos que el a quo analizó la totalidad de la prueba en cuanto a los agravios esgrimidos por la actora, ello surge de una simple lectura de la sentencia, es necesario resaltar lo que tiene manifestado nuestra Suprema Corte y las Cámaras de Apelaciones sobre la

valoración de la responsabilidad del Estado en cuanto a supuestos responsabilidad por falta de servicio y su valoración:

Así la SCJM ha dicho "El juez valora las pruebas libremente en su eficacia con el único límite que su juicio sea razonable. Él es soberano en la selección y valoración del material probatorio. Este sistema de apreciación libre al que se denomina como "sana crítica", tiene reglas, que no son sino meras directivas impuestas al juzgador, por ser normas de criterio a la que se ajustará toda persona razonable y nada más. Es decir, que no son normas jurídicas, sino principios de lógica que escapan al control de éste Tribunal." (91533 - FARFAN, OSCAR ROBERTO EN J° 33.362 "FARFÁN O.R. - C/VDOS. Y BGAS. EMILIO Y CELESTE CARLONI SRL P/DESPIDO" S/INC. - CAS. – 19/05/2009 – Ubicación: LS397 – 131).

Que, en el caso particular y en lo atinente a la pretensión de la actora de respecto a la responsabilidad de mi representada, si bien en este tipo de materia (falta de servicio) la responsabilidad es objetiva, ello no amerita desatender a que el hecho puntual no pueda ser pasible de una valoración de cómo o dónde existió la falta de servicio, hecho que en el caso el actor no ha acreditado, ya que no demostró cual fue el deber omitido por nuestra representada, más aún surge en todo momento acreditado que se siguió el procedimiento habitual para atender a los pacientes tanto en la ambulancia como en el Hospital demandado, se acreditó la existencia de desfibrilador en ambos, no se acreditó caída alguna como tampoco negligencia o mala fe en maniobra

alguna, como tampoco se acreditó falta o insuficiencia de personal médico tratante en el caso particular. Todo ello surge de una concienzuda lectura de la sentencia apelada, donde el juez hace una valoración de la prueba dentro de los parámetros de la sana crítica concluyendo por el rechazo de la acción planteada.

En cuanto al agravio en cuestión y la discusión sobre la responsabilidad del Estado en este tipo de discusiones, tanto la doctrina como jurisprudencia a nivel provincial y nacional tienen dicho los siguientes argumentos que ya han sido expuestos en los alegatos de autos, en particular lo manifestado por el Dr. Dalmiro Garay, ello en cuanto a Responsabilidad del Estado por falta de servicio: …"PERRINO, en opinión que comparto, agrega que "debe quedar bien en claro que el concepto de responsabilidad objetiva que se emplea al referirse a la falta de servicio no es sinónimo de responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso, pues la falta de servicio se predica de conductas y no de resultados. En efecto, la responsabilidad por falta exige efectuar una valoración en concreto de la actuación desplegada por la Administración en el caso y no respecto de los resultados alcanzados" (Conf. PERRINO, Pablo Esteban, "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia", Publicado en: LA LEY 24/08/2011, 1 o LA LEY 2011-E, 715, el destacado no es del texto). Es en este punto donde quiero detenerme, la existencia probada del daño a los fines de la obligación resarcitoria, necesita la acreditación de la falta en servicio (obviamente hablando de responsabilidad extracontractual por actividad ilícita) a los fines de la procedencia de la reparación, ya que la idea de responsabilidad objetiva no puede

eximir dicha condición, cuestión que impacta directamente en la carga probatoria del que alega el daño, siendo pertinente aquí recordar que ésta es doctrina consolidada en la Corte Federal, la que resumimos con cita de la causa "Hisisa" (Fallos 331:1730), donde se dijo que "con particular referencia a la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio atribuida a los órganos estatales, esta Corte ha sostenido que debe cumplirse con la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto posible cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en lo atinente a su falta de legitimidad (Fallos: 317:1233; 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973; 329:3966 entre muchos otros, el destacado no es del texto)…. 6) Resta decir, que cuando abordamos la responsabilidad del Estado por omisión, se da una condición particular, que está vinculada a lo que ya este Tribunal marcaba en la causa "Torres", (ver texto en J. Mendoza 36-94, JA, 1989-C, 607, LL, 1989-C, 514, DJ 1990-1-141) y que la Corte Federal resume en "Mosca", y es que para que la misma opere, hay que distinguir "los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho (...) de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado como propósitos a lograr en la mejor medida posible". Es en el primero de los supuestos donde se compromete responsabilidad por omisión (ver también estudio hecho por este Tribunal en la causa "Norton", LS267-496).

Dicho ello, en cuanto a la carga que pesa sobre el actor que alega la falta de servicio, queda claro que deberá "describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en lo atinente a su falta de legitimidad" ("Hisisa", Fallos 331:1730)".

Continuando con el tratamiento del análisis de la responsabilidad del Estado por falta de servicio, el texto citado continúa: …En la especie, el actor hace una imputación genérica a los deberes que pesan sobre el Estado, sin siquiera identificar cuál es el estándar sobre el que habrá de tamizarse las conductas u omisiones del Estado, ni la conducta u omisión que debe ser considerada ilegítima -por no alcanzar aquél- y que a la vez posee idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios invocados. PERRINO, al abordar el tema sostiene que "es claro que la razonabilidad de la actuación conlleva ponderar en cada supuesto en particular el alcance y la naturaleza del deber cuya inobservancia se imputa, los instrumentos con los que se contaba para su ejecución (entre ellos los recursos materiales y humanos disponibles), como también los llamados estándares de rendimiento medio y el grado de previsibilidad del daño. Así, una inacción estatal podría ser considerada arbitraria y comprometer la responsabilidad cuando en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso, lo cual es

mensurable conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas" (Conf. PERRINO, Pablo Esteban, op. cit.).

Esta órbita de ideas vamos a repetirla en todos los casos similares que se presenten, y veremos cómo se adaptan los principios a los nuevos casos.

Doctrina y jurisprudencia, reiterada en este responde, que tiende a echar por tierra los agravios fundados por la actora en su recurso, y que tienden a ratificar la defensa oportunamente opuesta y luego ratificada en los alegatos y confirmada en la sentencia, donde surge a las claras que la actora no demostró cual fue el deber u omisión incumplido, no hace una valoración coherente de la responsabilidad civil en que pretende fundar su queja, no logra revertir, en consecuencia, los argumentos vertidos en la sentencia.

Vale tener presente que el recurrente lleva a cabo en su escrito una errónea valoración en cuanto a los presupuestos de la falta de servicio, formulando manifestaciones vagas, genéricas y confusas, que según entiende esta parte, no han sido conforme a los estándares aquí expuestos y cuya valoración surge de forma manifiesta de la totalidad de las constancias de autos, y que el Juez ha detallado en su sentencia.

Es por todo ello, que solicito el rechazo del recurso de Apelación interpuesto en autos.

PETITORIO:

Por lo expuesto a .V.E. pido:

-Tenga por contestado el traslado en tiempo y forma.

-Al resolver, rechace la apelación interpuesta por la parte actora.

Todo ello, con costas.

Provea de conformidad por ser justicia.-

MARIANO A. GUAQUINCHAY
ABOGADO
Mat. Nº 5472