



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

ACUERDO N° 13. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veinticinco (25) días del mes de junio de dos mil veinte, en Acuerdo, la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia integrada con el señor Vocal doctor **EVALDO D. MOYA** y la señora Vocal doctora **MARÍA SOLEDAD GENNARI**, con la intervención de la Subsecretaria Civil, doctora CELINA BARTHES, procede a dictar sentencia en los autos caratulados "**E. L. A. c/ M. A. D. V. Y OTRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES**" (Expediente JJUCI1 N° 43.443 - Año 2015), en trámite ante la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES:

La parte actora -Sra. L. A. E.- a través de su letrado apoderado, deduce recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley a fs. 426/441vta., contra la resolución dictada a fs. 411/422vta. por la Cámara Provincial de Apelaciones -con competencia en el Interior- (Sala II), con asiento en la ciudad de San Martín de los Andes, que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la accionante, e impuso las costas a la recurrente vencida.

Funda la impugnación en los artículos 18°, apartados 1° y 2°, y 15°, inciso c), de la Ley N° 1406.

Corrido el traslado, a fs. 444/446vta. contesta la contraria, solicitando se declare inadmisibile la impugnación con costas.

A través de la Resolución Interlocutoria N° 290/18, se admite el recurso deducido en el marco del artículo 5° de la Ley N° 1406.

A fs. 462/471vta. obra dictamen de la Fiscalía General ante el Cuerpo, que propicia se declare la improcedencia de los recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley por absurdo probatorio incoados por la demandante.

En relación al primero de ellos, señala que la actora efectuó afirmaciones genéricas respecto de la valoración de la prueba que realizó el magistrado, por lo que propone se declare la improcedencia.

En orden al recurso de Inaplicabilidad de Ley por absurdo probatorio, luego de relatado el derrotero procesal del trámite, las pruebas producidas y las motivaciones de la sentencia de Primera Instancia, concluye que no advierte la configuración del vicio.

Firme la providencia de autos y efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que, esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: I) ¿Resultan procedentes los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley? II) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? III) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. **EVALDO D. MOYA** dice:

I. Para comenzar el análisis, estimo necesario efectuar una breve síntesis de los extremos relevantes de la causa en relación a la cuestión a decidir.

1. La Sra. L. A. E., a través de sus letrados apoderados, promueve demanda de daños y perjuicios derivados de la supuesta mala praxis odontológica efectuada por la profesional A. d. V. M..

Relata que en diciembre de 2013 por indicación de la demandada, la actora se vio en la necesidad de sustituir una prótesis dentaria en el sector izquierdo de su maxilar

inferior. Manifiesta que concretado el cambio de prótesis, empezó inmediatamente a sentir molestias, que luego se habrían incrementado produciéndole una hinchazón generalizada en su cara y un fuerte dolor de cabeza.

Añade que consultó con la profesional tratante y que ésta le sugirió dejar de usar la prótesis durante un mes con el fin de normalizar el área, como así también le hizo entrega de una orden para valorizar ante la obra social del Instituto de Seguridad Social de Neuquén (I.S.S.N.) otros arreglos.

Agrega que en la oportunidad de la valorización de dicha orden, la auditora del I.S.S.N. le habría manifestado que en lo inmediato no podría realizarse ningún tipo de intervención en el sector en el que se ubicaba la prótesis removida, en función de que presentaría una infección que sería apreciable a simple vista, no obstante lo cual habría autorizado la planilla.

Dice que, el 06/02/2014, la demandada habría considerado que no existía ningún tipo de infección en el área y procedió a extraer dos muelas -la N° 35 y N° 36-.

Refiere que ya pasado el efecto de la anestesia, comenzaría a percibir síntomas extraños como dificultades para abrir la boca y tragar, adormecimiento de la lengua y en general rigidez mandibular, a lo que luego se sumaría una insoportable punción en la articulación de su maxilar, dolores en su oído izquierdo, una intensa cefalea y la pérdida casi completa del habla y la masticación.

Menciona que habiendo concurrido al consultorio de la demandada, ésta habría ensayado una explicación en la que habría dejado entrever que los dolores y malestares evidenciados tendrían su causa en el estado psicológico de la actora.

Manifiesta que frente al agravamiento de su cuadro, la demandada nunca más la recibió y que ello la habría llevado

a iniciar un periplo con numerosas consultas y estudios con profesionales de diversas especialidades.

Agrega que varios meses después de producida la intervención habría podido obtener un diagnóstico del padecimiento que consistiría en trismus mandibular grave y parestesia con causa en una cirugía bucal previa.

Atribuye responsabilidad a la demandada por mala praxis, consistente en la concreción de una extracción dentaria sin antes corroborar -tratamiento farmacológico mediante, dice- la remisión de una infección bucal precedente.

Asevera que el presente sería un supuesto excepcional en el que remediar la infección sería una obligación de resultado para la accionada debido a que su omisión invariablemente generaría daños neurológicos -nervio del trigémino- en la paciente.

Afirma que aún en el supuesto de no considerarlo así, debía tenerse en cuenta que el profesional odontólogo debe obrar con prudencia, diligencia y pleno conocimiento de las cosas -artículo 512 del Código Civil- y meritarse su responsabilidad teniendo en cuenta su mayor capacidad de previsión -artículos 902 y 909 del Código Civil-, y que la omisión de tratar la infección presente en el maxilar de la actora como paso previo a la extracción dentaria implicaría una negligencia grosera.

Señala que lo anterior se magnificaría porque la accionada habría omitido la realización de todo estudio previo -hemograma, análisis de sangre o radiografía- a las extracciones dentarias.

Agrega que no se trataría de un caso de enfermedad que no pudo ser curada, sino de un padecimiento que habría sido ocasionado por la mala praxis, en tanto el trismus y la parestesia bucal no habrían existido antes de la extracción dentaria.

En función de los argumentos expuestos, reclama la suma de \$725.000 en concepto de: (i) daños físicos, (ii) daño moral, (iii) daño psicológico, (iv) gastos de farmacia, y (v) gastos de traslados y colaterales.

Solicita, asimismo, la citación en garantía de Sancor Cooperativa de Seguros Limitada, ofrece prueba e introduce el caso federal.

2. Corrido el traslado pertinente, a fs. 65/73 contesta demanda la Sra. A. d. V. M., a través de sus apoderados.

Luego de las negativas de rigor, manifiesta que la actora habría sido su paciente por más de quince años.

Señala que la sustitución de la prótesis habría ocurrido en enero de 2012, por lo que la molestia que denuncia nunca podría haber sido inmediata al cambio de prótesis.

Agrega que en el mes de enero de 2014, a casi dos años de colocado el puente, habría acudido a la consulta quejándose de molestias y dolores en la zona del puente, que por ello lo habría levantado para observar sus piezas dentarias y habría advertido caries en las piezas adyacentes, las piezas 38 y 34, razón por la que indicó que requiera la autorización de la obra social para su tratamiento.

Manifiesta que en esa oportunidad la paciente ya refería dolor de cabeza, molestia articular y dolores en los músculos de la cara y nuca.

Añade que la actora concurre nuevamente en el mes de febrero 2014, con la orden valorizada, que refiere los mismos síntomas, y que procedió previo a la curación de las piezas afectadas, a extraer las dos piezas donde se asentaba el puente retirado, ello toda vez que no podría volver a cementarse sobre estas piezas dentarias.

Agrega que estas extracciones no requieren valorización de la obra social, en tanto el I.S.S.N. no

autoriza trabajos sobre las mismas piezas dentro del plazo de tres años, y desde el asiento del puente removido no habría transcurrido este plazo.

Expresa que las extracciones fueron simples, que prescribió conforme lo hace de rutina analgésicos según el dolor, y la consulta ante cualquier alarma.

Señala que con posterioridad a la extracción, concurrió la actora refiriendo dolor de cabeza. En esa ocasión, la accionada -dice- revisó la zona de trabajo y observó que la herida evolucionaba correctamente, que la revisión se realizó con total normalidad, pudiendo la actora abrir la boca sin inconvenientes.

Afirma que le habría referido que los dolores de cabeza y molestias en zona de la articulación temporomandibular (ATM) podrían tener como causa el bruxismo, que le habría recordado que ya le había recetado una placa de relajación, cuyo uso habría recomendado, al igual que una visita a su clínico de confianza.

Agrega que en función de las molestias referidas en ATM habría sugerido además que consulte a un especialista en la materia, y que luego de ello no concurrió más a una consulta.

Añade que la actora en su relato habría omitido referir que luego consultó con el único especialista de ATM en la zona, Dr. M., que éste constató que la paciente no tenía imposibilitada la apertura mandibular, que recomendó la realización de un estudio especializado, y que luego concurrió nuevamente con dicho estudio, del que constató que no habría obstáculo funcional para impedir o dificultar la apertura maxilar.

En cuanto a la atribución de responsabilidad manifiesta que la actora habría arribado a la consulta sin cuadro infeccioso, por lo que la premisa de la mala praxis por

la supuesta infección no tratada sería inexistente. Y que además, si hubiera existido, no hubiera sido un impedimento para realizar una extracción de los restos dentarios sobre los que se asentaba la prótesis.

Agrega que no era necesario realizar estudios de sangre previos a la extracción, en función de que ellos son indicados para pacientes con ciertas patologías, que no era el caso de la actora.

Señala que tampoco sería correcta las consecuencias que la actora le atribuye a la extracción, esto es el trismus mandibular y la parestesia.

Dice que el primero no habría existido y estaría corroborado por la prueba aportada por la propia accionante, que la paciente habría sido tratada por bruxismo y que éste podría dar origen a dificultades de ATM.

En relación a la parestesia, asevera que en las primeras visitas o consultas médicas posteriores a la extracción cuestionada se debiera haber revelado la sintomatología, y que ello no habría ocurrido.

Concluye que no existirían los extremos fácticos que sustentan el reclamo, por lo que solicita se rechace la demanda con costas.

3. A fs. 82/91vta. se presenta Sancor Cooperativa de Seguros Limitada, mediante sus apoderados, solicitando el rechazo de la demanda. Refiere a los mismos hechos y argumentos que surgen de la contestación de la demanda efectuada por la Sra. M..

4. A fs. 357/370vta. se dicta sentencia de Primera Instancia mediante la que se rechaza la acción. La decisión señala que la actora reconoció que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la obligación que asume el médico es de medios, sin embargo, la actora invocó que en este caso la obligación de la Sra. M. debía reputarse de resultado,

por la importancia que tenía en el caso remediar la infección en el área del maxilar, toda vez que argumentó que tal omisión invariablemente generaría daños en el nervio del trigémino de la paciente.

Expresa la sentencia que más allá de que ninguna de esas circunstancias se acreditó en el proceso (dado que no se probó la presencia de la infección, la supuesta necesidad de remediar la infección antes de extraer las piezas dentarias, ni el nexo causal entre dicha extracción y las patologías invocadas por la actora) lo cierto -dice- es que no corresponde escindir la remediación de la infección de la obligación principal asumida por la odontóloga para hacer cargar sobre ella una obligación de resultado.

Agrega que la obligación que asume el odontólogo no es una obligación de resultado sino solamente una obligación de medios, de actuar con prudencia y diligencia en la ejecución de sus obligaciones profesionales, poniendo toda la atención y el cuidado que se le puede exigir normalmente. Y que ello es así porque en las prestaciones odontológicas - dice- siempre hay un aspecto aleatorio en la relación orgánica del paciente que hace que cualquier intervención sobre el cuerpo humano conlleve riesgos imprevisibles e inevitables, no escapando a dicha regla la extracción de las piezas dentarias y restantes tratamientos realizados en este caso.

Concluye que no encuentra ninguna razón de peso que autorice a mutar la obligación de medios asumida por la demandada en una obligación de resultado.

Argumenta que en el caso se discute un supuesto de responsabilidad contractual y subjetiva, con fundamento en la culpa de la odontóloga en la ejecución del contrato; y que esta culpa no difiere de la noción general, y que debe advertirse al confrontar la conducta obrada con la conducta debida por un galeno de la misma clase, de conformidad con las

previsiones de los artículos 512, 902, 909 y concordantes del Código Civil.

Señala que la actora le atribuyó a la odontóloga demandada una mala praxis, consistente en la concreción de una extracción dentaria sin antes corroborar -tratamiento farmacológico mediante- la remisión de una infección bucal precedente, y adujo que ella tuvo noticia de la infección -antes de la extracción programada- por cuanto la auditora del ISSN le comunicó que tal infección se apreciaba a simple vista. Sin embargo, -dice- no se produjo ningún elemento de prueba que autorice a tener por acreditada la supuesta infección invocada.

Refiere que el perito odontólogo tampoco encontró elementos que le permitan inferir que al momento en que se practicó la extracción de las piezas dentarias 35 y 37 haya existido una infección que desaconsejara tal intervención, y dio a entender que la mera presencia de una infección no necesariamente desaconsejaba la intervención cuestionada, tal como argumentó la demandada.

Destaca las observaciones del perito relativas a que: (i) un cuadro infeccioso no tratado difícilmente pueda provocar un trismus grave, (ii) que se observaba en la radiografía panorámica que las piezas extraídas están alejadas del nervio dentario inferior, y que se deduce que si la actora padece una parestesia no fue por causa de dichas extracciones, (iii) que en este caso la demandada actuó correctamente haciendo la extracción de las piezas afectadas, no pudiendo la extracción de estas piezas dentarias (35-37) afectar el nervio trigémino, (iv) la intervención de la Dra. A. M. no pudo incrementar la dolencia de la actora.

Refiere a los cuestionamientos realizados por los letrados de la parte actora al informe pericial, indicando que la impugnación realizada sin el auxilio de un consultor

técnico, que avale en forma científica el error que se le imputa a los profesionales, no sería más que una mera discrepancia, por lo que no reviste -dice- entidad suficiente para conmovir la eficacia probatoria de tales dictámenes.

Manifiesta la decisión que la pericia odontológica se encuentra sólidamente fundada en los elementos objetivos que resultan del expediente y la revisión de la paciente y, a su vez, coincide con las opiniones exteriorizadas por otros profesionales en la materia, por lo que -concluye- corresponde seguir las convincentes conclusiones alcanzadas por el perito odontológico designado de oficio, las que se condicen con las opiniones vertidas por la odontóloga testigo A. I. D. S. y con el informe practicado por el primer especialista -Dr. F. M.- quien fuera consultado por la actora después de la intervención cuestionada.

Por tales razones -finaliza- la actora no probó que la demandada al extraerle las piezas dentarias antes indicadas, se hubiere desempeñado en forma negligente e inexcusable, ni el nexo causal entre tal intervención y sus dolencias, ni tampoco que tales dolencias sean permanentes, desestimando por ello la demanda, con costas.

5. A fs. 374 apela la demandante y a fs. 380/394vta. expresa sus agravios, obrando réplica a ellos de parte de la contraria a fs. 399/403.

6. A fs. 411/422vta. resuelve la Cámara de Apelaciones. La decisión declara desierto el recurso de apelación con sustento en los artículos 265 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén.

Considera que la apelante se queja en su libelo recursivo porque la sentencia no ha analizado los argumentos brindados por ella en la demanda -falta de referencia a los certificados médicos acompañados en la demanda, como así también valoración de los testigos ofrecidos por su parte y

valoración de la actitud desplegada por la demandada en el proceso- sin tener en cuenta que, ello es así por cuanto el Juez no está obligado a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, ni ponderar todas las pruebas agregadas, sino solo las consideradas decisivas para la resolución de la contienda.

Agrega la sentencia que la recurrente formula su propia apreciación y valoración de la prueba, intentando subrayar la importancia de prueba indiciaria y pretendiendo endilgar al Poder Judicial la obligación de proveer peritos idóneos e imparciales a los litigantes, pretendiendo de esta manera trasladar su propia insolvencia probatoria para colocarla fuera del ámbito que a su parte impone el cumplimiento de la carga del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén.

Finaliza la decisión expresando que la falta de determinación en concreto de la dolencia que invoca la actora a tres años vista que la recurrente plantea en el corolario de su presentación obedece a su fracaso en la demostración de los hechos y la relación de causalidad que la generaron.

Con estos argumentos desecha la apelación deducida.

7. A fs. 426/441vta. la parte actora impugna la decisión mediante recurso de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley, con fundamento en los artículos 18°, apartados 1° y 2°, y 15° -inciso c)- de la Ley N° 1406.

Señala que la resolución cuestionada vulneraría los recaudos de motivación exigidos por los artículos 238 de la Constitución Provincial y 34 inciso 4° y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén.

Manifiesta que la Cámara de Apelaciones no habría dado cuenta de la complejidad de las cuestiones planteadas, y habría desechado su rol jurisdiccional de Tribunal revisor

ordinario, utilizando para ello argumentos que no se ajustarían a las constancias de la causa.

Agrega que el fallo que se recurre constituiría una denegación de justicia, en la cual mediante extremos procesales a todas luces impertinentes, buscaría sellar la suerte de un planteo serio entablado ante los tribunales.

Asevera que resultaría agravante que un Tribunal de Alzada mediante una sentencia de once y media fojas -de las cuales ocho remitirían a planteos de las partes- en las que solo en cinco de sus ochenta y seis párrafos luciría una actividad intelectual jurisdiccional, pudiera reputar a la expresión de agravios como carente de los recaudos establecidos por el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén.

Señala que en la pieza recursiva en cuestión habría criticado punto por punto lo decidido por el Juez a quo.

Agrega que se habría cuestionado que el Juez de grado hubiera hecho caso omiso a la secuencia temporal acreditada, a la aplicación del principio "la cosa habla por sí misma" y a las presunciones judiciales.

Asimismo, manifiesta que se habría quejado oportunamente porque el Juez no habría considerado ni una sola prueba aportada por su parte, indicando concretamente a cuáles de ellas se refería; y, que no hubiera considerado que la demandada era quien se habría encontrado en mejores condiciones para arrimar elementos de prueba exculpatorios.

Afirma que todo ello demostraría que su parte habría controvertido efectivamente la sentencia de Primera Instancia, con fundamento normativo, entre otros, en los artículos 512, 902 y 909 del Código Civil.

Asevera que de la simple lectura de la expresión de agravios surgiría que los requisitos exigidos por el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén

ostentaban de mínima la seriedad y elaboración suficiente para ser considerados por la Cámara de Apelaciones, y de máxima, la viabilidad para revertir el resultado obtenido en la instancia de grado.

Indica que la Cámara de Apelaciones no es una Alzada extraordinaria con la consabida limitación cognoscitiva que ello acarrearía, ni ostenta la prerrogativa para descartar el tratamiento de las cuestiones planteadas, por conducto de un ritualismo procesal.

Manifiesta que es un Tribunal ordinario lo que supondría que salvo cuestiones excepcionalísimas -y por tanto debidamente fundadas- debería tratar y resolver las cuestiones objeto de su intervención, para garantizarle a la parte su derecho de defensa en juicio, tutela judicial efectiva y acceso a la justicia; y, en particular, el derecho de contar con una doble instancia ordinaria.

Agrega que una de las cuestiones centrales de dicha potestad revisora remitiría al análisis de la prueba rendida en autos, y más precisamente a controlar si el Juez habría valorado correctamente el plexo probatorio incorporado.

Expresa que la Cámara de Apelaciones podría o no coincidir con las observaciones probatorias formuladas, pero lo que no podría hacer, bajo ningún concepto, es no expedirse al respecto.

Aduce que se habría privado de brindarle al justiciable garantías elementales, siendo grosera la denegación de justicia en que habría incurrido el Tribunal de Alzada.

Por otro lado, señala que resultaría falaz y artero lo sostenido por la decisión cuestionada, en referencia al supuesto fracaso probatorio atribuido a su parte en la demostración de los hechos, y a la relación de causalidad.

Refiere que la sentencia en crisis vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, que habría sido receptado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 6) y en el Pacto de San José de Costa Rica (artículos 8 y 25).

Señala que se habría diagramado a la tutela judicial efectiva como una garantía instrumental que permitiría el ejercicio del resto de los derechos reconocidos por el ordenamiento a los ciudadanos.

Manifiesta que en relación a la extensión otorgada a esa garantía, cualquier resolución sobre la cual no existiera posibilidad de revisión plena por un órgano judicial superior violentaría nuestro ordenamiento constitucional, en la medida en que afectaría el derecho a la doble instancia como parte de la garantía a la tutela judicial efectiva, y que ello sería lo que habría acontecido en autos.

Añade que la sentencia en crisis sería una pieza sin sustento jurídico alguno, que debe ser removido como acto jurisdiccional válido, toda vez que resultaría elocuente la infracción al deber de motivar el fallo lo que violaría -a su entender- el artículo 238 de la Constitución Provincial y el artículo 34, inciso 4°, del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén.

En subsidio del recurso de Nulidad Extraordinario, el impugnante deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley, con fundamento en el artículo 15°, inciso c), de la Ley Casatoria, remitiendo a los argumentos expresados para el restante carril.

Sostiene que resultaría evidente que el fallo en crisis se habría construido mediante un compendio de

fundamentos dogmáticos, irrazonables y contradictorios, que lo convertirían en una decisión arbitraria.

Finalmente, manifiesta sostener la reserva del caso federal y de ocurrir por ante el sistema del Pacto de San José de Costa Rica.

II.1. Relatados los antecedentes expuestos, corresponde ingresar al tratamiento de la cuestión aquí traída.

Cabe señalar que la instancia extraordinaria se encuentra abierta en tanto el recurrente invocó la supuesta arbitrariedad de la sentencia, mediante una argumentación que pone en tela de juicio la afectación de garantías judiciales constitucionales, como el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a una motivación idónea y suficiente del fallo.

De ello se desprende que la excepcional apertura de la instancia obedece a la denuncia de arbitrariedad, suscitando preliminarmente cuestión federal.

Es así que el presunto yerro en el análisis del escrito de apelación y la consecuente decisión de declarar desierto el recurso ordinario de apelación, se traduciría en rigor, en una afectación a garantías judiciales, y la consecuente violación del debido proceso (artículos 58 y 238 de la Constitución Provincial, artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Corresponde recordar que el Máximo Tribunal Nacional ha descalificado por arbitraria la conclusión relativa a que la demandada no cumplió con la carga impuesta por los artículos 265 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, estimando que ella es excesivamente rigurosa si las apreciaciones poseen aptitud suficiente para constituir la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el

apelante considera equivocadas, como lo exige el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para la viabilidad de la apelación ordinaria (cfr. Fallos 331:89).

Ahora bien, sobre esta puntual temática, este Tribunal Superior de Justicia ha expresado respecto de las impugnaciones vinculadas a la deserción de los recursos de apelación que *"... la determinación en orden a si una expresión de agravios constituye una cuestión de hecho exenta, en principio, de control en la sede extraordinaria de casación, salvo que la interpretación del alcance e inidoneidad del memorial resulte absurda.. "* (cfr. Acuerdo N° 31/2015 "Sucesores de Idizardi" y Resoluciones Interlocutorias N° 175/2010 "Román" y N° 117/2011 "Serra", entre otras del registro actuarial).

Las instancias ordinarias gozan de una amplia esfera de acción en la apreciación de los hechos y las pruebas. El límite a ello es incurrir en absurdo o arbitrariedad, pues tal facultad podría soslayarse cuando un excesivo rigor en la técnica irrumpa como una negativa a tratar la cabal solución que pretende quien solicita justicia (cfr. Acuerdos N° 31/15 "Sucesores de Idizardi", N° 15/17 "Mantero" y N° 12/18 "Krittian", del registro de la Secretaría Civil).

Por su parte, el legislador neuquino ha establecido que el recurso de apelación debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, y que para cumplir tal cometido no bastará remitirse a presentaciones anteriores (artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén).

La norma a continuación ha establecido también la sanción para el caso de incumplimiento de la carga, que consiste en la declaración de deserción del recurso deducido.

La expresión de agravios debe considerarse el acto mediante el cual el recurrente refuta total o parcialmente las

conclusiones establecidas en la sentencia en lo que atañe a la apreciación de los hechos o de la prueba o a la aplicación de normas jurídicas. Se trata, por lo tanto de una alegación crítica e indirecta (cfr. Rivas, Armando Rodolfo, *Tratado de los Recursos Ordinarios*, Tomo 2, p. 472, citado en voto disidente del Acuerdo N° 15/01 "Beneditti" y del Acuerdo N° 12/18 "Krittian" del registro de la Secretaría Civil).

No obstante ello, también cabe consignar que la apelación es el método de revisión de una decisión que puede considerarse el arquetipo de los remedios procesales (cfr. Carrió, Genaro, *Cómo fundar un recurso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, reimpresión, 1996, p. 17).

De allí se sigue que a la impugnación se le exige un piso o mínimo argumental, necesario para superar la valla prevista en la norma.

En este sentido, este Tribunal Superior de Justicia ha sentado las bases para determinar el alcance de la exigencia mínima establecida en la previsión citada.

Así, expresó "... aún cuando jurisprudencialmente se haya concedido al Tribunal sentenciante la facultad de declarar la deserción de un recurso cuando la expresión de agravios adolezca de graves falencias, debe igualmente tenerse en cuenta que, tal como sostienen nuestros doctrinarios la deserción del recurso por no reunir la expresión de agravios los requisitos internos de suficiencia de fundamentación debe ser interpretada restrictivamente, es decir, declarar desierto el recurso cuando resulta de toda evidencia que el apelante no ha querido o no ha podido allegar elementos de crítica a la sentencia..." (Podetti, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tratado de los Recursos*, Ediar, Buenos Aires, p. 169, citado en Acuerdos N° 15/01 -voto en disidencia-, N° 31/15 "Sucesores de Idizarri" y N° 12/18 "Krittian" del registro de la Secretaría Civil).

En conclusión, de lo expuesto se sigue que si la expresión de agravios cumple en cierta medida con las exigencias del artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén, conforme al criterio amplio y flexible que debe adoptarse para su valoración, debe estimarse que la carga procesal de fundar los agravios se satisface con el mínimo de técnica exigido.

Ello así porque una interpretación contraria entraría en tensión con garantías judiciales, específicamente el debido proceso legal, tal como fue concebido por el legislador local, que previó en materia civil -para este tipo de trámites- una instancia ordinaria, y otra de revisión de la sentencia, de conocimiento amplio, y solo limitada por el ejercicio del principio dispositivo, a través de la expresión de agravios concretos, lo que demarca los límites en la competencia del Juez del recurso.

Asimismo, se vincula con la adecuada prestación del servicio de justicia, por lo que la aplicación de la sanción que implica dejar firme una sentencia de primera instancia y privar al justiciable de un examen de procedencia, cuando esa revisión ordinaria está expresamente prevista por el ritual, a través de la instancia de apelación, y constituye la función propia asignada al Tribunal de apelación, exige el deber de extremar la prudencia al examinar el cumplimiento de la carga de fundamentación del escrito de impugnación.

Y, además, porque el rigorismo en la manera de apreciar la insuficiencia técnica del recurso constituye un exceso ritual que afecta el debido proceso en su manifestación primordial, como es el derecho de defensa en juicio (artículo 18 Constitución Nacional), tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en numerosos precedentes (cfr. Fallos: 307:1430, 311:1513, 311:2193, 312:406, entre otros).

Desde esta perspectiva es que analizada la decisión del Tribunal de Alzada como respuesta jurisdiccional a la pieza procesal obrante a fs. 380/394vta., adelanto mi opinión que la resolución adolece del vicio denunciado, en tanto resulta arbitraria.

La Cámara de Apelaciones consideró que "... la expresión de agravios debe ser una crítica, esto es un juicio impugnativo; concreto, esto es preciso y determinado; y razonada, vale decir, expresar los fundamentos que sustentan los agravios; lo cual exige ineludiblemente precisar punto por punto los errores y omisiones -tanto fácticos como jurídicos- que se atribuyen al fallo en crisis.

(...) En efecto, el recurrente no controvierte la sentencia que con fundamento normativo en los artículos 512, 902 y 909 (expuesto en el considerando VII) concluyó (con desarrollo del considerando VIII) que la actora no acreditó que la demanda, al extraerle dos piezas dentarias, se haya desempeñado en forma negligente o inexcusable, como así tampoco acreditó que esa intervención y además las dolencias invocadas estuvieran relacionadas causalmente con esa práctica médica, como que tampoco aquellas tuvieran el carácter de permanentes, todo lo cual llevó al judicante a disponer el rechazo de la demanda.

En este sentido, la apelante se queja en su libelo recursivo porque la sentencia no ha analizado los argumentos brindados por ella en la demanda (falta de referencia a los certificados médicos acompañados en la demanda, como así también valoración de los testigos ofrecidos por su parte y valoración de la actitud desplegada por la demandada en el proceso) sin tener en cuenta que, como lo ha sostenido reiteradamente este cuerpo en numerosos antecedentes [véase, por ejemplo, "SHULZ COOPERATIVA DE SEGUROS LIMITADA c/ SANCOR COOPERATIVA DE SEGUROS LIMITADA S/ COBRO DE SEGURO DE VIDA"

(Expte. N. 27475 Año 2014, entre otros] con el voto del suscripto: "... advierto que no me expediré sobre todas las argumentaciones vertidas en el escrito recursivo sino solo aquellas susceptibles de incidir en la decisión final del pleito (Cfr. C.S., 13-11-86, in re: "Altamirano, Ramón c/ Comisión Nacional de Energía Atómica"; idem, 12-2-87, in re: "Soñes, Raúl c/ Administración Nacional de Aduanas"), ello así por cuanto no se está obligado a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, ni ponderar todas las pruebas agregadas, sino solo las consideradas decisivas para la resolución de la contienda.

(...) De igual manera, la recurrente formula su propia apreciación y valoración de la prueba, intentando subrayar la importancia de prueba indiciaria y pretendiendo endilgar al Poder Judicial la obligación de proveer peritos idóneos e imparciales a los litigantes, pretendiendo de esta manera trasladar su propia insolvencia probatoria para colocarla fuera del ámbito que a su parte impone el cumplimiento de la carga del artículo 377 del Código procesal.

En suma, la falta de determinación en concreto de la dolencia que invoca la actora a tres años vista que la recurrente plantea en el corolario de su presentación, no obedece a que el a quo haya pretendido desembarazarse del tema, como incorrectamente lo señala la apelante, sino que la causa ha sido su fracaso en la demostración de los hechos y la relación de causalidad que la generaron" (textual fs. 421/421vta.).

Sin embargo, cabe referir que el apelante a fs. 385 resume los pilares sobre los que considera se construyó la sentencia: a) la carga probatoria impuesta por el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén; b) la potestad del juzgador de no considerar todos los argumentos, hechos y pruebas incorporados al proceso; y c) el criterio

según el cual las obligaciones de los profesionales de salud resultan en todos los casos de medios y no de resultados.

A partir de allí, cuestiona la aplicación de estos principios, sin atender a la naturaleza de la causa y a las dificultades probatorias que asumiría quien intenta un reclamo sustentado en una mala praxis.

Asimismo, a fs. 386vta., refiere la crítica a los hechos que a su entender fueron reconocidos por la demandada, a la secuencia temporal en que se habrían producido los acontecimientos -que califica de indubitada- lo que a su entender debió haber llevado al Juez a invertir la carga de la prueba exigiendo a la demandada la demostración que su intervención profesional nada tuvo que ver con el cuadro evidenciado por la Sra. E..

Alude también a la secuencia temporal de los acontecimientos y a que el daño padecido no podría ser explicado sin atribuirle un grado de intervención y culpa a la demandada, y como la apreciación de la prueba realizada por el Juez no podría vulnerar las reglas de la sana crítica, arribando a la conclusión de que lo resuelto no se condice con las constancias obrantes en autos (fs. 388).

Cuestiona además el valor asignado por el Juez de grado al hecho de que la parte no contara con un consultor técnico, alegando que en la visión del Juez si no se lo designa, la pretensión está condenada al fracaso.

También se agravia a fs. 390vta. de la omisión de ponderar los antecedentes médicos aportados como prueba por su parte (dice en 40 fojas de documental), indicando puntualmente a cuál de ellas se refiere y a las declaraciones testimoniales especificadas que también -a su entender- se habrían omitido.

De allí concluye que sería falsa la afirmación del Juez de grado respecto de que su parte no habría producido

otros elementos de prueba que autoricen apartarse de las conclusiones alcanzadas por el perito.

De todo lo expuesto se sigue que el examen de estos planteos, habilitaba la intervención del Tribunal de Alzada, de acuerdo a los parámetros de análisis señalados, en tanto si la apelación cumple con la exigencia, siguiendo -como se dijo- un criterio de amplia flexibilidad, la carga procesal de fundar los agravios debe entenderse superada.

La transcripción de la decisión en crisis pone de manifiesto el avance invocado sobre las garantías judiciales, toda vez que, aún cuando pudiera aseverarse que la apelante no ha efectuado una crítica estricta y rigurosa de todo aquello que considera erróneo o equivocado del fallo, debe considerarse cumplida la exigencia con la denuncia de todo lo que no fue contemplado al sentenciar.

Ello deriva principalmente de la función asignada a la Cámara de Apelaciones toda vez que en esa instancia no se cuenta con las restricciones que podrían presentarse en esta etapa extraordinaria derivadas de la interpretación que este Tribunal Superior de Justicia ha efectuado de la Ley Ritual Casatoria.

Sobre la función primordial del Tribunal de Apelaciones, y la construcción de la teoría de la impugnación, la doctrina ha afirmado que esta última se construye en base a tratar de crear mecanismos que permitan a los litigantes mitigar los efectos negativos del error humano, aquí del error judicial; y que es en el marco de la segunda instancia civil y comercial donde se desarrolla la impugnación por excelencia (cfr. Camps, Carlos Enrique, *Apelabilidad de la sentencia definitiva y debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, LL 2014-D-500, cita online AR/DOC/2692/2014).

Por otro lado, cabe agregar respecto de la cuestión que, como se advierte en los presentes, la decisión en crisis

da argumentos relativos a la procedencia del recurso, como lo sería el resultado de una nueva valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de Alzada para arribar a la calificación de "fracaso en la demostración de los hechos" o "insolvencia probatoria" (fs. 421vta.), y se explaya en explicar por qué el Juez no habría tratado los argumentos de la demanda, o la prueba producida por la parte actora.

Al respecto, corresponde precisar que no constituye una buena técnica judicial afirmar, por un lado, que la impugnación es insuficiente desde el plano de la argumentación, para luego adentrarse en el conocimiento de los agravios vertidos en la queja.

Ello así, en tanto ese refuerzo en la argumentación es innecesario, y no resulta inocuo, debido a que confunde y complica la tarea de las partes a la hora de la impugnación, como de este Tribunal Superior en la etapa extraordinaria.

En suma, de conformidad con el examen formulado, acreditada la configuración de la arbitrariedad denunciada por el impugnante, corresponde invalidar la decisión de la Cámara de Apelaciones obrante a fs. 411/422vta. (artículos 18 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), por haber interpretado la pieza recursiva con parámetros que afectan las garantías constitucionales judiciales, como el debido proceso, y la tutela judicial efectiva, corroborándose la infracción constitucional señalada.

III. De acuerdo a los criterios expuestos, corresponde recomponer el litigio dentro del marco de la apertura propuesta, es decir, analizar los agravios de la parte actora cuya deserción resolviera el Tribunal de Apelación.

En esta senda, se advierte que la parte accionante ataca la decisión atribuyéndole el vicio de nulidad por ausencia de motivación, al entender que la sentencia debía

necesariamente pronunciarse respecto de algunas cuestiones, entre ellas, la actitud de la demandada, a la que califica de pasiva; los testimonios que habrían dado cuenta de secuelas incapacitantes; y la prueba relativa a los informes médicos acompañados con la demanda.

Manifiesta que la omisión de considerarlo daría cuenta del vicio atribuido al decisorio.

Luego, centra sus agravios en tres asuntos: (i) la secuencia temporal de los acontecimientos que según su posición debió llevar al Juez a invertir la carga de la prueba; (ii) la valoración de la prueba, afirmando que lo resuelto no se condice con las constancias obrantes en autos, habiéndose supuestamente omitido considerar la prueba producida por su parte; y (iii) el rol que el Juez de Primera Instancia asigna al consultor técnico.

En relación a los defectos en la fundamentación del decisorio, este Tribunal Superior de Justicia ha precisado cuál es el alcance que debe atribuirse a la previsión contenida en el artículo 238 de la Constitución Provincial, que contempla el deber constitucional de motivar las sentencias, bajo pena de nulidad.

La motivación de una decisión consiste en un discurso justificativo, en la expresión pública de las razones justificativas de una decisión judicial.

Sobre el particular, este Cuerpo sostuvo "... la motivación de la sentencia constituye el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho, en los cuales el juez apoya su decisión en salvaguarda de la garantía de defensa en juicio ..." (cfr. Acuerdos N° 34/97 "Presti", N° 5/99 "Defensoría de Menores N° 3" y N° 2/14 "Dates", del registro de la Secretaría).

Añadió que "... la actuación del poder concedido a los jueces, fundamentalmente a través de la sentencia,

resultará legítima en tanto quede plasmada la racionalidad que guió su desarrollo, desde las premisas hasta la resolución final. De esa manera no se presentará como fruto de la arbitrariedad ..." (cfr. Acuerdos citados del registro de la Secretaría).

Desde esta perspectiva, cabe señalar que el deber de fundar una decisión comprende el tratamiento de aquellos argumentos que resultan esenciales, introducidos oportunamente por las partes y que podrían llegar a variar el resultado de una sentencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostiene que los magistrados no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes, sino únicamente aquellos que estimen pertinentes para la resolución del caso (Fallos: 310:1835, 322:270, 329:1951, entre otros).

No obstante la premisa, ello no permite que el pronunciamiento deje de brindar tratamiento a cuestiones oportunamente propuestas por las partes, conducentes para la solución del litigio, o que lo haga mediante breves afirmaciones genéricas, sin referencia a los temas legales suscitados y concretamente sometidos a su apreciación (cfr. Fallos: 331:2077).

A la luz de estos conceptos, no advierto que el decisorio de la instancia de origen incurra en tales falencias.

Por el contrario, el contenido de los agravios que darían sustento a la supuesta ausencia de motivación, no permiten desvirtuar los razonamientos efectuados por el Juzgador, toda vez que los argumentos apuntados por la actora no resultan útiles o gravitantes para modificar el decisorio cuestionado.

Cabe señalar, que el déficit apuntado por el apelante, se centra en argumentos relativos a la valoración de

la prueba, lo que se vincula con los restantes agravios expresados a partir de fs. 385 para cuestionar el decisorio, motivo por el cual siendo inviable la nulidad pretendida, a continuación procederé a dar tratamiento a ellos.

Previamente, diré que tal como lo señaló el fallo en crisis, la presente contienda debe resolverse aplicando la normativa contenida en el Código Civil, compartiéndose las razones expuestas por el magistrado de grado.

Ahora bien, corresponde expresar que no ha mediado crítica alguna respecto del encuadre jurídico efectuado por el Juez, quien ha enmarcado el caso en el ámbito de la responsabilidad contractual, señalando respecto de la conducta de la profesional que no encontraba ninguna razón de peso que autorice a mutar la obligación de medios asumida por la demandada en una obligación de resultado, como lo pretendía la actora (fs. 364vta.).

De modo que partiré el análisis desde esta premisa.

De allí que, siendo el factor de atribución subjetivo, lo determinante para decidir sobre la responsabilidad médica es la existencia de culpa (artículo 512 y 902 del Código Civil), lo que implica evaluar la aplicación o el cumplimiento de las reglas y conductas a seguir de acuerdo al arte y la ciencia de la medicina.

Desde este parámetro corresponderá examinar la conducta de la odontóloga, a quien se le imputa haber extraído dos piezas dentarias de manera irregular, sin previamente tratar un supuesto cuadro infeccioso; sin haber efectuado estudios previos, lo que -a criterio de la actora- le habría provocado las afecciones que denuncia.

Aquí, cabe recordar que las partes son contestes en el hecho de que la demandada extrajo las piezas 35-37 de la boca de la actora el 06/02/2014.

También coinciden en el hecho de que la actora tenía molestias en esa zona y dolores de cabeza previos a la exodoncia. Sin embargo, la actora dice que las molestias habrían comenzado inmediatamente después de producida la sustitución de la prótesis dentaria en el maxilar inferior ocurrida -en su tesis- en diciembre del año 2013. En relación a este hecho, la decisión de origen tuvo por acreditado que ello aconteció en el mes de enero de 2012, lo cual no fue cuestionado por la apelante, por lo cual integra la plataforma fáctica que debe considerar la decisión.

Los hechos controvertidos radican en dilucidar si mediaba alguna circunstancia que impedía realizar la práctica de extracción cuestionada, de acuerdo a las reglas de la profesión (en la posición de la actora, esa circunstancia consistía en una infección).

Asimismo, determinar si hubo alguna omisión -de acuerdo a lo que recomiendan las buenas prácticas profesionales- o bien si por la propia acción de extraer las piezas dentarias se hubieron producido las consecuencias dañosas en la actora aquí invocadas (trismo grave y la parestesia).

Es dable aclarar que solo habrá responsabilidad si surge acreditado que por acción u omisión se apartó de las prácticas médicas aceptadas para el cuadro que presentaba la actora.

Cabe referir, que los agravios sostenidos por la apelante se centran en la valoración de la prueba realizada por el Juzgador, en miras a acreditar estos hechos debatidos en autos, toda vez que éste sustentó el rechazo de la acción en que no se probó la presencia de la infección, ni la supuesta necesidad de remediar la infección antes de extraer las piezas dentarias, ni el nexo causal entre dicha extracción y las patologías invocadas (cfr. fs. 363vta.) y, por lo tanto,

que la conducta de la demandada al extraerle las dos piezas dentarias se hubiere desempeñado en forma negligente e inexcusable, ni el nexo causal entre tal intervención y sus dolencias (fs. 368vta.).

Por lo tanto, teniendo en cuenta esta plataforma fáctica, procederé a analizar las pruebas producidas de acuerdo a las reglas de la sana crítica (artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén).

En los juicios de responsabilidad civil médica y, como el de autos, en la especialidad odontológica, la prueba que resulta de fundamental importancia es el informe pericial.

En este trámite, se encuentra agregado a fs. 296/299vta., fs. 316/319, y la ampliación de fs. 329/330.

Allí, el perito señala que *"... resulta difícil relacionar la situación bucal de la paciente con los síntomas del trismus y la parestesia, ya que esta presenta síntomas similares a los de la fibromialgia o al espasmo muscular, siendo estos muy similares. La extracción de restos radiculares es una práctica común en el consultorio odontológico, es de baja complejidad y difícilmente pueda provocar un trismus o una parestesia. Radiográficamente se observa en la cicatriz de las extracciones una distancia de 3 a 4 mm del nervio dentario inferior, por ende no es fácil provocar una lesión al extraer una pieza dentaria ..."* (textual fs. 297).

Agrega que *"... un cuadro infeccioso no tratado difícilmente pueda provocar un trismus grave, en algunos casos se resuelve rápidamente con terapia de analgésicos combinados con miorrelajantes musculares. Por lo que se observa en la radiografía panorámica las piezas extraídas están alejadas del nervio dentario inferior, se deduce que si la actora padece*

una parestesia no fue por causa de dichas extracciones ..."
(textual fs. 297).

En el punto f) señala que "... en este caso la demandada actuó correctamente haciendo la extracción de las piezas afectadas. La deglución y masticación se ven afectadas durante la cicatrización de las extracciones. Los tejidos blandos (encías) tardan de 7 a 10 días en cicatrizar, en ese lapso la paciente siente incomodidad al alimentarse por el dolor de la zona afectada o por cambios en el sabor de los alimentos. Un vez transcurrido dicho tiempo la afección desaparece. El habla y la audición no se ven afectadas por la actuación profesional ...".

Añade que "... para determinar la manera de realizar una extracción dentaria se debe hacer un diagnóstico clínico y si es posible radiográfico. Con un breve interrogatorio se determina el estado general del paciente y en caso de tener dudas se puede pedir una interconsulta con su médico de cabecera. En este caso la relación paciente-profesional era de larga data por lo tanto con un interrogatorio normal y la observación clínica es suficiente para tomar la decisión ..." (textual fs. 297vta.).

En el apartado j) se le requiere que informe si era conveniente realizar las extracciones finalmente concretadas refiere que "... si era conveniente realizar las extracciones ya que por tratarse de restos radiculares estos son propensos a producir infecciones orales y dolor. Cabe destacar que la extracción de estos es una práctica diaria y frecuente en un consultorio odontológico, es de rápida resolución, bajo riesgo y por lo general no se producen complicaciones ..." (textual fs. 297vta.).

Asimismo, agrega que "... la extracción de estas piezas dentarias (35-37) no puede afectar el nervio trigémino ...".

Concluye que "... se deduce que la actora presentó dolor o alguna afección en el puente de las piezas 35-37 esto es una alteración en el sistema masticatorio que puede causar una co-contracción protectora de los músculos, eliminada la causa, osea la extracción del puente y las raíces que lo sostenían se tendría que resolver el problema en un corto plazo. En algunos casos eliminando la causa no se resuelve el problema porque empiezan a actuar los factores de perpetuación y el trastorno se vuelve crónico... En este caso la doctora M. elimina la causa que afectaba a la paciente pero no resuelve el problema que se volvió crónico ..." (textual fs. 298/298vta.).

A fs. 316/319 amplía algunos conceptos, indicando que "... para determinar la manera de realizar una extracción dentaria simple se debe hacer un diagnóstico clínico y si es posible radiográfico. Con un breve interrogatorio se determina el estado general del paciente, y en caso de tener dudas se puede pedir una interconsulta con su médico de cabecera. En la práctica odontológica existen protocolos para pacientes con enfermedades de base, cardíacos, hipertensos, anticoagulados, embarazadas, diabéticos, etc. en donde se da participación al médico especialista para que indique el tratamiento a seguir según la afección. En este caso no es necesario aplicar ningún protocolo a menos que la autora padezca alguna afección como las ya descritas. Como la relación paciente profesional era de larga data con un interrogatorio normal y la observación clínica, radiográfica es suficiente para tomar la decisión (...) siendo extracciones de restos radiculares simples y si la paciente no tiene ninguna enfermedad o condición no veo la necesidad de pedir estudios previos de laboratorio ..." (textual fs. 318/318vta.).

Además de esta prueba esencial, destaco la importancia de la documental aportada por la demandada a fs. 145/149 vta., esto es las fichas odontológicas.

Allí se observan registros que comienzan en el año 1998 y se prologan durante todos los años hasta febrero de 2014.

En relación a la práctica cuestionada se presentan los siguientes asientos: "... 6/2/14 Exod. de RR ed 35_37. 7/2/14 control proceso de cicatrización normal. Antiinflamatorio. 12/2/14 Control. Buena cicatriz. Apertura normal, recomiendo uso de placa sugiero control con médico de cabeza y luego especialista en ATM por su dolor de cabeza recurrente. Cito a control ..." (fs. 145vta.).

Asimismo, también encuentro relevante a los fines del presente los testimonios brindados por los distintos profesionales odontólogos que, de algún modo, fueron consultados en fecha posterior a la práctica de extracción.

A fs. 165/166 obra testimonio del odontólogo F. M.. Dice que la actora se presentó a la consulta el 19 de febrero de 2014, que la auscultó clínicamente, palpó la parte muscular, que ella refirió dolor en el músculo masetero y en el haz inferior del pterigoideo externo, apertura normal, le sugirió que se haga una placa panorámica radiográfica y que vea un médico clínico para que le indique un relajante muscular.

Expresa que la causa de dicho malestar podía ser multifactorial, por stress, por bruxismo.

Afirma que en la primera consulta la apertura bucal era normal con molestia en la parte muscular; y que a la segunda consulta, que fue en el mes de mayo, no volvió con la radiografía requerida, sino con la intención de que la derive

a Neuquén, donde ya la había visto otro profesional, según lo que ella le comentó.

Señala que en aquel momento -segunda consulta-, no tenía apertura bucal, hablaba entre dientes.

Dice el testigo que la hizo sentar en el sillón odontológico, y que logró que abriera la boca unos 20 mm aproximadamente, que ella le dijo que él no le creía que no podía abrir la boca y que se puso a llorar; y ahí le hizo la derivación a Neuquén, terminando la consulta.

Luego agregó que el trismo puede tener como causa una infección, una hiperfunción muscular, bruxismo, estar mucho tiempo con la boca abierta, un traumatismo; y que la parestesia se puede producir por una lesión en algún ramillete nervioso y puede ser permanente o temporario.

Finalmente, fue consultado si la actora padecía este cuadro, a lo que añadió que refería un dolor muscular que puede relacionarse a un trismo, y que parestesia no tenía.

Otra prueba importante es el testimonio de la odontóloga D. S. (a fs. 169/170), quien dice que la actora fue a su consulta en el año 2014, específicamente por su articulación, pero que no inició tratamiento con ella.

Manifestó con respecto a la articulación que no le dio diagnóstico porque no se podía explorar y le dio ejercicios de tratamiento, que ella ya estaba con kinesio para aflojar y vitamina B12.

Refirió a un componente emocional, y expresó que *"... la primera vez que viene por la interconsulta, mi sensación fue que cuando yo hacía una maniobra con su boca reaccionaba mucho mejor que si le pedía. Si era voluntario se retraía, no tenía la soltura para hacerlo, entendí que había un componente emocional agravando esa sintomatología ..."* (textual fs. 169vta./170).

Le preguntaron sobre las causas de esa rigidez muscular, y contestó que "... no puede afirmar si la rigidez fue anterior o posterior a la cirugía, cree que la boca tiene que ver con el alimentarse, no es psicóloga pero entiende que si está vinculada con un entorno agradable pero no puedo afirmar si el problema es emocional o si se relacionó con la cirugía ..." (fs. 170).

La testigo V. C. (fs. 245/245vta.) también odontóloga, auditora del Instituto de Seguridad Social de Neuquén, en la delegación de Junín de los Andes. Manifiesta que en relación a cada práctica se evalúa en forma personal el estado general del paciente, utilizando un criterio analítico y biológico; y que si corresponde el pedido se autoriza o, en caso de existir alguna duda, solicita en forma escrita ampliación de historia clínica, estudios complementarios, derivación a otro especialista intentando darle solución al afiliado.

Asevera que en la última auditoría que le practicó a la actora -febrero de 2014-, fueron tres prácticas no complejas solicitando obturaciones, eran por caries que no tenían ningún compromiso de salud bucal.

A continuación, fue consultada si en la oportunidad de autorizar la práctica le expresó a la actora que en lo inmediato no podría realizarse ningún tipo de intervención en el sector que se ubicaba la prótesis removida en función de la presencia de una infección apreciable a simple vista; a lo que respondió, que ella no hizo esa manifestación, que no resulta su proceder ya que en caso de efectuar alguna manifestación de ese tipo, deja constancia por escrito. Destaca que habiendo tomado vista de la historia clínica previo a asistir a la audiencia, no mantuvo ninguna intervención de dicho tenor.

Ahora bien, en el presente, la actora ha cuestionado la fuerza probatoria del dictamen pericial, no

obstante, tal como lo reconoce en la expresión de agravios *"... lo cierto es que las impugnaciones formuladas por esta actora a fs. 309/315vta. y 324/326 -planteo de nulidad- respecto del dictamen del perito R., cuestionaban la validez formal y no sustancial de la pieza agregada a fs. 296/299vta. y 316/319 ..."* (textual fs. 390).

Así, se observa que la crítica se ubica en el plano de las exigencias del ritual, esto es, tal como lo expresa la propia parte, en el artículo 474 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén. Es decir, no median ataques a las conclusiones arribadas en el informe respecto de la adecuada indicación de la profesional en referencia a que correspondía la extracción de las piezas dentarias (respuestas f) y j) a fs. 297/297vta.) y que la intervención de la demandada no pudo incrementar la dolencia de la actora (2-B. fs. 316vta.), que la actuación de la accionada fue para aliviar la molestia a través de la extracción de los restos radiculares, que es una práctica habitual en el consultorio y de bajo riesgo.

Si bien el pedido de nulidad fue rechazado a fs. 339/340vta., no advierto deficiencias en el informe que pudieran afectar su eficacia probatoria, dado que sus conclusiones lucen fundadas bajo los parámetros legales, no habiendo en la causa otros elementos probatorios de mayor eficacia que me generen la convicción contraria.

En función del resultado de las probanzas colectadas, no se ha acreditado en autos ninguna de las tesis introducidas por la actora, que pudieran ser pasibles de atribuir responsabilidad profesional a la demandada.

En este sentido, la actora ha alegado que la práctica fue efectuada de manera irregular y que le ocasionó el trismus grave o la parestesia.

Corresponde señalar que si bien no hay certezas en cuanto al diagnóstico de la accionante, se ha acreditado que

tiene padecimientos que se traducen en la marcada dificultad para abrir la boca -le queda solo un espacio reducido entre los dientes inferiores y superiores-, de acuerdo a lo informado por el perito a fs. 296vta.

Sin embargo, lo cierto es que no se ha demostrado que esas afecciones puedan tener su origen en acciones u omisiones negligentes, pasibles de ser imputadas a la demandada.

Por un lado, no se probó el presupuesto fáctico referente a la supuesta infección alegada, y eventualmente, que ello hubiere sido un impedimento, desde el punto de vista científico, para realizar la práctica odontológica.

En relación a esta cuestión, la testigo V. C. - auditora de la obra social- negó categóricamente que ella hubiere expresado que no podría realizarse la práctica porque tenía una infección apreciable a simple vista, tesis que fue introducida por la propia accionante.

Además, el perito también indicó que hay casos en los que realizando el tratamiento, ya sea la extracción de la pieza o un tratamiento de conducto, el cuadro infeccioso remite por si solo (cfr. fs. 297).

Asimismo, tampoco se acreditó en autos que previo a realizar la práctica debía la odontóloga efectuar algún otro examen o estudio, que no hubiere sido realizado. Puntualmente, el perito afirmó que la larga relación paciente-profesional hacía que ésta conociera sus antecedentes, por lo que no veía necesario efectuar otros análisis o estudios previos.

Desde esta órbita, y a pesar de lo apuntado, entiendo que la cuestión aquí traída se ubica en la relación de causalidad exigida por la normativa para atribuir responsabilidad a la profesional.

Tal como se dijo, la actora tenía dolores y molestias previas a la extracción, y del informe pericial surge que la

extracción de los restos radiculares es una práctica de baja complejidad, que difícilmente pueda provocar un trismus o una parestesia.

Si a ello se suma que la cicatriz de las extracciones se ubica a una distancia de 3 a 4 mm del nervio dentario inferior -cfr. informe pericial-, lo cual lleva al perito a afirmar que si la actora padece una parestesia, no fue por causa de la extracción.

También agregó el informe que la extracción de dichas piezas 35-37 no puede afectar el nervio trigémino, lo que si puede suceder en la extracción de terceros molares retenidos, afectando el nervio dentario inferior, rama del trigémino (cfr. fs. 297vta. Punto L).

Cabe reparar que el tratamiento prescripto por la profesional odontóloga, no podría ser cuestionado por el Juez, siempre y cuando éste sea científicamente aceptado.

La práctica realizada fue avalada por la pericia, que expresamente considera que en este caso actuó correctamente haciendo la extracción de las piezas afectadas (fs. 297, punto f).

Merece resaltar que el tratamiento forma parte del monopolio del saber profesional, y hace a la discrecionalidad del profesional para actuar sobre determinada patología. Esta discrecionalidad científica constituye un derecho profesional, el Juez debe respetar la estrategia o el método elegido, siempre y cuando esté específicamente aceptados (cfr. Weingarten, Celia, *Historia clínica: de la forma manuscrita a la informatización y firma digital*, LL 2004-B-505, cita online AR/DOC/554/2004).

Cabe señalar además, que la doctrina establece que el obrar científico adecuado se prueba a través de la historia clínica o ficha odontológica, que es la reconstrucción histórica de la relación de causalidad, ya que allí se

registran las distintas secuencias odontológicas, la planificación del tratamiento, la evolución del paciente, etc., lo cual es vital para los derechos del paciente en cuanto a la posibilidad de conocer exactamente como acaecieron los hechos y juzgar la responsabilidad profesional (cfr. Weingarten, Celia, *Historia clínica: de la forma manuscrita a la informatización y firma digital*, LL 2004-B-505, cita online AR/DOC/554/2004).

De la ficha acompañada, no surgen indicios que permitan afirmar la conducta inadecuada de la profesional, lo que coincide con las conclusiones de la pericial odontológica señalada.

Además de ello, cabe señalar que la actora se queja porque la decisión habría omitido pronunciarse sobre la prueba documental acompañada con la demanda, sin advertir que lo que no se ha demostrado en autos, y que tampoco puede inferirse de allí, es que esos padecimientos guarden relación con la intervención culposa de la accionada.

Por el contrario, los certificados donde consta el diagnóstico alcanzado por profesionales médicos -fs. 9/14/16- no resultan relevantes a los fines de atribuir causalidad jurídica al obrar de la demandada y, por ende, así los consideraré.

Finalmente, la actora cuestiona la decisión con el argumento de que la secuencia temporal en que se habrían producido los acontecimientos -que califica de indubitada- debió haber llevado al Juez a invertir la carga de la prueba exigiendo a la demandada la demostración que su intervención profesional nada tuvo que ver con el cuadro evidenciado por la Sra. E.. Y que, el daño padecido no podría ser explicado sin atribuirle un grado de intervención y culpa a la demandada.

No obstante, resulta difícil comprender el alcance de lo solicitado por la apelante, toda vez que el escrito dice

que "... Y aclárese en este punto, que esta parte no pretendía que en un acto de progresismo judicial el magistrado desatendiera las pautas del art. 377 del CPCC, ni que aplicara la hereje teoría de las cargas dinámicas de la prueba, pero sí, que matizara las cargas probatorias en atención a la naturaleza del pleito, a los conocimientos técnicos o no de las partes, a la posición asumida por cada parte y a los indicios constatados ..." (textual fs. 387).

Sin perjuicio de la imprecisión, sobre dicha temática cabe referir que en materia de litigios de mala praxis profesional la jurisprudencia ha admitido flexibilizar las reglas procesales relativas a la carga de la prueba, en los procesos caracterizados por cierta dificultad probatoria y la desigualdad de las partes para acceder a la información necesaria, como lo sería el juicio de autos.

Sin embargo, por lo general dicha flexibilización se ha presentado asociada a la infracción al deber de colaboración en el proceso.

Es decir, el alcance de la interpretación jurisprudencial de lo que se ha denominado cargas dinámicas de la prueba o bien principio de solidaridad en materia probatoria, suele estar basado en el análisis de la conducta procesal, de buena fe, que implica el deber de colaborar con el esclarecimiento de los hechos controvertidos proporcionando la totalidad de la información disponible.

De allí se sigue que si ello no acontece, la conducta desplegada es interpretada como un indicio contrario a su posición.

En este sentido, encuentro pertinente traer a consideración el análisis que realiza Eduardo Oteiza respecto del adecuado encuadre de la temática relativa a la carga de la prueba y el tema aquí tratado.

Expresa el autor que "... la situación de ventaja y la de dificultad de probar constituyen indicios. Entiendo por indicios los hechos conocidos de los cuales se parte para llegar a un determinado grado de verdad sobre la ocurrencia de hechos sobre los que no hay prueba directa (...) La presunción es el razonamiento por el cual a partir de indicios se llega a dar por verdadera una hipótesis de hecho. En las Presumptions nos encontramos ante la relación entre un hecho probado o admitido y otro que debe ser probado. Cuando (X) está probado se asume que (Y) ocurrió. ... Por oposición a las presunciones legales que contienen los textos normativos, aquí nos encontramos ante presunzioni giurisprudenziali elaboradas por el juez en lugar del legislador ...".

"... El juez deberá en ese caso tomar en cuenta una serie de hechos, entre los cuales se encuentra la conducta de las partes. Al proceder a invertir la carga de la prueba, el juez se mueve dentro de las llamadas presunzioni giurisprudenziali. Cuenta con una serie de hechos considerados indicios por el alto grado de veracidad sobre su ocurrencia y con la conducta de la parte que ha estado en mejores condiciones de probar, pero que ha evitado hacerlo. En esas circunstancias deberá tomar la decisión y producir una decisión controlable que permita entender cuáles son las razones para determinar que ante la incertidumbre se decida dictar una sentencia en su contra ..." (cfr. Oteiza, Eduardo, La carga de la prueba, en La prueba en el proceso judicial, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 206).

Lo apuntado, en rigor, no sería aplicable de ningún modo a esta contienda. Es que si bien podría -en algún caso- entenderse que la demandada se encuentra en una mejor posición respecto de la prueba a producir -aunque ello no se encuentra acreditado- no se evidencia una conducta renuente al

esclarecimiento de los hechos. Por el contrario, dio su versión de los acontecimientos y ha acompañado a estos autos la documental requerida a fs. 145/149, ha producido prueba testimonial (fs. 165/166 F. M. y V. C. fs. 245/245vta.) y pericial (puntos de pericia de fs. 105/106), sin que pueda inferirse de su actuación una conducta encontrada con la buena fe procesal.

De ello se sigue que no sería posible partir de esta premisa esencial que han meritado los jueces en los diversos pronunciamientos que invierten la carga de la prueba, para llegar a condenar ante una situación de incertidumbre respecto de los acontecimientos.

Conviene precisar el alcance de lo apuntado.

"... La diferencia relevante entre ambas instituciones [carga dinámica de la prueba y principio de colaboración en el proceso] se exhibe así evidente y sus efectos prácticos son notables. Es necesario, por ende, distinguir la teoría de la "carga dinámica" como regla relativa al onus probandi en sentido estricto, de su utilización jurisprudencial más frecuente, como lo es la aplicación de esta doctrina frente al incumplimiento del postulado de colaboración. En el primer caso, nos encontramos ante una regla de inversión de la carga de la prueba para juzgar contra los intereses del sometido a la carga en caso de incertidumbre acerca de los hechos. En el segundo, nos movemos en el campo de la valoración de la prueba, es decir, que aplicamos las pautas tradicionales de distribución del onus probandi (vg. Art. 377, CPCN), aunque teniendo en cuenta la conducta de los litigantes como indicio para estimar la suerte de la pretensión ..." (cfr. Giannini, Leandro, La recepción de la doctrina de la 'carga dinámica de la prueba' en el Código Civil y Comercial de la Nación, publicado en Aspectos

procesales del Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Editora Platense, 2017, p. 203.).

Considero que este último es el alcance que eventualmente debe dársele al instituto procesal, sin perjuicio de que no sea aplicable al caso de autos.

En conclusión, por todos los motivos expuestos corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por la actora, confirmando la sentencia de origen.

IV. En relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a este Acuerdo, esto es las costas corresponde mantener la imposición de la instancia de origen, como así también las del Tribunal de Alzada; e imponer las de esta instancia extraordinaria en el orden causado, esto último en función a la solución a la que se arriba (artículo 12 de la Ley Casatoria y 68 Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén).

V. En virtud de ello, propondré al Acuerdo: **1.- declarar procedente** el recurso casatorio deducido por la parte actora, a fs. 426/441vta.; y, en consecuencia, **casar** el decisorio de la Cámara Provincial de Apelaciones -con competencia en el Interior- (Sala II), recaído a fs. 411/422vta. con fundamento en la causal de arbitrariedad de sentencia (artículos 18 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional); **2.-** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 17º, inciso c), de la Ley N° 1406, **recomponer** el litigio, **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la decisión de Primera Instancia que rechaza la demanda interpuesta por la Sra. L. E. contra la Sra. A. d. V. M.. **3.- Mantener** la imposición de costas dispuestas en las instancias de origen, e **imponer** las de esta instancia extraordinaria en el orden causado. **4.-** Regular los honorarios de los letrados intervinientes ante la Alzada y en la etapa casatoria en un 30% y un 25%,

respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter en primera instancia. **MI VOTO.**

La señora Vocal doctora **MARÍA SOLEDAD GENNARI** dijo: Comparto las consideraciones formuladas por el doctor **EVALDO D. MOYA** y la conclusión a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, **SE RESUELVE:** **1°) DECLARAR PROCEDENTE** el recurso casatorio deducido por la parte actora a fs. 426/441vta.; y, en consecuencia, **casar** el decisorio de la Cámara Provincial de Apelaciones -con competencia en el Interior- (Sala II), recaído a fs. 411/422vta., con fundamento en la causal de arbitrariedad de sentencia (artículos 18 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), por lo expuesto en los considerandos respectivos. **2°)** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 17°, inciso c), de la Ley N° 1406, **recomponer** el litigio, **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la decisión de Primera Instancia que rechaza la demanda interpuesta por la Sra. L. E. contra la Sra. A. d. V. M.. **3°) Mantener** la imposición de costas dispuesta en las instancias previas, e **imponer** las de esta instancia extraordinaria en el orden causado (artículos 12° de la Ley N° 1406, 68 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén). **4°) Regular** los honorarios de los letrados intervinientes ante la Alzada y en la etapa casatoria en un 30% y un 25%, respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter en primera instancia (artículo 15, Ley N° 1594). **5°)** Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase las actuaciones al Juzgado de origen.

Dr. EVALDO D. MOYA - Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI
Dra. CELINA BARTHES - Subsecretaria