

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN.

Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo – Sala I.

JUICIO: “ROBLES, ELVA DORA vs. SISTEMA PROVINCIAL DE SALUD (SI.PRO.SA.) y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS”. Expte. N° 501/02.

FRANCISCO T. MUÑO, por la parte actora en autos, a V.E. respetuosamente digo:

I.- Objeto:

Que en tiempo y forma vengo a interponer recurso de casación (Art. 79 del CPA) en contra de la sentencia de fecha 25/06/12 dictada por la Cámara Contencioso Administrativa - Sala I, que resuelve: *“Iº) HACER LUGAR a la defensa de Falta de Acción.... IIº) NO HACER LUGAR a la demanda interpuesta por la Sra. Elva Dora Robles y la Srta Yésica Lorena Serrano, en contra del Sistema Provincial de Salud y los Dres. Néstor Forena y Juan José Novoa, conforme lo considerado. IIIº) COSTAS como se consideran”*, solicitando desde ya se conceda el recurso y oportunamente se haga lugar al mismo, en base a los fundamentos que paso a exponer, con expresa imposición de costas.

II.- Requisitos:

La sentencia recurrida se encuentra comprendida en el Art. 748 - del CPCCT, de aplicación supletoria: *“El recurso de casación sólo corresponderá: 1. Contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Cámaras... 2. Contra las demás sentencia en la medida en que el*

punto debatido asuma gravedad institucional". La recurrida es sentencia definitiva dictada en proceso ordinario. Pido se tenga presente.

Con respecto al plazo, el presente se interpone dentro de los cinco días que ordena el Art. 751 del CPCCT, habiéndose notificado mi parte mediante cédula dejada en casillero N° 1.396 el día 03/07/12 a Hs. 19.00 para ser retirada el día 04/07/12 y empezando a computarse el plazo el día 05/07/12, como primer día.

En cuanto al requisito del depósito (Art. 752 del CPCCT), la Sra. Elva Dora Robles se encuentra exenta en cuanto la misma litiga con beneficio de pobreza (Art. 753 de igual digesto) conforme sentencia de fecha 08/03/04, habiéndolo solicitado oportunamente además en representación de hija menor. Se tenga presente.

II.- a) Invoco las disposiciones de los Arts. 260 y 261 del CPCCT en relación a la actora Yesica Lorena Serrano:

En cuanto a la Srta. Yesica Lorena Serrano que ha adquirido la mayoría de edad durante el tramite, invoco a su respecto las disposiciones de los Arts. 260 y 261 del CPCCT y en cuanto los mismos autorizan a actuar como si ya lo hubiera obtenido, designando como apoderado al presentante, Dr. Francisco Muñoz.

A todo evento acredito la iniciación del tramite con copia del incidente solicitando dicho beneficio.

En consecuencia, pido se tenga por cumplimentado con el requisito del depósito exigido por el Art. 752 del CPCCT, y que exime del mismo (Art. 753 de igual digesto), considerando lo ordenado por los Art. 260, es decir, actuando como si lo hubiera obtenido.

III.- Agravios:

III.- a) En cuanto al punto I° de la sentencia:

Causa agravio la sentencia en su punto Iº y en cuanto la misma hace lugar a la defensa de falta de acción interpuesta por La Buenos Aires Seguros S.A. con fundamento en que la madre de la menor, Sra. Elva Dora Robles, habría reclamado para sí daño moral.

La sentencia entiende, de la interpretación de los escritos, que la nombrada sí lo habría reclamado en nombre propio lo que entra en contradicción con las disposiciones del Art. 1.078 del Código Civil y resuelve en consecuencia.

Sin embargo, lo que no considera el fallo es el propio reconocimiento efectuado por la Sra. Robles, al tiempo de correrse la vista pertinente, de que ella en nombre propio no hizo reclamo de daño moral y solo reclamó por su hija conforme consta en autos. Si bien el otorgamiento del poder lo era en nombre propio y de su hija, al tiempo de invocar el reclamo no solo de este rubro sino de todos los demás solo lo hizo por su hija menor. La falta de consideración de dicho reconocimiento deja sin fundamento la procedencia de la excepción, cuyo revocatoria solicito por medio del presente.

III.- b) En cuanto al punto IIº de la sentencia:

1.- Infracción a la norma de derecho:

Se agravia mi parte en cuanto la sentencia de fecha 25/06/12 no hace lugar a la demanda deducida por la parte actora (apartado IIº), en evidente infracción a normas de derecho de carácter sustancial y formal (Art. 750 y cc del CPCCT) y conforme se desarrollará en los agravios invocados por mi parte como fundamento de la casación.

La sentencia impugnada incurrió en infracción de los Arts. 512, 902, 1.066, 1.067, 1.071, 1.073, 1.074, 1.078, 1.109, 1.112, 1.113 y cc del Código Civil; Arts. 34, 40, 263, 264, 302 y cc del CPCCT; Art. 146 de la Constitución de la Provincia; Art. 2 de la Ley Nº 7.466; Arts.

2, 3, 5, 6, 7, 12, 14, 15, 16, 18 y cc de la Ley N° 26.529; Ley N° 6.952 y Convención y Declaración de los Derechos del Niño (principios 2, 4 y cc).

Siendo que la sentencia (apartado IIº) no hace lugar a la demanda, conforme lo considerado, corresponde la crítica de los mismos. Empezando por el apartado a) de aquellos, que en definitiva concluyen con el rechazo de la demanda, refieren en primer lugar mediante la cita de jurisprudencia, que no resultan aplicables las disposiciones del Art. 1.113 en relación al establecimiento asistencial y que el –fundamento de la responsabilidad hospitalaria o sanatorial radica en una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesoria de ciertos contratos, que requieren la preservación de las personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato–.

Citando Carlos Gherzi (La obligación de seguridad) agrega la sentencia que, la referida obligación de seguridad tiene como objeto la protección jurídica de las personas en sus derechos económicos y extraeconómicos, como asimismo la preservación de su integridad frente a la posibilidad de daño, sea por comisión o por omisión.

Afirma, también mediante cita, que no existe relación de dependencia o subordinación entre el ente asistencial y el médico, abordando dicha relación desde una óptica puramente laboral cuando en realidad la "dependencia" a que refiere el Art. 1.113 del Código Civil es mucho más amplia y no se agota en dicho análisis sino todo lo contrario. A todo evento, el resultado a que llega es el mismo que el pretendido por mi parte (imputación de responsabilidad a los médicos), tal fundamento de atribución queda comprendido en el principio *iura novit curia*.

Sin embargo y frente a la aceptación de la sentencia de que la obligación de seguridad asumida por el centro asistencial, en este caso Hospital del Niño Jesús, tiene como objeto la protección jurídica

de las personas en sus derechos económicos y extraeconómicos, como asimismo la preservación de su integridad frente a la posibilidad de daño, ya sea éste por comisión u omisión, resulta cuanto menos contradictorio que no contemple la infracción a la normas que establecen la obligación de cumplir con los derechos del paciente, la historia clínica, la información sanitaria, el consentimiento informado, conocer el nombre del medico responsable, todo expresamente ordenado mediante la Ley N° 26.52, Arts. 2, 3, 5 - Inc. b), c), d), f) y cc), 6, 7, 12 y cc, y Ley N° 6.952, Arts. 1 - Inc. 5, 7, 8 y cc.

No cabe duda que lo invocado queda comprendido en "... la preservación de la integridad de la persona frente a la posibilidad de daño, sea por comisión u omisión", sobre todo como omisión cuando la misma sentencia reconoce que, en autos, no se cumplió con la obligación de requerir el consentimiento informado y que la historia clínica no es llevada en legal forma, sin analizar mínimamente las restantes obligaciones legales establecidas en garantía del paciente.

Cabe preguntarse, frente a tales incumplimientos, cual hubiera sido la decisión de la madre de la paciente menor frente a la *"... información clara, precisa y adecuada con respecto: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados"*, dispuesto por el Art. 5 de la Ley N° 26.529, sobre todo si conocía los riesgos y efectos adversos a que sería sometida su hija?; o los beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto?.

Todos, absolutamente todos los derechos del paciente han sido violados, sin que la sentencia contemplara en lo más mínimo las consecuencias de dicha infracción a la ley y restándole absoluta responsabilidad a tales incumplimientos en aras de justificar el accionar de los galenos a fin de liberarlos de responsabilidad. Sin contemplar siquiera que el paciente, era una niña absolutamente indefensa, librada a la absoluta discrecionalidad de los profesionales en la decisiones sobre su salud y en definitiva sobre su cuerpo (Declaración y Convención de los derechos del Niño).

Igualmente causa agravio el apartado b) de los considerandos. La sentencia refiere aquí a los requisitos a los fines que el daño sea resarcible: a) incumplimiento objetivo y material, sea el incumplimiento de un contrato o la violación del deber general de no dañar; b) un factor de atribución de responsabilidad, esto es, una razón suficiente para asignar el deber de reparar al deudor, factor de atribución que puede ser subjetivo u objetivo; c) el daño, que consiste en la lesión de un derecho subjetivo de un interés de la víctima y, d) una relación de causalidad suficiente entre hecho y causa.

En esta instancia el fallo se propone —establecer la existencia o no de culpa en el accionar de los profesionales de la salud dependientes de la accionada, se presenta como un elemento determinante de los perjuicios ya que, recién una vez revelada la mentada culpa, surgirá la responsabilidad de la demandada al quedar patente la violación del deber de seguridad que le incumbe...—.

Seguidamente se cita jurisprudencia que ratifica que el encuadre a darse en autos será desde la búsqueda de la exoneración de responsabilidad al punto que, dice, no solo la *"....existencia del daño, ni aún su vínculo causal con la actuación del profesional, es suficiente*

para desencadenar la responsabilidad medica sino le puede ser imputado aquél a titulo de culpa o dolo..."

En este punto conviene detenerse y analizar los propios dichos de la sentencia. Ya como requisito se estableció la necesidad de un incumplimiento objetivo o material, sea el incumplimiento de un contrato o la violación del deber general de no dañar. Y es precisamente este deber general de no dañar (*alterum non laedere*), que la sentencia no analiza y solo trata de establecer sanción a través de la imputación de culpa o dolo, sin consideración alguna a la antijuridicidad de los actos cometidos por los galenos. Antijuridicidad comprendida y abarcada por dicho principio y contemplada por los Arts. 1.109, 1.066, 1.067 y cc del Código Civil, expresamente infringidos por el fallo.

Si bien la antijuridicidad (en sentido amplio) es la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico apprehendido en su totalidad, es decir, supone un juicio de menosprecio con respecto a dicho ordenamiento, en el aspecto que nos interesa de la responsabilidad civil, la antijuridicidad está dada por la transgresión al *alterum non laedere* de forma injustificada. Lo antijurídico es la conducta que viola el ordenamiento en la medida que promedia una lesión a un interés tutelado que provoca unas alteraciones desfavorables en el patrimonio o en el espíritu, lo que constituye el daño. En el caso concreto éste ha quedado acreditado conforme prueba pericial medica (40% de incapacidad) y no necesariamente la imputación debe ser subjetiva como lo plantea la sentencia. El *alterum non laedere* no requiere de culpa y la imputación es objetiva.

A todo evento y en relación con el accionar de los facultativos existen normas precisas que los obligan a actuar de determinada manera y que sin embargo tampoco cumplieron. Lo olvidemos que la culpa consiste en los términos del Art. 512, 1.109 y cc

del Código Civil, y que todavía queda lo dispuesto por el Art. 902 de igual digesto, absolutamente aplicable a la conducta desarrollada por los demandados en autos.

Volviendo a la crítica del apartado b) y luego de lo ya expresado, éste continúa diciendo que, se impone comenzar el análisis de la actuación de los médicos ante las dolencias de la Srta. Serrano, justifica la intervención de peritos médicos atento que constituye prueba científica, da por acredita la patología previa y la derivación del Hospital de Juan Bautista Alberdi al Hospital del Niño Jesús. Cita al Sr. Perito Medico y su informe en base a la historia clínica (que esta parte cuestionó en los términos del Art. 12 de la Ley N° 26.529), indicando la derivación y la administración de medicamentos a la menor.

El fallo expresa que luego de los cinco días de internación con buena evolución fue dada de alta con indicación de tratamiento ambulatorio y con turno para endoscopia para el día 26/12/2000 y que posteriormente, en esa fecha, la paciente fue internada para ser luego operada por el Dr. Forenza. Y aquí cabe dejar sentado que, el turno para ése día (26/12/2000) era para estudio de endoscopia no para cirugía y tampoco el Dr. Forenza era el medico de la paciente y nadie le dijo que lo sería, como tampoco que la operaría. Estas son las violaciones de la obligación de seguridad que tiene como objeto la protección jurídica de las personas, máxime si se trata de niños. Obligación de seguridad a que adhiere la sentencia como fundamento de imputación y que sin embargo no repara en tales cuestiones.

Nada de esto es avaluado por el sentenciante, que lo pasa por alto, que continúa justificando el accionar de los médicos desde su propia interpretación y desde el informe pericial resaltando incluso que *"de los informes de endoscopia y de los antecedentes clínicos de la paciente, se infiere que el tratamiento quirúrgico de las lesiones de*

esófago y el tratamiento de reflujo, justificaban realizar el acto quirúrgico". Ahora bien, como es esto que el tratamiento quirúrgico de las lesiones... justifican realizar el acto quirúrgico. Vale decir, todo es consecuencia de la propia cirugía?. Y nuevamente la sentencia refiere a párrafos del informe medico diciendo que *"... el accionar de los profesionales Médicos fue el correcto durante el periodo que la paciente fue asistida en el Hospital del Niño Jesús" y que "determinada la gravedad de la patología de la paciente, si la misma hubiera quedado librada a su evolución natural y a una falta de asistencia médica especializada, el curso hubiese sido un desenlace fatal"*, sin advertir que el tiempo que la menor permaneció en el Hospital lo fue pura y exclusivamente a causa de la intervención de los galenos demandados y que ha pesar de afirmar que el accionar fue el correcto el mismo perito determina un porcentaje de incapacidad del 40% posterior a la cirugía, como asimismo permite dimensionar a la gravedad que fue sometida la menor al punto que era imposible una evolución natural. Ello sin contar los incumplimientos previos en que incurrieron.

Sin embargo, se encuentra acreditado que con fecha 20/12/2000 la paciente es dada de alta atento "su buen estado general" (18/12/00 de Fs. 45 informe de distintos médicos) y es el propio medico tratante, Dr. Novoa quien la otorga afirmando "por el buen estado obvio de la paciente" y que vuelva para estudio de endoscopia el día 26/12/00, que al final termina en cirugía con las consecuencia conocidas. Por lo tanto la menor fue injustamente introducida en esa situación de riesgo y daño por decisión propia de los galenos sin informarle a la madre y sin la autorización de misma. Pero la sentencia se aleja lo más posible de ese análisis y pretende hacerlo ver desde la justificación de los actos.

Por lo tanto, debe quedar claro que tanto la realización de la laparoscopia y sus complicaciones como la cirugía a cielo abierto, nunca fueron programadas ni primeramente ni con

posterioridad. Lo programado era el estudio de endoscopia, no cirugías y en ese momento la menor se encontraba en buen estado obvio y pasa a riesgo de muerte con la cirugía decidida por los galenos demandados. En consecuencia, todas las consideraciones que realiza el fallo en relación con la practica quirúrgica y sus complicaciones no pueden ni deben evaluarse desde la perspectiva de acto autorizado y necesario, sino todo lo contrario, es a riesgo propio de la arbitraria decisión de los demandados.

Así, y aún cuando al sentenciante le parezcan contundentes tales apreciaciones NO es lógico concluir que dada la enfermedad que aquejaba a la Srta. Serrano, los diagnósticos y practicas operatorias efectuadas fueran las pertinentes y adecuadas a los fines de procurar brindar una solución a su delicada situación de salud y salvarla de las complicaciones gravosas posteriores al acto quirúrgico, por la simple razón, acreditada en autos, que antes de las practicas referidas la paciente NO se encontraba en riesgo, es más, estaba en buen estado obvio y fue llevada a esa situación sin su voluntad y en desconocimiento absoluto de las practicas a que sería sometida, incluso por medico distinto al que ella conocía.

Frente a todo ello cabe destacar algo que la sentencia no menciona o por lo menos no distingue. En ningún momento se hace merito de que la menor solo estaba en dicho centro asistencial en la fecha del 26/12/2000 para estudio de endoscopia y refiere a toda la situación como algo normal y programado, centrando la justificación en el cambio de cirugía laparoscópica por una a cielo abierto, debido a las complicaciones, cuando ninguna de las dos estaba en los planes de la paciente. Es aquí cuando se configura la violación expresa de la obligación de seguridad que tiene por objeto la protección jurídica de las personas y la preservación de su integridad frente a la posibilidad de

daño. Violada dicha obligación acaece el daño, daño reclamado en autos y que a pesar de encontrarse probado y determinado (40% de incapacidad), la sentencia hace caso omiso con la finalidad de liberar a los demandados.

Ese daño es el contemplado por el principio *alterum non laedere*. Daño injustamente causado a la menor al no respetar las obligaciones impuestas por la legislación pertinente (Ley N° 26.529, Arts. 2, 3, 5 Inc. b), c), d), f), 6, 7 y 12, Ley N° 6.952, Inc. 7, 8 y cc, Arts. 1.066, 1.067, 1.074, 1.109 y cc del Código Civil). Es decir, el medico ha omitido aquellas diligencias que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondían a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (Art. 512 y cc del Código Civil). Esa es la violación a la norma de derecho en que incurre la sentencia.

Otro agravio. En cuanto al apartado c) de los considerandos afirma la sentencia que "tampoco puede entenderse como existente el daño que invoca la parte actora o al menos considerárselo como imputable a los accionados". Una vez más hace caso omiso de las constancias de autos y, si bien esta cuestión se tratará como arbitrariedad al apartarse de la prueba, no deja de alarmar cuando todo indica que el daño comprobado es posquirúrgico.

Pero no solo alarma lo referido sino que además, argumentando que la obligación del medico es de medios, "sin asegurar un resultado", resalta que quien imputa el incumplimiento tiene a su cargo la prueba de que los servicios profesionales se prestaron sin el cuidado y la atención exigibles, lo que fue demostrado con las constancias de autos y el propio informe medico del Sr. Perito que asegura con fundamento en la documentación (HC) que la paciente menor no se encontraba en dicho centro asistencial para cirugía en fecha 26/12/00 y que no hay cumplimiento de las disposiciones legales referidas a: derechos del

paciente, información sanitaria, historia clínica, consentimiento informado, etc., en consecuencia, mal puede colegirse que los servicios profesionales se prestaron con el cuidado y atención exigibles.

Constituye igualmente agravio el hecho que tampoco se considere el daño en relación a las cicatrices y pérdida de motricidad de la pierda izquierda que la sentencia reconoce se encuentra comprobado por las pericias de autos, llegando al extremo de considerar a las mismas "como secuelas propias de una practica quirúrgica de aquella clase y entidad". Tal aseveración a más de grave y peligrosa desde lo jurídico, lleva implícita licencia para causar daño en pacientes no solo como mi mandante sino también en aquellos que hayan autorizado la intervención de los médicos.

Es que la sentencia nunca se plantea que la paciente menor se encuentra en ésa situación por propia acción de los galenos demandados, pretendiendo colocarlos en la situación de salvadores cuando fueron ellos mismos que colocaron a la Srta. Serrano entre la vida y la muerte, ocasionándole daños derivados de una cirugía nunca autorizada y llevada a cabo mediante practicas de extrema gravedad que la menor y su madre desconocían, ocasionándole secuelas físicas y sicológicas que la sentencia injustificadamente pretende como normales y en consecuencia no indemnizables.

Causa agravio el considerando d) en tanto la sentencia tampoco hace merito del incumplimiento de la obligación de informar de parte de los galenos "atento la ausencia de daños o perjuicios susceptibles de resarcimiento. Lo manifestado por la parte actora en sobre el particular pierde potencialidad como aval de su pretensión indemnizatoria". Cuanto menos llama la atención las suposiciones en que incurre la sentencia en relación con la voluntad de la Sra. Robles dando por sentado, a pesar de no existir documentación que lo avale, que ha

prestado su consentimiento cuando ella misma dice que no sabía que era, y en última instancia figura como autorización para estudio de endoscopia.

También llama la atención lo de "medicina proletarizada" como medio de justificación del incumplimiento de la obligación legal (Art. 146 de la Constitución de la Provincia), concluyendo en definitiva que ya tampoco era necesario que los galenos se detengan en esos menesteres, lo que decididamente roza lo discriminatorio, máxime tratándose de una niña. Reitero, antes de la cirugía la paciente se encontraba en buen estado obvio de salud, lo que nada impedía cumplir con los protocolos médicos obligatorios. Fueron los propios médicos, por decisión unilateral, quienes arbitrariamente sometieron a riesgo de muerte a la Srta. Serrano. La no vinculación jurídica de tales deberes legales con la obligación de seguridad que la sentencia pone en cabeza del ente asistencial, y en definitiva de los galenos, es justamente la violación expresa de la norma de derecho que se reprocha a la sentencia. Es que, pesaba sobre los galenos atento las características de su profesión, un mayor deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas, que no puede ser dejado de lado debido a la naturaleza de la obligación que asume (Arts. 512, 903, 1.109 y cc del Código Civil).

En definitiva, surgen acreditados en autos cada uno de los requisitos que se plantea la sentencia y que sin embargo rechaza la demanda. Esta el incumplimiento objetivo y material, que se concreta con la violación del deber general de no dañar (*alterum non laedere* - Arts. 1.109 y cc del C.C.); el factor de atribución de responsabilidad (Arts. 512, 903 y cc de igual digesto); esta el daño, que se materializa en los padecimientos de la menor durante y después del acto quirúrgico al que es sometida en forma arbitraria, concretándose además en un porcentaje

de incapacidad física y síquica y, por último, está la relación de causalidad, que aparece indiscutida de todas constancias de autos.

“... El hospital responde por la impericia o por el obrar negligente de los médicos no solo en virtud de la relación jurídica que existe entre la institución y sus profesionales, sino en razón de que ha asumido con la paciente una obligación contractual -de medios y no de resultados- que compromete al sanatorio a prestar una atención médica adecuada (CNCiv. Sala d, 19.12.77, Con voto del dr. Cichero, en II. 1979-C, pag. 19 Y sigtes., Con nota en igual sentido de a.C. Belluscio, Obligaciones de Medio y de Resultado. Responsabilidad de los Sanatorios; conforme además los principios generales aplicables a esta materia que obran en la causa 663 de 8.10.82, Publicada en ed., T. 103, Pag. 578, F. 36.639). Dres. González de Ponssa - Gallo Cainzo. Sentencia N° 535 de fecha 18/12/2007.

“Se debe aclarar que en un caso de responsabilidad médica el juez sólo excepcionalmente puede lograr una certeza absoluta sobre la forma en que ocurrieron los hechos atento a la complejidad de la materia controvertida y las particulares características de cada paciente; por ello, ha de bastar para fundar su decisión haber alcanzado una certeza o convicción moral, debiendo ponderar prudencialmente los aspectos inherentes a la ciencia médica para no desnaturalizar la cuestión. Dres. Gandur - Brito - Area Maidana. Sentencia N° 939 de fecha 24/11/2003.

“Se acredita en forma suficiente que la actora recibió durante su internación una defectuosa atención hospitalaria por parte del SI.PRO.SA., tanto con relación al diagnóstico inicial como en la atención posterior en la sala de partos, como así también en la falta de cuidados y atención médica suficiente durante los dos días posteriores a la intervención quirúrgica. Este incumplimiento o cumplimiento deficiente del

servicio social de asistencia a la salud comportó con relación al SI.PRO.SA. un hecho antijurídico porque además de constituir una falta de servicio en los términos del artículo 1112 del Código Civil, infringió el artículo 146 de la Constitución de Tucumán que consagra el derecho a la salud y a la integridad psicofísica de la persona como derecho humano fundamental, y también el artículo 2 de la ley 7466 que consagra a la salud como un derecho básico e inalienable del hombre, con garantía de ejercicio por parte del Estado Provincial, quien se hizo responsable y garante económico de un sistema igualitario de asistencia médica integral para toda persona que la requiera y necesite en su territorio. La lesión sufrida por la actora, por lo demás, reúne los requisitos que la hacen jurídicamente resarcible como daño a la integridad personal: es cierta en grado indudable, subsiste en este momento y ha sido sufrida en el pasado y será padecida también en el futuro por la actora". Dres. Giovannello – Novillo. Sentencia N° 114 fecha de 20/03/2007.

"Atendiendo al criterio jurisprudencial que considera a la obligación médica como de medios, es que se hace recaer la carga probatoria sobre quien invocare la ocurrencia de una práctica galena culposa, o sea sobre el paciente, solución predominante en el ámbito de la responsabilidad obstétrica, que es el que se verifica en la especie.

Entre los medios de pruebas habilitados por la ley procesal la prueba documental –especialmente, la representada por la historia clínica- cobra particular importancia, toda vez que ella conforma la constancia escrita de todas las comprobaciones realizadas en el examen médico, como también todas las efectuadas en el curso de la evolución y de los tratamientos prescritos, aún por terceros (Cfr. Cossio, Pedro y Colab, Medicina Interna, reimp de la 6ta ed. CTM, Buenos Aires 1987. Pg. 31/33). Para el derecho procesal en general, la historia clínica es un documento de parte que acredita el curso de los acontecimientos

(CNCivil, Sala L, 13/10/1989, Rev. El Derecho, Rep. 24,135-582, Record Lógico 200.999, El Derecho en Disco Láser, 1998, Ed.Albremática, Buenos Aires).

En otras palabras, sus constancias prueban la concatenación de los hechos articulados en la litis y por lo general es la prueba por excelencia de la responsabilidad en el juicio civil, toda vez que de ella surge claro si el servicio prestado por el médico fue el indicado por las reglas de la ciencia médica y fue brindado con diligencia y la prudencia que el caso requería.

En general, puede afirmarse que la jurisprudencia ha considerado que una historia clínica mal confeccionada, irregular, o lo que es peor, la inexistencia de ella, importa un grave indicio para tener por acreditada la negligencia de los profesionales intervinientes. En estos casos, dichos indicios, conjugados con otros, cuya producción se encuentra a cargo de la parte sobre la cual recae el impulso procesal, pueden dar lugar a que el juez estime procedente basarse en la presunción emergente, y de esa manera establecer la relación de causalidad y la consecuente culpa médica (Cfr. Vázquez Ferreyra, Roberto A.: La Insuficiencia de Algunos Defectos de la Historia Clínica como para Tener por Acreditada la Relación de Causal Médica en la Responsabilidad Civil Médica" ED, ejemp. del 10/02/1999 Ed. Universitas)". Dres. González de Ponssa - Gallo Cainzo. Sentencia N° 535 fecha de 18/12/2007.

2.- Arbitrariedad:

Conforme lo manifestado, el presente constituye asimismo un caso de sentencia arbitraria al resolver liberando de responsabilidad a los demandados en notable apartamiento de las constancias de autos que acreditan fehacientemente el incumplimiento de

los imperativos legales que garantizan el deber de seguridad que tiene como objeto la protección jurídica de las personas y la preservación de la integridad frente a la posibilidad de daño, sea por comisión o por omisión, afectando los principios de igualdad de las partes y el debido proceso.

Esta situación constituye manifestación expresa de arbitrariedad en cuanto no se consideran cuestiones que tienen incidencia directa en la resolución de la causa. Cabe agregar que, conforme a la doctrina jurisprudencial del más alto Tribunal de la Nación, incurre en el vicio de arbitrariedad la sentencia que solo tiene fundamentación aparente, esto es, entre otros supuestos, aquella que se limita a citar y analizar conceptualmente las normas de derecho positivo sin expresar los fundamentos de su adecuación al caso concreto.

Es que, concretamente en autos, la prueba documental agregada y producida por mi parte acredita desde el inicio mismo del juicio que la paciente menor llega al centro asistencial en la fecha indicada (26/12/2000) para estudio de endoscopia (en buen estado obvio de salud) y que sin embargo termina siendo operada y sometida al riesgo extremo de muerte por decisión propia de los galenos. La sentencia, no hace mérito de tales circunstancias y solo valúa la prueba en forma parcial, considerando la actuación médica como justificada cuando nunca lo estuvo.

En este sentido es arbitraria y, por ende nula, la sentencia en tanto no se basa en un análisis completo e integrado de los hechos y pruebas pertinentes de la causa, considerando como legalmente respaldada la actuación médica cuando la decisión de la cirugía, que pone en riesgo de muerte a la paciente, es tomada en forma arbitraria y sin consulta, en abierta violación a los derechos del paciente.

Lo que digo es que, la actuación médica no puede ni debe considerarse a los fines de la sentencia como un hecho aislado, solo

enfocado en el acto quirúrgico, y como se desarrolló el mismo, el tema es que, no había justificación medica ni legal de introducir a la paciente en esa situación de riesgo extremo. Capaz que frente al riesgo los galenos actuaron en forma eficiente, pero es el hecho que ellos mismos crearon ese riesgo en evidente incumplimiento del mayor deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas que pesaba en ellos, y omitiendo además las diligencias que la naturaleza de la obligación les exigía.

Todo eso surge de la prueba documental aportada por mi parte y que la sentencia analiza solo parcialmente. Nunca de manera integradora, llevando la decisión hacía el punto de la exoneración de responsabilidad en la pretendida intención que los demandados actuaron correctamente. Es por eso que el fallo carece de fundamentos suficientes y, por ende, es arbitrario en cuanto no se sustenta en una valoración integral de los hechos y pruebas conducentes a la solución del caso, tal como se invoca a través de los alegatos, constancia de autos ésta nunca mencionada y que revela toda la efectividad de la prueba en su conjunto. Pido se tenga presente.

"Configura un supuesto de sentencia arbitraria y, por ende, jurídicamente descalificable, la que omite la consideración de cuestiones oportunamente propuestas por las partes y no se sustenta en una valoración integral de los hechos y pruebas conducentes para la solución del caso". Dres. Estofan – Goane – Sbdar. Sentencia N° 726 de fecha 01/10/2010.

"Configura un supuesto de sentencia arbitraria y por ende jurídicamente reprochable la que omite hacerse cargo de cuestiones conducentes y relevantes para la debida composición de la litis". Dres. Estofan-Goane-Sbdar. Sentencia N° 5 de fecha 03/02/2010.

"Configura un supuesto de sentencia arbitraria y por ende, jurídicamente descalificable, la que se dicta prescindiendo de la

normativa aplicable al caso, y de las constancias obrantes en la causa que resuelve". Dres. Estofan-Brito-Gandur. Sentencia N° 1104 de fecha 30/11/2009.

IV.- Doctrina legal:

De conformidad a lo dispuesto por el Art. 751 del CPCCT, y atento la imposición del mismo, invoco la doctrina legal para el caso.

"La falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley N° 26.529 en relación con la documentación medica relacionada con el derecho del paciente, a saber, historia clínica, información sanitaria, consentimiento informado, etc., constituye una clara omisión de aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación y que corresponden a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

"La responsabilidad de los profesionales médicos surge incuestionable cuando los daños se configuran como consecuencia de la cirugía a que es sometida la paciente y en consecuencia revisten la naturaleza de posquirúrgicos, sobre todo si se tiene en cuenta que, antes de la operación aquella se encontraba en buen estado obvio de salud y el acto de la cirugía no se encuentra programado".

V.- Costas:

Igualmente causa agravio la imposición de las costas a la parte actora, surgiendo la misma sin fundamento. Al respecto, manifiesto que, dicha imposición aparece como resultado de la sentencia recurrida y, obviamente, lo serán del resultado del recurso que en este acto se interpone. Nuestra parte propugna la revocación del fallo, lo que

acarreará consecuentemente la imposición de costas en todas las instancias a la contraria.

Y aún cuando se desestimara la Casación, las costas deben imponerse en el orden causado, pues, conforme las circunstancias del caso, comportaría consagrar en criterio de falta de equidad en la distribución, imponérselas a mi mandante. Es por ello que, por el principio de eventualidad procesal, solicito que en caso de no considerarse procedente el presente recurso, las costas en todas las instancias se impongan en el orden causado, teniendo en cuenta que conforme a las circunstancias del caso, asistió razón suficiente a mi mandante para litigar (Art. 106, Inc. 1 y 2 del CPCCT), lo resulta suficientemente acreditado con toda la prueba documental agregada en autos. Pido se tenga presente.

VI.- Petitorio:

Por lo expuesto a V.E. pido:

1.- Tenga por presentado, en tiempo y forma, recursos de casación, por fundado el mismo.

2.- Por invocado los Arts. 260 y 261 en relación con la Srta. Yesica Lorena Serrano, se tenga por cumplido en dichos términos el requisito del depósito.

3.- Oportunamente se declare procedente la casación, en todos sus términos, con expresa imposición de costas a la contraria.

JUSTICIA.

FRANCISCO T. NUÑO
ABOGADO
R.P. 2037 - M. P. S. 42
Edu. Fed. T° 95 - F° 240

EXC. CAM. CONT. ADM. SALA I 27/JUL/2012 07:15 3 COP. 10 F5

Proc. CELEDONIO GUTIERREZ
SECRETARIO JUDICIAL CAT. A
EXCMA. CAMARA EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO - SALA Ia.