EXPRESA AGRAVIOS

EXCMA. PRIMERA CAMARA

DE APELACIONES EN LO CIVIL

1° CIRC. JUD. DE MENDOZA:

CARLOS RAFAEL ROBLES y FERNANDO DAVID TELLO, abogados, Mat. Nº 9351 y 8982 respectivamente, por la parte apelante, en autos **N° 58092** caratulados **"FONTEMACHI PEREZ FLORINDA MABEL C/ LLAVER GERMAN A Y OTROS P/ DAÑOS Y PERJUICIOS P/",** lo que se acredita mediante escrito ratificatorio que en este acto se acompaña, se presentan en legal tiempo y forma; y a V. Excma. como mejor proceda en derecho exponen:

I. DOMICILIO PROCESAL:

Que constituimos domicilio procesal físico junto a nuestra mandante en calle Agustín Álvarez N° 1836, Godoy Cruz, Mendoza, lo que solicito tenga presente y fijamos como domicilio procesal electrónico la Mat. 9351 y el correo electrónico estudioroblestello@gmail.com, lo que solicitamos a V.Excma. tenga presente.

II. OBJETO:

Que de conformidad a lo establecido en el Art. 137 del CPCCyT, esta parte viene por la presente en tiempo y legal forma conforme al RECURSO DE APELACIÓN interpuesto a expresar y alegar razones por las que entiende que la sentencia de primera instancia en autos N°32940 caratulados "FONTEMACHI FLORINDA Y OTS. CONTRA GOB DE MZA HOSP SAPORITI Y GERMAN LLAVER P/ DAÑOS Y PERJUICIOS" del tercer Juzgado Civil, Comercial y Min. De la 3° Circ. Jud. de Mendoza, de fecha 13 de mayo de 2024, ha provocado agravios a esta parte.

Por lo que se solicita a V.Excma. que admita el recurso, revoque la sentencia atacada y resuelva hacer LUGAR A LA DEMANDA incoada por mi representada acogiendo la pretensión de esta parte en su totalidad, con expresa imposición de costas a la contraria.

En el punto siguiente se realizará la expresión de agravios clara, crítica, precisa y concreta que sostienen y dan basamento al presente recurso y se expondrán los errores en los que a incurrido el a quo tanto en la

apreciación de las pruebas, como en el derecho aplicado en la sentencia, refiriéndonos a los considerandos que esta parte impugna, a la prueba producida en autos y a las normas legales cuya aplicación entiende esta parte correspondía aplicar.

III. EXPRESA AGRAVIOS:

La sentencia atacada, que transcripto en su parte resolutiva literalmente, dice: "*JUZGADOS EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MIN-RIVADAVIA - 3RA CIRC. PODER JUDICIAL MENDOZA foja: CUIJ: 13-06754703-3((032003-32940)) FONTEMACHI FLORINDA Y OTS. CONTRA GOB DE MZA HOSP SAPORITI Y GERMAN LLAVER P/ DAÑOS Y PERJUICIOS *106011425* Rivadavia, Mendoza, 13 de mayo de 2024. VISTOS: Los precedentemente intitulados llamados a dictar sentencia en fecha 25/04/2024, de los que; RESULTA: … CONSIDERANDO: …* ***RESUELVO:*** *I-Rechazar la demanda incoada por los Sres. Florinda Mabel Fontemachi, Rebeca Ayelen López y Osvaldo Samuel López contra el Sr. German Aníbal Llaver, Hospital Carlos Saporiti, y Gobierno de la Provincia de Mendoza a tenor de los argumentos relatados. II-Imponer las costas a la parte actora vencida.(ART.36 del CPCCYT.) III-Regular los honorarios profesionales de los Dres.Mariano Guaquinchay, Roberto Berloin, José Raúl Flores, Oscar Jerez Capomagi, Laura Viggiani, Marcela Berrios, Carlos Robles, Eleonora Pessina M. Agustina del R. Natoli y Fernando Tello, en las sumas de pesos doscientos siete mil doscientos setenta y seis ($ 207.276), doscientos siete mil doscientos setenta y seis ($ 207.276), doscientos siete mil doscientos setenta y seis ($ 207.276), ochenta y nueve mil ochocientos diecinueve ($ 89.819) ochenta y nueve mil ochocientos diecinueve ($ 89.819), veintisiete mil seiscientos treinta y seis ($ 27636) doscientos ocho mil trescientos doce ($ 208.312), , treinta y nueve mil trescientos ochenta y dos ($ 39.382) , treinta y nueve mil trescientos ochenta y dos ($ 39.382) doscientos noventa y siete mil noventa y cinco ($ 297095) a cada uno respectivamente, sin perjuicio del IVA y honorarios complementarios en caso de corresponder (art.2,3,31 Ley 9131; Ley 5394). IV-Regular los honorarios profesionales del perito interviniente, Dr. Rodolfo Videla, en la suma de pesos ciento treinta y ocho mil ciento ochenta y cuatro ($ 138.184) sin perjuicio de lo normado por el art. 184 inciso I del CPCCYT. Omitir regulación al perito psicólogo, Lic. Jose Gabriel Ortega a tenor de los argumentos que antecede (art. 183 inciso IV del CPCCYT) V-Regular los honorarios diferidos a fs. 364/366, al Dr. Carlos Rafael Robles, en la suma de pesos noventa y seis mil setecientos veintinueve ($96.729) (art. 2,3 de la Ley 9131 y art. 33 del CPCCYT).*

REGISTRESE.NOTIFIQUESE. Fdo: DRA. NATALIA LOURDES GARCIA OLIVERI - Juez".

En el resolutivo transcripto, la Sra. Juez de primera instancia, realiza un fallo que a nuestro entender resulta arbitrario, que en algunos fragmentos de sus considerandos existe contradicción con la resolución final que da al caso concreto, especialmente en cuanto a la apreciación de la prueba y la relevancia que le otorga a la pericia médica rendida en autos, también desemboca en una interpretación errónea y equívoca de la Sección 11 "Acciones civil y penal" del Capítulo 1 "Responsabilidad Civil" del Título V "OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES" del Libro tercero "Derechos personales" del CCCN, especialmente en lo referido a la aplicación del art. 1777, esto deriva en una conclusión que se encuentra en franco divorcio con la realidad de la causa y en claro perjuicio de nuestra representada.

Acto seguido pasaremos a transcribir los considerandos que esta parte cuestiona o que sin cuestionarlos entiende que son contradictorios con el resolutivo final. Todo lo que a continuación exponemos:

A)- <u>El primer considerando</u>, que transcribimos infra, resulta totalmente contradictorio al resolutivo que rechaza la demanda y por ende torna arbitraria la sentencia, a saber:

En él, el juzgador sostiene: *"**CONSIDERANDO:** … **IV-Responsabilidad:** En segundo lugar, y de acuerdo al modo como ha quedado trabada la litis se procederá a analizar la responsabilidad que le pudiere caber a los demandados en el evento dañoso denunciado en los presentes obrados y de acuerdo al factor de atribución que corresponda. **En primer lugar** corresponde hacer precisiones sobre la responsabilidad médica y la responsabilidad del Hospital, con la consiguiente responsabilidad del Gobierno de la Provincia de Mendoza." … "a-Responsabilidad del Dr. German Llaver. La parte actora aduce que, el galeno incurrió en mala praxis médica, por mal diagnóstico, errónea prescripción médica de los medicamentos indicados, inexistencia de examen físico adecuado, falta de estudios complementarios, lo que impidió detectar a tiempo el cuadro correspondiente, ya que trató como una patología muscular y no se previó lo que tuvo el desenlace de un infarto agudo de miocardio. En el particular la Suprema Corte de Justicia ha resuelto que, se sostiene, con respecto al error de diagnóstico que, en principio, el profesional sólo responde cuando ha sido grave e inexcusable; por cuanto como lo relativo al mismo versa prima facie sobre cuestiones puramente científicas a debatirse entre médicos , no puede dar*

nacimiento a casos de responsabilidad civil, ni caer bajo el examen de los tribunales, salvo que los hechos reprochados escapen a la clase de actos que por su naturaleza están exclusivamente reservados a las dudas y a las disposiciones de la ciencia y se compliquen de negligencia, ligereza o ignorancia de cosas que indispensablemente debía conocer. Conforme enseña Bueres " el médico será responsable por razón de su culpa- en caso que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase, pero si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter discutible u opinable del tema o materia, el juez no tendrá en principio, elementos suficientes para inferir la culpa de que informa el art. 512 del C.C. (Félix A Trigo Represas "Error de Diagnóstico y Responsabilidad Civil del Médico" en J.A 1988 II31). Como regla general la responsabilidad médica se rige al igual que toda responsabilidad profesional por los mismos principios que la civil en general, por lo que son exigibles los mismos presupuestos: antijuridicidad, existencia del daño, relación de causalidad y factor de atribución. La culpa médica se rige por los parámetros establecidos por los arts 512 y 912 del C.C y abarca la impericia, negligencia o imprudencia en el ejercicio de la profesión. En general, la obligación que asume el profesional de la salud es de medios apropiados para lograr la curación poniendo toda su ciencia y prudencia en el tratamiento del enfermo. (Borda "Tratado de Derecho Civil ArgentinoContratos-n°1046;Bueres, "Responsabilidad Civil de los Médicos" p.130; Bustamante Alsina,"Prueba de la culpa médica" L.L 1992- D,579)…"

Respecto a este considerando, si bien esta parte comparte en gran medida lo transcripto, solamente vamos a citar dos fallos para completar la postura doctrinal y jurisprudencial suministrada por el a quo, y a su vez comparar esta con el caso de marras y la prueba producida en autos y poder demostrar así lo arbitrario que luego resulta el resolutivo que rechaza la demanda.

El primero de los fallos corresponde a nuestra Excma. Suprema Corte de Justicia, donde en un caso muy similar al de marras y aplicando la normativa de nuestro derogado código civil, hace responsable al médico, al centro de salud y a la citada en garantía, por la falta de diagnóstico y el error inexcusable (S.C.J.de Mendoza, sala 1, 6-7-2009, "'Noguera, Maria E. c/Provincia de Mendoza y otros", D. J. 2010-1-435, ARIJUR/22217/2009)

En el caso, la actora promovió demanda por daños y perjuicios contra el médico que atendió a su hija en un centro de salud y contra la Provincia de Mendoza, ya que falleció a causa de una hemorragia interna por ruptura de embarazo ectópico; el Juez de primera instancia hizo lugar a la

demanda por mala praxis y la Cámara de Apelación confirmó el decisorio, ante lo cual, la aseguradora citada garantía presentó recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

El Tribunal con el voto de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci (y con adhesión del Dr. Pérez Hualde) confirmó la sentencia, sosteniendo que, si bien es posible que la paciente no informara o desconociera su estado de gravidez, ello no limita la responsabilidad del médico, quien no debió excluir la existencia de una gestación ectópica al tratarse de una mujer joven, de vida sexual activa y que concurrió a un centro de salud *"…La queja también se centra en que la paciente no reveló al médico su embarazo, y que este hecho configuró culpa de la víctima; por mi parte, no descarto la posibilidad de que ni siquiera la propia paciente conociese su embarazo …" "…tratándose de una mujer joven, en edad sexual activa, que concurre a un centro de salud con fuertes dolores de estómago, no cabe excluir, sin más, el embarazo ectópico…"*

Si comparamos este hecho con el caso de marras, encontramos la misma similitud, el médico aduce que el paciente jamás le indicó que tenía dolor en el pecho, pero surge de la misma documental, que se encuentra incorporada en autos por el Hospital, que el paciente aduce dolor precordial al ingresar por la guardia (ver libro de ingreso del hospital).

Sin perder el hilo del fallo de nuestro cimero tribunal, la Dra. Kemelmajer expresa: "*…5. El recurrente insiste en que la paciente ingresó sin ningún síntoma de embarazo ectópico, pero esta afirmación no está avalada por ninguna prueba; la citada sostiene que dado que el asegurado es un médico de un centro de salud, visitado por numerosos pacientes, no puede exigírsele que lleve una historia clínica completa; nadie está exigiendo la misma completividad que en un hospital en el que se practica una operación, pero sí que contenga un mínimo de información, entre otras, se deje constancia sobre respuestas relevantes dadas por el paciente al interrogatorio del médico, especialmente si, como en el caso, ninguna otra persona está presente durante la revisación…"*

Esto me exime de mayores comentarios, ya que, en el caso de marras, los demandados no han acompañado nada de lo que la prestigiosa jurista sostiene como mínimo de información requerida.

El fallo prosigue y en el punto 8 dice: *"8. Lamentablemente, el médico demandado tampoco rindió prueba para acreditar las dificultades que el descubrimiento temprano de un embarazo ectópico presenta, ni tampoco que él tenga conocimientos específicos sobre la materia."*

Esto justamente coincide con lo que esta parte le achaca al médico demandado, es decir, haber realizado un electrocardiograma, análisis de enzimas, dejar en observación al paciente, etc. Considerando además que todos esos estudios estaban a su alcance, ya que el hospital cuenta con todos esos servicios.

Finalmente, el fallo de nuestro Supremo Tribunal dice: *"...9. La queja referida a la prueba del nexo causal no puede tener mejor suerte. Como se ha dicho, ni el error de diagnóstico ni el embarazo ectópico causante de la muerte doce horas más tarde son hechos discutidos; no hay pues manifiesta arbitrariedad considerar que hay entre estos dos hechos relación de causalidad adecuada."*

En el caso de marras sucede lo mismo, el dolor precordial está probado (libro de ingreso al hospital, testimoniales, etc.) y la muerte por infarto agudo de miocardio dos horas después también está acreditado (autopsia y pericia).

En mayor abundancia con lo expuesto, me remito a otro fallo, esta vez, de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, Ac. 92.877, 22-9-2010, "Mondini, Rubén Dario y otros c/L. R. C. y/o a quien resulte responsable s/Daños y perjuicios", donde el actor inició demanda de daños porque el profesional confundió los síntomas de una sinusitis con los de una meningitis y no adoptó las medidas necesarias que hubieran evitado la muerte de su esposa.

En primera instancia se rechazó la demanda, pero la Cámara revocó el fallo de grado y admitió la pretensión lo que fue confirmado por la Suprema Corte, quien desestimó el recurso extraordinario por inadmisible. Para así decidir, se remitió a los argumentos del tribunal de alzada cuando sostuvo que: *"...El análisis de las probanzas obrantes no hace más que poner en evidencia la negligencia en la que hubo incurrido el profesional demandado, al haber omitido cumplimentar todos aquellos estudios necesarios para establecer el verdadero cuadro o enfermedad que padecía la víctima..."*

El Tribunal consideró que cuanto más dificultoso pueda resultar un diagnóstico mayor *"...debía ser la precaución a adoptar por el médico en tratar de obtener un resultado rápido y eficaz..."*

Continua el fallo diciendo que: *"...La negligencia imprudencia se pone de manifiesto en la omisión de ordenar los estudios necesarios que -en su caso convalidaran su diagnóstico- y con relación a la paciente hubieran permitido conocer su verdadero estado clínico y evolución de*

la enfermedad, al punto que de haber podido ser atendida en su debido tiempo hubiera posibilitado su sobrevida..." sigue *"...Si bien no es posible tener la certeza de que de haberse practicado los estudios omitidos no se hubiera producido igualmente el desenlace fatal, tampoco puede negarse que tratándose de una enfermedad que tratada precozmente tiene un alto índice de posibilidad de curación, se entienda que existía una cierta probabilidad de que detectada tempranamente la víctima se podría haber salvado..."* y culmina diciendo: *"...Resulta acreditado que la omisión del accionado en realizar y/o profundizar los estudios médicos necesarios para permitir conocer el verdadero estado clínico y la evolución de la enfermedad, privó a la víctima de la probabilidad cierta y concreta de sobrevida."*

Como se puede apreciar, es comparable con el caso de marras, si al paciente se le hubiese realizado un buen interrogatorio, en buen examen físico, un electrocardiograma, un análisis de enzimas y se lo hubiese dejado en observación, el desenlace fatal se podría haber evitado (ver pericia médica).

B)- <u>El segundo considerando</u> que pasaremos a transcribir, resulta también totalmente contradictorio con el resolutivo que rechaza la demanda y por ende torna arbitraria la sentencia, pues el a quo sostiene que es fundamental la prueba de la pericia médica, pero luego al resolver no la tiene en cuenta, a saber:

En él, el juzgador sostiene: *"**CONSIDERANDO:** ... **IV-Responsabilidad:..."** "...Es numerosa la jurisprudencia que ha indicado que en casos de mala praxis médica la prueba relevante es justamente la pericial médica (Cám. Nac. Civil Sala M 30/8/2001 en J.A 2001- IV p.599, Cám Nac. Civ. y Com Fed. Sala 2° "Ponce de León v. Estado Nacional y otros del 30/8/91 J.A 1992-II-221) Si bien ello no implica que el juez deba atarse inevitablemente a las conclusiones periciales, lo cierto es que para apartarse de ellas o aceptar las impugnaciones de las partes debe encontrarse asistido de fundadas razones, pues tratándose de una ciencia ajena a su conocimiento no puede arbitrariamente emitir una opinión (C.Nac.Civ. Sala M 30/8/01 G,C.E.v.P,V y otro Cám Nac. Civil Sala M, citado). (fallo 94.919, caratulada: "M.A.D. en J° 11.295/80.103 "M.A.D. C/G.R.M. P/D. y P." S/INC. - CAS."., año 2009) En orden a ello, para la procedencia de la condena a reparar este tipo de daños se requiere acreditar: (a) la culpa del profesional, (b) las chances pérdidas y (c) la relación causal entre la culpa del profesional y esas posibilidades frustradas Dicha prueba de la relación de causalidad incumbe a la*

víctima, o sus herederos en caso de fallecimiento, que sostiene la pretensión, sin perjuicio de que pueda existir, de acuerdo a las circunstancias del caso, un aligeramiento de esa prueba en torno de la imputación material y a la adecuación de las consecuencias, o de ciertas consecuencias. En este entendimiento se ha resuelto que: " Si no se prueba la culpa de forma completa, aunque sí se hace patente que hubo falta de diligencia en ciertos aspectos abstractos (desinformación del paciente, historia clínica mal confeccionada, desatenciones con respecto al asistido, etc.), esas actitudes podrán habilitar al Juez para extraer presunciones judiciales de culpa o bien para que aplique el criterio del favor probationes (o la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas). Si por el conducto apuntado se evidencian la causalidad y la culpabilidad, el facultativo y el establecimiento asistencial del cual depende responderán por el total de la indemnización (conf. BUERES, Alberto J. «Responsabilidad civil de los médicos», t. 1, ps. 608/610, Rubinzal-Culzoni, 2009). Con relación a la trascendencia de los informes periciales médicos, me parece oportuno formular algunas reflexiones. No puede dudarse que tienen una trascendencia fundamental, en tanto nos asesoran en temas que escapan a la formación profesional de quienes ejercemos la judicatura (conf. Sala «G» de la Cámara Civil, 15/8/07, «H.E.M. c/ Clínica Brandsen», pub. en LexisNexis 2008-I-582). Por cierto que el Magistrado conserva la herramienta que le proporciona el art. 477 del ritual, que establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el Juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios o técnicas en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa (Camara Civil de Bs As, causa n° 15988/95, «P. F. A. y o. c/ D. S.E. H. y o.s/ responsabilidad médica» del 6/10/09).

Respecto a este considerando, esta parte comparte en un todo los argumentos dados por el a quo, la arbitrariedad surge de que el sentenciante al rechazar la demanda, desconoce totalmente lo informado en la prueba pericial aportada en autos, la que solamente voy a transcribir en su parte pertinente para que esta Excma. Cámara pueda apreciar lo expresado por el perito, tanto en su informe, como en su contestación a las observaciones:

Que conforme al informe pericial médico se puede concluir que: los profesionales intervinientes no cumplieron con los procedimientos adecuados, en especial el médico demandado quien no se ajustó a los parámetros que indica la técnica y la ciencia de la salud. Esto se desprende del análisis de lo informado en la pericia (fs. 266/267), de la contestación de las

impugnaciones y/u observaciones planteadas por la contraria (fs. 317/319) y de la Audiencia (ver video grabación de esta), a saber:

En cuanto al punto 6, donde se le pregunta al perito "*cual debe ser el procedimiento que se sigue en caso de un paciente de 63 años de edad con dolor en el pecho y malestar generalizado, que estudios deben indicarse o realizarse para dicho cuadro*" (ver fs. 94 punto 6) el perito médico informante responde *"La principal conducta en una guardia ante un dolor en pecho, en un adulto masculino, de 63 años, es la sospecha de un evento agudo, cardiopatía"* (ver fs. 266vta.) y en cuanto al pedido de aclaración sobre este punto en la impugnación de pericia, el perito contesta a fs. 318 *"RESPUESTA 6: La principal conducta en una guardia ante un dolor en pecho (dolor precordial) en un adulto masculino, de más de 60 años, es la sospecha de un evento agudo de cardiopatía. La atención del paciente con dolor de pecho debe contemplar: 1)- rápido interrogatorio dirigido a caracterizar el cuadro. 2)- examen físico con toma de TA en ambos brazos. 3)- electro cardiograma (ECG) de doce derivaciones. Todas estas medidas deben tomarse dentro de los 10 minutos de haber entrado en contacto con el paciente. El riesgo de un diagnóstico erróneo puede significar un alto riesgo para la vida de los pacientes..."*

A esto agrego que también se le podría haber realizado un estudio de enzimas cardiacas (punto 10 de la pericia fs. 94vta. y respuesta a fs. 266vta).-

En cuanto al punto 7, donde se le solicita al perito que *"Informe si un Infarto Agudo de Miocardio (IAM), puede ser diagnosticado y en su caso si se diagnostica correctamente y a tiempo, se puede prevenir el fallecimiento y evitar o minimizar sus efectos*" (ver fs. 94 punto 7); a lo que el médico informante responde en forma contundente que *"Si, un IAM (infarto agudo de miocardio) puede ser diagnosticado clínicamente y si el profesional se encuentra en un nosocomio con la complejidad necesaria..."* en el caso de marras el hospital cuenta con los servicios necesarios para la realización de electrocardiograma y estudio de enzimas cardiacas *"...para realizar estudios complementarios, los cuales debe solicitarla ante la presencia de la manifestación clínica en un paciente con factores de riesgo concretos (en este caso fueron la edad, sexo, presión arterial, y sobrepeso , esto último se estima por el cálculo de IMC extraído de los datos de la necropsia)*" (ver fs. 266vta.) y en cuanto al pedido de aclaración sobre este punto en la impugnación de pericia, el perito contesta a fs. 318 *"RESPUESTA 7: Sí puede ser diagnosticado el fallecimiento, si puede prevenirse"* Luego remite a lo expresado en el punto 11 de la pericia.-

En cuanto al punto 11, al solicitar que *"Informe si según su experiencia y técnica, un infarto, puede ser evitado si uno se dirige de manera urgente al médico, ante los primeros síntomas; y en caso afirmativo indique que probabilidades existen en salvar la vida de esa persona, en su caso que secuelas pueden quedar"* (ver fs. 94vta. punto 11); a lo que el médico informante responde en forma contundente que *"Si, la sospecha y la urgencia en la atención son cruciales para evitar desenlaces mortales o incapacitantes. El riesgo de un diagnóstico erróneo puede significar un alto riesgo para la vida de los pacientes..."* Allí el médico cita fuentes y estadísticas.

En cuanto al punto 8 se le indica que *"mencione científica y técnicamente cómo debe realizarse un examen clínico de una persona que ingresa a la guardia de un hospital público, por un dolor fuerte de pecho y malestar generalizado, teniendo en cuenta que el paciente tiene 63 años de edad*" (ver fs. 94 punto 8); a lo que el médico informante responde que: *"Según el protocolo nacional para IAM La evaluación clínica es crucial en el tratamiento agudo del IAM y determinante de la posibilidad de prevenir la muerte del paciente. La atención del paciente con dolor de pecho debe contemplar: - rápido interrogatorio dirigido a caracterizar el cuadro. -examen físico con toma de TA en ambos brazos -electrocardiograma (ECG) de doce derivaciones. Todas estas medidas deben tomarse dentro de los 10 minutos de haber entrado en contacto con el paciente. El riesgo de un diagnóstico erróneo puede significar un alto riesgo para la vida de los pacientes.*" Luego el informante cita la fuente.

En cuanto al punto 9 *"determinar si el diclofenac es un medicamento adecuado para un paciente que está sufriendo un IAM"* (ver fs. 94vta. punto 9); a lo que el médico informante responde en forma contundente que: *"No"* (ver fs. 266vta.) y en cuanto al pedido de aclaración sobre este punto en la impugnación de pericia, el perito contesta a fs. 318 *"RESPUESTA 9: No es una indicación farmacológica para un IAM que presenta síntomas en Guardia médica"*.

En lo que respecta al punto 10 se le solicita que *"Indique si a una persona de la edad del Sr. López, debería habérsele realizado un electrocardiograma y enzimas cardiacas si presentaba dolor en el pecho y malestar*" (ver fs. 94vta. punto 10); a lo que el médico informante responde en forma contundente que: *"Si"* (ver fs. 266vta.) y en cuanto al pedido de aclaración sobre este punto en la impugnación de pericia, el perito contesta a fs. 318 *"RESPUESTA 10: Si, es en este tipo de pacientes con esa sintomatología los que*

deben sospecharse dicha patología y de contar con los medios debe solicitarse un ECG mínimamente"

En cuanto al punto 13, se le solicita al perito que *"Informe si existe algún protocolo de atención que encuadre con el caso de marras, en caso afirmativo describirlo paso por paso e indicar la fuente*" (ver fs. 94vta. punto 13); a lo que el médico informante responde en forma contundente que: *"Si"* y al final del informe lo adjunta (ver fs. 267).

Si uno analiza el protocolo, puede observar que el mismo no fue aplicado por los demandados.

Si comparamos el considerando del a quo, quien sostiene en forma fundada la importancia de la prueba pericial en estos casos y lo analizamos con el resultado de la prueba producida en autos, en especial la pericia médica; resulta evidente lo arbitrario que luego resulta el resolutivo que rechaza la demanda incoada por esta parte.

C)- <u>El tercer considerando</u>, que infra se trascribe, resulta para esta parte de una aplicación e interpretación errónea y contraria a la Sección 11 "Acciones civil y penal" del Capítulo 1 "Responsabilidad Civil" del Título V "OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES" del Libro tercero "Derechos personales" del CCCN, especialmente en lo referido a la aplicación del art. 1.777 y por ende también torna arbitraria la sentencia impugnada, a saber:

En él, el juzgador sostiene: ***"a.1.Influencia de la sentencia penal en sede civil.*** *Es oportuno aclarar que si bien se estableció que por la fecha de ocurrencia del hecho, correspondía aplicar el Código Velezano, en virtud de lo dispuesto en el art. 7 del CCC, las normas del nuevo Código relativas a la prejudicialidad penal resultan aplicables en forma inmediata a los juicios en trámite en los cuales no se ha dictado sentencia, toda vez que son normas de naturaleza procesal que afectan una consecuencia de la relación jurídica procesal no agotada al momento de su entrada en vigencia, como lo es el dictado de la sentencia. Aclarado lo anterior, cabe mencionar que, por el hecho del fallecimiento del Sr. López, se labraron las actuaciones penales bajo el número P 53340/15/FHR, que culminó por sentencia n° 2927, cuyos argumentos orales fueron dados en fecha 30 de mayo de 2023, conforme video grabación que se visualiza. La causa penal llegó a su final, concluyendo con la absolución del demandado, Sr. Aníbal German Llaver,..."*

Me detengo en este considerando solamente con el fin de poner de resalto que la absolución del imputado fue producto del beneficio de la duda y no de la acreditación de la inocencia del autor.

Continúa el considerando *"...expresando la Magistrada interviniente, que no podía sostener la imputación al autor del comportamiento prohibido, en razón de no poder afirmar que el Sr. Llaver conociera efectivamente, que el Sr. López tenía dolor de pecho, y por lo tanto no haya actuado correctamente conforme la teoría del caso de la defensa y conforme lo descripto en la defensa, poniendo toda la diligencia para llegar al diagnóstico al que llegó.(conforme fundamentos orales de la sentencia dictada) El art. 1777 del CCCN dispone que: "Si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil." El artículo citado, explica que, el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que tuvo por verificados el magistrado actuante en la sede punitiva. En consecuencia, si el acusado es absuelto en la jurisdicción criminal por no haberse acreditado la existencia del hecho que se le imputa, no puede ser objeto de un nuevo juicio civil, fundándose en que cometió el hecho, pues sería volver sobre la cosa juzgada, y exponerse al escándalo jurídico de la existencia de decisiones contradictorias..."*

Esta parte entiende que esto agraviante porque se efectúa una interpretación deficiente del artículo, por varios motivos; primero porque la sentencia penal no negó la existencia del hecho, tampoco la sentencia penal decidió que el sindicado como responsable no haya participado del hecho, eso ni siquiera entró en la discusión. La participación del Dr. Llaver en el hecho está más que acreditada y reconocida por él mismo tanto en sede penal como en sede civil.

El error interpretativo radica en la aplicación del artículo al caso de marras, porque de la lectura del art. 1777 se puede observar, específicamente en el segundo párrafo que: *"...Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil."* Es decir, este artículo no solo que no prohíbe discutir sobre la responsabilidad civil del demandado, sino que expresamente lo establece.

Ahora bien, hagamos un análisis completo de la normativa, tomando a la doctrina y jurisprudencia como puntos de referencia para la

interpretación correcta del Artículo. Julio César Rivera en el código civil y comercial de la Nación comentado (2° edición actualizada y ampliada) en el comentario al art. 1776 sostiene que "*…No existe presunción de culpa en sede penal y la evaluación sobre su imputabilidad es más estricta que en sede civil, ya que, para el juez civil, aún una mínima culpa bastará para la imputabilidad, y también existe infinidad de valoración en la gradación de la culpa, además de poder aplicar presunciones de cupla o la teoría de las cargas probatorias dinámicas, consagrada legislativamente en el art. 1735 del Cód. Civ. Com.*"

En cuanto a la responsabilidad civil, el prestigioso autor sostiene en ese mismo comentario que *"…podrá discutirse en sede civil la concurrencia de concausas o de culpabilidades, que, aunque no fueren a configurar a su vez delito penal, pueden tener incidencia para evaluar la concurrencia de concausas."*

"Estas concausas serán de utilidad para determinar o bien corresponsabilidades en materia civil o bien la disminución en la incidencia causal del autor del daño, que puedan traducirse una reducción del monto indemnizatorio de condena con relación al autor del delito penal."

En el comentario al artículo, también encontramos Jurisprudencia sobre el tema, verbigracia *"Corresponde dejar sin efecto la sentencia recurrida, y se ordena que se proceda a dictar un nuevo fallo, toda vez que no puede afirmarse que el hecho de que haya existido un juicio de certeza acerca de la falta de autoría del imputado en la causa penal resulta idónea para vincular al juez civil, quien —sobre las bases de otras pautas de convicción— puede estimar los hechos y la prueba de manera diversa... La autoridad de la cosa juzgada reconocida por el art. 1103 del Cód. Civil a la sentencia absolutoria del fuero penal queda limitada a la materialidad de los hechos y a la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa, por lo que llevada la cuestión a los estrados de la justicia civil puede indagarse si no ha mediado de parte del procesado una falta o culpa civil que lo responsabilice pecuniariamente"* (CS, "Mendizábal de Etchart, Edita c. Kenndy, Aldo Federico s/daños y perjuicios", 18/11/2008, cita: IJ-XXX-832).

En la misma sintonía *"...conforme lo estableciera el art. 1103 del Código Civil, la sentencia absolutoria dictada en sede penal, sólo hace cosa juzgada cuando se funda en la inexistencia del hecho. De no ser así, ella no crea en favor del conductor ninguna presunción a favor, respecto de la responsabilidad que se le atribuye en sede civil, puesto que puede no haber delito penal y sí haber elementos suficientes para generar la responsabilidad civil*

y el consiguiente deber de resarcir a la víctima. En efecto, la mayoría de nuestra doctrina se inclina por considerar que la declaración de inocencia del acusado en sede penal deja a salvo la posibilidad del juez civil para hallarlo culpable, ya que ***el texto del art. 1103 sólo prohíbe volver en lo civil sobre la existencia del hecho principal, siendo bien diferente su redacción a la del art. 1102, el que al fijar los alcances de la sentencia condenatoria, impide discutir en lo civil alcances de la sentencia o la culpa del condenado. Una cosa es el delito criminal y otra la culpa civil.*** *Es que la culpa penal es juzgada rigurosamente y no se admite en caso de duda ('in dubio pro reo'). Resulta entonces diferente de la culpa civil, que se juzga con criterio amplio, favorable a la víctima. Por tanto, lógico es concluir que la declaración de inculpabilidad formulada en el fuero penal no hace cosa juzgada en lo civil, salvo que sea pronunciada sobre la base de que no existe un hecho determinado o que el acusado no es su autor"* (conf. CNCiv., Sala 'H', *in re* 'Escobar de Zaracho, Trigidia E. c/Galeto, Néstor R. s/Daños y Perjuicios', L. 281.203, de febrero de 2000, el Dial-AA3E0).

Estos parámetros han sido receptados por el Código Civil y Comercial, en tanto establece en su art. 1776 que la sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado; en tanto que en el art. 1777 dispone que si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil; mientras que si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil.

Volviendo a lo que dispone el Art. 1777, en cuanto a la "*Inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal"* el mismo reza: *"Si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil"* y el segundo párrafo: "*Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil."*

Si vamos al comentario del artículo en la obra ya citada ut supra (Código Comentado de Rivera), el autor sostiene que "…El artículo adhiere y ajusta la doctrina expresada en **fallo plenario de la Cámara Civil "Amoruso"**,

según la cual: **"El sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria del procesado recaída en el juicio criminal, no hace cosa juzgada en el juicio civil, el primero en absoluto y la segunda respecto a la culpa del autor del hecho, en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados"** (Conf. Cámaras Civiles, en pleno, 02/04/1946, *in re* "Amoruso, Miguel G. y otra c. Casella, José L.". LL 423-156; JA 1944-I, 803; elDial.com - AN86)

Sostiene el Dr. Rivera que *"...En sede penal puede resolverse que el hecho existió y que se atribuye al autor; pero que no constituye delito penal." ..."En estos casos, el juez civil queda en libertad para analizar y condenar como civilmente responsable al sindicado como tal."*

Existe Jurisprudencia como el citado fallo plenario "Amoruso" donde se sentó que la sentencia absolutoria del imputado, recaída en el juicio criminal, no hace cosa juzgada en el juicio civil respecto a la culpa del autor del hecho, en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados" (Cámaras Civiles, en pleno, abril 2 de 1946, *in re* "Amoruso, Miguel G. y otra c. Casella, José L.", publicado en: LL 423-156; JA 1944-I, 803; elDial.com - AN86).

"...Y en similar sentido ha expresado la Corte Suprema que la autoridad de cosa juzgada reconocida por el art. 1103 del Código Civil (ver art. 1777 del Código Civil y Comercial de la Nación) a la sentencia penal absolutoria queda limitada a la materialidad de los hechos y a la autoría, pero sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa..." (Cámara Civil, sala G, "P. I, A. I. c. D., J. D. y otros s/daños y perjuicios", expte. nro. CIV87589/2015-Juzg.: 104; Libre. N CIV/87589/2015/CA1; 1 de marzo de 2021, CIJ, *https://www.cij.gov.ar/sentencias.html*, fecha consulta: 18/11/2021).

"...nada obsta a la procedencia del reclamo que el conductor demandado hubiese sido sobreseído en sede penal, desde que la cuestión ya ha sido resuelta por el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital del 2 de abril de 1946, 'Amoruso, Miguel G. y otra c. Casella, José L.', al dejar sentado que: 'El sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria del procesado recaída en el juicio criminal, no hace cosa juzgada en el juicio civil, el primero en absoluto y la segunda respecto a la culpa del autor del hecho, en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados' (ver art. 1777 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). En similar sentido ha expresado la Corte Suprema que la autoridad de cosa juzgada reconocida por el art. 1103 del Cód. Civil a la sentencia penal absolutoria queda limitada a la materialidad de los hechos y a la

autoría, pero sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa por lo que ***llevada la cuestión a los estrados de la justicia civil, puede indagarse —en la medida en que la culpa civil es distinta en grado y naturaleza de la penal— si no ha mediado de parte del procesado una falta o culpa civil que lo responsabilice pecuniariamente****. La diferencia que el ordenamiento legal admite entre ambas decisiones responde a la dispar finalidad de ambos sistemas, a las diversas reglas procesales en juego y a la distinta concepción de la antijuridicidad, que en materia penal está tipificada, mientras que en el ámbito civil puede ser genérica..."* (CNCiv., sala G, 21/04/2021, partes: "C. S. S. y otros c. M. N. S.A. y otros s/daños y perjuicios", publicado en: LL 10/05/2021, 9; cita online: AR/JUR/9218/2021).

"...El art. 1777 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone en su parte pertinente que si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil..." (Cámara Civil, sala H, "Catulo, Joaquín Donato y otro c. Catulo, María Luisa s/restitución de bienes", nro. 17.496/2018, Juzgado Civil nro. 13; 18 de mayo de 2021, CIJ, *https://www.cij.gov.ar/sentencias.html*, fecha consulta: 18/11/2021).

"...resulta improcedente el recurso de revisión previsto en el art. 1780 inc. b del CCyCN ... Es que, en virtud de la indicada norma, la absolución dictada en el fuero criminal justifica la revisión de la condena civil únicamente cuando aquella se ha basado en la inexistencia del hecho investigado o en la falta de autoría, supuestos que no se verifican en autos. ... se aprecia que la escasa incidencia que el fallo penal desincriminante ejerce en el ámbito civil —en función de lo ya delineado— es todavía menor en este caso..." (Cámara Civil, sala B, 16 de marzo de 2020; autos caratulados: "Ortelli, Omar Guillermo y otro c. Schmidt, Carlota Nora Cristina y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte)", expte. nro. 24248/2015, CIJ, *https://www.cij.gov.ar/sentencias.html*, fecha consulta: 18/11/2021).

No obstante todo lo expuesto hasta aquí, es el mismo a quo, el que en idéntico sentido cita jurisprudencia que habilita esta interpretación, cuando literalmente escribe en los considerandos: *"...Así la jurisprudencia ha resuelto que: "Es que, cuando la ley alude al hecho principal, se refiere al que sea sustancial, lo que engloba las circunstancias que fueron estimadas esenciales para determinar la absolución del encartado; pero en lo que atañe a hechos distintos del principal, aceptados por el juez en lo penal para*

atenuar la sanción, se presenta una suerte de absolución parcial que no es vinculante para los jueces en lo civil, quienes pueden expedirse libremente. La sentencia civil no puede desconocer lo decidido por la sentencia penal respecto de la prueba fundante de los hechos de la absolución, sin que ello sea óbice a que la decisión civil se motive en función de un hecho distinto al llamado hecho principal, ya que los hechos incidentales o conectado mediatamente con las circunstancias centrales del caso, no configuran aspectos decisivos para el sentenciante civil; así, la calificación del hecho que hubiere formulado el juez penal, mediando absolución, no hace en principio cosa juzgada y puede ser modificada por el juzgador civil, cuando aprecie que no obstante ello existe un ilícito civil que merece viabilizar una conducta resarcitoria, tal como sucede, por ejemplo, si absuelto el depositario por el delito de incendio, es condenado civilmente por la pérdida culpable del automóvil objeto del depósito. Algo semejante ocurre con la relación de causalidad, en orden a la cual si el juez penal declara que no hay relación causal adecuada entre el hecho imputado y el daño -cuando éste integre un elemento del tipo, siendo un delito material-, y por ello absuelve al acusado, no por consecuencia el juzgador civil deberá rechazar la demanda, por cuanto en lo civil el daño mediato o vinculado a una concausa (dentro de la mecánica de asignación de responsabilidad por las consecuencias de los actos voluntarios que dimana de los arts. 901/906 del Código), puede abarcar ámbitos más amplios que el analizado a los efectos puramente represivos. Un aspecto singular tiene que ver con la absolución por falta de autoría, que presenta matices muy propios y se halla vinculado no a la culpabilidad, sino a la amplia noción de existencia del hecho principal. (Bueres, Alberto (dir.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 1.999, Tomo 3 A, pág. 323 y sgtes.) La jurisprudencia nacional ha destacado que el escándalo judicial que tiende a evitar el art. 1103 del Cód. Civil, de orden público, sólo se puede producir en la hipótesis de concluirse en la inexistencia del hecho o bien que el imputado no ha sido su autor. Por lo demás, la oponibilidad de la autoridad de la cosa juzgada a quien no fue parte en el proceso penal -lo que acaece cuando se trata de pronunciamiento absolutorio y el reclamante en sede civil no asumió el rol de querellante- requiere el cabal convencimiento de que el acusado no fue autor. Si a la absolución por ausencia de prueba suficiente se le otorgara igual carácter, se vulneraría la garantía de la defensa en juicio de quien, en el proceso civil, puede probar con fuerza de convicción bastante la existencia del hecho y la autoría. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 1985/03/21, O. de G., S. I. c. G., C. A., LL

1985-D, 162, con nota de Werner Goldschmidt - DJ, 1986-1-206) y que la absolución en sede penal -por ser atípica la conducta del imputado desde el punto de vista penal- no impide que el juez en lo civil pronuncie la condena resarcitoria fundada en la responsabilidad que, en todo caso, emerge del ilícito -delito- civil (art. 1077, Cód. Civil). No empece a ello lo dispuesto en el art. 1103 del Cód. citado. La interpretación ampliamente mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia se orienta en el sentido de que la sentencia absolutoria en sede penal sólo hace cosa juzgada en materia civil respecto a la inexistencia del hecho y a la falta de autoría, pero, acreditado el hecho principal y la autoría nada impide que el juez condene el resarcimiento de la conducta, aunque no tipificada penalmente, es civilmente antijurídica." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 1985/05/16, Caja de Crédito Varela Ltda. c. Pisera, Gabriel A., LL 1985-C, 345 - DJ, 1985-2-655)"

Esto demuestra cabalmente que el resolutivo impugnado puesto en examen resulta arbitrario y agraviante para este parte y hace posible el curso del presente recurso.

Posteriormente en el mismo considerando, el a quo vuelve a incurrir en una interpretación contraria a la mayoritaria postura doctrinaria y jurisprudencial hasta aquí esbozada, al manifestar que: *"...A continuación se procederá a citar textualmente, partes de los argumentos brindados por el expediente penal, para imputarlo de homicidio culposo, y los fundamentos de la Magistrada penal, para absolver, al Sr. Llaver, y lo que delimitan concretamente, cuales fueron los hechos investigados en sede penal, y que hacen que en sede civil, no pueda revisarse, nuevamente, si el hecho principal, -error de diagnóstico- fue cometido por el Sr.Llaver..."*

El primer cuestionamiento que esta parte realiza ha este análisis que hace el a quo, es que el juzgador afirma que en sede penal se discutía como hecho principal si había o no error de diagnóstico del médico, lo que resulta a nuestro entender totalmente erróneo, lo que se discutía en sede criminal, era si existía o no delito de homicidio culposo y no un simple error de diagnóstico como expresa el a quo. Segundo es que la absolución fue por el beneficio de la duda, no por la acreditación o inexistencia del hecho, o por la falta de participación del imputado.

Otro error in iudicando, se da cuando el a quo sostiene que: "*...ambas magistradas, (Fiscal y Juez) al momento de realizar su tarea, han valorado, ampliamente toda la prueba rendida en sede penal..."* pero lo que no

menciona el a quo es que la Fiscal que investigó, imputó y elevó la causa a juicio, fue además quién sostuvo la acusación hasta el final del proceso y que la Magistrada penal finalmente absolvió, no por falta de acusación o por una certeza absoluta de inocencia del imputado, sino por el contrario, absolvió por el beneficio de la duda (no se logró la certeza que una condena penal requiere).

Luego el a quo vuelve a citar jurisprudencia y normativa que contradice su resolutivo.

Luego el a quo transcribe partes de los fundamentos de la sentencia penal, donde con claridad la Magistrada Penal expresa que carece de certezas para atribuir responsabilidad penal al médico investigado y absuelve en base a ese motivo, verbigracia trascribo frases donde la magistrada deja constancia de la falta de certeza necesaria para condenar: *"...no me permiten afirmar con la certeza necesaria..." "...no puedo salir de la duda..." "...no puedo afirmar con certeza la imputación al autor del comportamiento prohibido..." "...no puedo verificar este primer ámbito, este primer filtro, por eso es que no puedo pasar al segundo filtro de la imputación objetiva del resultado..." "...no puedo verificar con certeza la imputación objetiva del comportamiento, es decir que el Sr. Llaver conociera, conociera, por la referencia que le hubiera hecho López, que estaba con un dolor de pecho..." "...Tampoco puedo, tampoco se puede establecer, se le puede atribuir conocimiento a Llaver de un conocimiento previo de alguna cardiopatía previa a la realización del examen en guardia, ya que la misma surgió del examen ex post, que realizó el cuerpo médico forense..." "...En definitiva, no puedo sostener la imputación del, la imputación al autor, ósea al Sr.Llaver, del comportamiento, no tengo certeza...*" todas estas son transcripciones textuales extraídas de la sentencia civil que el a quo manifiesta haber sacado de la videograbación de la audiencia oral de los fundamentos de sentencia, como se puede apreciar la absolución es por falta de certezas y por el beneficio de la duda y no por otro motivo.

Luego el a quo tergiversa los dichos de la magistrada y concluye erróneamente que: "...*Entonces tengo para mí que, conforme la primera cuestión, que la magistrada penal, se planteara, sobre la existencia del hecho y la participación del imputado, ha quedado resuelto, con autoridad de cosa juzgada, en cuanto a que, no tuvo por probado, que hubiera existido el comportamiento prohibido, y que conociera el Dr. Llaver, efectivamente que el Sr. López, tuviera dolor de pecho..."* decimos tergiversa, porque como se puede apreciar, al

principio de la oración habla de la existencia del hecho y la participación del imputado y al final de la oración termina hablando de comportamiento prohibido que no pudo probarse (SIC)

D)- <u>El cuarto considerando</u> que pasaremos a analizar, donde el juzgador analiza la responsabilidad del médico demandado; resulta equívoco, erróneo y contrario a derecho y por ende también torna arbitraria la sentencia impugnada, a saber:

El juzgador sostiene cuando se adentra a analizar la responsabilidad del médico, al finalizar el punto *"IV-RESPONSABILIDAD"* asegura que en autos esta parte *"...No prueba el primer recaudo necesario, y que sería la causa generadora de la responsabilidad."*

A continuación, cita textual: *"...El jurista Dr. Marcelo López Mesa, conceptualiza a la "culpa del médico" como la existencia de un obrar desatento, sin cuidado, imprudente, pero sin propósito deliberado de lesionar o defraudar. La culpa se configura cuando el agente no toma las medidas necesarias para evitar un daño que aparecia como previsible. La culpa consiste invariablemente en una omisión: la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias de tiempo lugar y personas. La culpa implica siempre un defecto de conducta, un concepto de carácter normativo que se funda en que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias (ver Responsabilidad Civil Medica, Editorial B de F Ltda, pag. 333 y 334)."*

Esto que según el a quo esta parte no probó en autos, resulta ser contradictorio con las constancias de autos, no solo con la pericia médica que fue más que concluyente, sino además con las testimoniales, el libro de ingreso a la guardia del hospital donde consta que el Sr. López ingresó con dolor precordial, la falta de historia clínica o de la información mínima del paciente, la falta de aplicación de los protocolos (que debieron haber aportado el médico y el hospital) pero que sin embargo fueron aportados por el perito médico y también por esta parte y todo el resto de la prueba producida. Toda esta prueba da ciencia cierta de la responsabilidad de los demandados.

Continúa el a quo con el considerando y dice: "*...Sabido es que, los supuestos de diagnóstico donde el profesional puede incurrir en responsabilidad son: 1-Error de diagnóstico propiamente dicho, consistente en no identificar correctamente la dolencia que padece el paciente. 2-Diagnostico apresurado o imprudente, practicado a la ligera o con exceso de confianza del médico, y sin descartar dolencias. 3-Diagnóstico tardío consistente en demorar*

injustificadamente la correcta determinación del padecer del paciente. 4-Diagnóstico inicialmente equivocado pero justificado y luego permanencia en el yerro. 5-Tratamiento erróneo a consecuencia de un diagnóstico imperfecto. (López Mesa, La responsabilidad Civil Medica, editorial Julio Cesar Faira, ed. 2016 pag.194)

Respecto a esta doctrina, vale aclarar que en autos ha quedado demostrado (conforme a la prueba aportada, en especial la pericia médica y los protocolos) que el galeno incurrió **primero** en "Error de diagnóstico propiamente dicho" pues no identificó correctamente la dolencia que padecía el paciente y mucho menos el diagnóstico o afección que cursaba; **segundo** también incurrió en un "Diagnostico apresurado o imprudente, practicado a la ligera o con exceso de confianza del médico, y sin descartar dolencias." Vasta con ver que en el libro de ingreso del hospital figuraba dolor precordial, que el testigo Sr. Córdoba que lo llevó hasta el hospital y a la recepcionista del hospital que anotó en el libro, a todos les dijo que le dolía fuerte el pecho y el médico no lo detectó, tampoco indicó electrocardiograma o análisis de enzimas, o simplemente dejarlo en observación para ver como evolucionaba; y **tercero** indicó un "Tratamiento erróneo a consecuencia de un diagnóstico imperfecto" ya que indicó un diclofenac inyectable y el alta médica.

En otro fragmento del considerando, el a quo continúa con su tesitura: "…*A continuación, el mismo autor da una serie de pautas importantes a tener en cuenta, entre ellas: que hay culpa y no error si el diagnóstico es equívoco porque el médico no esta actualizado o porque no hizo un estudio suficiente del enfermo; que el diagnóstico es un proceso y no un acto. De tal modo requiere de estudios, verificaciones y correcciones; el médico puede incurrir en culpa si no verifica, si no sigue el proceso, si no investiga las probabilidades de error…". Así, se ha sostenido que el Derecho no resuelve las cuestiones médicas divididas, y mientras lo obrado no desnude un accionar arbitrario, ilógico o abusivo, lo diagnosticado, dentro de ese blindaje de razonabilidad en la opción, no puede desembocar en responsabilidad profesional. (4CC 121.674/30.229, caratulados "Giménez, Pedro Ernesto c/O.S.E.P. Hospital El Carmen y Ots. p/D. y P.", noviembre del 2007).*

Respecto a esto, se puede afirmar sin temor a yerro que todos los profesionales de la salud indican, que ante una persona mayor de 60 años, con dolor en el pecho y que concurre a una guardia, se le debe realizar un electrocardiograma entro otros estudios complementarios, además de un

correcto interrogatorio, un correcto examen físico, etc. Esto también lo dijo el perito médico, los protocolos aportados, etc.

Finalmente el a quo concluye este considerando diciendo que: *"...En orden a ello, y conforme lo resuelto en sede penal (hechos fijados con autoridad de cosa juzgada), se aprecia que, no se ha configurado la culpa médica en el diagnóstico que realizara el Dr. Llaver al momento de atender al Sr.López en la Guardia del Hospital, toda vez que quedó establecido que por los valores dados por el Triage, los síntomas alegados por el Sr. López a enfermeros y al demandado, el Dr. Llaver no pudo saber que el Sr. López estaba cursando un infarto agudo de miocardio; y por lo tanto, el diagnóstico realizado, no fue erróneo, sino acorde a la anamnesis, el examen físico, los valores del triage y los síntomas referidos por el Sr.López. Es por ello, que no se encuentra probado el primer recaudo de responsabilidad, esto es, la culpa médica, lo cual hace innecesario ingresar al resto de los requisitos."*

Independientemente de lo que ya se expuso en cuanto a la sentencia en sede penal, a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad, paso a exponer los motivos por lo cual esta parte insiste que sí ha sido probada la responsabilidad civil del médico en este proceso, a saber:

1)- Se probó que LOS **SÍNTOMAS DEL SR. LÓPEZ ANTES DEL PRIMER INGRESO AL NOSOCOMIO** ERAN COMPATIBLES CON UNA ANGINA DE PECHO, PRE-INFARTO O INFARTO, **DOLOR PRECORDIAL.** Esto resulta del análisis de las pruebas aportadas:

a.- En el Registro de Admisión de Guardia consta que ingresó por primera vez al hospital a las 15:31 el Sr. López, Luis, 63 años de edad, DNI: 10.168.064, sin mutual, Síntoma: **DOLOR PRECORDIAL** (ver fs. 42 y 64 de autos, fs. 17 y 52 del AEV y Testimonial de Valeria Rea del 15/04/2019 donde reconoce al final de la testimonial que le trasmitió el síntoma a la enfermera Sra. Johana Lorca – ver hora de la testimonial: 12:24hs).

b.- En la Testimonial de la persona que lo llevó al hospital, Sr. Córdoba, consta que el Sr. López "Cacho" le refirió que le **dolía el pecho**, sentía molestias y **se agarraba el pecho del lado izquierdo** (ver fs.51vta de autos, 31 vta. del AEV y Testimonio de la Audiencia Testimonial del día 15/04/2019- en esta audiencia el testigo hace hasta los gestos que hacía el Sr. López, en varias oportunidades el testigo **se soba el pecho y brazo izquierdo**).

c.- Testimonio en AEV (última persona que tuvo contacto con el Sr. López mientras estaba consiente), Sra. Mirta Gladys Pasi (o Pasini) Balmaceda, DNI 11.491.263, manifiesta el mismo día del fallecimiento, ante el personal policial, en el Acta de Procedimiento (03/06/2015), que el Sr. López le había manifestado que **le dolía el pecho**, pero que ya había ido al hospital (ver fs. 35 de autos, fs. 5vta del AEV). En el Acta Testimonial del día 24/07/2015 manifiesta que el Sr. López le comentó que **le dolía mucho el pecho, se sobaba**, al verlo mal, le ofreció llevarlo al hospital, a lo que el Sr. López le contestó que ya lo había llevado su patrón y que le habían puesto una inyección (ver fs. 52 de autos y fs. 32 del AEV).

d.- En el Acta Testimonial del 8/06/2015 la Sra. Fontemachi declara que el Sr. Córdoba le había contado que lo llevó al hospital porque tenía **dolor de pecho** y de estómago (ver fs. 36vta. de autos y fs. 8 del AEV).

e.- En el Acta Testimonial del 12/09/2016 del AEV el **Médico Justo Víctor González Bertolino**, quién según consta en el informe aportado por el Hospital Saporiti (ver fs. 57vta. de autos y fs. 41 del AEV) prestó servicios el día 03/06/2015 en el Servicio de Guardia de Urgencias del Hospital Saporiti, declaró que en el primer ingreso del Sr. López fue atendido por el Dr. Llaver por un **dolor precordial**, que se pudo atribuir al trabajo que tenía, ya que por ser pintor y por lijar podía ser y se le prescribió un analgésico (ver fs. 73 y 73vta. del AEV). De esta respuesta resulta evidente que el Dr. González sabe con precisión síntoma del paciente, actividad laboral y trata de justificar que este dolor precordial puede atribuirse a su actividad; **lo que desconoce el testigo, es que el Sr. López era derecho** (Ver Audiencia Testimonial del Sr. Córdoba del día 15/04/2019 hora: 9:38) por lo tanto resulta que el dolor en el lado izquierdo difícilmente pueda ser producto de su actividad habitual, **además de que la misma no es una actividad pesada y sólo consiste en lijar, empapelar y pintar** (Ver Testimonial del Sr. Córdoba del 15/09/19 hora:9:37).-

Como conclusión en este punto y ante todos los antecedentes y prueba expuesta en autos, teniendo en cuenta además que el fallecimiento del Sr. López se debió a un IAM, no queda otra opción que considerar que es imposible que el Sr. López haya manifestado como síntoma Cefalea (cómo consignó el médico de Guardia) por cuanto carecería de toda lógica y fundamento. No es forzoso ni errado concluir que el Sr. López le haya manifestado al médico, lo mismo que a todas las demás personas con las que se cruzó antes de su fallecimiento, a quienes les manifestó en más de una

oportunidad que le dolía el pecho, se sobaba el lado izquierdo y además se lo notaba dolorido, se lo veía pálido, con miedo y asustado (manifestó la expresión "cagado").

Si uno analiza todo lo probado, con sentido común y dentro del contexto del curso natural y ordinario de los hechos y de las reacciones de los seres humanos, no caben dudas de que el Sr. López adolecía de un fuerte dolor en el pecho (síntoma de una angina de pecho, pre infarto o infarto) y no un simple cuadro de cefalea cómo manifiesta el médico demandado.

El dolor precordial fue advertido por simples ciudadanos que carecen de conocimientos científico-médicos. Teniendo en cuenta además que el tratamiento indicado no condice con una cefalea, sino más bien con dolores de tipo muscular, no queda otra que inducir que el médico asoció (erróneamente y sin fundamentos científicos) que el dolor "de pecho" que aducía el Sr. López era muscular y no de un infarto, pre infarto o angina de pecho.

2)- Se probó acabadamente que **LA <u>CAUSA DE MUERTE</u> FUE UN IAM (infarto agudo de miocardio):**

a.- Que se desprende claramente de la **<u>autopsia/necropsia</u>** que la única causa de muerte: INFARTO AGUDO DE MIOCARDIO (IAM). En las consideraciones médico legales de dicha autopsia, se concluye lo siguiente *"Cadáver de sexo masculino, de 63 años de edad, que luego de evaluar los datos recabados en examen externo e interno de necropsia, y compatibilizar con hallazgos de laboratorio y anatomía patológica, se concluye como causa final de muerte: Infarto Agudo de Miocardio, los hallazgos en pulmón, serían concomitantes y sinérgicos a la muerte."* (ver fs. 54vta. de autos y 35vta. del AEV).-

b.- Que se desprende del **<u>informe de puntos periciales aportado por el Cuerpo médico forense</u>** (ver fs. 268). *"lo observado en estudio necrópsico es compatible con infarto agudo de miocardio"*

c.- Que conforme al **<u>informe pericial del médico Dr. VIDELA</u>** (ver fs. 266/267) se puede concluir que: el Sr. López era un "hombre sano" y que su muerte se podría haber evitado, ya que la misma se debió a un IAM que no fue diagnosticado a tiempo, lo que impidió tomar los recaudos correspondientes y así evitar su muerte**.**

En cuanto al informe del punto 5: "informar la causa de fallecimiento y si la misma podría haberse evitado con un buen diagnóstico (ver fs. 94 punto 5) el perito informa que *"...la causa de muerte fue infarto agudo de miocardio y mi opinión es que podría haberse evitado"* (ver fs. 266vta.) y en

cuanto al pedido de aclaración sobre este punto en la impugnación de pericia, el perito contesta a fs. 318 *"RESPUESTA 5: En un 99,99% de los casos, si el IAM se hubiese diagnosticado en la primera consulta (1 hora y media antes del fallecimiento) la muerte se habría evitado"*

3)- se probaron los **SÍNTOMAS DE UN IAM** y/o angina de pecho y/o pre-infarto y cómo debe actuar el sistema de salud en su conjunto (profesionales, administrativos, instituciones y demás actores intervinientes) ante estos síntomas:

a.- Esta parte aportó al demandar **Información específica** del Infarto Agudo de Miocardio a fs. 78vta./80 de autos. Esta información es de público conocimiento y se encuentra en todos los libros de medicina referidos al tema. En la demanda se transcribió lo informado en la página web oficial de La Federación Argentina de Cardiología (FAC), Index FAC - Index Cardiología para la Comunidad (http://www.fac.org.ar/publico/doc/noprof/iam.htm)

En otra página web, que detallo a continuación, correspondiente a Organización de Consumidores y Usuarios. OCU Ediciones, S.A. *https://www.ocu.org/salud/medicamentos/noticias/diclofenaco-voltaren-riesgo* cardiovascular; se encuentra detallado (como en muchas otras) *"los riesgos de suministrar diclofenaco a un paciente que está sufriendo un problema cardíaco: trascribo parte de la nota que lleva como título "El diclofenaco aumenta el riesgo cardiovascular" de fecha 19 junio 2013.*

Con lo mencionado en este punto, queda más que claro que esta parte aportó datos técnicos y científicos que acreditan los síntomas de un IAM, las consecuencias del mismo, lo que se recomienda hacer y lo que no se recomienda prescribir, cómo por ejemplo la prescripción del diclofenac.

b.- En lo que respecta al punto precedente y el aporte de los demandados, nada fue negado, ni tampoco desvirtuado con algún tipo de prueba. Ninguno de los demandados aportó informes, pericia de parte, bibliografía o testimonios que indiquen lo contrario a lo manifestado por esta parte. Lo que V.S. deberá tener presente, por cuanto eran los demandados los que se encontraban en mejores condiciones de probar.

Además el día 03/07/2018 (a fs. 173), el a quo, le hizo saber a las partes que al proceso se aplicaría el principio de carga dinámica de la prueba, extendiendo el plazo por 10 días (habiendo ya vencido el plazo de los diez días otorgado por V.S. el día 07/05/2018 a fs. 157 cuando se abrió la

presente causa a prueba), es decir que tuvieron más de dos meses desde que se abrió la causa a prueba para poder aportar todo aquello que fuese relevante para el caso de marras y la veracidad de los hechos y no lo hicieron.

c.- Que conforme al **informe pericial médico** se puede concluir que: No se cumplió con los procedimientos adecuados, no se ajustó a los parámetros que indica la técnica y la ciencia de la salud. Esto se desprende del análisis de lo informado en la pericia (fs. 266/267), de la contestación de las impugnaciones y/u observaciones planteadas por la contraria (fs. 317/319) y de la Audiencia (ver video grabación de esta):

En cuanto al punto 6, que solicita se informe cual debe ser el procedimiento que se sigue en caso de un paciente de 63 años de edad con dolor en el pecho y malestar generalizado, que estudios deben indicarse o realizarse para dicho cuadro (ver fs. 94 punto 6) a lo que el médico informante responde *"La principal conducta en una guardia ante un dolor en pecho, en un adulto masculino, de 63 años, es la sospecha de un evento agudo, cardiopatía"* (ver fs. 266vta.) y en cuanto al pedido de aclaración sobre este punto en la impugnación de pericia, el perito contesta a fs. 318 *"RESPUESTA 6: La principal conducta en una guardia ante un dolor en pecho (dolor precordial) en un adulto masculino, de más de 60 años, es la sospecha de un evento agudo de cardiopatía. La atención del paciente con dolor de pecho debe contemplar: 1)- rápido interrogatorio dirigido a caracterizar el cuadro. 2)- examen físico con toma de TA en ambos brazos. 3)- electro cardiograma (ECG) de doce derivaciones. Todas estas medidas deben tomarse dentro de los 10 minutos de haber entrado en contacto con el paciente. El riesgo de un diagnóstico erróneo puede significar un alto riesgo para la vida de los pacientes..."*

A esto agrego que también se le podría haber realizado un estudio de enzimas cardiacas (punto 10 de la pericia fs. 94vta. y respuesta a fs. 266vta).

En cuanto al punto 7 (Informe si un Infarto Agudo de Miocardio (IAM), puede ser diagnosticado y en su caso si se diagnostica correctamente y a tiempo, se puede prevenir el fallecimiento y evitar o minimizar sus efectos - ver fs. 94 punto 7); a lo que el médico informante responde en forma contundente que *"Si, un IAM (infarto agudo de miocardio) puede ser diagnosticado clínicamente y si el profesional se encuentra en un nosocomio con la complejidad necesaria..."* en el caso de marras el hospital cuenta con los servicios necesarios para la realización de electrocardiograma y estudio de

enzimas cardiacas "*…para realizar estudios complementarios, los cuales debe solicitarla ante la presencia de la manifestación clínica en un paciente con factores de riesgo concretos (en este caso fueron la edad, sexo, presión arterial, y sobrepeso , esto último se estima por el cálculo de IMC extraído de los datos de la necropsia)"*(ver fs. 266vta.) y en cuanto al pedido de aclaración sobre este punto en la impugnación de pericia, el perito contesta a fs. 318 *"RESPUESTA 7: Sí puede ser diagnosticado el fallecimiento, si puede prevenirse"* Luego remite a lo expresado en el punto 11 de la pericia.-

En cuanto al punto 11 (Informe si según su experiencia y técnica, un infarto, puede ser evitado si uno se dirige de manera urgente al médico, ante los primeros síntomas; y en caso afirmativo indique que probabilidades existen en salvar la vida de esa persona, en su caso que secuelas pueden quedar - ver fs. 94vta. punto 11); a lo que el médico informante responde en forma contundente que *"Si, la sospecha y la urgencia en la atención son cruciales para evitar desenlaces mortales o incapacitantes. El riesgo de un diagnóstico erróneo puede significar un alto riesgo para la vida de los pacientes…"* Allí el médico cita fuentes y estadísticas.

En cuanto al punto 8 (mencione científica y técnicamente cómo debe realizarse un examen clínico de una persona que ingresa a la guardia de un hospital público, por un dolor fuerte de pecho y malestar generalizado, teniendo en cuenta que el paciente tiene 63 años de edad - ver fs. 94 punto 8); a lo que el médico informante responde que: *"Según el protocolo nacional para IAM La evaluación clínica es crucial en el tratamiento agudo del IAM y determinante de la posibilidad de prevenir la muerte del paciente. La atención del paciente con dolor de pecho debe contemplar: - rápido interrogatorio dirigido a caracterizar el cuadro. -examen físico con toma de TA en ambos brazos - electrocardiograma (ECG) de doce derivaciones. Todas estas medidas deben tomarse dentro de los 10 minutos de haber entrado en contacto con el paciente. El riesgo de un diagnóstico erróneo puede significar un alto riesgo para la vida de los pacientes.* Luego el informante cita la fuente.

En cuanto al punto 9 (determinar si el diclofenac es un medicamento adecuado para un paciente que está sufriendo un IAM - ver fs. 94vta. punto 9); a lo que el médico informante responde en forma contundente que: "No" (ver fs. 266vta.) y en cuanto al pedido de aclaración sobre este punto en la impugnación de pericia, el perito contesta a fs. 318 *"RESPUESTA 9: No es una indicación farmacológica para un IAM que presenta síntomas en Guardia médica".*

En lo que respecta al punto 10 (Indique si a una persona de la edad del Sr. López, debería habérsele realizado un electrocardiograma y enzimas cardiacas si presentaba dolor en el pecho y malestar- ver fs. 94vta. punto 10); a lo que el médico informante responde en forma contundente que: *"Si"* (ver fs. 266vta.) y en cuanto al pedido de aclaración sobre este punto en la impugnación de pericia, el perito contesta a fs. 318 *"RESPUESTA 10: Si, es en este tipo de pacientes con esa sintomatología los que deben sospecharse dicha patología y de contar con los medios debe solicitarse un ECG mínimamente"*

En cuanto al punto 13 (Informe si existe algún protocolo de atención que encuadre con el caso de marras, en caso afirmativo describirlo paso por paso e indicar la fuente - ver fs. 94vta. punto 13); a lo que el médico informante responde en forma contundente que: "*Si"* y al final del informe lo adjunta (ver fs. 267).

4)- se probó la **RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO**:

Que en cuanto al médico demandado. La jurisprudencia de nuestras cámaras y la mayoría de la doctrina reinante en el tema de la mala praxis médica opina que: *"Para que quede configurada la responsabilidad deben concurrir los siguientes requisitos: a) obligación preexistente; b) falta médica (impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los deberes y reglamentos a su cargo); c) daño ocasionado; d) determinismo causal entre el acto médico y el daño ocasionado; e) imputabilidad (que el médico sea tenido por culpable del daño)*. (Expte Nº 25.133, Bondielli, Bruno en J: 3710 Bondielli, Bruno- Sanatorio Patricias SRL Concurso Preventivo- Daños y Perjuicios, Cuarta Cámara Civil, LS 155-208).

Es decir, son los presupuestos que deben concurrir, a los efectos de demostrar la responsabilidad del galeno.

La Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, en la causa n°: 94.427 caratulada "TRIUNFO COOPERATIVA DE SEGUROS LTDA. EN J° 150.433 NOGUERA MARÍA E. C/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA Y OTS. P/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/ INC" sostuvo que *"...El Tribunal tiene dicho en anteriores pronunciamientos que: (i) evidenciados por el paciente ciertos datos empíricos, el juez ha de deducir la culpa galénica no probada de modo directo cuando el daño, en su ocurrencia, según la experiencia común, no podría explicarse de otra manera que no fuese por virtud de la comisión de tal culpa; (ii) Ciertamente, la carga de la culpa en la actuación del médico recae sobre el presunto damnificado, pero tratándose de meros hechos, todas las pruebas*

resultan admisibles, inclusive la de presunciones, teniendo en cuenta que, en determinadas circunstancias, esta última puede ser prácticamente la única que esté al alcance del damnificado. Las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el paciente para acreditar la culpa médica determinan que debe conferirse a la prueba de presunciones un elevado valor; (iii) En estos expedientes adquiere valor significativo la prueba pericial médica…"

Además, existe una *"obligación preexistente"*, esta obligación surge como consecuencia de la prestación de los servicios de salud, por parte del médico, como de todos los sujetos intervinientes, profesionales de la salud o no, dependientes del HOSPITAL PÚBLICO CARLOS SAPORITI, del Servicio de Emergencia Coordinado y de todo el Sistema provincial de Salud a cargo del Ministerio de Salud – Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza; frente a todos los ciudadanos – pacientes que allí concurran.

En el caso de marras también existe la llamada *"falta médica"*, negligencia del médico, incumplimiento de protocolos, conforme a todas las pruebas aportadas, el libro de ingreso del hospital, los informes, las testimoniales y la pericia médica realizada en el expediente.

En cuanto a esta falta o mala praxis médica a modo ejemplificativo menciono algunos de los puntos que esta parte considera que existió: 1)- el médico no aplicó los protocolos que existen para estos casos. 2)- no realizó un interrogatorio adecuado (semiología). 3)- no realizó un buen examen físico para determinar el origen o causa del dolor. 4)- indicó medicación contraindicada para estos casos. 5)- No tuvo en cuenta factores de riesgo del paciente como sobrepeso, presión y edad. 6)- No indicó exámenes complementarios, como por ejemplo un electrocardiograma o un análisis de enzimas cardiacas. 7)- No se tomó el tiempo adecuado para interrogar al paciente, ni al acompañante (que esta parte no entiende porque no lo hicieron pasar). 8)- No estuvo presente en el segundo ingreso del Sr. López, siendo que era su obligación estar y no estuvo prestando los auxilios necesarios para el momento.

Seguramente esta Excma. Cámara, podrá encontrar algunos más, que a esta parte se le pueden estar pasando por alto, pero que han sido debidamente acreditados en el proceso.

En cuanto a la prueba, independientemente de lo acreditado por esta parte, la carga de la prueba de la culpa (o no culpa), en estos casos como el de marras, probada la asistencia y atención del fallecido por el médico y probado el daño ocasionado a los actores, es el demandado quien debe

demostrar acabadamente su cumplimiento o sea la prueba de que cumplió con la atención debida (ni siquiera acompañó protocolos de atención). Es el médico el que estaba en mejores condiciones de demostrar que tuvo una conducta acorde con su función y cargo, o en su defecto, convencer al juez acerca del apartamiento de la conducta médica debida respecto a la prestación de salud brindada.

En el mismo sentido se ha dicho que el médico debe probar, no sólo que ha puesto los medios, sino que éstos han sido suficientes y eficientes para obtener la curación de su paciente, lo cual, si no se ha obtenido, no puede ser imputable a los mismos. Debe probar que la prestación brindada ha poseído la idoneidad necesaria y se ha realizado con la diligencia y prudencia correspondiente (Conf. Riu, Jorge, "Responsabilidad civil de los médicos", pág. 86). Siendo ello así, nada impide que pueda exigirse entonces al profesional médico involucrado en la litis una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos." (V. M. P. y otro vs. Hospital de Pediatría Garrahan y otros s. Daños y perjuicios, Fecha: 07/07/2015: Cámara Nacional de Apelaciones, Civil Sala H, Rubinzal Online: RC J 5311/15).

Además, el Juez de primera instancia, le hizo saber a las partes que se aplicaría al caso de marras la teoría de las cargas probatorias dinámicas, lo que en materia de responsabilidad civil médica tiene gran significación y el galeno puede eximirse de responsabilidad si acredita la no culpa, es decir que debe acreditar que su actuación profesional obedeció al arte de curar y no fue científicamente imprudente, negligente o imperita.

Además respecto a este punto, resulta fundamental la pericia médica incorporada en autos, la que textualmente informa "***CONSIDERACIONES MEDICOLEGALES:*** *Las consecuencias del hecho denunciado en autos presentan responsabilidad medica con respecto a la atención del Dr. Llaver al señor López quien el 03/06/15 ingresa a guardia con sintomatología de dolor precordial (dolor en el pecho) que el profesional debió tener alto índice de sospecha de una cardiopatía súbita IAM en una persona que ingresa por guardia con múltiples factores de riesgo, que se encontraba en un centro de mediana complejidad con los medios para lograr un adecuado diagnostico como los protocolos médicos refieren, que el paciente en su condición de ignoto en el tema cumplió con las indicaciones del Dr. Llaver y que esto (no ser diagnosticado y tratado a tiempo) tuvo un desenlace mortal y conocido para la ciencia médica en este tipo de patologías urgentes. Que lo*

aportado en expediente apoya que la causa de muerte es un IAM y no otra patología. Que las actuaciones en el libro de guardia y enfermería fundamentan el error diagnóstico y la posterior evolución fatal." (ver fs. 266)

Luego el perito al contestar las observaciones que le efectuaron a la pericia incorporada en autos, informa en el punto 4 (ver fs. 318vta. último párrafo y fs. 319) "*que la impugnación se basa en la semántica de las palabras descriptas en todo lo aportado de la atención medica de la guardia el día del hecho particular, pero se trata de un caso concreto donde la responsabilidad medica está expuesta y que de lo obviado se desarrollo un desenlace mortal. Esto es sabido y protocolizado desde nuestra ciencia aplicada a la salud y en todas las guardias médicas, donde se recibe un paciente muchas veces desconocido, se debe agudizar el nivel de sospecha y aplicar los protocolos estándares para garantizar la disminución de la morbimortalidad de las patologías más relevantes como es el caso de un IAM en una persona con factores de riesgo como lo era el señor López. El grado de responsabilidad que tiene un paciente (que desconoce de síndromes agudos) es mínimo cuando frente al mismo se encuentra un profesional de conocimientos, experiencia y con los recursos diagnósticos. No se trata de un caso atípico, enfermedad rara o de falta de casuística. Esta responsabilidad se desprende de los hechos y la valoración desde el conocimiento previo al desenlace, en la impugnación se habla de testimoniales y datos aportados de administrativos sin conocimiento de la ciencia aplicada a la salud, pues estos se han revisado y se han analizado desde lo pericial, entendiendo que si legos del tema preveían el desenlace del síndrome doloroso o " precordalgia", no así quien con los recursos del conocimiento, la estructura Hospitalaria y el apoyo de un servicio casi con ligereza desestimo y no sospechó el cuadro escuchado, observado, tocado, auscultado y de sabiendas teóricas sobre IAM ."*

"Cuando el profesional es requerido para la asistencia de un paciente responde ello a la necesidad de aquella asistencia y al señalar o indicar las prescripciones a que debe seguirse el paciente está señalando el acatamiento y sujeción del consultante a la reconocida ciencia y técnica del profesional, este permanente apego a sus indicaciones revelan la confianza que se dispense al médico." MALA PRAXIS , Juan H Sproviero , protección jurídica del médico.

Es el caso en particular un cuadro sindromatico que el profesional debió sospechar y el paciente desde su ignorancia en el tema no guarda responsabilidad por " no decir sus antecedentes o dolencias " pues está sujeto a variaciones personales y desestimaciones que bajo la luz del

conocimiento el personal de una guardia debe analizar y sospechar. El sr López se retira a su domicilio para cumplir con lo que sería las indicaciones que el profesional bajo la confianza del acto médico garantizaría su mejoría.

"Cuando se ha procedido con ligereza o prevenciones que no armonizan con el mal se está asistiendo o bien a actos de imprudencia o negligencia es allí donde se ha comenzado a trasgredir la esfera de lo permisivo y quedar sometido no sólo la sanción posible sino afectado por una cuestión de ética …"

"…No estamos ante un caso donde el médico que actúa con la convicción de ajustarse a las reglas, ortodoxia de la ciencia y técnica, pero cuyo resultado no resultó satisfactorio y todo parece como contraproducente en diagnóstico y de tratamiento, no se trata de un caso que se ha adoptado una actitud que se concilia con la técnica y la ciencia."

En cuanto al nexo de causalidad, está ampliamente demostrada y acreditado con la descripción y acreditación de los hechos, todas las pruebas aportadas, los informes, las testimoniales y la pericia médica realizada en el expediente.

Específicamente de la pericia médica, surge claramente que la muerte podría haberse evitado en un 99,99% de haber sido diagnosticada la patología en la primera consulta. Que además el Sr. López podría haberse incorporado con total normalidad a sus tareas laborales y quehaceres del hogar en un 99%.

Mínimamente debería haber indicado que se quedara bajo observación, aunque sea en la guardia del hospital, lo cual le hubiese salvado la vida, ya que hubiera recibido una atención más adecuada y rápida. Además, si se le hubiese realizado un Electrocardiograma, enzimas cardiacas y un examen clínico como corresponde, lo que hubiese permitido detectar el cuadro, colocar la medicación correspondiente (anti agregados, anticoagulantes, adrenalina, etc.) y en caso de corresponder realizar cateterismos o cirugía de urgencia y así se hubiese evitado el fallecimiento. Cuestión que no ocurrió, el medico diagnosticó erróneamente cefalea, le dio un tratamiento por dolor muscular prescribiendo un diclofenac (lo que es contraindicado para problemas cardíacos y que además puede haber ocultado un poco los síntomas) y se le indicó que se podía retirar después de colocado el inyectable.

Por todo lo expuesto esta parte entiende que ha sido bastamente probada la responsabilidad civil del médico en este proceso y por este motivo se agravia con la evidente arbitrariedad del resolutivo impugnado.

E)- <u>El quinto considerando</u> que pasaremos a analizar, donde el juzgador analiza la responsabilidad del resto de los demandados; resulta equívoco, erróneo y contrario a la realidad de los hechos y de la prueba producida y por ende también torna arbitraria la sentencia impugnada, a saber:

En dicho considerando el a quo sostiene: *"V- Responsabilidad del Hospital y Gobierno de la Provincia de Mendoza: En razón de la conclusión arribada, se considera que, no ha quedado acreditada la responsabilidad por el dependiente, que los actores, le endilgan al Hospital Saporiti, y al Gobierno de Mendoza."*

Esto por obvias razones agravia a esta parte, atento que como ya se expresó en los puntos precedentes la responsabilidad civil del médico ha sido debidamente acreditada y probada en autos.

Continua el considerando: *"Tanto la doctrina como la jurisprudencia –ambas desarrollándose mayoritariamente– señalan que la responsabilidad indirecta o refleja imputable al agente se origina cuando alguien debe responder por un hecho ajeno que ha ocasionado un daño a la víctima (Calvo Costa, Carlos, RCyS2012- II, 37, Fallo comentado: CN-Civ., sala A, 16-6-11 "L., G. B. c. L., R. y otros" (http://www.ccalvocos-ta.com.ar/articulos/13-6-07%2011_24%20(PM).pdf). El convencimiento de que esta es indirecta o refleja responde a la existencia de una relación de encargo entre el principal y el dependiente, en la cual la responsabilidad del primero se configura solo ante el daño ocasionado mediando un hecho ilícito imputable –subjetiva u objetivamente– respecto de quien tiene a su cargo. Bajo esa línea interpretativa, se afirma que basta con que el dependiente sea el potencial responsable (Bueres, Alberto J., El fundamento de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, en Revista de Derecho de Daños,2003-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 24.) En este orden de ideas, para que la responsabilidad sea imputada al principal, se deben reunir los siguientes requisitos: 1) el hecho ilícito del dependiente, 2) la existencia de relación de dependencia o subordinación amplia entre el principal y el subordinado, 3) la relación entre la función encomendada y el hecho dañoso, 4) la relación adecuada entre el evento y el daño y 5) el daño sufrido por un tercero. En el sub lite, y conforme se explicara, el primer recaudo no ha sido acreditado."*

Respecto a esto me remito a lo expuesto en los puntos precedentes, donde acabadamente se han dado las razones por las cuales el resolutivo es arbitrario y el médico sí resulta responsable civil por los daños y perjuicios sufridos por la parte actora, fundamentos a los cuales me remito en honor a la brevedad y solicito a esta Excma. Cámara tenga aquí por reproducidos.

E)- <u>El sexto considerando</u> que pasaremos a analizar, donde el juzgador analiza la responsabilidad del resto de los demandados; resulta equívoco, erróneo y contrario a la realidad de los hechos y de la prueba producida en autos y por ende también torna arbitraria la sentencia impugnada, a saber:

El a quo en el punto "*VI-Atribución de responsabilidad al Hospital Saporiti y Gobierno de la Provincia por falta de servicio."* Sostiene que: *"Los actores, como segundo punto imputable a la responsabilidad del Nosocomio afirman que no se realizó reanimación con un desfibrilador, y que no estaban todos los médicos que debían estar atendiendo el día de la guardia, endilgando la falta de servicio por omisión al Hospital Carlos Saporiti. E imputan al Gobierno de la Provincia de Mendoza, responsabilidad por ser el lugar donde ocurrió el hecho, un Hospital Público. (ver fs. 83 punto E) La doctrina ha escrito que: " la falta de servicio, produce una responsabilidad de base objetiva, en razón de que no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquélla se configure. La culpa o dolo del empleado o funcionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falta del sistema o del aparato administrativo. En la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva. Es por ello que, en la falta de servicio puede no es preciso individualizar a su autor; debe quedar bien en claro que el concepto de responsabilidad objetiva que se emplea al referirse a la falta de servicio no es sinónimo de responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso, pues la falta de servicio se predica de conductas y no de resultados. En efecto, la responsabilidad por falta de servicio exige efectuar una valoración en concreto de la actuación desplegada por la Administración en el caso y no respecto de los resultados alcanzados. Se trata de una valoración de elementos objetivos, tales como la naturaleza de la actividad y del vínculo que une a la víctima con una autoridad administrativa, los medios disponibles, las posibilidades de prever el incidente, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Para que se configure la*

responsabilidad del Estado por falta de servicio, no basta acreditar la existencia de un perjuicio y su vínculo causal con la actuación estatal, sino el anormal o irregular funcionamiento de la Administración. adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar. En efecto, los deberes, cuyo incumplimiento o inacción puede suscitar una falta de servicio, pueden estar impuestos por el ordenamiento jurídico positivo (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, etc.) y también derivar de principios generales del derecho (28), los "cuales guardan una estrecha relación con la justicia o con el Derecho natural, en el que encuentran su fundamento". Son especialmente relevantes en la responsabilidad estatal omisiva los principios de razonabilidad (29) y de no dañar a otro, cuyo sustento constitucional en los arts. 28 (30) y 19 (31) de la Constitución Nacional, respectivamente, ha sido destacado por la Corte Suprema de Justicia en diversas ocasiones. De tal modo, puede configurarse una falta de servicio por inacción cuando, en atención a las circunstancias del caso, no obstante la inexistencia de una norma positiva que ponga en cabeza de la Administración un deber de conducta, sea razonablemente esperable e idónea su actuación para evitar un perjuicio" (ver http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_responsabilidad_del_Estado_por_la_omision_del_e jercicio_de_sus_funciones_de_vigilancia_.pdf) En orden a ello se ha resuelto con acierto que: " La pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio imputable al Estado requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular: vale decir, describir la manera objetiva en que ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente. La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones de un servicio irregular. Ello requiere una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio que une a la víctima con éste y el grado de previsibilidad del daño. La doctrina opera con abstracción del dolo o culpa del funcionario público o del factor imputativo a título de riesgo creado. Al ser una imputación objetiva prescinde de su actuación y el Estado debe demostrar la ruptura total o parcial del nexo causal. La responsabilidad por falta de servicio se verifica por el incumplimiento de las obligaciones preexistentes o por el funcionamiento de las obligaciones preexistentes o por el funcionamiento anormal o incorrecto de la Administración, y son los jueces quienes aprecian en concreto dicha circunstancia, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de

previsibilidad del daño. Se entiende que el fundamento que se toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar el daño causado, es decir, la razón por la cual un determinado sujeto deberá soportar los efectos del daño producido. Basta con acreditar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor objetivo que permita atribuir la responsabilidad. Sin embargo, ello no libera del deber de analizar la falta de servicio a la luz de los distintos elementos de concretización. No se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva sino objetiva. Así, para determinar la existencia de falta de servicio se debe analizar lo que se conoce como estándar de rendimiento medio del servicio, en que debió consistir el funcionamiento normal teniendo en cuenta un estándar de previsibilidad. (THOMAS, Gustavo J., "Responsabilidad del Estado. Crítica y estudio exegético de la Ley 26.944", Rosario, Editorial Jurídica Nova Tesis, 2.016, pág. 374 y sgtes.) (4CC autos Nº 253.479/54.002caratulados "Pérez, Verónica Fabiana Y Otro C/Gobierno De La Prov. De Mendoza P/Daños Y Perjuicios", Fecha Abril Del 2020). Análisis prueba: A su turno, sabido es que el Juez sólo está obligado a considerar la prueba que estima adecuada para la solución del caso y no todas las que se hayan producido. No tiene el deber de ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias probatorias arrimadas por las partes; resulta suficiente la valoración de las que estima conducentes o decisivas para fallar; de tal manera hace bien al preferir algunas sobre otras, y omitir inclusive toda referencia a las que estimó inconducentes o no esenciales. Tampoco deben analizarse aisladamente, deben ponderarse en su conjunto unas con otras a fin de formar la convicción acerca de la existencia y alcance de los hechos controvertidos en el proceso. De conformidad con el art. 384 del CPCC, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba con las reglas de la sana crítica, que no son otras que las normas de la lógica que operan en el criterio personal de los jueces, o bien son reglas del entendimiento humano, criterios de la lógica no precisados en la ley, meras directivas señaladas al sentenciante cuya necesaria observación queda sometida a su prudencia, rectitud y sabiduría. De ello se desprende que las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica ni de fragmentar el todo integrado por la reunión de los elementos probatorios (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Dolores, º 93.923, caratulada: "LETTERA GABRIEL ENRIQUE C/ SCIOLI GUIDO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. AUTOM. C/ LES. O MUERTE",11.12. 2014) La hipótesis planteada por los actores es la falta de

servicio de los demandados, por omisión, por no contar con desfibrilador, y no estar presente todo el personal médico, en la guardia el día del suceso. También los accionantes colocan como hecho generador de responsabilidad el traslado efectuado por el servicio emergencia coordinado, indicando que la atención medica recibida en ese momento por el Sr.Lopez no fue adecuada por no aplicarse desfibrilador ni en el Hospital, ni en la ambulancia. En tal sentido, deben probar los accionantes, que el servicio de salud se prestó de manera anormal o irregular, conforme las circunstancias de tiempo, y lugar. En este orden de ideas, debemos ponderar a tal efecto la declaración testimonial, del testigo Dr. Roberto Martin, quien fue el médico que concurrió con el SEC al domicilio, cuando se llamó a la ambulancia, explicó que, el Sr. López, entró directamente a la sala de show room donde estaban todos los aparatos, que se siguió con el RCP avanzado que consiste en hacer vías, entubar al paciente, colocar drogas, usar desfibrilador, si el paciente esta fibrilado; si el paciente está en asistolia se continua el masaje cardiaco. Afirmó que según su conocimiento, el Sr. López estaba asistolia, que no se acuerda si se uso el desfibrilador, que iban venían que había mucho movimiento. Agregó que, el desfrilador se usa también como monitor. Dijo también en su declaración que estando cerca el Hospital donde iba a ser trasladado, un minuto y medio, comenzó con RCP básico, en búsqueda de llegar al Hospital donde tiene enfermeros y médico y todo se hace mas rápido. Porque el va solo en la ambulancia con el chofer, y si coloca vías, tiene que dejar de masajear. A su turno, la testigo Sra. Lorca, enfermera que atendió al Sr. López en la primera oportunidad, y le realizó el Triage , manifestó que, en el Hospital existe una sala de Shock donde está el desfibrilador. En relación a los médicos de guardia la nombrada, afirmó que el día del hecho habían tres, el Dr.Llaver, el Dr. Carneluti, y el otro nombre no lo recordaba. Por otro lado, del informe de necropsia del Cuerpo Médico Forense, surge que el cuerpo del Sr. López no presentaba marcas de que se hubiera usado el desfibrilador. La sola circunstancia de utilizar o no el desfibrilador para la reanimación, lo cual existe dudas si fue utilizado en el Sr. López, no es suficiente para tener por probada la falta de servicio, toda vez que, no se ha acreditado en autos, la existencia de un deber que asi lo obligara al Hospital, al momento de la prestación del servicio. Es más, ningun experto médico ha aseverado que se debió realizar la reanimación, con tal aparato, en el caso del Sr.Lopez. Más aun, el médico de la ambulancia, Sr.Martin, expresamente, dijo que el Sr.López estaba en asistolia, y que en esos casos no se usa desfibrilador. Esta declaración no fue impugnada por ninguna de las partes. Es que se considera que, la parte actora debió acreditar la falta de servicio por

omisión, esto es, que en el caso del Sr.López , el servicio de salud de prestó de manera irregular, por la falta de utilización de desfibrilador y que tal circunstancia, fue la causa del fallecimiento o que lo privó de alguna chance de sobrevida al Sr. López. Igualmente no se puede dejar de ponderar que, el testigo Dr. Martin que llegó al lugar con la ambulancia, declaró que, cuando le puso el oxímetro al paciente este estaba sin pulso, no respiraba, y a que su entender llevaba muchos minutos. Que le empezó hacer RCP básico, porque estaba cerca del Hospital, más o menos llegaron en un minuto, y ahí siguieron con RCP avanzado. Por otro lado, ningún testigo fue interrogado sobre que el Sr. López si cayó antes de subirlo a la camilla de camino al Hospital-lo que afirman los actores-, por lo tanto y a falta de otra prueba, que acredite el hecho, el mismo no ha sido probado. Como tampoco quedó probado que el Hospital no tuviera el equipo médico necesario para atender la emergencia; ya que los testigos, han afirmado que contaban con el desfibrilador, pero a su, vez no se ha acreditado que fuera necesario utilizarlo en el Sr. López. También ha quedado probado que estaban dos médicos de guardia, en el momento del reingreso del Sr. López, pero tampoco la parte actora logra explicar que la cantidad de médicos en la guardia fueron insuficientes para atender la emergencia del Sr. López, lo que se tradujera en una prestación irregular del servicio de salud. Por lo tanto, en autos no ha quedado probado que el fallecimiento del Sr. López ocurriera por la falta de maniobras, que debieron realizarse con un desfibrilador; y menos aun, con la posible caída que tuvo de la ambulancia al ser trasladado o la "supuesta" falta de médicos al momento de la emergencia del Sr.Lopez. Es decir no se prueba la falta de servicio en la prestación del servicio de salud. Como fundamento a lo expuesto, cabe explicar que, todo aquél que invoca un hecho, acto jurídico, contrato o estipulación parcial del mismo, corre con la carga de demostrarlo. Es parte de la máxima de que cada parte debe probar sus afirmaciones, y mientras no lo haga, a la contraparte le bastará negar pura y simplemente sin necesidad de probar sus dichos. A partir de la afirmación de un hecho demostrado correrá por cuenta de quien pretenda desvirtuarlo, modificar o extinguir sus efectos, acreditar las circunstancias fácticas o jurídicas que produzcan tal efecto. Conforme a lo dispuesto por el art. 179 del C.P.C., (hoy 175 del CPCCCYT) en general, cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que no fueron reconocidos por la contraria; en particular, corresponde la prueba de los hechos constitutivos a quien los invoca como base de su pretensión; las de los hechos extintivos e impeditivos, a quien los invoca como base de su resistencia. Afirma Devis Echandía que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo

tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable, o dicho de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. La controversia se requiere para que, por regla general, sea necesario aducir al proceso medios probatorios, a fin de que el juez tenga el hecho por cierto, debido a que su admisión equivale a su prueba. (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Teoría general de la prueba judicial", Buenos Aires, Víctor de Zavalía Editor, 1.976, Tomo 1, pág. 490 y sgtes.) Cabe decir que el art. 179 del C.P.C.(en igual sentido el art. 175 del CPCCYT) pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, lo cual no depende sólo de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso; por lo tanto a la actora le corresponde acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, en tanto que la parte contraria debe también hacerlo respecto de los hechos extintivos, impeditivos o modificatorios por ella alegados. Así, la obligación de afirmar y de probar se distribuye entre las partes, en el sentido de que se deja a la iniciativa de cada una de ellas, hacer valer los hechos que quiere que sean considerados por el Juez y que tiene interés en que sean tenidos por él como verdaderos (CHIOVENDA, "Principios de Derecho Procesal Civil", Industria Gráfica España Madrid, T. II, pág. 253). La carga de la prueba actúa entonces, como "un imperativo del propio interés" de cada uno de los litigantes y quien no acredita los hechos que debe probar, pierde el pleito, (COUTURE, Eduardo, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Depalma, 1974, págs. 244 y ss.), asumiendo así las consecuencias de que aquella se produzca o no, la que en principio debe ser cumplida por quien quiera innovar en la situación de su adversario. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 14/12/2009, "Aguas Argentinas S.A.", La Ley Online; AR/JUR/64996/2009; NIEVA FENOLL, Jordi, "Valoración y carga de la prueba", La ley on line, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2010 (julio), 1) (4CC Expte n° 51.105/10.581, caratulados "AMATO, MARÍA ELISABETH C/PRIETO, PATRICIA P/DESALOJO"6/10/15). En razón de lo expuesto, no ha probado la falta de servicio."

Dos cuestiones agravian a esta parte del considerando trascripto: **PRIMERO:** Por un lado la supuesta falta de pruebas de la existencia de acreditación de la falta de servicio del nosocomio demandado y **SEGUNDO:** a quien le recae la carga de la prueba cuando el factor de atribución es de carácter objetivo (falta de servicio) y como se exime de responsabilidad el demandado,

todo lo que a continuación esta parte pasa a fundamentar en lo párrafos siguientes.

PRIMERO: Acreditación de la falta de servicio del nosocomio demandado:

Esta parte sí probó que no se usó el desfibrilador, también acreditó que el Sr. López se cayo de la ambulancia, que no estaban presentes todos los médicos que debían estar en la guardia del hospital, que el tiempo que fue atendido fue insuficiente, que en su segundo ingreso no fue atendido por el mismo médico, que las enfermeras no saben identificar el síntoma de un infarto agudo de miocardio, pero que son ellas las que determinan la urgencia del paciente, etc., a saber:

1)- En cuanto a la necesidad del **USO DE DESFIBRILADOR** ante un IAM y si fue usado en el caso de marras: primero vamos a aclarar un punto que ya fue mencionado en nuestros alegatos, y tiene que ver con el análisis de la testimonial del Dr. Roberto Martín que como sostiene la a quo manifiesta que no siempre es necesario utilizar desfibrilador en todos los casos de IAM, para luego demostrar que esta apreciación es falsa e incorrecta y finalmente demostrar que era necesario usar el desfibrilador y que por falta de servicio no fue usado:

a.- Surge de la **testimonial del Dr. Roberto Martín** (Ver Audiencia Testimonial registrada bajo el sistema de video grabación) el facultativo manifiesta que una vez llegado al lugar (y durante el trayecto al hospital en ambulancia) practicó el RCP básico, masaje cardiaco y aporte de oxigeno con Ambú y expresamente aclara que él no uso desfibrilador, aduciendo que el hijo del Sr. López no los dejó usarlo, pero no aduce que no era procedente usarlo (ver Audiencia Testimonial hora: 11:57). Manifiesta también que ingresó a la sala de Shock (quedó acreditado con las pruebas aportadas en autos que no fue así y que lo ingresaron a la enfermería) donde comenzaron con un RCP avanzado, que implica suero, adrenalina, hacer *"la vía"* y colocar medicación (ver Aud. Test. Hora 11:32 y 11:37) manifiesta que ayudó al Dr. Videla y a los enfermeros (ese apellido/médico no figura en ningún lado y sólo coincide con el apellido del perito médico designado en estos autos y con un testigo que esta parte desistió), no menciona en ningún momento al Dr. LLAVER, ni que este haya colaborado, ni siquiera que haya estado presente. Cuando se lo interroga sobre el uso de un desfibrilador en el hospital, manifiesta que no recuerda si se usó o no.

Esta Testimonial carece de veracidad, objetividad y deja más dudas que certezas. Puede ser que esta declaración se haya visto condicionada, por cuanto el profesional manifestó ser amigo, compañero de trabajo y haber realizado la Residencia de Medicina junto al Dr. LLAVER (compañero de estudio) quien es uno de los aquí demandados (ver Audiencia Testimonial hora 11:30).

b.- En cuanto a la **necesidad de contar y usar un desfibrilador frente a un IAM:** Es de público conocimiento la necesidad de contar en los espacios públicos con Desfibriladores Externos Automáticos (DEA) para que puedan ser usados por cualquier ciudadano ante la presencia de un IAM.

A tal fin existe una **Ley Nacional Nº 27.159**, la cual prevé en su objeto, la autoridad de aplicación, funciones, condiciones de instalación y mantenimiento de los **Desfibriladores Externos Automáticos (DEA)**, la habilitación, capacitación, responsabilidad y procedimiento sancionatorio; además de la coordinación entre Nación y Provincias para implementación de la misma.

Dicha ley prevé que **en todo espacio público o privado de acceso público exista** un espacio cardio-asistido; Es un espacio que dispone de los elementos necesarios para asistir a una persona en los primeros minutos tras un paro cardíaco. Los mismos contaran con desfibriladores externo automático (DEA), lugares de fácil acceso para su utilización ante una situación de emergencia, y su ubicación debe estar claramente señalizada; Las instrucciones de uso de los DEA deben colocarse en lugares claramente visibles y deben ser entendible para personal no sanitario.

Por lo que se concluye que siempre es necesario en caso de un IAM y fundamental para evitar la muerte de una persona, usar un desfibrilador, el cual puede salvar la vida.

c.- En cuanto al **uso de desfibrilador en el caso concreto**, ha quedado acreditado en autos que no se usó desfibrilador con el Sr. López.

Tanto al relatar los hechos de la demanda (ver 3° párrafo de fs. 77vta.) como en el Acta Testimonial del AEV (ver fs. 39 de autos y 11vta. del AEV) el actor Osvaldo López manifiesta que nunca vio que reanimaran al padre en el hospital, afirma que no usaron desfibrilador ni nada para reanimarlo, que lo único que hicieron fue ponerle un suero.

En el informe pericial del Dr. Videla respecto al punto 4 (determinar si se usó el desfibrilador, es decir si hay rastros de haberse usado el mismo sobre el cuerpo del Sr. López antes del deceso especialmente teniendo en

cuenta la necropsia – ver fs. 94 punto 4) responde *"No hay detalle de estigmas de haber usado desfibrilador en el informe de necropsia"* ver fs. 266vta. respuesta que no ha sido cuestionada, ni observada, ni impugnada por ninguna de las partes.-

El Hospital al contestar la demanda (ver negativa particular de fs. 139vta.) niega *"que sea aconsejable el uso del desfibrilador en el caso que nos ocupa"* Esto demuestra lo sostenido por esta parte, que nunca se utilizó desfibrilador. Tampoco se aporta hechos y menos aún pruebas de se haya hecho uso de este.

Por lo que se concluye que era necesario el uso de desfibrilador y que nunca se usó (ni en el domicilio, ni dentro de la ambulancia, ni al llegar al hospital) para tratar de salvar la vida del Sr. López.

2)- En cuanto a la **CAÍDA QUE SUFRIÓ EL SEÑOR LÓPEZ AL SER SUBIDO EN LA AMBULANCIA**:

Esto se encuentra acreditado por:

a.- Relato de hechos: a fs. 77vta. segundo párrafo, se detalla la caída del Sr. López de la camilla por no haberse tomado las medidas de seguridad adecuada.

b.- Testimonial del Sr. Bereta (ver Audiencia Testimonial registrada bajo la modalidad de video grabación). Quien manifiesta (ver Audiencia siendo las 10:13hs.) que habiendo llegado la ambulancia, y en palabras textuales "…*lo subimos, para que se lo llevaran y ahí, en ese momento, él pegó un salto, porque no nos dimos cuenta de atarlo en la camilla, ¡pegó un salto! y ¡cayó al costado de la camilla entre el guardabarros y la camilla! lo volvimos a subir y se fueron…"* luego repite lo mismo (ver Audiencia siendo las 10:19hs) *"…lo subimos a la ambulancia" "no lo atamos" "se cayó…"*

3)- En cuanto a la **CANTIDAD DE MÉDICOS** que debían estar prestando servicio de guardia ese día (03/06/2015) y cuantos realmente estaban:

a.- Según informe del Hospital Saporiti (ver fs. 57vta. de autos y 41 del AEV) ese día el personal médico que prestó servicios de Guardia fueron: el Dr. Leonardo Cantaruti (fue quien atendió al Sr. López en el segundo ingreso al hospital y que actualmente se encuentra fallecido), el Dr. Víctor González (nunca estuvo presente) y el Dr. LLaver (demandado).

b.- Del Acta de **<u>Declaración Testimonial del Dr. González</u>** (ver fs. 73 del AEV) sólo atiende dos horas y luego lo llaman ante cualquier eventualidad (SIC), no estuvo presente ni en el primer ingreso, ni en el segundo ingreso del Sr. López, recién se enteró a última hora de la tarde.

c.- Del Acta de **<u>Declaración Testimonial del Enfermero Pablo Fracchia</u>** (ver fs. 74/75 del AEV) resulta que él no lo atendió al Sr. López en la primera oportunidad (en el primer ingreso) pero que cuando ingresó por segunda vez, participó del RCP (ver segundo renglón de fs. 74vta.) *"...junto con el Dr. Cantaruti y el médico del Coordinado, Dr. Martín, le dicen el Bocha, no recuerdo su nombre. Entre todos hicimos el procedimiento básico y el avanzado, pero el resultado fue negativo"* tampoco manifiesta que haya estado presente el Dr. LLAVER ni el Dr. GONZALEZ. Cuando responde a la pregunta de ¿Qué médico atendió la primera vez al Sr. López? responde que *"fue el Dr. LLAVER, que era el que estaba atendiendo en ese momento, ya que Cantarutti no estaba atendiendo en ese momento"*

Esta declaración no hace más que demostrar que de los tres médicos que deberían haber estado atendiendo la guardia, sólo había uno sólo en el momento del primer ingreso, y lo que hace suponer que al momento del segundo ingreso también había uno sólo (el Dr. Cantaruti) y por ese motivo el Dr. LLAVER no asistió al paciente la segunda vez que ingresó por la guardia.

En la Testimonial que presta ante el Ministerio Público Fiscal, cuando se le pregunta al testigo: *"¿Si cuando le hicieron el RCP al Sr. López se encontraba el Dr. LLAVER?"* El testigo responde que *"no, no lo vi ahí"* además asegura que no lo volvió a ver en toda la tarde, con seguridad hasta las 22hs. Respecto a lo que duró la atención la segunda vez que ingresó el Sr. López, que es el único momento en el que participó de este hecho, manifiesta que duró *"entre 30 a 35 minutos, que se le hizo RCP"* de lo que resulta concluir que se practicó RCP durante media hora y no se usó desfibrilador, cuestión que esta parte no puede entender.

d.- Del Acta de **<u>Declaración Testimonial de la Enfermera Mercedes Carmen Algañaraz Arce</u>** (ver fs. 85/86 del AEV) en lo que respecta a este punto surge (ver última pregunta de fs. 85vta.) que en el segundo ingreso del Sr. López *"... solo fue atendido por el Dr. Cantarutti, ya que ellos (Cantarutti y Llaver) se turnan para la atención, salvo que haya urgencias de mucha gravedad, en las que atendían los dos juntos"* De esta respuesta surgen dos cuestiones o interrogantes, y que en su respuesta se encuentra acreditado la negligencia de los profesionales, la falta de servicio, el mal funcionamiento del sistema de salud en

su conjunto, y la gravedad que todo esto conlleva (muerte de un ser humano) en primer lugar: ¿por qué? en lugar de tres médicos, que figuran trabajando ese día, sólo presta servicio efectivo uno sólo y en segundo lugar: se estaba muriendo un hombre (el Sr. López, quién de hecho falleció) y ¿no fue ésta, considerada una situación de mucha gravedad, para que por lo menos hubiesen habido dos de los tres médicos que figuran en el servicio de Guardias de ese día?

Luego la Enfermera declara a fs. 86 segunda respuesta (sexto y séptimo renglón de fs. 86) que *"Los médicos de guardia hacen turnos de dos o tres horas cada uno."* Luego vuelve afirmar estos dichos, en la tercera respuesta de fs. 86 (leer renglón 9 al 12 de fs. 86 del AEV) donde manifiesta que *"Luego de que ingresara el paciente fallecido, yo vi al Dr. Llaver como a las tres horas, o sea aproximadamente a las 19:00hs, porque al momento de la atención de la persona fallecida era el turno del Dr. Cantarutti"* luego en el renglón 21 de fs. 86 del AEV manifiesta que el Dr. Cantarutti *"lo recibe fallecido porque era su turno".*

También lo menciona en la audiencia testimonial de sede civil registrada bajo el sistema de video grabación, donde manifiesta que en el segundo ingreso del Sr. López, lo atendió el Dr. Cantarutti, porque trabajan dos horas cada médico y en ese horario estaba el Dr. Cantarutti (Ver audiencia hora: 11:55 y 12:06).

e.- Del Acta Testimonial de Jésica Paola Ojeda Villarroel (ver fs. 122 del AEV) surge que la Sra. llevó a su hijo (Grajeda) ese día al hospital, fue atendida aparentemente por el Dr. Cantaruti, después de que había fallecido el Sr. López y mientras el Doctor iba a suturar al hijo *"...llegó otro doctor, y entonces el Doctor que me estaba viendo el nene le dice: "ándate, te mandaste una macana". Este otro doctor le dijo: "¿Pero qué paso?" y el Doctor que atendía a mi hijo le contestó: "El hombre que atendiste temprano falleció". El Doctor que había entrado dijo después de este comentario: "Huy, no puede ser, me tomo el palo" y el Doctor que estaba viendo a mi nene le respondió: "Si, desaparecé" y ahí este otro médico que había entrado se fue."* (ver del renglón 24 al 30 de fs. 122 del AEV).

4)- En cuanto al **TIEMPO DE ATENCIÓN** en la primera visita del sr. López al hospital, significado del RAC o TRIAGE y si realmente se cumplió con el procedimiento que el arte de la ciencia de la medicina exige:

Otro hecho, no menor, y que resulta llamativo, en relación a los procedimientos aplicados, es lo relativo al tiempo que duró la atención en el nosocomio del Sr. López, en que consiste el RAC o Triaje/Triage y si realmente se llevó a cabo conforme lo exige la ciencia médica (debido examen físico, correcto interrogatorio, etc.):

a.- <u>Surge del libro de Registro</u> que el Sr. López, ingresó al hospital a las 15:31hs. con dolor precordial y del Libro de Enfermería que le colocaron la inyección (diclofenac) a las 15:45hs. (ver fs. 31, 42, 43vta., 60, 64, 66 de autos y fs. 17, 19, 46, 52 y 54 del AEV). Por lo que se concluye que la recepción, TRIAGE, atención médica y colocación de medicación del Sr. López duró sólo 14 minutos en total (ese fue el tiempo desde que llegó hasta que se fue del nosocomio con el inyectable colocado).

b.- Luego del ingreso, el Sr. López, pasó a la Enfermería para que le realicen el primer control: **<u>RECEPCIÓN, ACOGIDA y CLASIFICACIÓN</u>** (RAC) (término que en urgencias hospitalarias debe sustituir a Triage), es una correcta comprensión del problema de salud de los pacientes y su ecosistema, entorno y familia, desde la óptica asistencial, por niveles de gravedad, y su correspondiente clasificación y adecuación a la estructura del medio asistencial de urgencias en el que nos encontremos. También mal llamado Triage (término francés que se emplea en el ámbito de la medicina para clasificar a los pacientes de acuerdo a la urgencia de la atención, también denominado Triaje).

"La recepción es el momento en el cual se establece la primera relación asistencial como respuesta a la demanda del ciudadano / cliente / paciente / familia".

"La acogida es el modo relacional en el que se desarrolla el primer encuentro sanitario-paciente y conlleva la puesta en práctica de todo el bagaje de valores humanos hacia el paciente y la familia desde la personalidad enfermera, predisponiendo favorablemente a la relación terapéutica positiva."

"La clasificación determina una toma de decisiones en cuanto a la asistencia del paciente con relación a su estado de salud, adecuando esa toma de decisiones a las capacidades del servicio y de respuesta material y humana, que presenta cada unidad asistencial. La clasificación se hará en función de los síntomas y manifestaciones subjetivas del paciente, o acompañante, en aras de una priorización en la atención médica y de cuidados enfermeros."

"En la RAC se iniciará la prestación de cuidados inmediatos ofreciendo un abordaje integral de la persona en cuanto a manifestaciones físicas, emocionales y cognitivas."

"En cuanto a la escala empleada para clasificar asignando una prioridad en la atención, la bibliografía recomienda expresamente que se utilice un sistema con solvencia acreditada, citando como ejemplo el canadiense, australiano o Manchester, desaconsejando la utilización de aquellos que sean desarrollados localmente sin haber sido validados correctamente. La mayoría de estas escalas de clasificación hacen mención a 4 ó 5 niveles de prioridad en los que prima la atención médica. (Fuente de información: https://enferurg.com/rac-recepcion-acogida-y-clasificacion-de-enfermeria-evolucion-y-adaptacion-a-equipos-de-emergencia/)

Conforme a los conceptos esbozados, la RAC, no se ciñe solamente a controlar la Presión Arterial, pulsaciones y saturación de oxígeno en sangre, como se hizo en el caso de marras, sino que es mucho más amplia.

Las **etapas** de la consulta de **RAC** son las siguientes: **1. Impresión general:** Se refiere a la sensación de gravedad que nos produce un paciente. **2. Anamnesis:** ¿Qué le pasa? Motivo de consulta. Descripción del cuadro y su sintomatología, delimitando un cuadro para formarnos una opinión de su gravedad. ¿Desde cuándo?: delimitamos si es un cuadro agudo o una afectación crónica o crónica descompensada. Episodios previos: averiguamos la existencia de cuadros recurrentes. Datos de interés relacionados con el motivo de consulta: que sean pertinentes y ayuden a la priorización **3. Exploración**: Búsqueda de signos de gravedad. Hay que prestar atención en aquellos relacionados con el motivo de consulta y que nos ayuden a priorizar. **4. Toma de signos vitales**: En el triaje utilizamos habitualmente los siguientes signos vitales: FC, FR, TA, SatHb, Tª y glucemia. De todas formas, insistimos que no es que deban tomarse de forma obligatoria, sólo si nos hacen falta para el proceso del triaje. Muchas veces los niveles 1 y 2 tienen signos clínicos de urgencia evidentes que hacen innecesario conocer el valor de los signos vitales, porque ya tenemos claro que se trata de un paciente urgente. **5. Valoración del dolor**: El dolor es un aspecto muy importante a ser valorado en la consulta del RAC y su determinación implica una sistemática diferente según la edad. **6. Clasificación**: Es la prioridad de atención de urgencia utilizando protocolos validados para tal efecto. **7. Despedida e información**: Se le explicará al paciente y/o familiares el tiempo y lugar donde esperará para ser atendido según la clasificación asignada y cuándo corresponde ser reclasificado.

La consulta de RAC o triage debe seguir una sistemática para que no se olviden cosas importantes, pero también tiene que ser

suficientemente flexible para adaptarse a la situación de cada paciente. Esto significa que, aunque incluye varios apartados no siempre todos son necesarios ni siempre tienen que hacerse en el mismo orden.

De hecho, casi siempre se harán de forma paralela: comenzar a valorar algunos datos de la exploración física o tomar signos vitales mientras se continúa la anamnesis.

La asignación de nivel de prioridad de atención de urgencia determinado se basa en unos protocolos o algoritmos, no sólo en el criterio personal de cada profesional. Estos protocolos tampoco han sido aportados por la parte contraria (en especial el Hospital y el Ministerio de Salud – Prov. De Mendoza).

c.- De las **Testimoniales de ambas Enfermeras** (ver audiencia testimonial tomada bajo el sistema de video grabación hora: 10:28, 10:42, 11:50 y 11:56), y del recetario (ver fs. 31 y 60 de autos y fs. 46 del AEV) surge claramente que consideran RAC o Triaje, solamente la Toma de signos vitales: FC (Frecuencia Cardiaca), TA (Tensión Arterial o Presión Arterial) y SatHb (Saturación de oxígeno). La Enfermera Lorca en la Audiencia Testimonial de sede civil manifiesta que la atención de ella con respecto al Sr. López, tuvo un tiempo de duración de 5 minutos (Ver Audiencia hora: 10:31).-

d.- Relato del Dr. Llaver en la contestación de demanda: Conforme relata la parte demandada (Dr. LLAVER a fs. 125vta. último párrafo): *"El facultativo realizó, según su experiencia de más de veinte años en guardias de urgencias, un interrogatorio y examen físico completo - incluido auscultación cardiaca – correspondiente a la dolencia que aquejaba "en ese momento el paciente" y a su criterio no necesitó más que la medicación instituida".* Es decir, en primer lugar, que en menos de nueve minutos (descontando tiempos de espera administrativos y RAC) el galeno pudo realizar un diagnóstico de Cefalea y descartar cualquier otro síntoma; en segundo lugar, ¿le realizó auscultación cardiaca a una persona que presentaba un simple dolor de cabeza? Y por último ¿no le indicó ningún estudio para determinar el origen del dolor de cabeza y descartar así algo más grave? Esta parte entiende que es imposible realizar un interrogatorio y examen físico completos conforme se manifiesta, más el RAC de enfermería en tan sólo 14 minutos, y menos aún colocar la inyectable indicada.

Con lo relatado hasta aquí, se puede concluir que en esos 14 minutos que duró la atención del Sr. López (desde el ingreso hasta la salida) nunca pudieron haber bastado para efectuar como corresponde todos los controles Recepción, Acogida y Clasificación (RAC) por enfermería (según la

enfermera Lorca duró 5 minutos – ver Aud. Test. Hora: 10:31) y además el examen clínico completo que corresponde en una guardia de hospital, el que fue llevado adelante por el médico demandado, donde supuestamente realizó el debido interrogatorio y el correcto examen físico. Es por ello que esta parte sostiene que no se cumplió con el RAC, ni con el interrogatorio, ni examen físico correspondiente al buen arte de curar y como bien lo indica la técnica y la ciencia médica, acreditando así una falta de servicio.

5)- En cuanto a la **falta de conocimientos** de las enfermeras que atendieron al Sr. López en su primera visita al hospital:

a.- En el Acta Testimonial del 12/09/2016 la **Enfermera, Johana Janet LORCA**, quién le realizó el Treage o RAC (controles habituales de guardia) manifiesta que el Sr. López se presentaba ansioso y decía que le dolía todo (ver fs. 70 del AEV). En la Audiencia testimonial del día 15/04/2019 a medida que avanza el interrogatorio, la Sra. se pone nerviosa, reconoce que los abogados la citaron antes de la primer testimonial (la del AEV), ante la insistencia de esta parte respecto a cómo funciona el sistema de guardia e ingreso al nosocomio, titubea, se contradice, confunde y luego manifiesta que al Sr. López le dolía todo el cuerpo, que no lo interrogo y lo hizo pasar en forma inmediata/urgente al médico (de no haber sido urgente hubiese vuelto a esperar en la sala de guardia), tampoco resulta ser una profesional que tenga claro los síntomas de infarto o pre-infarto, pues manifiesta que los síntomas típicos son presión arterial baja (hipotenso), que el paciente esté sudoroso o pálido (SIC) (ver testimonial en video grabación del día 15/04/2019 hora: 10:43 y 10:44) lo cual se contradice con la respuesta que figura en la Testimonial del AEV a fs. 71, donde en respuesta a la última pregunta del Ministerio Público -¿Si podría decir si recuerda algún síntoma en particular al momento del ingreso del paciente López a la Guardia?- RESPONDE: "recuerdo que estaba pálido".

b.- En el Acta Testimonial del 13/10/2016 del AEV la **Enfermera, Mercedes Carmen Algañaraz Arce**, quién le colocó el inyectable indicado por el Dr. Llaver, manifiesta que el Sr. López le dijo que le dolían las piernas, le dolía todo el cuerpo y en palabras del Sr. López le dijo "estoy cagado" (ver segundo y tercer renglón de fs. 85vta del AEV). Tampoco resulta ser una profesional que tenga claro los síntomas de infarto o pre-infarto, pues manifiesta que no notó que el paciente esté sudoroso o pálido (ver testimonial en video grabación del día 15/04/2019 hora 11:59), en llamativa coincidencia con lo declarado por Lorca (la otra Enfermera). Es decir que considera que solo en caso

de haberlo visto pálido o sudoroso existía la posibilidad de un infarto (recordar que la Enfermera Lorca manifestó en la Testimonial del AEV (ver fs. 71 del AEV) que el Sr. López estaba pálido en manifiesta contradicción a lo expresado en la Audiencia del día 15/04/2019, donde expresó que la palidez es síntoma de un infarto o pre-infarto.

Resulta claro de sus testimoniales, que ambas profesionales del servicio de salud no conocen ni saben los síntomas del IAM, todo lo que configura una falta más de servicio del nosocomio que las acoge.

Cabe concluir: Por todo lo expuesto hasta aquí esta parte se considera agraviado por el considerando y el resolutivo, ya que considera que existió una grave falta de servicio de salud, por el nosocomio demandado, la que se encuentra debidamente acreditada.

SEGUNDO: Carga de la prueba.

Ahora bien, párrafo aparte merece el tratamiento de la carga de la prueba, cuando el factor de atribución es de carácter objetivo (falta de servicio), aquí se discrepa con la postura sostenida por el a quo, todo lo que a continuación esta parte pasa a fundamentar en lo párrafos siguientes:

El Art. 1722 establece que el *"...factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario."*

Y el Art. 1723 dispone que *"...Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva."*

El legislador ha optado por establecer los principios que rigen la responsabilidad objetiva, estableciendo los lineamientos generales del instituto, pero sin realizar una enumeración de los supuestos concretos basados en dicho esquema de atribución, los cuales se encuentran instaurados en diferentes secciones del cuerpo normativo. En forma muy simple y precisa, en el art. 1722 se ha caracterizado al factor objetivo de atribución como aquel en el cual "la culpa del agente es irrelevante" a los fines de atribuir responsabilidad. De tal forma que, como mencionamos al comentar el art. 1721, cuando concurre un factor objetivo de atribución de responsabilidad no es necesario que la conducta

del sujeto sea evaluada en cuanto a si es merecedora de reproche alguno. (siempre hablando del nosocomio demandado)

De acuerdo con las circunstancias fácticas en las cuales se produjo el daño en el caso de marras, se puede afirmar que la culpa del dependiente concurre como un factor más de atribución objetivo de responsabilidad del nosocomio, junto al resto de los enumerados en el punto precedente.

El sistema de responsabilidad objetiva, indudablemente, favorece el reclamo de la víctima, al simplificarle el camino hacia una reparación plena de los daños derivados de ciertas situaciones generadoras derivadas de una falta de servicio de salud.

Básicamente, bajo la aplicación del factor objetivo de responsabilidad, la regla es la configuración de la existencia del deber de responder. La forma de liberarse de esa responsabilidad objetiva atribuida, será "demostrando la causa ajena". De tal forma, solo por vía de excepción, por la configuración de una eximente, genéricamente la configuración de una "causa ajena", puede verse desplazada la responsabilidad derivada de la aplicación de un factor de atribución objetivo.

En el caso de marras el factor objetivo de atribución de responsabilidad es el incumplimiento del deber genérico de no dañar a otro y no al incumplimiento obligacional. Es decir que de la misma forma que la "garantía" de un resultado es el factor de atribución característico de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación previa entre las partes (que la doctrina denomina tradicionalmente "responsabilidad contractual"), el "riesgo creado" por la cosa o por el ejercicio de un actividad es el factor de atribución característico de la responsabilidad derivada del incumplimiento del "deber genérico de no dañar a otro" y sin que exista una obligación previa entre las partes (responsabilidad que la doctrina tradicionalmente denomina "responsabilidad extracontractual").

"La atribución objetiva de responsabilidad por servicios defectuosamente prestados regulada por Ley de Defensa del Consumidor alcanza a todos aquellos que han intervenido en la organización del servicio, incluido quien se presenta en apariencia como tal, como ha acontecido en el presente caso" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata [Buenos Aires], sala tercera, 01/02/2017, expte. nro. 149950, "Zubillaga, Osvaldo Martín y otra c. Tapia, Mario Rubén y otros s/daños y perj. - resp. por delitos y cuasi. sin uso automotor", citar: elDial.com - AA9CE9).

"Corresponde rectificar el criterio expuesto en algunos fallos de este fuero y calificar a la obligación a cargo de la empresa prestadora de un servicio público como 'de resultado' —tal como lo sostuve en mi voto dado en la causa nº 6771/03 del 1/2/07— lo que determina que la atribución de su responsabilidad se base en el factor objetivo (art. 1723 del Código cit.). Por ende, para eximirse de responsabilidad, la empresa debe demostrar el casus o el hecho del tercero equiparable a él, o la culpa de la víctima como eximentes (arts. 1729, 1730, 1731 y 1734 del Código cit.). No le basta con probar su 'falta de culpa' tal como implica la apelante" (CNFed. Civ. y Com., sala 3ª, causa nro. 1122/12/CA1, "Achilli, Diego Roberto y otro c. Edenor SA s/daños y perjuicios").

Ahora bien, sumo a lo expuesto lo que establece el Art. 1725 en cuanto a la "*Valoración de la conducta"* el que concretamente dispone que *"...Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente."*

Esta norma brinda diferentes herramientas de análisis al intérprete que deba ponderar la conducta activa u omisiva del agente sindicado como responsable de un hecho dañoso. El artículo guarda antecedentes en los arts. 902 y 909 del Código derogado.

El eje de la valoración de la conducta debe tener sustento en la valoración de la previsibilidad de las consecuencias, como medida o factor de ajuste en la mayor exigencia del deber de obrar con mayor prudencia y conocimiento de las cosas. Es decir, cuando sea necesario un mayor grado de prudencia o de conocimientos técnicos, la exigibilidad de un mayor grado de diligencia, serán también mayores. Por ello, el juzgador, deberá realizar a los fines de ponderar las conductas, un acabado y profundo análisis de los hechos y circunstancias en juego, con el propósito de determinar el nivel o "vara" con la que debe medir la diligencia aplicada por el presunto responsable del resultado dañoso.

Son también factores de análisis, las circunstancias especiales que vinculan a las partes, derivadas de la confianza mutua, y de las

condiciones particulares de las partes. Ello lleva a analizar situaciones de abusos, cuando existe ostensible disparidad técnica entre las partes.

En primer lugar, de acuerdo con lo que dispone el primer párrafo del art. 1725, se debe tener en cuenta el requerimiento del deber en cuestión que haya sido incumplido, pues *"cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente"*, de tal forma que un deber de mayor gravedad merecerá un juicio más estricto respecto del actuar del imputado por responsabilidad. Pero la seriedad del deber que debió ser cumplido implicará una mayor extensión de las consecuencias por las cuales se responda, pues también será mayor "la valoración de la previsibilidad de las consecuencias". De tal forma, la gravedad del deber implicará mayor estrictez de juzgamiento del obrar y una mayor extensión sobre lo que se consideren consecuencias previsibles de ese obrar dañoso.

Las condiciones especiales de los demandados en el caso de marras influyen directamente en la carga de la prueba y la atribución de responsabilidad (art. 1725, última parte). Por ejemplo, no es la misma la diligencia exigible a un ciudadano común que a un médico y tampoco será la misma diligencia que se le exige a un médico residente que a un médico especializado como el demandado, por sus antecedentes y experiencia profesional.

"...Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia, diligencia y pleno conocimiento de las cosas, mayores serán las consecuencias de los hechos consumados por el médico. De lo que se sigue que aún una causa mediata —consecuencia previsible resultante de la conexión de un hecho con otros distintos (arts. 1726 y 1727 del Cód. Civil y Comercial; antes art. 904 del Cód. Civil) puede ser suficiente para responsabilizar al médico si su proceder culposo permitiese prever como posible el perjuicio, porque en estos casos el nexo de causalidad no se interrumpe cuando el daño es producido por la sucesión de actos conexos entre sí y el resultado aparece con arreglo al curso normal propio de la causa imputable al agente" (51482/2000, "S., E. c. Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles [OSPEDYC] y otros s/sumario", CNCom., sala D, 24/11/2016)

Los Jueces tienen facultades amplias para la apreciación de la prueba de acuerdo con su razonable sana crítica. En tal sentido, el cúmulo de pruebas rendidas, deberán generar convicción acerca de la acreditación, o no, de la configuración del o los factores de atribución aplicables.

Sumado a lo expuesto, recordemos que el Art. 1735 expresamente otorga "*Facultades judiciales".* Es decir, el juez tiene facultades para

distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

El artículo mencionado unge con autoridad normativa el llamado "principio de las cargas probatorias dinámicas" que por vía pretoriana viene aplicándose de modo pacífico desde cierto tiempo. Se establece la facultad del juez en invertir dicha carga probatoria, atribuyéndole tal labor a la parte del pleito que se encuentra en mejor condición de rendir prueba, ya sea sobre la eventual culpa de la víctima, o bien, sobre su posible diligente accionar.

Respecto a este punto, es importante considerar que el día 03/07/2018 (a fs. 173), el a quo, le hizo saber a las partes que al proceso se aplicaría el principio de carga dinámica de la prueba, extendiendo el plazo por 10 días.

En el caso de marras los demandados tienen una absoluta disparidad técnica, profesional y tecnológica, que implica que los actores se encuentren en una situación de inferioridad que impide o reduce sensiblemente su capacidad y posibilidad de rendir pruebas en el expediente. También ocurre que, dado el escenario en el cual ocurrieron los hechos dañosos, no se encontraban presentes, por cuanto el paciente que sufrió la mala praxis médica y la falta de servicio de salud, falleció.

En tal supuesto, el juzgador utilizó la facultad reflejada en la norma para atribuir o distribuir cargas probatorias entre las partes, sobre todo teniendo en cuenta quien está en mejor posición para aportarla.

Ahora bien, la aplicación del principio de las cargas probatorias dinámicas, resulta de poca utilidad si luego no se tiene en cuenta al momento de juzgar. Pues, sin la colaboración del que estaba en mejores condiciones de probar, resulta imposible poder acceder a la verdad material de los hechos, imposibilitando así la posibilidad de los justiciables y de los jueces de lograr sentencias con mayor y mejor andamiaje y sustento probatorio, hecho que hace a la justicia de tales decisiones jurisdiccionales.

"...en la mayoría de los casos en que se juzga la responsabilidad profesional del médico, por tratarse de situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba, o prueba compartida, que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva,

el deber de hacerlo (conf. causas Ac. 82.684, cit.; Ac. 94.212, 'G., A. B.', sent. de 26-IX-2007; C. 98.767, 'Manzano', sent. de 21-V-2008; C. 101.543, 'Avalos', sent. 24-VI-2009; C. 111.814, 'M. J., R.', sent. de 27-VI-2012; entre muchas otras)" (SCBA, expte. nro. 121.010, "G., R. R. y otro c. V., G. y otros. Daños y perjuicios", SCBA, 21/03/2018, citar: elDial.com - AAA9CA).

Finalmente nuestra Corte Suprema en el fallo Noguera ya citado transcribe un fundamento de la sentencia de cámara que reza: *"...Por su parte, la teoría de las cargas probatorias dinámicas impone la carga a quien está en mejores condiciones de probar; determinados hechos son más fáciles de probar para el paciente (que cumplió con las instrucciones del médico, que lo visitó regularmente, que tomó la medicación, etc.) y otros serán más fáciles de probar por el médico (cómo hizo el diagnóstico, el haber empleado conocimientos y técnicas aceptables, haber suministrado o recetado la medicación correcta, haber hecho la operación que correspondía, haber controlado debidamente al paciente, etc.). El Dr. Siarri no ha podido probar en la causa que su actuación fue correcta tanto en el diagnóstico como en el tratamiento de la paciente, por lo que cabe confirmar la sentencia que lo hace responsable de las consecuencias dañosas derivadas de la muerte de la hija de la actora..."* y luego concluye que *"...No advierto que el Tribunal de grado haya invertido la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica. La frase transcripta por la quejosa no debe analizarse aisladamente sino como culminación de la argumentación según la cual la teoría de las cargas dinámicas no pone ni sobre el profesional ni sobre la víctima el peso de probar todos los hechos; hay hechos cuya prueba es más fácil para el paciente (que tomó la medicación, que visitó al médico, etc), y otros que son de más fácil prueba para el médico. El razonamiento es totalmente lógico desde que si una paciente joven llega a la sala con dolores de estómago, de tal magnitud que ha debido ser trasladada en silla de ruedas, y le manifiesta que está en tratamiento para quedar embarazada no resulta ilógico pedir al médico que explique por qué descartó las otras alternativas a las que los síntomas lo llevaban inclinándose, incluso con dudas, por un simple y no riesgoso estado de origen psicológico..."* (S.C.J.de Mendoza, sala 1, 6-7-2009, "'Noguera, Maria E. c/Provincia de Mendoza y otros", D. J. 2010-1-435, ARIJUR/22217/2009)

Por todo lo expuesto, es que esta parte solicita a V.Excma. Cámara que admita el recurso de apelación planteado, revoque la sentencia atacada y resuelva hacer LUGAR A LA DEMANDA incoada por mi representada

acogiendo la pretensión de esta parte en su totalidad, con expresa imposición de costas a la contraria.

IV. <u>RESERVA DEL CASO FEDERAL</u>:

Que encontrándose en juego derechos de directa e inmediata raigambre constitucional, se hace expresa reserva del caso federal para ocurrir ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación por el procedimiento de ley.

V. <u>PETITORIO:</u>

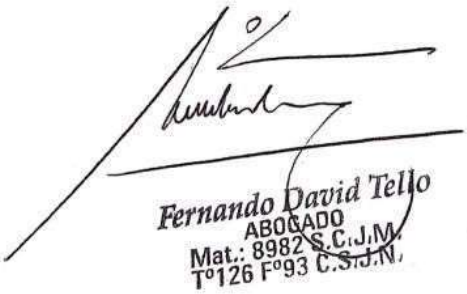
Por todo lo expuesto es que solicito a V. Excma. Cámara:

1.- Tenga por fundado, en debido tiempo y forma, el recurso de apelación interpuesto y la expresión de agravios formulada.

2.- Tenga presente la reserva del Caso Federal.

3.- A la hora de resolver haga lugar al presente recurso de apelación y en su consecuencia, revoque y/o modifique la sentencia impugnada, resolviendo conforme lo solicitado por esta parte al demandar, teniendo en cuenta toda la prueba rendida en autos y los alegatos vertidos en primera instancia.

PROVEER DE CONFORMIDAD y SERÁ JUSTICIA.





RATIFICA.

EXCMA CAMARA:

Florinda Mabel Fontemachi, por derecho propio en estos autos **N°58092** caratulados **"FONTEMACHI PEREZ FLORINDA MABEL C/ LLAVER GERMAN A Y OTROS P/ DAÑOS Y PERJUICIOS",** me presento ante V.S. y como mejor procede digo:

I- Que vengo por el presente a ratificar todo lo actuado por el DR. FERNANDO DAVID TELLO y/o el DR. CARLOS RAFAEL ROBLES en mi nombre y representación, toda vez que actuaron obedeciendo expresas instrucciones impartidas, lo que solicito se tenga presente.

Proveer de conformidad, SERÁ JUSTICIA.

Dr. CARLOS R. ROBLES
ABOGADO
Mat. 9351 S.C.J.M.
T° 132 F° 188 C.S.J.N.

Fontemachi

Fontemachi Florinda Mabel

DNI 16699183