----Trelew, de julio del año dos mil quince.----------

--- **VISTO:** ----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 11 contra la resolución dictada a fs. 10 y vta. concedido a fs. 12, es fundado a fs. 13/19.----------

--- **Y CONSIDERANDO:** ----------

--- I.- A fs. 10 y vta. el juez de grado resuelve no hacer lugar al secuestro de la historia clínica y todas sus constancias documentales anexas y complementarias (protocolo quirúrgico, partes anestésicos, hojas de enfermería, resultados de estudios de laboratorio, radiografías, hojas de consentimiento informado, hoja de gráfica), como asimismo a la pericial informática solicitada.----------

--- Para así decidir considera que no se ve que la prueba pueda resultar de imposible o dificultosa producción en la etapa de prueba, además en esa oportunidad contará la actora con la posibilidad de impugnarla para el caso que se dé el supuesto de que se hubieran vulnerado los datos almacenados cuyo relevamiento pretende. Agrega que la prueba anticipada no constituye una categoría jurídico procesal con personalidad propia, por el contrario es un modo excepcional de producir la prueba, entablando o no el juicio, de acuerdo con la urgencia para la ejecución de la medida. Y que en el caso no se hizo referencia a argumentos para considerar configurada la urgencia en la producción del informe solicitado.----------

--- Cita jurisprudencia según la cual, para solicitar la petición de prueba documental anticipada en poder de la contraparte el peticionario debe alegar y aportar elementos de juicio que autoricen a presumir la posibilidad de que se adulteren los documentos. Asimismo respecto de su admisión restrictiva, indica que su finalidad es no dejar comprometidos los principios de igualdad y lealtad al procurarse una de las partes informaciones sin la plenitud del contradictorio. Añade con otra cita jurisprudencial que solo si se comprueba que la parte que la propone está expuesta a perder la prueba, o que esta pueda resultar de imposible o muy dificultosa producción en la etapa respectiva se admite su producción anticipada.----------

--- Refiere a los arts. 14 y 18 de la ley 26529 por los cuales se establece que el paciente es titular de la historia clínica lo que implica que tiene derecho a una copia autenticada de aquélla, pues el original debe quedar en poder del nosocomio o profesional dado que son estos los autores de la historia clínica. Advierte que tampoco la historia clínica ha sido solicitada por la actora extrajudicialmente. Y respecto del art. 18 señala que establece la inviolabilidad de la historia clínica y quienes tienen a cargo su guarda y custodia son depositarios, a los que se les aplican las normar del Código Civil, sobre el contrato de depósito, fijándose el plazo de diez años de tiempo mínimo durante el cual deben cumplirse las obligaciones de depositario, tiempo que se computa desde la última atención registrada.----------

-- II.- Agravia a la apelante la decisión del juez de grado, toda vez que el magistrado

aduce que la prueba puede producirse posteriormente, dado que no se ve que la prueba que se pide pueda resultar imposible o de muy dificultosa producción en el período de prueba.---------- --- Refiere que el secuestro de la historia clínica como la pericia informática solicitadas en los presentes autos, son medidas que desde hace tiempo han sido tratadas por la doctrina y la jurisprudencia, determinando unánimemente que constituye una medida decisiva el secuestro sorpresivo de este tipo de documentos, y es admisible como medida preliminar, para preservar los documentos como asimismo para saber efectivamente contra quiénes se entablará la demanda.---------- -- Aduce que la medida que solicita es para procurar la conservación de los documentos a fin de posteriormente presentar la acción resarcitoria, sirviendo de base fundamental para acreditar el acto médico, sus circunstancias y todos aquéllos hechos vinculados al mismo. Transcribe jurisprudencia en su apoyo.---------- Manifiesta que la jurisprudencia citada por el a quo refiere a pronunciamientos en causas en los que se pretendía acceder a prueba anticipada que no tienen relación alguna con los temas aquí tratados. Reconoce que la prueba anticipada se admite restrictivamente pero alega que el juez a quo aplica un criterio absolutamente limitado, que no corresponde en casos que es imprescindible acceder a documentación específica para acreditar determinados hechos y circunstancias.---------- --- Respecto a la imposibilidad o dificultad de obtener la prueba a la que no se hizo referencia según el magistrado, señala que hay que comprender la existencia de supuestos en los que se intente evitar que a través de maniobras de distinto tipo se oculte, modifique, destruya o cambie el objeto probatorio a adquirir.---------- --- Resaltan que se expusieron argumentos fundamentales por los cuáles se teme que la prueba pueda resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, pues se dijo que se pretende entablar una futura demanda de daños, se explicitó a quienes iba dirigida, asimismo se hizo referencia a la importancia que revestía para el caso la historia clínica como elemento de prueba decisivo a la hora de determinar la responsabilidad del médico y/o sus auxiliares, como asimismo que dicho documento se encontraba en poder de los posibles futuros accionados, lo que hacía temer que al tomar conocimiento de la demanda en su contra pudieran ocurrir actos que vulneren la integridad de los documentos que forman parte de la misma.---------- Asimismo, mencionan que la única norma que se cita es el art. 326, inc. 2 del CPCCN no compartiendo esa postura, dado que las normas en las que fundan su pretensión son de índole local.---------- -- Alegan que justamente lo que se pretende es evitar modificaciones en la historia clínica, las que, -según el magistrado de grado-, de producirse, posteriormente podrían ser objeto de impugnación.----------

-- Añade que la finalidad de la prueba anticipada es evitar que se alteren posibles elementos probatorios, y es por ello que se admite que el juez la disponga inaudita parte.----------

--- En orden a la impugnación que se dice podría oponer la actora en caso de existir modificaciones, se interrogan cuáles son esas posibilidades respecto de un documento en el que no participó en su confección.----------

-- En relación a la ausencia de urgencia invocada en la decisión señalan que no es un recaudo exigible por el art. 329 del CPCC.----------

--- Asimismo agravia a la apelante la exigencia del magistrado respecto a que la actora debió requerir extrajudicialmente copia certificada de la historia clínica, pues no es una exigencia de las normas procesales. Insiste que el requerimiento extrajudicial de la documentación atenta contra el objetivo fundamental de la medida solicitada, pues quien debe entregar la copia certificada es la institución asistencial, en el plazo de cuarenta y ocho horas de modo tal que, en ese plazo, advertida la institución asistencial de una posible demanda en su contra, podría vulnerar la integridad de la documentación solicitada o la desaparición de documentos.----------

--- Cita jurisprudencia en su apoyo.----------

--- Insiste que no se haya considerado en la decisión el carácter de elemento preparatorio que reviste la medida solicitada. Indica que además de peticionar la medida con el objetivo de asegurar la conservación de documentos esenciales para el proceso de fondo, se consideró fundamental el secuestro de la historia clínica a fin de determinar la responsabilidad del médico y su equipo de asistentes, tanto para agravar su conducta por inercia o negligencia, como para eximirles de responsabilidad en todo o en parte.----------

--- Señala que no puede obviarse que en las cuestiones de responsabilidad civil médica se encuentran imbuidas de un contenido científico que es sumamente difícil, sino imposible, para un paciente determinar si el accionar médico fue correcto o se apartó de lo esperado.----------

-

--- Asimismo, agrega suelen intervenir numerosos operadores, cuya participación no es conocida por el paciente y cuyo rol debe ser desentrañado a la hora de iniciar la demanda. Cita jurisprudencia en su apoyo.----------

-- III.- En anteriores oportunidades esta Sala hizo mención a que la Corte Nacional ha acuñado la regla que consagra el derecho a una rápida y eficaz decisión judicial que se halla inserta en la garantía de la defensa en juicio, señalando que cuando la tramitación es dilatoria, y se abusa de los pliegues y repliegues de las formas procesales, por su indebida prolongación, se desconocen los derechos de las partes, y ello sin lugar a dudas constituye una situación equiparable a la denegación de justicia (CSJN Fallos 244:34, 246:87 (ED, 7-324); 261:132; 265:147 (ED, 15-789), cit. por Augusto Morello, “La eficacia

del proceso", Ed. Hammurabi, pág. 20) (esta sala SIC 46/11, SIE 017/12).----- La finalidad que se persigue es acortar los tiempos de procesos disfuncionales, con tiempos muertos, incidentes, pases y recursos que oradan el avance del proceso, de modo de compensar a los justiciables resolviendo tempranamente, modalidad que cada vez es de uso más imperioso para rescatar lo que el servicio debe proveer en el momento oportuno. Así la tutela urgente y anticipada, las medidas cautelares y autosatisfactivas, la concentración de los actos procesales, y también la prueba anticipada, que deben despacharse antes y ahora, no después y cuando "ya no importe", son al decir de Morello las cuñas que desde la década del último milenio que concluyó porfían por hacer razonable y comprensiva la acción de justicia (Cfr.: "Avances procesales", "Diligencias preliminares. Un nuevo horizonte", en coautoría con Kaminker, Mario E., Ed. Rubinzal Culzoni, 2003, pág. 330). ---------- Y en el marco de esta nueva realidad surge la necesidad de superar interpretaciones estrechas, tales las que propugnan que esta medida es excepcional, a la que debe accederse como dispensa, gracia o privilegio y que se concede con restricciones en los términos de un número clausus.----------
---------- Ello así, no son argumentos justificativos de la denegatoria de las pruebas solicitadas la necesidad de fundamentar respecto de la urgencia en obtenerlas o que deban agotarse las vías extrajudiciales que fueron esgrimidos en el decisorio apelado, cuando es más que evidente que la finalidad del secuestro de la historia clínica que se tiene en miras es no ver frustrada o deformada la información que es esencial en cuestiones relacionadas a una eventual responsabilidad médica, y máxime cuando la realización de ese procedimiento preliminar, pero necesario, permitirá al actor estar en mejor condición para continuar luego con el proceso en sí, acercando la verdad objetiva al magistrado.-----Más aún cuando se mantiene la racionalidad del debate, se preserva la igualdad de las partes y la bilateralidad, a la vez que se evita un futuro dispendio jurisdiccional innecesario ante la eventual generación de incidentes de impugnación a los que remite el magistrado de grado, deberes impuestos al juzgador a tenor del art. 34, inc. 5to. aps. c, d, y e del CPCC.----------
----------En efecto, se confunde el control de la prueba por la contraria con fundamento en el principio de bilateralidad o contradicción requerido para producir una prueba, cuando lo pretendido por la actora es resguardar la fidelidad de una prueba ya preconstituida. Por otra parte, encontrándose la prueba en poder de quien será la parte demandada, estará presente en la diligencia, a la vez que la presencia del oficial público garantiza que la historia clínica no sea alterada, modificada o reemplazada. ----------Sin desmedro de nuestro código procesal, cabe agregar que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contempla en su art. 326, inc. 4to. la producción anticipada de prueba consistente en la exhibición, resguardo o secuestro de documentos concernientes al objeto de la pretensión conforme el art. 325 del mismo código, de modo tal que ninguna duda se

abriga respecto a la pertinencia y legitimidad de la prueba anticipada que se solicita.---------- ----En efecto, el secuestro de la historia clínica tiene características ordenatorias y conservatorias, en cuanto permite obtener y preservar el material probatorio, garantizando la debida integración de la litis subjetiva y delimitarla objetivamente.----------Es que, en el proceso iniciado por denuncia de una supuesta mala praxis médica, el secuestro sorpresivo de la historia clínica, documentación complementaria, y eventuales anexos, constituye una medida preliminar de decisiva importancia para posibilitar arrimar al conocimiento del órgano jurisdiccional del Estado la necesaria primacía de la verdad jurídica objetiva. Ello así, pues con dicho secuestro se asegura un elemento probatorio de primer orden, debilitando toda posibilidad de modificación o mutilación de la misma (C.N. Civ. Com. Fed., Sala II, 11/11/97, S. de C., M. A. c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación y otros LL, 1998-B-106 –DJ, 1998-2, 15 – DJ 1999-2,585, cit. por López Mesa, Marcelo – Director; Rosales Cuello, Ramiro - Coordinador, “Cód, Proc…”, Tomo III, Ed. La Ley, 2012, pág. 651).----------En efecto, no es atendible ni razonable, que el órgano jurisdiccional exija el agotamiento de una instancia de dudosa eficacia con el riesgo se someter a la parte a una antifuncional actividad jurisdiccional, la que afectaría la garantía de defensa en juicio “integrada también por el referido derecho a una rápida y eficaz decisión judicial” (Del dictamen del Procurador General, Dr. Elías P. Guastavino, in re “Tomatti c. Gobierno Nacional”, 31/10/77, cit. por Morello, Augusto M., “La eficacia del proceso”, Ed. Hammurabi, 2001, págs. 19/20). ---------- Para finalizar los deberes que imponen los arts. 14 y 18 de la Ley 26529 a los establecimientos asistenciales públicos o privados y a los profesionales de la salud, no han de interpretarse en el sentido de coartar los derechos de los pacientes, pues en sí mismos no imponen una prohibición a que se obtenga la historia clínica por otros medios o anticipadamente, sino a garantizar expresamente el derecho a contar con la misma.---------- --- De allí, que no se advierte cuál es el beneficio de esconder o postergar aquello que como información imprescindible, o prueba decisiva, puede obtenerse antes para ser aportado al comienzo del litigio sin menoscabo de las garantías del proceso justo.----------Ello así procede revocar parcialmente el decisorio de grado para hacer lugar a la prueba anticipada solicitada por la parte actora respecto del S. T. En consecuencia, corresponderá ordenar el libramiento de mandamiento de secuestro de la historia clínica y todas sus constancias documentales anexas y complementarias (protocolo quirúrgico, partes anestésicos, hojas de enfermería, resultados de estudios de laboratorio, radiografías, hojas de consentimiento informado, hojas gráfica), existentes en el S. T. pertenecientes a la paciente M. A. Del G., D.N.I.*** . Asimismo, desígnase perito Licenciada en Sistemas a L.A. T. M., quien previa aceptación del cargo por ante el

RRI

Actuario, se deberá constituir en la sede del S. T y para el caso de ser impuesto de la registración de Historia Clínica en forma digital, proceda a obtener una copia de la Historia Clínica de la paciente M. A. Del Gi., D.N.I.

****.---------- En relación a la prueba anticipada solicitada respecto de la Obra Social de Ejecutivos (OSDE), toda vez que conforme el art. 18 de la ley 26529 los depositarios de la documental cuyo secuestro se requiere son establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, carácter que no reviste la futura codemandada mencionada, ha sido bien denegada.----------

---- Atento el carácter anticipatorio de la cuestión que se resuelve, previo a la interposición de la demanda, la imposición de costas y regulación de honorarios a los Dres. A. G.y D. M. Z. por su labor en la Alzada se difiere para el momento en que en la futura demanda a entablar se haya dictado sentencia definitiva.----------

--- En su mérito, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE:** ----------

---------- I. Líbrese mandamiento de secuestro de la historia clínica y todas sus constancias documentales anexas y complementarias (protocolo quirúrgico, partes anestésicos, hojas de enfermería, resultados de estudios de laboratorio, radiografías, hojas de consentimiento informado, hoja de gráfica), existentes en el S. T. pertenecientes a la paciente M. A. Del G., D.N.I.****. Asimismo, desígnase perito Licenciada en Sistemas a L. A. T. M. quien previa aceptación del cargo por ante el Actuario, se deberá constituir en la sede del S. T., y para el caso que la registración de las Historias Clínicas se realice en forma digital, proceda a obtener una copia de la Historia Clínica de la paciente M. A. Del G., D.N.I.***. ----------

---------- II.- Diferir la imposición de costas y regulación de honorarios a los Dres. A. G. y D.M. Z. por su actuación en esta sede para la oportunidad establecida en el considerando pertinente.----------

---------- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por excusación del Sr. Juez de Cámara Dr. Aldo Luis De Cunto (Art. 7º Ley V Nº 17).----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

RAUL ADRIAN VERGARA — JUEZ DE CAMARA

SERGIO RUBEN LUCERO — PRESIDENTE

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2015 – SIC.- CONSTE.-**

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA