

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2018.-

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 17/57 Pablo Ezequiel Olivo y Lucrecia Ester Enrique, en nombre propio y en representación de su hija Camila Leila Olivo -por entonces menor de edad-, deducen demanda contra la Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud), el Estado Nacional (Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud), el "Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce - Dr. Néstor Carlos Kirchner" y el Dr. Nicolás Bacaloni, a fin de obtener el pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica en que habría incurrido el equipo de profesionales que le efectuó una intervención quirúrgica a su hija.

Asimismo, solicitan la declaración de inconstitucionalidad del art. 51 de la ley 12.008, Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, (modificado por la ley 13.101), de modo subsidiario, y arts. 7 y 10 de la ley nacional 23.928, de Convertibilidad (modificados por el art. 4° de la ley 25.561).

También en forma subsidiaria pretenden que se declare la inconstitucionalidad de la ley nacional 26.944 de Responsabilidad del Estado, y de los arts. 1720, 1764 y 1765 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto prevén una eximente de responsabilidad civil, tanto para los profesionales de la salud que han intervenido en la operación de la menor, como de los Estados demandados.

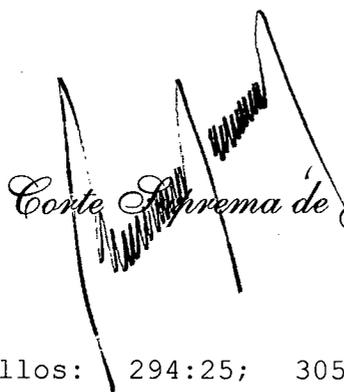
2°) Que de conformidad con lo decidido por esta Corte en las causas "Barreto" (Fallos: 329:759) y "Castelucci" (Fallos: 332:1528), entre muchas otras, corresponde declarar la incompetencia del Tribunal para entender en el caso, ya que, por los fundamentos y conclusiones expuestos en esas oportunidades a los que corresponde remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias, la causa no debe tramitar en la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

3°) Que no es un óbice a lo expuesto el hecho de que se demande al Estado Nacional, ya que de conformidad con lo resuelto por esta Corte resulta inadmisibles la acumulación subjetiva de pretensiones contra estados que, en causas como la presente, únicamente están sometidos a sus propias jurisdicciones (cfr. causa "Mendoza", Fallos: 329:2316).

4°) Que en su mérito, la acción dirigida contra el Estado provincial deberá seguir su trámite ante la justicia local.

A esos efectos, se remitirán fotocopias certificadas de estas actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a fin de que decida lo concerniente al tribunal que entenderá en la causa, con arreglo a las disposiciones locales de aplicación (arg. Fallos: 323:3991, considerando 7°, y arg. causa CSJ 915/2016 (42-L)/CS1 "Ledezma, Juan Carlos y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo", pronunciamiento del 3 de julio de 2007).

5°) Que, asimismo, en relación a las restantes pretensiones efectuadas en autos, y con arreglo a lo decidido en



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fallos: 294:25; 305:2001 y 307:852, este proceso deberá continuar su trámite ante la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal (art. 116 de la Constitución Nacional).

6°) Que sin perjuicio de ello, las excepcionalísimas circunstancias que rodean al presente caso, habilitan que este Tribunal examine la medida cautelar solicitada a fs. 85/91 (art. 196, del código citado, cfr. causa CSJ 1690/2003 (39-P)/CS1 "Podestá, Leila Grisel c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción de amparo", pronunciamiento del 18 de diciembre de 2003).

7°) Que, en ese sentido, esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cfr. Fallos: 331:2889 y sus citas, entre otros).

8°) Que, asimismo, es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 330:1261).

9°) Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva insita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquel y el derecho constitucional de defensa del demandado (Fallos: 334:1691).

10) Que, en tales condiciones, corresponde acceder a la medida cautelar innovativa solicitada. En efecto, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión, aparece con suficiente claridad que el mantenimiento de la situación padecida por la actora sin el correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz, podría generar, en las excepcionales y particulares circunstancias que se verifican en virtud de su condición, mayores daños, que deben ser evitados. Asimismo, el peligro en la demora aparece en forma objetiva en tanto la situación de discapacidad y la necesidad de cuidados que la peticionaria padece requiere el dictado de decisiones que resguarden los derechos por ella invocados hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes aduce (cfr. Fallos: 320:1633 y 334:1691).

Por ello y habiendo tenido intervención la Procuración General de la Nación, se resuelve: I.- Hacer lugar a la medida cautelar requerida y, en consecuencia, ordenar a los demandados que le provean a Camila Leila Olivo una silla de ruedas motorizada, de las características descriptas en la

Corte Suprema de Justicia de la Nación

documentación agregada con la presentación de fs. 85/91, en el término de veinte días. A tal fin, practíquense las notificaciones respectivas; II. Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en el caso por vía de su jurisdicción originaria; III.- Remitir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires copias certificadas del expediente, a fin de que decida lo concerniente al tribunal que entenderá en la causa en lo que respecta a la responsabilidad que se atribuye a la Provincia de Buenos Aires; IV.- Remitir las presentes actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para que efectúe el sorteo correspondiente. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y confecciónense los oficios por Secretaría para cumplir con lo resuelto.

(Inserción)
(en ordeno para)
CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

DISI-///-
RICARDO LUIS LORENZETTI

EN disidencia parcial
HORACIO ROSATTI

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS
FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 5° del voto que encabeza el presente pronunciamiento.

6°) Que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada. El art. 196, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que los jueces deben abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia, situación que es el caso, dado que en esta misma resolución se declara que la causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema.

La disposición legal citada responde al manifiesto propósito de evitar la posibilidad de que el interesado pueda seleccionar el tribunal que resolverá el pedido cautelar y sortear de esa manera al que resulte competente de acuerdo con el orden preestablecido por la ley, con severo compromiso del principio de imparcialidad que debe presidir el funcionamiento del sistema judicial en su totalidad, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por lo demás, no se ha alegado ni probado que las afecciones crónicas en la salud de la solicitante, con toda su gravedad, puedan verse agravadas durante el breve tiempo que media entre esta declaración de incompetencia y el momento en que el tribunal competente estará en condiciones de examinar la

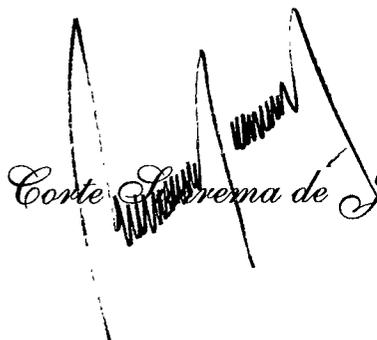
procedencia de una medida cautelar anticipatoria y, llegado el caso, en cuál habrá de ser su alcance. Por esta razón, tampoco se ve configurada la excepcionalísima situación prevista en la segunda parte del ya citado art. 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A los efectos de que la interesada pueda obtener sin dilaciones un pronunciamiento judicial sobre su pedido, las comunicaciones a los tribunales competentes deberán practicarse de manera inmediata.

Por ello y habiendo tenido intervención la Procuración General de la Nación, se resuelve: I.- Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en el caso por vía de su jurisdicción originaria; II.- Remitir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires copias certificadas del expediente, a fin de que decida lo concerniente al tribunal que entenderá en la causa en lo que respecta a la responsabilidad que se atribuye a la Provincia de Buenos Aires; III.- Remitir las presentes actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para que efectúe el sorteo correspondiente. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y confecciónense los oficios por Secretaría de conformidad con lo expuesto en el último párrafo del considerando 6°.


CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

DISI-//-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//--DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1º) Que a fs. 17/57 Pablo Ezequiel Olivo y Lucrecia Ester Enrique, en nombre propio y en representación de Camila Leila Olivo -por entonces menor de edad-, deducen demanda contra la Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud), el Estado Nacional (Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud), el "Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce - Dr. Néstor Carlos Kirchner" y el Dr. Nicolás Bacaloni, a fin de obtener el pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica en que habría incurrido el equipo de profesionales que le efectuó una intervención quirúrgica a su hija.

Para fundar su pretensión, los demandantes sostienen que, al llegar a la edad de 11 años, Camila Leila Olivo comenzó a padecer escoliosis idiopática juvenil, si bien no registraba ningún daño, lesión o alteración de la médula espinal. En fecha 17/02/2014 fue derivada al Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce, donde fue intervenida quirúrgicamente, momento en el que, invocan, sufrió una lesión medular intraoperatoria que le habría ocasionado paraplejía y pérdida de sensibilidad con un nivel T9. En síntesis, sostienen que a raíz de la lesión generada en la operación sufre una paraplejía espástica, incontinencia fecal, incontinencia urinaria, pérdida de sensibilidad y pérdida de movilidad, por lo que ha quedado en condición de persona discapacitada y con gran invalidez.

Sobre esa base, invocan responsabilidad profesional del equipo médico a cargo de la intervención quirúrgica, responsabilidad directa de la entidad asistencial demandada (Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce, Dr. Néstor Carlos Kirchner) y responsabilidad civil de los Estados Provincial y Nacional demandados.

Asimismo, solicitan la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 51 de la ley 12.008, Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (modificado por la ley 13.101) y, de modo subsidiario, de los arts. 7 y 10 de la ley nacional 23.928, de Convertibilidad (modificados por el art. 4° de la ley 25.561).

En forma subsidiaria pretenden que se declare la inconstitucionalidad de la ley nacional 26.944 de Responsabilidad del Estado, y de los arts. 1720, 1764 y 1765 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto prevén una eximente de responsabilidad civil tanto para los profesionales de la salud que han intervenido en la operación de la menor, como de los Estados demandados.

Por último, estando la causa a resolver de este Tribunal, a fs. 85/91 la actora solicita se dicte, como tutela preventiva de daños, una medida cautelar innovativa, con carácter urgente, imponiendo a las demandadas el pago del Equipamiento Ortopédico de ayuda motriz consistente en una silla de ruedas motorizada. Basa su pretensión cautelar en su condición de discapacitada por padecimiento de una paraplejía espástica que atribuye a la intervención quirúrgica a la que fue



Corte Suprema de Justicia de la Nación

sometida en fecha 12 de septiembre de 2014, cuya verosimilitud manifiesta acreditar mediante la EPICRISIS que, como prueba documental, adjuntara a la demanda. Fundamenta su petición en los términos de los arts. 1710 y 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación y la jurisprudencia de este Tribunal adoptada en "Camacho Acosta" (Fallos: 320:1633) y "Pardo" (Fallos: 334:1691).

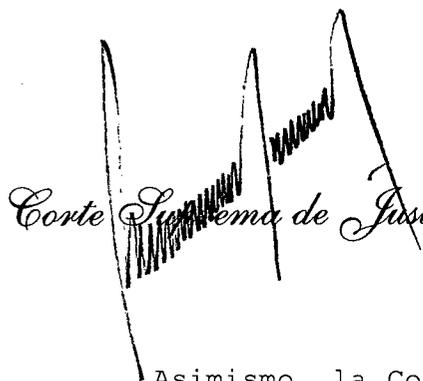
2°) Que las particulares circunstancias que rodean al presente caso y, específicamente, la condición de discapacitada de quien se presenta como damnificada, así como la conexidad objetiva de las pretensiones deducidas, permiten concluir que en el *sub examine* se verifican motivos de raigambre constitucional suficientes para que este Tribunal se aparte de su jurisprudencia conforme a la cual *la acumulación subjetiva de pretensiones resulta inadmisibles si las partes demandadas no son aforadas en forma autónoma a la instancia originaria de la Corte* (Fallos: 329:2316 y otros).

3°) Que, en el orden constitucional argentino, la reforma introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial, mediante la adopción de discriminaciones inversas para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad. El art. 75, inc. 23 ha dotado a las personas con discapacidad con preferente tutela, al disponer que corresponde al Congreso Nacional *"legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre*

derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

En ese marco, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, refiere a su derecho de acceso a la justicia, y enfatiza que "los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares" (art. 13 inc. 1).

Por su parte, con relación a la amplitud de este derecho, esta Corte ha expresado que "el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento, tal como lo reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (artículo 75, inciso 22) entre los cuales cabe citar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25.2 a) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1)" (Fallos: 339:740).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que el debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar las diversas formas de discriminación padecidas por las personas con discapacidad (CorteIDH, "Furlán y Familiares vs. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, nro. 246, párr. 135 y ss.). Específicamente, en el caso citado consideró "relevante recordar que el ... proceso civil por daños y perjuicios involucraba un menor de edad, y posteriormente un adulto, en condición de discapacidad, lo cual implicaba una obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos" (párr. 201). Así, señaló que "en casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos" (párr. 196).

En ese marco, así como esta Corte resolvió la inconstitucionalidad de la ampliación de su competencia apelada ordinaria en miras a la tutela judicial efectiva de un colectivo sujeto de preferente tutela constitucional (Fallos: 328:566), tales principios exigen, en el presente, una interpretación armónica entre el art. 75 inc. 23 y el 117 de la Constitución Nacional.

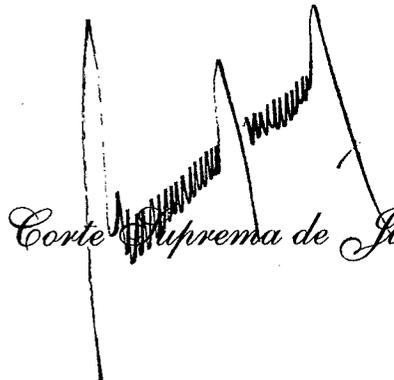
En síntesis, los argumentos desarrollados en el presente considerando son de aplicación en el sub examine, por cuanto no cabe imponer a la persona con discapacidad una mayor

mortificación que la que su propio estado le ocasiona (ver causa CCF 12922/2006/CA2/CS1 "*S., J. L. c/ Comisión Nac. Asesora para la Int. de Personas Discapac. y otro s/ amparo*", pronunciamiento de fecha 5 de diciembre de 2017, disidencia del juez Rosatti), compeliéndola a acudir a procedimientos jurisdiccionales distintos ante diversos tribunales sobre el mismo hecho, máxime cuando tal desdoblamiento en el tratamiento de una causa representa un dispendio de fondos y recursos humanos, a la par de la potencial existencia de pronunciamientos contradictorios.

4°) Que, por su parte, las razones de conexidad de las pretensiones deducidas por los actores resultan evidentes en el caso si se tiene en cuenta que sus elementos objetivos son los mismos: esto es, el daño generado en la intervención quirúrgica a la que fue sometida la actora.

En el marco de lo expuesto, toma especial predicamento el criterio del Tribunal conforme al cual la acumulación se puede admitir cuando se evidencia la posibilidad de fallos contradictorios y el consiguiente escándalo jurídico que originaría el tratamiento autónomo de pretensiones que se encuentran vinculadas por la causa o por el objeto (Fallos: 322:2023, considerando 5°; causa CSJ 903/2010 (46-S)/CS1 "*San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional*", sentencia de fecha 18 de noviembre de 2014, causa CSJ 1173/2005 (41-P)/CS1 "*Panontín, Jorge c/ Santiago del Estero, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*", pronunciamiento del 27 de diciembre de 2005).

5°) Que, en consecuencia, los argumentos expuestos en los considerandos anteriores son suficientes para que este


Corte Suprema de Justicia de la Nación

Tribunal se aparte en el presente caso de su jurisprudencia conforme a la cual es inadmisibile la acumulación subjetiva de pretensiones contra estados que únicamente están sometidos a sus propias jurisdicciones (conf. causa "Mendoza", Fallos: 329:2316).

Ahora bien, en virtud de la composición del litisconsorcio pasivo generado en el marco de la acumulación de pretensiones señalada, y ante la naturaleza prorrogable de la competencia en razón de la persona (Fallos: 315:2157; 321:2170; 329:218; 332:1430, entre otros) y la particular relevancia que en este caso corresponde reconocer al acceso a justicia de la actora en virtud de su condición, se estima prematuro pronunciarse en el presente estadio procesal sobre la competencia, debiendo continuar la causa según su estado, a sus efectos.

6°) Que, finalmente, con relación a la pretensión cautelar deducida por la actora, cabe en principio recordar que es de la esencia de estos institutos procesales de índole excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 326:3210 y disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti en Fallos: 341:169).

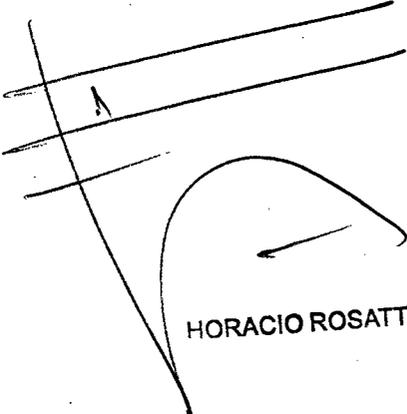
En ese marco, si bien esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional, por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (conf. Fallos: 316:1833 y 319:1069), las ha acogido cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual, a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los intereses en juego (Fallos: 326:3210 y disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti en Fallos: 341:169).

Tal situación se verifica en los presentes, por lo que corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada. En efecto, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión, aparece con suficiente claridad que el mantenimiento de la situación padecida por la actora sin el correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz podría generar, en las excepcionales y particulares circunstancias que se verifican en virtud de su condición, mayores daños, que deben ser evitados. Asimismo, el peligro en la demora aparece en forma objetiva en tanto la situación de discapacidad y la necesidad de cuidados que la peticionante padece requiere el dictado de decisiones que resguarden los derechos por ella invocados hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes aduce.

Por ello, SE RESUELVE:

Corte Suprema de Justicia de la Nación

I. Correr traslado de la demanda interpuesta, la que se sustanciará por la vía del proceso ordinario, a la Provincia de Buenos Aires, al Estado Nacional y al Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce, por el plazo de sesenta días (arts. 338 y concs., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Para su comunicación a la señora Gobernadora y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor juez federal en turno de la ciudad de La Plata. Asimismo, líbrese sendos oficios al Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación y al señor Presidente del Consejo de Administración del Hospital El Cruce. Con relación al codemandado Nicolás Bacaloni el plazo conferido para la contestación del traslado será de quince días. Para su notificación por cédula, líbrese oficio al señor juez federal de Quilmes. II. Hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada a fs. 85/91. Notifíquese en la persona de la señora Gobernadora de la Provincia de Buenos Aires, de la señora Ministra de Salud y Desarrollo Social y del Presidente del Consejo de Administración del Hospital El Cruce. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.



HORACIO ROSATTI

Profesionales intervinientes:

Parte actora: **Pablo Ezequiel Olivo, Lucrecia Ester Enrique y Camila Leila Olivo.** Letrados patrocinantes: **Dres. Ernesto Rodolfo Azorin y Daniel Sergio Sala.**

Parte demandada: **Provincia de Buenos Aires, Estado Nacional, Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce Dr. Néstor Carlos Kirchner y Dr. Nicolás Bacaloni (no presentados en autos).**