

MIRANDA OBANDO ANA MARÍA Y OTRA C/ PROVINCIA DE RÍO NEGRO S/
ORDINARIO

EXPTE. 28964; JUZG. CIVIL I

Cipolletti, 22 de mayo de 2015.

VISTAS: las presentes actuaciones caratuladas "Miranda Obando, Ana María y otra c/ Provincia de Río Negro s/ ordinario" (Expte. 30804-I-11), para dictar sentencia definitiva, de las cuales

RESULTA:

I A fs. 13/23 comparecen por medio de apoderado, las Sras. Ana María Miranda Obando y Bernarda Jacqueline Silva Obando, por sí y en su carácter de herederas de quien en vida fuera Georgina Obando Cardenas (madre de las accionantes), promoviendo demanda de daños y perjuicios contra Provincia de Río Negro, reclamando la suma de total de \$ 492.000 o lo que en más o en menos resulte de las pruebas a realizar en autos, con más sus intereses y costas.

Narran que el día 06 de junio de 2009 la Sra. Georgina Obando Cardenas, de origen chileno, entró al país a visitar a sus hijas en la ciudad de Cinco Saltos, contando en ese momento con un buen estado de salud, teniendo programado regresar a su país el 05/09/2009. Que en las primeras horas del día 30/08/09 la mencionada comenzó a sentirse mal. Tenía fuertes dolores de estómago y mucha diarrea, por lo que las actoras junto con la Sra. Cardenas, se dirigen al Hospital de Cinco Saltos que quedaba a una distancia aproximada de 10 cuadras. Llegan cerca de las 11:30 de la mañana y recién a la hora, y después de pedir por favor que atiendan a la Señora, una enfermera la acuesta en una camilla, ubicada en el pasillo, y le colocan suero. Recalcan que en ningún momento le hicieron algún tipo de análisis. Dado que continuaba con los padecimientos, la hija solicitó a la enfermera, Adriana Carvajal, que la atendiera, pero ésta le manifestó que la Sra. Cardenas exageraba y que no tenía nada, recién en ese momento la llevaron a la guardia, donde fue atendida por la Dra. Warenycia, quien le aplicó ranitidina y loperamida y recomendó que durmiera por un rato. A las 14 horas le dieron el alta, sin

perjuicio de que la Sra. Obando Cardenas se sentía muy mal y le dolía fuertemente el estómago, le dieron una receta de ranitidina, pero sin diagnóstico alguno. La Sra. Obando Cardenas se encontraba deshidratada y sin fuerzas, las hijas pidieron que la dejaran internada pero les dijeron que no era para tanto, que le dieran el medicamento y durmiera que iba a estar mejor. Afirman que la llevaron a la casa pero que el estado de la madre era igual (deshidratada, colitis y dolores fuertísimos de estómago). que esa misma noche, una de las co-actoras, Ana María Mirando Obando, le pidió a su nuera, Natalia Astroza, que por favor fuera a su casa que su mamá estaba muy mal. Al día siguiente, 31-08-09, la Sra. Obando Cárdenas siguió sintiéndose muy mal, casi sin reacción, totalmente desmayada, por lo que Ana María llamó nuevamente a su nuera para que le "de una mano". Cuando llegó a la casa, aproximadamente a las 9:00 - 9:30 horas, decidieron llamar a una ambulancia. Llamaron al hospital, y luego de varios intentos, atendió el Dr. Botto, quien manifestó que enseguida mandaba un ambulancia. Pasados 15 a 20 minutos que la ambulancia no llegaba, la nuera nuevamente llamó al hospital y fue atendida por una voz femenina que le manifestó que la ambulancia ya estaba en camino. A la media hora de la primera llamada y sin que viniera la ambulancia, la nuera fue a buscar a la vecina, Patricia Flores, que es enfermera para que les ayudara. Manifiestan que el pulso era tan débil que la vecina no pudo tomarle la presión por lo que comenzó a efectuarle maniobras de resucitación. En esos instantes, la nuera ve que pasa por la puerta una ambulancia pero la misma iba a otra dirección. La intercepta y en la misma iba el chofer y una enfermera, Marilina Ayerra, quien le manifestó que no podía bajar de la ambulancia ni llevar a la madre porque tenían que recoger a un enfermo que estaba en tratamiento. Luego de infructuosas comunicaciones con el Hospital, la Sra. Patricia Flores llamó a la policía y le pidió que trajeran una ambulancia, explicándoles la situación. Finalmente la ambulancia arribó a las 11:30 horas, en la misma venía el Dr. Botto, quien, con muy mal trato hacia los presentes, dictaminó que la Sra. Cardenas estaba muera y les extendió el certificado de defunción. Luego de realizar consideraciones respecto de la deficiente atención brindada por el Hospital y su personal, las actoras entienden que los hechos acontecidos el 30 y 31 de agosto de 2009 tienen una relación causal con la muerte de la Sra. Georgina Obando Cardenas. Formulan consideraciones respecto de la responsabilidad de los médicos y auxiliares y del Estado Provincial, en tal sentido, sostienen que entre los Doctores Caceres, Warenycia y la enfermera Ayerra y la Sra. Obando Cardenas, las obligaciones son de naturaleza contractual. Respecto de la provincia, destacan que la responsabilidad

es, tanto directa -derivada de las obligaciones médico asistenciales comprometidas a través del Hospital- como indirecta respecto de la culpa médica de sus dependientes. Describen y cuantifican los daños cuya reparación solicitan. Practican liquidación. Fundan en derecho y ofrecen prueba.

II. A fs. 24 se ordena la intervención a la Comisión de Transacciones Judiciales. A fs. 34 se tiene por promovida la demanda y se ordena dar traslado de la demanda a Provincia de Río Negro, quien comparece mediante apoderado a fs. 41 y solicita la citación de los dependientes Warenycia, Botto y Ayerra, en los términos del Art. 94 del CPCC y conforme artículos 54 y 57 de la Constitución Provincial. A fs. 43/49 contesta demanda, negando los hechos invocados por la parte actora. Sostiene que la Sra Obando Cardenas fue correctamente evaluada y diagnosticada por el personal del Hospital de Cinco Saltos. Sostiene que quien invoca el daño debe acreditar la impericia, imprudencia o negligencia con la que habría actuado el profesional. Cita jurisprudencia, impugna los rubros reclamados y ofrece prueba. Cita en garantía a Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. y hace reserva del caso federal. Finalmente, solicita que no se regulen honorarios de los abogados representantes de la provincia en virtud de lo normado por el art. 4 de la ley 88 y 2° de la ley 2212.

III. A fs. 50 se dispone la citación de la Aseguradora Horizonte y a fs. 53 la demandada denuncia los datos completos de los terceros cuya citación fuera solicitada y admitida a fs. 54, Sres. Luciano Botto, Tamara Warenycia y Marilina Ayerra.

IV. A fs. 72/84 comparece Horizonte Cia. Argentina de Seguros Generales S.A. mediante su apoderado y opone excepción de falta de legitimación pasiva por tratarse de un caso de "no seguro". Sostiene que no hay contrato de seguro que cubra el caso de autos, por inexistencia de acción directa contra su mandante, pues el contrato de seguros de responsabilidad civil profesional otorga cobertura a los profesionales y agentes de salud del sistema público rionegrino pero no cubre la responsabilidad institucional. Ofrece prueba y pide condena en costas. Subsidiariamente contesta demanda, negando cada uno de los hechos afirmados por la parte actora. Sostiene que la Sra. Obando Caceres fue debidamente atendida en el Hospital de Cinco Saltos por el médico dependiente del mismo, la Dra. Warenycia, quien en todo momento se comportó dentro de los parámetros del buen arte y saber médico. Explica que, conforme la historia clínica, la paciente ingresó al hospital por presentar vómitos y diarrea. Desde esa primera consulta hasta el alta dada a la actora, el Hospital y el personal del mismo, se comportaron conforme los postulados de la ciencia médica. Argumenta respecto de la

responsabilidad civil de la Dra. Warenycia, sosteniendo que su obligación era de medios y no de resultados, cumpliendo en utilizar todas las técnicas usuales y admitidas por la medicina, tendientes a la curación de la dolencia o mitigación del dolor de un ser humano. Funda en derecho y cita doctrina y jurisprudencia. Impugna los rubros reclamados. Solicita condena por pluspetición inexcusable, ofrece prueba y formula reserva del caso federal.

V. A fs. 95/96 la demandada provincia de Río Negro contesta la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Aseguradora. Sostiene que la necesidad de integrar la litis con los terceros citados obedeció a que los mismos son señalados como los causantes del daño cuya reparación se persigue. De ese modo, la sentencia que recaiga en autos establecerá la responsabilidad de esas personas y les resultará oponible, lo cual - de corresponder- activará la pretensión de regreso frente a la que Horizonte deberá cumplir con su obligación de indemnidad, por lo que solicita se desestime la excepción planteada.

VI. A fs. 100/109 comparece y contesta demanda la Sra. Marilina Ayerra por medio de su gestor procesal, cuya ratificación obra a fs. 110. En principio, sostiene que la citación de la presentante como tercero ha resultado extemporánea. Señala que el Art. 94 del CPCC faculta al actor en su demanda y al demandado dentro del plazo para oponer excepciones previas o para contestar la demanda, según la naturaleza del proceso. Subsidiariamente contesta demanda, negando cada uno de los hechos invocados por la actora como así también desconoce la documental adjunta por tratarse de constancias unilaterales, emanadas de la propia actora o terceros sin contralor de la presentante. Sostiene que la Sra. Obando Caceres fue debidamente atendida por los profesionales y auxiliares del Hospital de Cinco Saltos, reproduciendo los argumentos vertidos en la presentación formulada por la Citada en Garantía. Rechaza la totalidad de los rubros reclamados. Cita jurisprudencia. Solicita condena por pluspetición inexcusable. Ofrece prueba y formula reserva del caso federal. Con idénticos argumentos contestan demanda, a fs. 120/129, Tamara Alejandra Warenycia González y a fs. 134/143 Luciano Botto.

VII. A fs. 158 se abrió la causa a prueba fijándose la audiencia prevista por el art. 360 del CPCC, la que se celebró según acta de fs. 178/180. Producida la prueba ofrecida por las partes, según certificado de fs. 465/ 465vta, a fs. 466 se clausuró el período probatorio, y habiéndose agregado alegato de los terceros citados a fs. 475/477, de la citada en Garantía a fs.478/480 y de la parte actora a fs. 483/489, a fs. 491 se llamó

autos para dictar sentencia, providencia que se encuentra firme y consentida.

Y CONSIDERANDO:

Conforme los planteos formulados por las partes en juicio, considero necesario pronunciarme sobre el marco jurídico a partir del cual se analizarán los hechos incorporados a la causa.

Como principio general, puede decirse que la responsabilidad de los establecimientos asistenciales se ubica, salvo supuestos excepcionales, dentro del marco contractual.

El supuesto en examen, precisamente constituye una de las excepciones a esta regla, siendo en consecuencia las normas de aplicación al caso las correspondientes a la órbita extracontractual.

En efecto, tal como afirma la Dra. Kemelmajer de Carlucci, uno de los casos en donde se abre la vía de la responsabilidad extracontractual es el supuesto del contrato celebrado por el paciente y los daños reclamados por los damnificados indirectos no contratantes (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída su comentario al art. 1109 en “Código Civil y leyes complementarias”, Dir. Belluscio, Coor. Zannoni, T. 5, pág. 370).

Es que en supuestos como el de autos, las hijas de la Sra. Obando, fallecida, pretenden la reparación de un perjuicio que le es propio, por ello deben considerarse terceros respecto del contrato que se formalizara en vida con el ente asistencial. Distinta sería la solución si las actoras hubieran ejercido su acción legal como continuadoras de la difunta. En tal supuesto, de mediar entre esta última y el Hospital o profesional la celebración de un contrato, sería indudable que por la extensión activa y pasiva de los efectos del negocio jurídico (arts. 503, 3262, 3263, 3279 y 3417 del Código Civil), cabría emplazar la cuestión en la órbita convencional.

Desde el punto de vista iuspublicista se ha afirmado que el nosocomio público se encuentra obligado constitucionalmente a organizar el servicio de salud y, frente a un deficiente funcionamiento del mismo, el Estado responde directa y objetivamente, pues hace a su propia función, y no a la actuación del profesional o dependiente. De tal modo, si el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente, queda configurada la responsabilidad del Estado, pues parte de una situación objetiva de falta o deficiencia del servicio que el Estado por mandato constitucional debe garantizar, pues constituye uno de los fines esenciales del Estado que justifican su propia existencia (Conf Weingarten, Celia y Ghersi, Carlos A., "La discrecionalidad de la estrategia terapéutica. La responsabilidad del Estado por la seguridad de los pacientes en hospitales", "Jurisprudencia Argentina", 1997-II-429).

En tal línea de pensamiento, el Estado, como tal, debe a los particulares o administrados funciones esenciales: salud, justicia, educación y seguridad. Estas funciones constitucionales generan una relación muy especial que en manera alguna es de derecho privado y menos aún contractual. Por tanto, la relación del Estado a través del Hospital público con el administrado, es de derecho constitucional -administrativo y la relación médico-funcionario público con el paciente-administrado, es de derecho administrativo y/o constitucional y la responsabilidad es extracontractual (conf. Ghersi, Carlos A. y Lovece, Graciela, "Derecho Constitucional a la salud. Hospital Público (La relación médico-paciente es extracontractual)", "Jurisprudencia Argentina", 1998-11-347).

Desde hace mucho tiempo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la responsabilidad del Estado -Nación, Provincia, Municipio- cuando no se cumple de modo regular la prestación de un servicio, señalando que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución" (Fallos: 182:5).

Con fundamento en tal pauta, en las causas "Brescia, Noemí Luján c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios" (fallo del 22-XI-1994) y "Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Provincia de Santa Cruz" (fallo del 6-VII-1999) se pronunció respecto a la relación jurídica que se entabla entre un Hospital público-paciente, señalando que "...tal como lo ha decidido este tribunal en reiteradas ocasiones, quien contrae la obligación de prestar servicio -en el caso, de asistencia a la salud a la población- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare por incumplimiento o su ejecución irregular" (Fallos: 306:2030; 307:821; 312:343; 315:1892 y 317:1921; 322:1393)". Señalando que "...ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo de las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad" (Fallos 306:2030; 317:1921; 322:1393).

Se advierte entonces, en los citados pronunciamientos, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, concluye que la responsabilidad del Estado en el ejercicio de la función atinente al servicio público hospitalario reviste carácter extracontractual.

Por ello, la acción intentada por las hijas de la Sra. Obando Caceres -quien fuera

paciente del Hospital de Cinco Saltos- pretendiendo la indemnización de un daño que les es propio a cada una de las progenitoras, debe analizarse a través de la normas de la responsabilidad extracontractual.

II. Con fundamento en tales pautas corresponde meritar los hechos y la prueba rendida en la causa a fin de determinar si en el caso existe o no responsabilidad de la parte demandada y finalmente, de corresponder, determinar la reparación de los daños reclamados, y la legitimación de la Aseguradora citada en autos.

En su escrito de inicio las actoras relataron que en el transcurso de la mañana del 30/06/2009, su madre, la Sra. Georgina Obando Cardenas, comenzó a sentir fuertes dolores de estómago y mucha diarrea, por lo que la llevaron al Hospital de Cinco Saltos (que queda a una distancia aproximada de 10 cuadras). En el nosocomio fue atendida por guardia, por la médica Tamara Alejandra Warenycia quien le aplicó ranitidina y loperemida, indicándo que durmiera un rato y que luego se sentiría bien. A las 14 horas del mismo día, la Sra. Georgina Obando Caceres fue dada de alta a pesar de que se seguía sintiendo muy mal, con dolor fuerte de estómago. Le recetaron ranitidina sin diagnóstico ni análisis. Al día siguiente, es decir, 31/08/2009, la Sra. Obando Caceres seguía sintiéndose muy mal, con fuertes dolores de estómago y deshidratada, sin reacción alguna. En consecuencia, aproximadamente entre las 9:00 - 9:30 horas, la nuera de la Sra. Georgina Obando Caceres, Natalia Astroza, llamó al Hospital de Cinco Saltos, solicitando una ambulancia. La voz masculina que se identificó como el Dr. Botto, le dijo que enseguida le mandaba una. Pasado el tiempo y reiterados los llamados sin que viniera la ambulancia, la nuera salió a buscar a la vecina que es enfermera, Patricia Flores. Destacan que en el interín pasó una ambulancia (sin paciente) la cual es interceptada por la nuera (pues no había frenado) en la que iba el chofer y la enfermera Marilina Ayerra, quien le manifestó que no podía bajarse la ambulancia. Pasadas las horas y luego de infructuosos intentos de conseguir una ambulancia, requirieron a la policía de su colaboración a tal fin, hasta que finalmente, a las 11: 30 horas aproximadamente arribó una ambulancia y el Dr. Botto, pero la Sra. Obando Caceres ya había fallecido.

Las actoras atribuyen al Director del Hospital, Hernán Cáceres, a la médica que atendió inicialmente a la actora, Dra. Alejandra Warenycia y a la enfermera, Marilina Ayerra, la omisión de aquellas diligencias que hubiesen correspondido según las circunstancias de tiempo, lugar y modo. Las actoras entienden que: a) el examen clínico resultó superficial e insuficiente, b) que se debieron realizar estudios complementarios, c) que

los registros en la Historia Clínica son insuficientes y sospechoso en cuanto existen registros "ex post facto"; d) que debió tenerse en cuenta las anotaciones en el libro de guardia y proceder a otorgar un tratamiento al paciente atento a su estado somnoliento, tensión arterial baja, hipertensión y frecuencia cardíaca de 100; e) el Alta médica fue precipitada.

Asimismo, se atribuye responsabilidad en el hecho al Dr. Botto en su carácter de jefe de Guardia el 30/08/2009 y por ser quien atendió el pedido de ambulancia el 31/08/09 y no concurrió al domicilio sino casi dos horas después.

A la enfermera Ayerra, también se le reprocha no haber bajado de la ambulancia, cuando ésta fue interceptada por la nuera de la difunta.

Ahora bien, las actoras únicamente demandaron a la Provincia de Río Negro como responsable de la prestación de asistencia en salud y de la contratación de agentes y profesionales para brindar el servicio de salud (responsabilidad indirecta o refleja). En este último caso, la responsabilidad derivaría del mal desempeño, negligencia o imprudencia por parte de los galenos y/o auxiliares de la salud mencionados.

Tanto los terceros citados como la Provincia demandada, adujeron que la Sra. Georgina Obando fue debidamente asistida por los profesionales y agentes de la salud del Hospital de Cipolletti.

Durante mucho tiempo se ha sostenido en estos casos que incumbe al actor, que es quien reclama, la prueba de los hechos constitutivos del derecho que invoca en su pretensión. La jurisprudencia y doctrina, han pregonado que la obligación de los médicos es de medios no de resultados, incumbiéndole a la parte reclamante la acreditación de la culpa, que es demostrativa del incumplimiento. El actor tiene a su cargo la prueba del obrar negligente o imprudente del profesional o auxiliar médico. Al respecto, incluso se ha resuelto que "...en materia de responsabilidad de los profesionales del arte de curar no existen presunciones legales generales de culpa; esto significa que no existe una inversión general de la carga de la prueba de la culpa de los médicos y, por lo tanto, más allá de la vigencia de la teoría de la cargas probatorias dinámicas, la regla general es que al paciente le corresponde cumplir con ese imperativo procesal: probar la culpa." (Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario, Mendoza, Cámara Civil Primera en autos "Sabariego Amancheki, Juan Angel (expt. n° 38371) c/ Provincia ART y otros s/ daños y perjuicios, sentencia 168-134 del 2 de febrero de 2007).

Sin embargo, lo cierto es que al paciente o a sus familiares (quienes suelen carecer de

experiencia o conocimiento alguno en la materia que se trate) les resulta casi imposible acreditar que los procedimientos médicos utilizados no fueron los adecuados. Quien está en mejores condiciones de acreditarlo es el profesional o responsable a cargo de la Institución que se trate, pues cuenta con los conocimientos científicos propios de la materia. De ese modo, la jurisprudencia ha ido aplicando en estos casos el principio de carga dinámica de la prueba.

Así se dijo que "...en la mayoría de los casos en que se juzga la responsabilidad profesional del médico, se trata 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". (Suprema Corte de Justicia, La Plata, Buenos Aires, in re "Gnecco, Ana Betina c/ Guerrissi, Jorge Orlando s/ Daños y perjuicios", del 26 de septiembre de 2007), como así también que "la responsabilidad derivada de causalidad puede transformarse en diabólica y ser extremadamente dificultosa para la víctima, que deber de acreditar dicho nexo causal a los fines de la admisión de su reclamo resarcitorio. Si se prueba la relación espacio-tiempo entre el actuar riesgoso-culposo de los facultativos (médicos), que no pudieron alcanzar un diagnóstico de certeza antes de que sobreviniera el deceso y no se puede conocer a ciencia cierta cual fue estrictamente su causa, ello no sería obstáculo para que los magistrados, a tenor de los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso pueden dar por cierta la existencia de la relación causal, ya que por ser en extremo dificultosa su demostración, toca aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias (Cnciv, sala F, in re, 5.7.95, Ceballos Añez, Irma c/ Ministerio de Salud y Acción Social cncom, esta sala, in re, 16.12.03, Cejas, Alberto c/ Obra Social del Personal de la Industria del Plástico). Consecuentemente, en los supuestos que exista presunción de culpa, es la parte defendida quien debe probar su inocencia -no culpa-, o la ruptura del nexo causal." (CNCom., Sala B, in re "Greco, Silvia c/ Madies, Eugenio s/ ordinario", del 20 de mayo de 2004).

Ahora, si bien cabe la flexibilización probatoria respecto de la parte actora y la exigencia de colaboración a tal fin por parte de la contraria (médico y/o Hospital) "...en algunas ocasiones, la causa del daño producido en la actividad profesional médica puede conocerse con certeza, aún sin pericia. Sin embargo, normalmente, los juicios de mala praxis médica versan sobre aspectos científicos y técnicos sobre los cuales el juez no está en condiciones de opinar pues se trata de aplicar conocimientos ajenos a su

saber. Por eso, hay acuerdo doctrinal y jurisprudencial en que, como regla, resulta indispensable recurrir a la prueba de peritos. También es cierto que la dificultad de la prueba -a cargo del paciente- ha ido edificando la teoría de las pruebas leviores (para esta noción ver sentencia de esta sala registrada en LS 197-269 del 23/12/1.986, Carros S.R.L., comentada por Jorge Peyrano, "El moderno derecho probatorio posible y su realización judicial", en L.L. 1.988-A-447 y en Tácticas en el proceso civil, t. III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 19. Conf. para la responsabilidad médica, Mosset Iturraspe-Lorenzetti, Contratos médicos, Bs. As., ed. La Rocca, 1991, pág. 384), y que la famosa "conspiración del silencio", mantiene aún algunos vestigios, aunque algunos autores la crean rota (Ver Vázquez Ferreira, R., Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina, Bs. As., ed. Hammurabi, 1992, pág. 246). A raíz de ello, la Dra Kemelmajer seguidamente expresó que: "...en muchas ocasiones los médicos no son claros cuando se trata de opinar sobre la ciencia que ejercen, pero que cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptar el dictamen, pues el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos especiales (Cám. Nac. civ. Sala D, 20/6/1990, JA 1990-IV-129; sala F, 24/8/1982, ED 102-329)" (SCJM autos n° 77.825 caratulada: "Cereda, Olga Ester en j° 142.598/35.030 Cereda, Olga c/ Pcia. de Mendoza p/ D. y P. s/ Inc. Cas.")

En razón de lo expuesto, es que la prueba pericial médica producida en autos, -no desvirtuada por otro medio probatorio- adquiere una gran relevancia en este caso pues, quién sino un profesional de la medicina para arrimar al conocimiento del suscripto aquellos aspectos técnicos que son extraños a éste y de dominio de los galenos.

En base a ello, pasaré a valorar el proceder y responsabilidad de los sujetos involucrados en el evento dañoso.

Así, de las pruebas producidas en "Miranda Obando Ana María s/ Decia. Mala Praxis" (Expte. N° 1428/09 F3), que tramitó ante la Fiscalía N° 3 de esta cuarta circunscripción judicial (cuyas copias fueron remitidas por la Fiscalía a fs. 428), surge que -conforme el informe pericial realizado a fs. 361/362- no resultó posible determinar la causa del deceso de la Sra. Obando Caceres. Como consecuencia de ello, se ordenó en dicho trámite un examen de toxicología, el que también dio resultado negativo (ver. fs. 400).

A fs. 446/456, el perito médico designado en estas actuaciones, manifestó que "...en el caso de autos, probablemente se trataría de una diarrea secretora por alguna enterotoxina..." (v. fs. 450), explicando luego que si bien "la diarrea no es un caso de

urgencia y considerando que las personas no se mueren por un cuadro de vómitos y diarrea en forma rápida (...) es correcto medicarlo y derivarlo al servicio correspondiente para su control y tratamiento" (v. fs. 450), sin perjuicio de que seguidamente destacó que, refiriéndose a los exámenes realizados en sede penal, tampoco se encontró la causa de la muerte.

Las manifestaciones del perito médico, respecto al real padecimiento de la Sra. Georgina Obando, no dejan de ser conjeturas de lo que posible o eventualmente pudo haber padecido, siendo lo concreto que la causa de la muerte no se pudo determinar, y que "como resultado de lo realizado por el Médico Forense y la Toxicóloga Forense (refiriéndose a diligencias llevadas a cabo en sede penal) no se encuentra relación entre el accionar médico y la muerte de la enferma".

De la historia clínica adjuntada (fs. 276/277) y del pericia efectuada en autos surge que el proceder de la primera médica tratante en la guardia del Hospital de Cincos Saltos, Dra. Warenycia, fue el adecuado. Cabe agregar que el experto destacó que -frente a un paciente con los síntomas que padecía la Sra. Obando Caceres- lo correcto hubiese sido derivar a la paciente a un control, lo que justamente hizo la profesional médica de guardia, al indicarle control en 24 o 48 hs según evolución (ver. fs 6 infra, 276/277 infra).

En consecuencia, no resulta reprochable la conducta del galeno que atendió a la Sra. Obando Caceres en la guardia, Dra. Alejandra Warenycia, entendiéndose que la misma cumplió con su deber y dentro de lo que hubiese realizado un médico prudente, pues frente a los signos de mejoría otorgó el alta con medicación (Ranitidica 150 mg), indicando dieta, hidratación y las pautas de alarma correspondientes a estos casos. Indicación ésta que, como indicara el perito médico, fue la correcta.

Por ello, ha quedado acreditado en autos, al menos a mi entender, que el tratamiento brindado a la Sra. Obando Caceres por la médica de guardia, Dra. Warenycia, fue eficiente y adecuado a las reglas de su profesión, y para la patología que presentaba la paciente.

Distinta es la situación del Dr. Luciano Botto (Jefe de Guardia) y del Estado Provincial, resultando éste último tanto responsable indirecto por el acto de sus dependientes (Jefe de Guardia, que -como se verá más adelante- contribuyó o al menos no tomó conducta adecuada alguna en tiempo para con el resultado dañoso), como directo por la falta del adecuado servicio de ambulancia.

La CSJN ha recurrido a la noción de la falta de servicio para imputar responsabilidad al

Estado con fundamento en que, quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular. Del dictámen del experto y de los testimonios brindados en autos, se desprende que existieron reiterados llamados al servicio de ambulancia del Hospital de Cinco Saltos a partir de las 9:00, 9:30 horas y no fue sino hasta las 11:30, 11:40 horas que recién arribó una ambulancia, habiéndose negado previamente una ambulancia interceptada al paso a asistir a la Sra. Obando Caceres, por expresas instrucciones dadas desde el Hospital, conforme lo indicara el testigo Roberto Medina (quien justamente conducía esa ambulancia).

El perito médico destacó lo siguiente: "Dice la denuncia penal: el lunes a las 10 llaman a la ambulancia, llegando a los 25 minutos otra que traía un paciente de vuelta, negándose a llevarla, la madre fallece a las 11 hs. y llega la otra ambulancia a las 11.35 hs.. Dice el libro de guardia 11.40 sale ambulancia (sale 5 minutos después de que afirma la denuncia que llegó). La salida de la ambulancia depende de varios factores, la urgencia del llamado, la forma en que se transmite el llamado, las necesidades de servicio de médico que concurre al lugar (ej. Otra emergencia). Si los horarios son correctos, la ambulancia tardo 1.40 hs. en salir del hospital, situación que corresponde al hospital justificar" (v. fs. 450/451).

Según los testimonios brindados en la causa, la nuera de la Sra. Obando Caceres, Natalia Astroza, llamó al Hospital solicitando el servicio de una ambulancia entre las 9:10 y 9:15 horas y le fue negado, indicándole (un varón) que lleve a la Sra. Obando Caceres al Hospital pidiendo un auto de algún vecino. Minutos más tarde, reiteró el pedido de ambulancia, y la persona que la atendió le insistió en que consiga un auto. A esa altura, la Sra. Obando aún tenía signos vitales, aunque cada vez más débiles. Nuevamente intentó comunicarse al Hospital de Cinco Saltos, insistiendo en que le remitan una ambulancia porque a la Sra. Obando Caceres "...se le cierran los ojitos...", y la voz que atiende le dice que no podían enviarle una ambulancia, que pida un auto algún vecino. Reiteró varias veces el llamado, hasta que fue a buscar a la vecina, que es enfermera, Patricia Flores. En el interín, pasó una ambulancia -la que era manejada por el testigo Roberto Medina-, la testigo Astroza la frena -en al misma iba únicamente una enfermera, sin paciente- y le solicita que asistan a su suegra, lo que le es negado, pues le informan que otra ambulancia estaba en camino.

Esta ambulancia, aclaró el testigo Medina, era una ambulancia "paralela", no de guardia

o general, para ir a domicilio de pacientes que, por ejemplo, necesiten curaciones. Sin embargo, el Sr. Medina declaró que en caso de urgencia, estaría habilitada y equipada con lo mínimo indispensable (dado que no tiene el mismo equipamiento que una ambulancia general) como para trasladar a un paciente en caso de urgencia y, si la enfermera así lo hubiese indicado, hubiesen trasladado a la Sra. Obando Caceres al Hospital. Pero aclara que en el caso, la enfermera llamó pidiendo instrucciones y le dijeron -desde la otra ambulancia- que iban en camino, con médico y enfermero, que ellos debían seguir.

La testigo, Patricia Flores, enfermera con 18 años de experiencia, quien además confirmó los relatos de los testigos anteriores, declaró que llamaron reiteradas veces al Hospital pidiendo una ambulancia y que cuando ella llamó, un hombre la atendió y le dijo que la ambulancia estaba en Neuquén. Luego, cuando advirtió que los signos vitales de la Sra. Obando eran casi indetectables, volvió a llamar, y la persona que atendió le dijo que la ambulancia estaba en el Barrio Luis Piedra Buena. Vuelve a revisar a la Sra. Obando Caceres y ya estaba haciendo "relajación de esfínter", en consecuencia, insistió en llamar al Hospital para que manden una ambulancia, pero le dijeron que la misma estaba en Cipolletti. En ese momento, la testigo invocó a su interlocutor su experiencia y le señaló que la Señora se estaba muriendo, pero entonces le cortan la comunicación. En ese instante, deciden recurrir a la Policía para conseguir una ambulancia; a los dos minutos aparece personal policial, ambulancia y médico, pero la Señora ya había fallecido.

Todos los testimonios son contestes en que la ambulancia finalmente arribó a las 11:30 horas aproximadamente, cuando la Sra. Obando ya había fallecido.

A mayor abundamiento, en el libro de guardia del 31/08/09, agregado al expediente en copia, consta: "...11:40 sale ambulancia" (ver. fs. 266). Sin embargo, cabe hacer la siguiente observación, previo a dicha hora registrada, se registra que sale la ambulancia "paralela" al Hospital de Cipolletti y, antes de ello, se registra la salida de la ambulancia "paralela" a llevar enfermeras al centro; luego hay un registro a las 9:30 horas (horario que coincide con el primer llamado de la niera al Hospital) que indica que sale la ambulancia "paralela" al Hospital de Cipolletti "para esterilizar"; a las 11:00 horas se registra que sale "la paralela" a realizar tratamientos domiciliarios. Dato curioso es que no se registra, antes de las 11:40 horas de ese día (31/08/2009), la salida de la ambulancia general, ni los llamados de la familia solicitando una ambulancia.

Cabe destacar que si bien en la causa penal se registran los llamados al Hospital de

Cinco Saltos, sólo se indaga respecto del celular de una de las hijas, y no así de los teléfonos de las testigo Flores y Astroza, quienes declararon que ambas llamaron reiteradas veces solicitando el servicio de ambulancia.

No se justifica en autos por qué se decidió no asistir a la paciente en su domicilio a pesar del estado de gravedad que se denunciaba, sino una hora cuarenta después y gracias a la intervención policial.

Con ello, la falta de servicio ha quedado debidamente acreditada y entiendo que contribuyó al resultado del fallecimiento de la Sra. Obando Caceres, pues, como bien señala el experto, de haberla trasladado al Hospital al primer llamado se le hubiesen podido realizar otros estudios que ayuden a dar un diagnóstico más preciso y, por supuesto, estaría bajo la atención y asistencia adecuada a su estado de salud.

No cabe tolerar, por parte del Estado (ni este debe tolerarlos de sus agentes o dependientes), comportamientos indiferentes o superficiales que resulten incompatibles al respeto de derechos esenciales de la persona humana.

Resulta altamente reprochable la indiferencia hacia la vida, salud y dignidad de la persona humana en la que incurrió el Hospital Cinco Saltos. "El adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tal solo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente" (CSJN -sentencia del 11/07/2006- "BUSTOS").

Por ello también, corresponde afirmar que existió un grosero defecto de supervisión respecto del servicio ambulancia, toda vez que las tareas encomendadas no son una simple labor administrativa, sino que la labor debe ser supervisada.

Con relación a la enfermera Marilina Ayerra, de los testimonios y constancias de autos (fs. 265, 267, 268) surge que la misma no se negó caprichosamente a atender o asistir al paciente al momento de ser interceptada la ambulancia (aproximadamente, 11:00 11:14 horas), sino que por expresas instrucciones del Dr. Botto (Jefe de Servicio de Guardia), quien le indica que estaba en camino, por lo que la enfermera continuó con las diligencias programadas.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que a la hora indicada y según los testimonios de Patricia Flores (vecina y enfermera) la Sra. Obando ya había fallecido, no podemos decir que la conducta de la enfermera que venía en la ambulancia "paralela" contribuyó a ello.

Del desgarrador relato de la nuera de la Sra. Obando y de la vecina (enfermera), Patricia Flores, no puedo dejar de advertir que por parte del Estado Provincial y, en especial, del responsable directo (dependiente- Jefe de Guardia) a cargo de coordinar el servicio de ambulancias, ha habido una cercenamiento a los derechos más esenciales como la dignidad y la vida de la Sra. Georgina Obando Caceres, que son anteriores a cualquier ordenamiento positivo.

Por ello, sí considero reprochable la conducta del Dr. Luciano Botto, como Jefe de Guardia, por no disponer, en su carácter de Jefe de la Guardia, que la ambulancia general -o aún la "paralela"- concurriera a asistir a la Sra. Obando Caceres, máxime cuando se le estaba indicando, a quien atendía los llamados, que se trataba de una cuestión de suma urgencia donde se encontraba en juego la vida de una persona.

Adviértase que de la "historia clínica" (fs. 276/278) surge que la Dra. Warenycia prescribió control en 24 o 48 horas, según evolución. Hubiera sido lo esperado entonces que, frente a tal antecedente y ante los reiterados llamados requiriendo una asistencia para llevarla al hospital, se hubiese asistido a la paciente en forma inmediata. Para ello el hospital es que cuenta con ambulancia. Para concurrir a los domicilios o lugares donde una persona precise de atención médica urgente.

No se ha justificado en autos por qué, estando la paciente a una distancia aproximada de 15 o 20 cuadras del Hospital (aclarando los testigos que no se trata de una zona de imposible o dificultoso acceso), no se envió el servicio de ambulancia y sí se encomendó la misma a otros destinos que no requerían urgencia.

Ha dicho la Cámara Civil y Comercial de Córdoba que el médico no puede condicionar su intervención a un reglamento administrativo o al cumplimiento de determinadas formalidades, pues el médico debe ante todo cumplir con su deber profesional y moral, doctrina desde luego extensible a los establecimientos asistenciales. (Conf. Cam.Civi.Com. Córdoba-27-4-88-J.A. 1989-I-1021). La culpa sobre todo omisiva del Jefe de Guardia, lleva a la pérdida de esa chance -de seguir viviendo-, que es la probabilidad más o menos cierta de permitirle al enfermo encontrar el camino de su asistencia.

En consecuencia, la conducta del Jefe de Guardia, Dr. Luciano Botto, contribuyó al desenlace fatal que tuvo la vida de la Sra. Georgina Obando, resultando directa e indirectamente responsable la Provincia de Río Negro por el deficiente servicio de ambulancia y el hecho (en este caso, omisión) de uno de sus dependientes.

II. Sentado entonces ello, corresponde que me avoque al análisis de los rubros

indemnizatorios reclamados por las actoras.

Se demanda la reparación de los siguientes rubros: a) Daño moral y b) Tratamiento psicológico.

a) Respecto del daño moral, las actoras reclaman en su calidad de hijas de la Sra. Georgina OBando, cada una, la suma de \$ 150.00, lo que hace un total de \$ 300.000. Cabe destacar que el vínculo no ha resultado controvertido en autos.

Es por ello y por los antecedentes reseñados, que entiendo que el mismo debe ser receptado.

Respecto al daño en análisis, se ha dicho que "...el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas, y en general, toda clase de padecimientos comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes. Su reparación está determinada por imperio del art. 1078 del Cod. Civil, que con independencia de lo establecido por el art. 1068 del mismo cuerpo legal, impone al autor del hecho ilícito, la obligación de indemnizar sin exigir prueba directa de su existencia" (Conf. CNEsp.Civ.yCom., Sala I, Sgro, Dora L. c/ Caruso, Antonio y otros s/ sumario", del 27-12-83, citado por Hernán Daray, ob. Cit., To. II, pag. 334, Nro. 7).

Surge de autos que la madre solía venir de visita a ver a sus hijas y que existía una buena relación, lo que permite afirmar que las hijas padecieron un gran dolor frente a la muerte de su madre, agravado por la manera en que se suscitó, y el desinterés puesto de manifiesto por el Hospital de Cinco Saltos, de su Jefe de Guardia y de las restantes personas que fueron atendiendo los llamados y hasta aquel que colgó la comunicación.

A los fines de la reparación del daño moral no puede exigirse la prueba del dolor sufrido por las hijas por la muerte de su madre, sobre todo en circunstancias tan desgarradoras como las del caso, donde resultó claro y evidente el desamparo y desesperación que sufrieron frente a la falta de asistencia de su progenitora, debiendo ser testigos pasivos de su agonía.

En consecuencia, es indudable que las actoras padecieron una conmoción espiritual en virtud de la deficiente atención que culminó con el fallecimiento de su madre sin haber recibido atención médica por parte de quienes tenían la obligación de brindarla.

Por ello, corresponde hacer lugar a la pretensión por daño moral incoada por las actoras, por la suma de \$ 150.000 cada una, lo que hace una total de \$ 300.000.

b) Respecto del daño psicológico, las actoras argumentan que "creen" (ver. fs. 21 infra), que a razón del episodio traumático, deberían realizar tratamiento psicoterapéutico

individual, a razón de dos sesiones semanales durante un período no inferior a cinco años. Presupuestan el costo estimado de una sesión en la suma de \$ 200. Ello por cinco años arroja la suma de \$ 96.000, por cada actora, lo que en total el reclamo por el presente rubro, asciende a la suma de \$ 192.000.

Adelanto que el presente rubro debe ser rechazado, pues las actoras no han ofrecido (y menos producido) prueba pertinente para acreditar la necesidad y costo del tratamiento psicológico pretendido.

Se ha dicho: "El daño psicológico es el daño a la persona entendido como tercer género. Esta es la posición de Mosset Iturraspe que tiende a estrechar el concepto de daño moral para salir de la interpretación restrictiva del art. 1078 del Cod. Civil. Esta posición implica que la procedencia de la demanda requiere que el actor pruebe, a través de un perito psicólogo, psicoanalista o psiquiatra, cuales son las secuelas técnicamente psicológicas dejadas por el hecho que se atribuye al demandado. Una variante de esta posición, más restrictiva, considera que para que el daño psicológico sea indemnizable como daño autónomo debe ser permanente; si no lo es ingresa en la categoría de daño moral". (CApel.Civ.Com.MINERÍA, San Juan, San Juan, Sala 03, Sent. 8565 del 7/8/2007, "Romero, José Orlando c/ Tobares José Guido y otra s/ Daños y perjuicios". (La negrita es impuesta).

En consecuencia, para su procedencia se requiere un diagnóstico objetivo, brindado por un perito de la materia, lo que fue omitido en autos.

III. Con relación a la citación en garantía y conforme surge de la documentación obrante a fs. 469/471/472, corresponde hacer lugar a la defensa de "no seguro" atento a que la cobertura que brinda la Compañía es en forma individual a cada profesional o auxiliar de la salud y no a la Institución en sí misma, y en las presentes solo se ha demandado a Provincia de Río Negro y no a los profesionales de la salud.

En su caso y de existir una acción de regreso contra los agentes de la salud considerados responsables, podrá ser en dicho ámbito que correspondería su citación.

IV. Por último y con relación a la petición de no regulación de honorarios por parte de los profesionales apoderados de la Provincia, cabe destacar que el art. 4 de la ley 88 únicamente prescribe que los mismo serán a cargo de la Tesorería para el caso de que la provincia sea condenada en costas. Por otro lado, el art. 12 de la L.A. citado por la provincia, prescribe sobre la regulación de honorarios de diferentes profesionales en litisconsorcio, distinta situación a la planteada en autos, por lo que corresponderá sin más la regulación de los profesionales matriculados actuantes en representación de la

Provincia.

Por todo lo expuesto FALLO:

I. Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada condenando a la PROVINCIA DE RÍO NEGRO a pagar a las Sras. ANA MARÍA MIRANDA OBANDO y BERNARDA JACQUELINE SILVA OBANDO, en el término de diez días, la suma de PESOS TRESCIENTOS MIL (\$ 300.000), correspondiendo \$150.000 a cada una de ellas, en concepto de capital. Las costas serán a cargo de la provincia demandada, en su calidad de vencida (conf. Art. 68 del CPCC).

II. Regular los honorarios del abogado apoderado de las actoras, Dr. Guillermo García Girado, en la SUMA DE PESOS SESENTA Y TRES MIL (\$ 63.000) (M.B. x 15% + 40%), los de los abogados apoderados de la provincia demandada, Dres. Juan Bautista Justo y Juan Pablo Martín en conjunto, en la SUMA DE PESOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS (\$ 33.600) (M.B. x 125 + 40% / 3 etapas x 2), dejándose constancia que para efectuar tales regulaciones se han tenido en consideración la naturaleza, extensión y resultado de las tareas cumplidas en autos por los beneficiarios (conf. Arts. 6, 8, 9, 10, 11, 20, 39 y conc. de la L.A.) (M.B. \$ 300.000). CUMPLASE CON LEY 869.

Asimismo, regúlense los honorarios del perito interviniente, Claudio Schoua (Perito Médico), en la suma de PESOS QUINCE MIL (\$ 15.000), dejándose constancia que para efectuar tal regulación se han tenido en consideración la naturaleza, complejidad y extensión de la pericia presentada, la importancia de la misma para la resolución de la cuestión y el monto que se reconoce en virtud de tal pericia, como así también los honorarios regulados a los letrados de las partes.

III. Hacer lugar a la falta de legitimación pasiva o defensa de “no seguro” formulada por Horizonte Compañía de Seguros Generales S.A., con costas a cargo de la provincia demandada (Art. 68 CPCC).

Regular los honorarios del abogado apoderado de Horizonte Compañía de Seguros Generales S.A., Dr. Exequiel García Marro, en la SUMA DE PESOS CINCUENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS (\$ 54.600) (M.B. x 13% + 40%) dejándose constancia que dicha regulación comprende su actuación como patrocinante de los terceros citados a juicio; y los del Dr. Lucas Pica, en la SUMA DE PESOS QUINIENTOS (\$ 500), por su actuación en autos (fs. 178 , 473). Hágase saber que para efectuar tales regulaciones se han tenido en consideración la naturaleza, extensión y resultado de las tareas cumplidas en autos por los beneficiarios (conf. Arts. 6, 8, 9, 10, 11, 20, 39 y conc. de la

L.A.). CUMPLASE CON LEY 869.

Notifíquese por Secretaría.

Regístrese.