

Viedma, 2 de diciembre de 2019.-

VISTOS: Los presentes autos caratulados "ROJAS CRISTIAN RICARDO Y OTRA C/ EMPRENDIMIENTOS MEDICOS S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" Receptoría A-1VI-519-C2016, traídos a despacho para resolver; y

RESULTA:

1.- Que a fs. 98/105 se presenta el Sr. Cristian Ricardo Rojas y la Sra. Rosa Inés Anabalon, por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad J.R.A., mediante patrocinio letrado e inician demanda de daños y perjuicios contra Emprendimientos Médicos S.A., y la Provincia de Río Negro -Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Río Negro e Instituto Provincial de Seguro de Salud (I.Pro.S.S.)-, por la suma de \$ 385.480 o en lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos.-

Relatan que el 26/06/14, a las 19:40 hs., en el Hospital Dr. Aníbal Serra de San Antonio Oeste, nace su hijo J.R.A. de forma prematura, con treinta semanas de gestación, y un peso de 1,5 kilogramos.-

Indican que al realizarle los chequeos de rutina, se advierte que el niño manifestaba baja temperatura corporal, dificultad respiratoria y bajo peso, razón por la cual se ordena el traslado del mismo al Hospital Artémides Zatti de la ciudad de Viedma. Refieren que dos horas más tarde (21:30 hs.), su hijo era trasladado a dicho nosocomio en una incubadora del Hospital Aníbal Serra a bordo de una ambulancia propiedad de Emprendimientos Médicos S.A., que el I.Pro.S.S. contrató.-

Señalan que para mantener la temperatura corporal de J.R.A. se colocó dentro de la incubadora una bolsa de agua hirviendo durante el tiempo del viaje de SAO a Viedma (casi tres horas).- Afirman que el traslado en ambulancia se llevó a cabo de forma irregular y sin respetar las recomendaciones del Ministerio de Salud de la Nación Argentina para el traslado de un menor con alto riesgo.-

Refieren que J.R.A fue depositada en una incubadora no apta para el traslado de un neonato, excesivamente arropado, sin tapa y con una bolsa de PVC con agua hirviendo para estabilizar su temperatura.-

Manifiestan que aproximadamente a las 23:00 hs., el niño J.R.A. arribó al Hospital Zatti de Viedma siendo atendido por la Dra. Natalia Ruf, quien constató que había sufrido quemaduras de distinto grado en miembro superior pierna y muslo izquierdo, las cuales fueron curadas y se solicitó derivación a un centro de mayor complejidad debido a la gravedad de dichas lesiones, esto es al Sanatorio Juan XXIII ubicado en General Roca.-

Mencionan que Emprendimientos Médicos S.A. es responsable -en su carácter de propietario del vehículo- de trasladar al menor en una ambulancia que carecía de incubadora (la utilizada pertenecía al Hospital Anibal Serra) y demás elementos necesarios para el traslado del bebé.-

Asimismo, indican que el I.Pro.S.S. es responsable por contratar un servicio de ambulancia no apto para tal fin; mientras que a la provincia de Río Negro le cabe responsabilidad indirecta por ser empleador del personal médico y de enfermería que acompañó a J.R.A. durante el traslado SAO - Viedma, quienes no adoptaron las medidas de prevención, vigilancia ni cuidado del menor durante el viaje.-

Realizan otras consideraciones, acompañan documental, citan jurisprudencia, realizan liquidación sobre los rubros pretendidos, ofrecen prueba, fundan en derecho, hacen reserva de caso federal y concretan su petitorio.-

2.- Que a fs. 116 y 123 se presenta la Defensora de Menores e Incapaces, contesta vista y toma intervención en la causa.-

3.- Que a fs. 144/145 y 208/209 se presenta Emprendimientos Médicos S.A., y mediante apoderados contesta demanda. Niega por imperativo procesal las afirmaciones expuestas por los actores y rechaza su responsabilidad por el hecho atribuido.-

Sostiene que cumplió estrictamente con los requerimientos solicitados por el comitente al prestar el servicio en los términos y con el alcance formulado los cuales siempre fueron recibidos de plena conformidad sin ningún tipo de objeción.-

Manifiesta que no tuvo participación alguna en el servicio de atención al paciente, ni en su acondicionamiento y cuidado, indicando que la incubadora y el acondicionamiento del paciente para su traslado han sido provistos por el servicio que dispusiera la derivación.-

Realiza otras manifestaciones, acompaña documental, funda en derecho, ofrece prueba y concreta su petitorio.-

4.- Que a fs. 177/182 se presenta la provincia de Río Negro (por el Ministerio de Salud Público de la Provincia de Río Negro y el Instituto Provincial de Seguro de Salud), y mediante apoderado contesta demanda. Niega por imperativo procesal las afirmaciones expuestas por los actores, desconoce la documental acompañada y relata su propia versión de los hechos.-

Reconoce que las quemaduras sufridas por el niño J.R.A. ocurrieron durante su traslado en ambulancia, cuyo servicio era prestado por Emprendimientos Médicos S.A., empresa ajena a la provincia.-

Expresa que en caso de acreditar que el I.Pro.S.S. hubiera contratado los servicios de ambulancia de Emprendimientos Médicos S.A., no lo hace responsable por los hechos ocurridos durante la prestación del servicio por parte de la empresa toda vez que resulta imposible para la obra social ejercer el poder de vigilancia y control sobre el prestador del servicio.-

Asimismo, manifiesta que la actuación de los médicos del Hospital Dr. Aníbal Serra de San Antonio Oeste fue conforme a derecho y respetando los protocolos médicos para el caso. Dice que la derivación ordenada por los médicos no importa la responsabilidad del traslado del paciente, y por esa razón la provincia no resulta responsable por las actuaciones de sus dependientes.-

Argumenta que en el caso de acreditarse que personal estatal hubiera permanecido en la ambulancia durante el traslado del niño, el obrar de éste se encontraba restringido por la dirección y control sobre el traslado a cargo de Emprendimientos Médicos S.A., por lo que rechaza la atribución de responsabilidad sobre los hechos.-

Realiza otras consideraciones, acompaña documental, se opone a la procedencia de los rubros pretendidos, ofrece prueba, funda en derecho, hace reserva del Caso Federal y concreta su petitorio.-

5.- Que ante la existencia de hechos controvertidos, a fs. 211 se fija la audiencia prevista por el art. 361 del CPCC de cuya celebración da cuenta el acta obrante a fs. 225 y, ante la imposibilidad de avenimiento en dicha oportunidad, se abrió la causa a prueba y se proveyó la misma a fs. 226/227.-

Asimismo, a fs. 188 me avoqué a entender en las presentes actuaciones y luego, previa certificación por Secretaría respecto del vencimiento del plazo y su resultado a fs. 664 se procede a la clausura del período probatorio.-

La parte actora presenta su alegato en uso de facultades conferidas por el art. 482 del Código ritual a fs. 667/669, mientras que a fs. 670/671 hacen lo propio la empresa Emprendimientos Médicos S.A., a fs. 672/673 la Provincia de Río Negro, y a fs. 675/678 lo hace la Defensora de Menores e Incapaces, por lo que a fs. 679 se llama autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y motiva la presente.-

CONSIDERANDO:

I.- Que de acuerdo al modo en que la litis quedara trabada, la cuestión a dilucidar radica en determinar la responsabilidad civil que la parte actora endilga a los demandados por el hecho ocurrido en ocasión del traslado de J.R.A. desde San Antonino Oeste a Viedma el día 26 de junio de 2.014, como así también establecer -si correspondiere o no- la

procedencia y en su caso la cuantificación de los daños reclamados.-

II.- Preliminarmente corresponde precisar qué normas aplicaré para resolver la cuestión traída a examen. Así, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha planteado dos reglas para determinar la ley aplicable conforme a las previsiones del art. 7 del CCyC y las enseñanzas de Roubier. La primera de ellas consiste en la de aplicación inmediata de la nueva ley, pero según como se encuentren la situación, relación o las consecuencias, al momento de entrada en vigencia de la misma. En ese sentido, observo que la relación jurídica existente basada en el hecho debatido en autos entre las partes no fue constituida ni sus efectos se produjeron con la nueva ley. La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la norma de modo expreso. (Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni. 1era edición. Santa Fe. 2015.-

En orden a esa determinación y en tanto el nacimiento y posterior traslado del niño J.R.A. ocurrió el día 26 de junio de 2014 he de aplicar el Código Civil (Ley N° 340 y su modificatoria N° 17.711).-

Sin perjuicio de lo antes dicho también he de aplicar el art. 19 de la Constitución Nacional, art. 54, 55 y 57 de la Constitución Provincial, Convención sobre los derechos del Niño aprobada por Ley 23.849 y las Leyes locales D 4.109 de Protección integral de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes de la Provincia de Río Negro y su Dec. 2212/2008, G 3.338, R 2.570 del Sistema de salud Pública Provincial. Prestación de Servicios, Ley R 3.076 de derechos del Paciente y Ley K 2753 del I.Pro.S.S..-

III.- Que en función de los hechos expuestos por las partes, debo recordar que en lo que refiere a la Provincia de Río Negro la parte actora ha recurrido, para encausar su pretensión indemnizatoria, al art. 1113 del CC, extremo que ya desde el precedente Vadell la propia C.S.J.N. dejó de usar para encuadrar la responsabilidad del Estado, abandonando de este modo criterios netamente civilistas, sin perjuicio de lo cual ello no es óbice para dar solución al caso.-

Nuestro máximo tribunal nacional dijo en ese decisorio que "5° (...) "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución". Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1.112 del Código

Civil que establece un régimen de responsabilidad "por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas. 6°) Que ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1.113 del Código Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (ver fallos: 259:261; 270:404; 278:224; 288:361; 290:71; 300:867). En efecto no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" (Vadell Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización" 18 de diciembre de 1984, Fallos 306:2030).-

Sin perjuicio de encontrarme sujeto art. 1113 del CC invocado por el actor debo efectuar algunas aclaraciones respecto del factor de atribución.-

Para ello tengo en cuenta lo dicho respecto de la idea objetiva de falta de servicio con anclaje en el art. 1112 del CC.. Así, Carlos Balbín se pregunta: "¿El art. 1.112 dice algo sobre el factor objetivo de atribución de responsabilidad del Estado? Consideramos que no (...) ¿Cómo debió interpretarse el art. 1.112? Entendemos que en verdad y en ese modelo dogmático, el art. 1.112, Cód. Civil previó, en principio, el supuesto de responsabilidad subjetiva y no de corte objetivo ya que el Estado sólo es responsable si cumplió sus funciones irregularmente, esto es, si actuó de modo negligente" Balbín Carlos F. Tratado de Derecho Administrativo, 2a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley 2015. Tomo IV. Pág. 428.-

En ese sentido, explica Balbín que el modelo de la idea objetiva aplicado correctamente puede llevar a responsabilizar al Estado de modo extremo, pues el factor objetivo parte de concebir a las obligaciones del Estado como de resultados y no de medios y por otro lado dicho factor deja huérfano de explicación casos de responsabilidad estatal en los que necesariamente interviene la subjetividad del agente público con su actuación diligente o negligente, siendo el caso de ejemplo paradigmático la responsabilidad por mala praxis en el hospital público.-

Que aclarado ello, y como antes dije he de ceñirme al encuadre dado por el actor, en armonía con las expresiones para resolver casos apuntadas por la jurisprudencia.-

Asimismo, el artículo 55 prescribe que "La Provincia y los municipios son responsables por sí y por los actos de sus agentes realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones (...).-

No puedo soslayar tampoco que la Convención sobre los derechos del Niño aprobada por Ley 23.849, es aplicable en virtud de ostentar ese carácter J.R.A.-

Para la convención referida niño es todo ser humano, menor de dieciocho años de edad - art. 1- encontrándose comprendido entonces J.R.A. en esa categoría convencional extremo que a su vez se encuentra claramente receptado por el art. 2 de la Ley D 4.109.-

Entiendo que con lo antes dicho ha quedado descripta la cuestión respecto de la responsabilidad Estatal en el ámbito del derecho público, su complejidad y la necesidad de que la aplicación del factor de atribución, en definitiva, estará directamente ligado a las peculiaridades del caso tratado en autos en concordancia con la construcción jurisprudencial imperante a la fecha de la presente, como así también con los enriquecimientos doctrinarios pasados por el tamiz de las normas de rango legal, constitucional y convencional aplicables al caso, como así también las enarboladas por las partes para demandar y ejercer el derecho de defensa.-

IV.- Que entonces, de conformidad a las circunstancias bajo las que el proceso discurriera, corresponde acudir al esquema probatorio y así debo tener en cuenta el conjunto de normas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso (conf. Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1.972, T° 1, pág. 15).-

Cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que la contraria no reconoció; en particular, los hechos constitutivos debe probarlos quien los invoca como base de su pretensión y los hechos extintivos e impeditivos, quien los invoca como base de su resistencia. Devis Echandía sostiene 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 otro modo, 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 alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, mas no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. (Devis Echandía Hernando, ?Teoría general de la prueba judicial?, Buenos Aires, Ed. Zavalía, T 1, pág. 490 y ss).-

Ahora bien, este principio, como toda regla general, no es absoluto. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (CSJN in re "Baidera, Víctor F.", LL, 1.996 E, 679).-

Por ello, no resulta un dato menor recordar en este apartado que conforme lo dispone de manera específica la normativa procesal que nos rige, salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica -entre las que incluyo la inmediatez del juez de primera instancia-. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa. (conf. art. 386 CPCC titulado apreciación de la prueba). A ello se debe agregar, aunque parezca redundante, que tampoco existe la obligación de fundar la razón por la cual descarta o no alude de manera específica a otros medios probatorios. No cabe entonces sino concluir que la primera regla interpretativa al hacer mérito de la valoración probatoria efectuada por el magistrado -sin eludir la posibilidad del error- es que la prueba soslayada no conducía, a su entender, a la averiguación de la verdad objetiva del caso.-

Y con relación a la verdad objetiva, debo aclarar que en función de las reglas de interpretación de la prueba basadas en la sana crítica hay una ligazón inescindible entre verdad objetiva y convicción judicial, de modo tal que ambas confluyen para la solución de todo caso traído al examen de los jueces.-

V.- Que efectuadas las anteriores precisiones, para el análisis y resolución del caso traído a examen recurriré especialmente a la prueba que en este estado permanece en el proceso y valoraré a la misma conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo que prescribe el art. 386 del C.P.C.C. y en definitiva fundaré mi decisión conforme art. 3 del CCyC y art. 200 de la Constitución Provincial.-

Que corresponde determinar entonces los hechos controvertidos por las partes de aquellos que no lo están, existiendo acuerdo entre ellas que en fecha 26/06/14 nació J.R.A. en el Hospital Dr. Aníbal Serra de la ciudad de San Antonio Oeste.-

Asimismo, las partes también están contestes en que J.R.A. fue trasladado desde dicho

nosocomio al Hospital Artémides Zatti de la ciudad de Viedma en una ambulancia perteneciente a Emprendimientos Médicos S.A..-

No obstante ese acuerdo básico, las partes no están contestes en cuanto a la responsabilidad endilgada por los actores a las demandas por el traslado anteriormente referenciado.-

En consecuencia, he de recurrir a continuación a la prueba producida y la valoraré para reconstruir el hecho y dar solución al caso.-

VI.1.- La prueba producida: Conforme a la prueba producida en autos y que permanece en el proceso surgen dos fotografías del niño J.R.A. (fs. 80); fotocopia de la Resolución 794/1997 del Ministerio de Salud de la Nación (fs. 82/94); tres cartas documento remitidas por el Sr. Cristian Rojas a la provincia de Río Negro, a Emprendimientos Médicos S.A., y al I.Pro.S.S. (fs. 95/97); historia clínica del niño J.R.A. del Hospital Artémides Zatti de Viedma (fs. 152/176 y 279/311); informe del área de pediatría del mismo Hospital (fs. 315); historia clínica del niño J.R.A. del Hospital Dr. Anibal Serra de S.A.O. (fs. 339/352); informe de empresa ?Comezaña? (fs. 399/402); informe de la Sociedad Argentina de Pediatría (fs. 419/421 y 459/463); informe de I.Pro.S.S. (fs. 434/442); historia clínica del Sanatorio Juan XXIII reservada por Secretaría (fs. 443); informe pericial médico (fs. 538/548), petición al perito médico de aclaraciones por parte de la provincia de Río Negro y la empresa Emprendimientos Médicos S.A. (fs. 557 y 563 respectivamente), contestación del perito médico (fs. 568/573), observaciones de la parte actora y la demandada Provincia de Río Negro a las explicaciones dadas por el perito (fs. 582 y 585); informe del Ministerio de Salud de la Nación (fs. 579/581, 594/598 y 610/617); informe del Ministerio de Salud Río Negro (fs. 624/641 y 654), declaración testimonial de Paula Andrea Iaquina, Elizabeth Beatriz Merelles Morales, Elvio Scheffer, Marcela Ines Allamendi y Natalia Ruf como así también confesional de los Sres. Cristian Ricardo Rojas y Rosa Inés Anabalón (fs. 381, 407 y 415), todo ello registrado bajo el correspondiente formato audiovisual.-

VI.2.- Informe Pericial Médico (fs. 538/548):

El perito médico -especializado en pediatría- explicó que su informe se basan en las constancias y antecedentes médicos incorporados a autos y en la evaluación médica efectuada a J.R.A. el día 13/08/2018.-

Asimismo, también detalló que las conclusiones a las que arriba tiene fundamento en Resolución Ministerial 744/1997. Con relación a esta resolución si bien el perito no lo aclara debo decir que la misma se ha dictado por el Ministerio de Salud y Acción Social

de la Nación en el marco del Programa Nacional de Garantía de la Calidad de la Atención Médica.-

Ahora bien, no puedo soslayar tampoco que dicha norma ha sido abrogada por el artículo 5 de la Disposición 906/2017 del Ministerio de Salud, B.O. 20/07/2017, Pág. 61. No obstante, teniendo en cuenta la fecha de ocurrencia del hecho debatido en autos y la fecha de abrogación la misma se encontraba en estado de vigencia al momento del nacimiento y traslado de J.R.A.-

Por otro lado, el perito también explica que basa su informe en las "Recomendaciones para la práctica del traslado neonatal" del Ministerio de Salud de la Nación y "reanimación Neonatal" de la American Heart Association (AHA) Academia Americana de Pediatría.-

Del informe presentado por el perito surge que el niño J.R.A. padeció lesiones por quemaduras de distinta gravedad y profundidad localizadas principalmente en pierna y muslo izquierdo, cara anterolateral externa.-

Refirió que las quemaduras fueron causadas por dos fuentes de calor distintas: 1) por la postura en decúbito de J.R.A. sobre la superficie de la incubadora donde había una temperatura elevada por encontrarse allí una bolsa de PVC con agua caliente, cuyo contacto prolongado (traslado de S.A.O. ? Viedma) produce las quemaduras de mayor consideración; 2) por el derramamiento de agua caliente de la bolsa de PVC sobre el cuerpo del menor, produciendo quemaduras de menor profundidad pero que tienen mayor extensión en superficie.-

Manifiesta que las quemaduras padecidas por el niño fueron producidas en condición del traslado neonatal del Hospital Aníbal Serra de San Antonio Oeste hasta el Hospital Artémides Zatti de Viedma, ya que las mismas no se presentaban previamente a la partida del niño del Hospital Dr. Aníbal Serra y sí estaban presentes en su arribo al Hospital Artémides Zatti.-

Sostiene que según la documental obrante en autos, las condiciones de traslado de J.R.A. (neonato prematuro de alto riesgo) no representaban un medio seguro ni recomendable. En este sentido explica que de las constancias de autos puede inferirse que la incubadora no funcionaba adecuadamente y tampoco contaba con batería de duración necesaria en caso de corte de suministro eléctrico. Asimismo, señala que hubo un mal uso del medio de transporte al incorporar material ajeno al fabricante de la incubadora para suplir la funcionalidad de generar calor por medio de la inducción de una bolsa de PVC caliente.-

Por otro lado, el perito explica que, según las recomendaciones de las normas vigentes al momento del traslado de J.R.A., un traslado neonatal adecuado y seguro para un neonato prematuro debe contar con una serie de condiciones a saber, entre ellas: a) Ser realizado por médico, enfermero y conductor idóneo con experiencia en neonatología por considerarse de alto riesgo; b) Instrumental, fármacos y materiales necesarios para controlar el estado del paciente según su patología (mencionadas en el informe pericial); c) El vehículo debe reunir las condiciones propias del caso (mencionadas en el informe pericial).-

Explicó que el traslado de J.R.A., por ser de alto riesgo, requería de las condiciones propias de una Unidad de Terapia Intensiva Móvil Neonatal (UTIM), y por tal motivo era indispensable la presencia de una incubadora en condiciones estructurales y en funcionamiento, esto es: a) Tener acceso al neonato y medios instrumentales para su monitoreo; b) Visibilidad del neonato en el interior de la incubadora respecto a la piel y la dinámica respiratoria; c) Mantener una temperatura regulable en forma constante; d) Incubadora con batería recargable y con carga durable para realizar un traslado por el doble de tiempo requerido.-

Para el perito no se cumplió con las normas recomendadas para el traslado ya que ¿Es evidente que el menor fue trasladado en una ambulancia que carecía de incubadora ya que la misma pertenecía al Hospital Aníbal Serra de la ciudad de San Antonio Oeste, eso convierte al móvil no apto como UTIM Neonatal (por lo que no debería haberse utilizado para el traslado por carecer de un elemento indispensable como lo es la incubadora) como lo indican las normativas vigentes a la fecha del traslado. Por otro lado la incubadora utilizada tampoco era apta, ya que no permitía regular la temperatura corporal del menor, algo que cualquier personal de salud (tanto el que acepta el préstamo como aquel que lo ofrece) debería conocer ya que es esencial en su funcionamiento. Por lo que se supone responsabilidad compartida entre la empresa de traslado y las autoridades del Hospital Aníbal Serra con respecto al conocimiento de las condiciones desfavorables que presentaba la incubadora?, (fs. 543/544).-

Sostiene también que la colocación de una bolsa de agua caliente para elevar la temperatura corporal del bebé representa un grave riesgo de sufrir quemaduras, que de hecho fue lo que ocurrió al vaciarse el contenido de la bolsa.-

Explica que ¿La falta de una buena regulación térmica además de condicionar la aparente necesidad de colocar una bolsa de agua caliente por parte del personal de traslado, hizo que el menor sea envuelto en su totalidad con mantas. Esto es un gran

punto contradictorio ya que en todo momento debe observarse la piel y mecánica respiratoria del neonato para así poder detectar su estado clínico, algo que deduzco no se realizó durante el traslado ya que no se evidenciaron las quemaduras hasta su llegada al Hospital Zatti cuando se saca de la incubadora. Tampoco permitió evidenciar que el acceso venoso umbilical no estaba en localización adecuada (se encontraba fuera del trayecto al arribo al Hospital Zatti) es decir que se realizó un traslado sin acceso venoso para poder infundir fluidos o drogas en caso de reanimación (?) llegando a destino con hiperglucemia de valores potencialmente riesgosos que podrían haber comprometido la vida del niño (?). Asimismo indica que (...) los profesionales que realizaron el traslado se encontraban administrando ventilación a presión positivo con máscara y bolsa autoinflable y sin monitoreo con oxímetro de pulso, a un neonato que por la documental se encontraba respirando espontáneamente y con frecuencia cardíaca adecuada por lo que no cumplía ningún criterio de reanimación como estaban haciendo. Generando con su accionar imprudente más riesgo y eventual daño pulmonar?, (fs. 544/545).-

En cuanto a las lesiones refiere que en la actualidad sólo son de tipo estéticas de carácter permanente, sin compromiso funcional, ubicada en el miembro inferior izquierdo en zona de la pierna y talón, lo cual representa una extensión del 5% de superficie corporal, no obstante dice que ?Las lesiones presentes representan una disminución en las capacidades físicas (?) corresponde a un 14% de incapacidad (?)?.-

Manifiesta que el transporte del niño J.R.A. no se realizó de acuerdo a los protocolos ni de acuerdo con las buenas prácticas vigentes. Dice que ?El nosocomio es responsable en solidaridad con la empresa de transporte por ceder un instrumental que la anterior no tenía para realizar el traslado, por aceptar la derivación de un neonato de alto riesgo en condiciones no adecuadas aún sabiendo que ello podía representar un riesgo para el menor y por no estabilizar ni colaborar con el médico de traslado en la estabilización del paciente (...)?, fs. 547.-

Observaciones al informe pericial médico (fs. 557 y 563):

A fs. 557 la Provincia de Río Negro solicita al perito que aclare quiénes son los profesionales responsables del traslado del menor como así también de velar por las condiciones y complicaciones ocurridas durante el traslado, y que explique si las quemaduras que se produjeron durante el traslado fueron responsabilidad de los profesionales que trasladaban al bebé.-

Luego, a fs. 563 Emprendimientos Médicos S.A. solicitó que se aclararen los puntos

referidos a la incapacidad física del 14%; sobre las condiciones requeridas por el prestador del servicio de emergencias médicas para el traslado y si éste podía negarse a prestarlo sin incurrir en responsabilidades de índole administrativa, profesional y/o penales.-

Contestación del perito médico (fs. 568/573):

El perito contesta que los profesionales encargados de velar por la integridad y salud del niño durante el traslado son quienes se encargaron de llevarlo a cabo, es decir, la Dra. Elizabeth Merelles y el enfermero Elvio Scheffer. Menciona que la Dra. Merelles fue la profesional asignada por Emprendimientos Médicos S.A. para efectuar el traslado, quien a su vez se desempeña también como personal del Hospital Aníbal Serra de San Antonio Oeste. Dice que los profesionales responsables de que el bebé J.R.A. sufra quemaduras durante el traslado S.A.O. ? Viedma fueron la Dra. Merelles y el enfermero Scheffer, pero la primera lo es en mayor medida por ser líder del equipo de traslado en ese momento.-

En relación a la determinación del 14% incapacidad física producto de las quemaduras manifiesta que ello surge de la aplicación del Decreto 659/96, y explica los factores de ponderación y su procedimiento seguidos para arribar a tal conclusión.-

Manifiesta que ?(...) la información emitida en el pedido de traslado (neonatal) para entender por parte de Emprendimientos Médicos S.A. que debería enviar un móvil con incubadora en correcto funcionamiento (cosa que no ocurrió) para poder cumplir con el traslado en condiciones adecuadas (...)? y por ello ?(...) es responsable por aceptar un traslado sabiendo que no estaban las condiciones para cumplir con los requerimientos de UTIM neonatal?. Agrega que ?(...) es sabido que todo traslado neonatal de alto riesgo representa una contingencia imprevista que siempre es un traslado de emergencia por lo que el tiempo entre la solicitud del mismo y la realización de éste debe ser lo más estrecho posible. Para tal fin es esperable que quien se encargue de llevar a cabo traslados de estas características disponga los móviles (ambulancias) siempre en condiciones (habilitación pertinente e instrumental necesario), y no esperar la solicitud de uno para incurrir en la necesidad de conseguir el instrumental necesario para poder realizar dicho traslado, por ejemplo una incubadora?, fs. 572.-

El perito entiende que no era necesario que la Dra. Elizabeth Merelles realice el traslado del niño J.R.A., pues el servicio fue tercerizado a cargo de la obra social (I.Pro.S.S.) quien designó para tal fin a Emprendimientos Médicos S.A. Señala que si la ambulancia de dicha empresa no contaba con la complejidad suficiente para realizar el traslado no

debería haberlo realizado, pues su objeto es realizar un traslado adecuado.-

Reitera que hubieron faltas de acondicionamiento previo y/o durante el traslado como carecer de un ambiente térmico neutro (incubadora en correcto funcionamiento), utilizar una fuente de calor no recomendable e insegura como fue la colocación de bolsa de PVC, no colocar un acceso venoso seguro y estable, no regular el aporte de fluidos al neonato (flujo de glucosa).-

El perito refiere que ante la mínima omisión en el acondicionamiento correcto, ¿(...) semánticamente deba responder que el mismo fue de modo incorrecto y no acorde a las buenas prácticas?, fs. 573.-

Aclaraciones de la parte actora y demandada Provincia de Río Negro (fs. 582 y 585): Dichas partes aclaran que seguramente por un error involuntario el perito ha afirmado que la Dra. Merelles Morales viajó en la ambulancia desde San Antonio Oeste a Viedma cuando ello no es así.-

Reseñado el informe pericial médico y en el entendimiento de que resulta un medio conducente relacionado con el objeto de la pretensión, siendo el perito interviniente calificado para emitir su dictamen sin que pueda sospecharse de su independencia e imparcialidad, a lo que agrego también que no advierto la existencia de otras pruebas que puedan desvirtuarlo, excepto en lo que refiere a quiénes iban en el traslado de la ambulancia extremo al que me referiré en Considerando VIII, -segundo a cuarto párrafo- es que le otorgaré valor probatorio conforme art. 386 y 477 del CPCC.-

VI.3.- Informe del área de Pediatría del Hospital Artémides Zatti (fs. 315):

Surge del informe que ¿El traslado fue realizado por ambulancia de empresa privada E.M.S.A. con médico y enfermero en incubadora de transporte de la que desconocemos marca, tipo y condiciones de la misma. Durante su traslado fue colocado en incubadora cubierto por mantas sobre bolsa de agua caliente, que sufre apertura y ocasionó lesiones de quemaduras con afectación del 7% de superficie corporal tipo A en miembro superior izquierdo, y profundas en pierna y muslo izquierdo, en abdomen un 2% tipo AB-B. Ingresa con bolsa de reanimación a presión (+) (?) con facies de dolor, llanto y mala mecánica respiratoria, con HGT 5 gr., con canalización venosa?.-

VI.4.- Informe de empresa ¿Comezaña? (fs. 399/402):

En fecha 05/12/17 dicha firma explica que se encarga de realizar todo tipo de traslados a excepción de traslados neonatales, los cuales pueden realizarse con o sin médicos según les sea indicado.-

Dicen que no cuentan con ambulancias neonatales específicamente por carecer de

incubadoras para el traslado de bebés y de médicos pediatras.-

Sostiene que en el caso de contar con el equipamiento necesario como incubadora, bomba de infusión, máscaras, saturómetro pediátrico, monitor multi-paramédico, no lo realizarían sin un médico pediatra.-

Informa también que las incubadoras, ya sean modernas o más antiguas cumplen las mismas funciones, en primer lugar aislar al neonato de bacterias del ambiente, por eso tienen que estar perfectamente esterilizadas aunque si tienen unas pequeñas ventanas para manipularlo. Señala que también es muy importante para el bebé prematuro la calefacción eléctrica que posea los demás elementos de monitoreo de las funciones corporales.-

Menciona que la empresa Más Vida tenía una ambulancia acondicionada para neonatos pero hace unos meses presta servicios en General Roca.-

Dice que sería algo descabellado y casi imposible que el médico de guardia en ese momento bajo esas circunstancias autorice la salida del recién nacido sobre una bolsa de PVC con agua hirviendo para conservar la temperatura corporal.-

VI.5.- Informe de la Sociedad Argentina de Pediatría (fs. 459/463):

La Sociedad Argentina de Pediatría explicó que, según la "Recomendación para la práctica del traslado Neonatal" formuladas por el Área de Neonatología de la Dirección Nacional de Maternidad e Infancia del Ministerio de Salud de la Nación en el año 2.012 "El transporte neonatal debe hacerse de manera rápida y seguro, por personal calificado" "El objetivo es proveer cuidado antes y durante el traslado (...) con el menor costo y la mayor efectividad".-

En cuanto a la participación en la atención del paciente se recomienda que el Equipo de Traslado intervenga desde la recepción de la llamada, manteniendo diálogo fluido con el médico que solicita la derivación, además, "(...) coordinado por personal calificado y estar integrado al sistema. La función de esta coordinación será diferenciada de la asistencial, y garantizará la comunicación intersectorial". "El recurso humano calificado para cuidados críticos es el componente más importante del equipo de transporte (...)?" siendo "(...) condición indispensable contar con un/a médico/a y un/a enfermero/a".-

Asimismo "El sistema de traslado debe ofrecer al equipo de transporte todo lo técnicamente necesario para poder proveer un cuidado adecuado", pues "(...) los objetivos principales del equipo de transporte neonatal serán la estabilización temprana y el cuidado intensivo" "con continuación del tratamiento y monitoreo durante el traslado, de manera tal de mejorar la seguridad y los resultados del paciente durante y

después del mismo?. Los cuidados que se le darán al neonato durante el transporte serán equivalentes a los ofrecidos en las Unidades de Cuidado Intensivo Neonatal, priorizando la estabilización y el cuidado óptimo por sobre la velocidad.-

Respecto al paciente recomienda que ¿Cuanto más comprometido esté el recién nacido, mayor será la necesidad de jerarquizar el control de la temperatura para mantenerlo en un ambiente térmico neutro? puesto que ¿Cuanto más pequeño e inmaduro sea el recién nacido, mayores serán las probabilidades de perder calor?.-

El procedimiento recomendado para mantener la temperatura corporal del neonato es registrar ¿(...) la temperatura al llegar (al efector de origen de la derivación, antes de iniciar el transporte y, en adelante, cada 30 minutos. La incubadora de transporte deberá estar precalentada. Utilice el sistema de servocontrol. Fije la temperatura de piel en 36,5° C. Fije correctamente el sensor de servocontrol de forma tal que se eviten las lesiones en la piel del recién nacido. Sin servocontrol, la temperatura inicial del modo 'Aire' de la incubadora debe ser para prematuros extremos: menor a 1.000 g. = 36° .; de 1.000-1.500 g. = 35° C. Disponga de un nido y ropa precalentada (para contener al recién nacido y evitar desplazamientos durante el viaje) (?) Asegúrese de que el suministro de energía de la incubadora por parte del vehículo de transporte (ambulancia, avión, etc.) funcione correctamente (?) Si se utiliza un colchón calefaccionado, evite el contacto directo de éste con la piel de prematuro?.-

VI.6.- Informe del Ministerio de Salud de la Nación (fs. 579/581, 594/598 y 610/617):

A fs. 579/581 informa que el Ministerio dispone de recomendaciones respecto del traslado de recién nacidos de riesgo en su Publicación ¿Recomendaciones para la práctica del traslado neonatal? del año 2.012 donde, específicamente en el capítulo N° 10, en las página 92 se detallan las condiciones en las cuales deben trasladarse los prematuros extremos y las condiciones necesarias para el correcto control térmico del recién nacido prematuro. Destaca que ¿(...) si bien se trata de recomendaciones estas se encuentran basadas en el máximo nivel de evidencia disponible al momento de realizada la Publicación, y deben por lo tanto ser tomadas con el correspondiente vigor?.-

A fs. 594/598 y fs. 610/617 se informa que en el año 2.014 se encontraba vigente la Resolución del ex Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación N° 794/1997 - extremo que también tuvo presente al reseñar el informe pericial médico.-

VI.7.- Informe del Ministerio de Salud Río Negro (fs. 624/641 y 654):

En fecha 25/08/09 el Ministerio de Salud de la provincia de Río Negro dictó la

Resolución N° 3779 ?MS?, mediante la cual se aprobaron las normas de Habilitación de Unidades Móviles de Traslado bajo dos modalidades: a) Sistema de Emergencias Médicas (cuando hay riesgo de vida real -emergencia- o potencial -urgencia-); b) Sistema de Traslados Terrestres (cuando se transporta pacientes con bajo riesgo de complicaciones o estables que no requieren elementos de soporte vital).-

Respecto al Sistema de Emergencias Médicas, las ?Ambulancias de Alta Complejidad Neonatal y Pediátrica?, contará con iguales requerimientos que la ?Ambulancia de Alta Complejidad? (fs. 625Vta. y 628), agregándose el siguiente equipamiento: Incubadora portátil de 220 voltios AC y 12 voltios DC; bomba infusora parenteral; ventilador Neonatal; oxímetro de pulso con sensores neonatales o pediátricos; cardiodesfibrilador con paletas pediátricas; set de trauma pediátrico; halos tamaño neonatal y pediátrico.-

Los recursos humanos con los que contará dicha ambulancia son ?(...) Médicos Pediatra/Neonatólogo, Personal de Enfermería Matriculados en Provincia de Río Negro. Chofer con carné en vigencia. Se sugiere que el personal profesional y técnico cuente con experiencia acreditable en terapia intensiva, guardia, áreas quirúrgicas o emergentología?.-

El Anexo I establece que ?Sólo se podrá trasladar un paciente de moderado riesgo en un móvil de baja complejidad cuando no se tuviera disponibilidad un móvil de alta complejidad y en ese caso deberá contar con un médico en su dotación?, fs. 626.-

Asimismo, en cuanto a los Recursos Humanos, el Anexo mencionado prevé que ?Este dependerá del tipo de móvil y del tipo de paciente objeto del traslado. Para móviles de traslado de pacientes de bajo riesgo se requiere el conductor. Para móviles de traslado de pacientes de moderado y alto riesgo y pacientes neonatos o pediátricos la dotación será de: conductor, enfermero y medico?, fs. 626.-

VI.8.- Declaraciones testimoniales (fs. 381, 407 y 415):

Paula Andrea Iaquina: Refirió que el día del nacimiento de J.R.A. se encontraba de guardia y por ello no intervino en el parto ni estuvo en la sala de parto, sino que se encargó de realizar el trámite para la derivación al Hospital Artémides Zatti. Explica que cuando el paciente tiene Obra Social deben completarse los datos del nacimiento y entregárselos para que decida si tiene a disposición una ambulancia para realizar la derivación y traslado correspondiente, y refiere que en caso de no estar afiliado a una, el traslado se realiza en una ambulancia, incubadora y médico de Salud Pública. Menciona que si la Obra Social no tiene los medios para realizar el traslado debe rechazar la solicitud y es el Hospital quien debe encargarse del mismo. En este caso recuerda que la

madre de J.R.A. tenía I.Pro.S.S. Para los casos de métodos de traslado cuando no hay incubadora se envuelve a los neonatos -papel aluminio entre otros elementos- para que no pierdan temperatura corporal, pero que según su experiencia no es de práctica habitual poner bolsas con agua caliente. Refiere que la Dra. Merelles Morales (partera) fue quien decidió el traslado del niño en función de su edad gestacional y sus condiciones. Menciona que para el traslado debe ser una incubadora de traslado, tienen que ir enchufadas a la ambulancia, son un poco más pequeñas, y con relación al medio de transporte de neonatos refiere que el Hospital de S.A.O. cree que tiene ambulancias idóneas para ello, es decir con enchufes. Entiende que no se usó una ambulancia del Hospital porque había Obra Social. Indica que en la historia clínica del niño J.R.A. no consta la participación de ningún profesional del Hospital durante el traslado del niño, dado que el traslado lo realizó una empresa privada, quien pone el médico, y reitera que los médicos del Hospital solamente se encargan de ello cuando el paciente no tiene cobertura social o cuando la obra social no dispone de médico. Desconoce en qué incubadora fue trasladado y si se colocaron bolsas de agua caliente dentro. Dice que el médico del Hospital es responsable del paciente hasta que otro médico se hace responsable, quien es responsable del traslado y del control del paciente, cree que si la empresa privada no hubiera tenido médico hubiera ido un médico del hospital. El lugar de acondicionamiento es en la sala de parto o en el quirófano, de ahí sale en incubadora, en un viaje para los controles va el médico y enfermero. Explica que el ambú es una bolsa para oxigenar manualmente, en la historia clínica no hay constancias de operaciones del médico de traslado. Cuando el paciente tiene Obra Social se escriben los datos como resumen de Historia Clínica y la Obra Social observa si tiene prestador para aceptar y hacer el traslado y si no tiene Obra Social lo hace el hospital. Quién determina si reúne las condiciones de traslado es la Obra Social. Desconoce si J.R.A. tenía alguna lesión previa.-

Elizabeth Beatriz Merelles Morales: Explicó que J.R.A. era un bebé prematuro con 30 semanas de gestación, que ella en tanto pediatra del Hospital Aníbal Serra dispuso el traslado a Viedma y que al bebé se lo preparó -acondicionó y vistió- en el quirófano antes de ser entregado para su derivación. La incubadora era del Hospital, aunque no sabe las características técnicas de la misma. Refirió que las incubadoras se calientan hasta tener la temperatura adecuada y tienen un sistema de batería para mantener la temperatura y también se enchufa, no es práctica poner bolsas de agua caliente. Se lo abrigó más porque hacía frío. Señaló que colocó al bebé en la incubadora, era una

incubadora chica, el bebé iba con ambú, lo que implicaba que la puerta tenía que estar por momentos abierta y una vez todo preparado se lo entregó al servicio privado, no recuerda que hubiera nada que le llamara la atención adentro de la incubadora, no observó quemaduras en el bebé, estaba en perfectas condiciones siendo el motivo de su traslado la edad gestacional. La incubadora era de traslado. No sabe cómo era la ambulancia de traslado porque estaba en el quirófano, no recuerda haber verificado las características de la ambulancia de traslado, tampoco recuerda el profesional que recibió al bebé pero de seguro sabe que no era un neonatólogo ni un pediatra porque la única que había en la zona era ella, en el Hospital Serra no hay unidades de traslado pediátrico y neonatal ni en el Estado ni en los privados. Explicó que ella no podía hacer traslados de un servicio privado, entiende que éste era un traslado de necesidad pero no de emergencia, distinto sería si hubiera sido una emergencia, en donde no se mide la distinción entre lo público y privado, pues tenía Obra Social que cubre el traslado con un servicio privado, para la testigo lo importante de una incubadora es que tenga corriente para que encienda y conserve la temperatura y las dos cosas las vio. Si bien no recuerda las recomendaciones que le dio al médico de traslado piensa que lo importante era mantener la temperatura, control de signos vitales y la asistencia respiratoria con ambú. Para accionar el ambú hay que abrir la tapa de la incubadora porque era una incubadora chiquita, en función de las características de J.R.A. la asistencia debía ser de apoyo de oxígeno y no permanentes, calcula que cada diez o siete minutos aproximadamente, refirió que no tuvo contacto directo con personal del Hospital Zatti, a J.R.A. lo atendió cuando era más grande, nunca vio secuelas por la prematurez pero tenía una secuela en la pierna por quemadura con agua caliente.-

Elvio Scheffer: Refiere que trabajó en Emprendimientos Médicos S.A. durante el traslado de J.R.A. Con relación a la recepción del paciente recuerda que se acerca y pregunta por el paciente a derivar, luego llegó el médico. Va a la ambulancia para acomodarla. Un momento antes se entera que se trataba de un neonato. No era una incubadora completa, tenía detalles, explicó que no tenía experiencia, solo dos derivaciones en incubadoras. Menciona que el acondicionamiento del bebé ocurrió adentro del quirófano, de ahí sale "empaquetado". Así como estaba así se llevo, no se tocó el "empaquetamiento". No le consta que la empresa haya proveído de bolsas de agua caliente, tampoco las vio durante el traslado. Las operaciones realizadas en el traslado eran a criterio médico, se efectuó técnica de bolseo, no recuerda bien pero cree que había que mover la tapa de la incubadora para hacer la maniobra de bolseo, no sabe

quién proveyó la incubadora. El traslado fue normal, no hubo nada extraño. Recordó que en la ambulancia venía el médico de apellido Benítez, el chofer, familiares y el testigo, y se entregó en el Hospital Zatti aunque no sabe quién lo recibió. Hay ambulancias de alta y baja complejidad y de neonatología. La empresa para la que trabajaba tenía de alta complejidad pero cree que no específicas para neonatos. No sabe como se conservó la temperatura en el traslado, había un enchufe pero no funcionaba bien, hacían maniobras para mantenerla conectada al enchufe, miraban que no se cayera el enchufe, no recuerda percibir humedad en la incubadora, el testigo y el médico iban al lado de la incubadora, la temperatura se la tomó tocándole la manito, el médico en ningún momento dijo que se tome la temperatura, para el testigo estaba en temperatura normal, el "empaquetamiento" era con frazaditas, mantitas, no recibió orden del médico respecto de ello, no sabe si el médico era empleado de la empresa, recuerda que el médico estaba haciendo una especialidad en medicina laboral, no notó ninguna anomalía, una sola vez vio una ambulancia de neonatología en Bs. As., su función era bajo órdenes del médico y el médico no le dio órdenes de tomar la temperatura, él y el médico bolseaban.-

Marcela Inés Allamendi: Presta servicios para el I.Pro.S.S. como auditora médica. Indicó que en el caso concreto se encargó de firmar la derivación de J.R.A. autorizando la solicitada por el médico hacia un Hospital de mayor complejidad, no hacen auditorías de campo y se confía en el profesional tratante y en el prestador. Explica que I.Pro.S.S. no tiene convenio con servicios de emergencias, sino contratadas en caso de urgencia. Trabaja con las ambulancias que se encuentran disponibles y habilitadas por el Ministerio de Salud de la Provincia. Refirió que todo neonato debe ser trasladado en incubadora. Menciona que la incubadora utilizada para trasladar a J.R.A. fue brindada por el Hospital local. Como médica y no como auditora considera que todo prematuro debe ser acompañado por un médico pediatra, y para ellos es habitual que ante la falta de médicos se suba a la ambulancia un médico clínico. Explicó que firma la derivación y ahí termina su trabajo. Para mantener la temperatura depende de la incubadora, el prematuro no debe perder el calor, siempre tiene que viajar bien calentito y para eso es la incubadora, es importante también el control de la temperatura, no se debe abrir la incubadora durante el traslado, aunque depende del paciente, si tiene que ser bolseado hay que abrirla, no ha escuchado que las marcas de incubadoras usen bolsas de agua caliente para conservar la temperatura. En la ambulancia la incubadora de traslado se enchufa. Toda ambulancia que ingresa como prestadora está habilitada por Salud

Pública, las ambulancias trabajan por prestaciones y no por convenio, explicó que los prestadores pueden rechazar el pedido y que en muchos casos ha ocurrido ello. Ellos contratan el servicio de ambulancia, en este caso se llamó a la ambulancia local que estaba habilitada. Ellos se hacen cargo de buscar el médico, enfermero e incubadora, aunque, en este caso se enteró después que la incubadora era del Hospital, refirió que las empresas no tienen incubadoras. Hay incubadoras con enchufe y con batería. Respecto de las especialidades exigidas es una realidad que en estos casos viaja en la ambulancia un médico clínico.-

Natalia Ruf: Recordó que recibió un bebé prematuro extremo trasladado por un empresa privada envuelto en sábanas mojadas con dificultad respiratoria. Menciona que el bebé estaba mojado porque se había quemado con el agua caliente, con una bolsa de agua. No recuerda haber visto la bolsa de agua caliente. La testigo recuerda que preguntó ¿Qué pasó? ¿Qué pasó? y "ellos" le dijeron que la bolsa de agua caliente se había abierto. Preguntada quiénes son "ellos" refirió que era el médico de la ambulancia. No pudo constatar si la incubadora funcionaba o no. La incubadora de traslado tiene conexión y batería, no hay que poner nada. Considera que las pautas básicas de traslado son una incubadora de transporte, tubos de oxígeno, bolsas de reanimación neonatal, un maletín con distintos tubos endotraqueales y la persona que se sube al traslado sea especialista o con curso de reanimación neonatal. Considera que no existen unidades de traslado específicas en la zona a nivel privado, no están equipadas como corresponden, el control está en cabeza del Ministerio de Salud y de la Obra Social, no es razonable efectuar un traslado si la unidad correspondiente no cuenta con el especialista, refirió que el que deriva no es el responsable del traslado, ella como médica va a indicar cuáles son las condiciones para hacerlo. El traslado es para que tenga sobrevivida, y debe ser en condiciones que correspondan Explica que un bebé de 1.500 gramos no tiene piel, cuando lo recibieron estaba envuelto y quemado en un gran porcentaje del cuerpo y se asistió en la parte respiratoria y se llamó a un especialista en quemaduras; se decidió su traslado a un hospital de mayor complejidad. Considera que el traslado debió ser con un neonatólogo. Recuerda que el médico de traslado no le informó el tema, sino que le preguntaron, no hubo mucha información, no sabe si había hoja de ruta, el intercambio trató de que venía mojado, el médico no sabía que venía mojado, era perceptible a partir del tacto, no de la vista, cuando lo van a sacar estaba todo mojado, el intercambio fue sobre cómo pueden trasladar así.-

Reseñadas las declaraciones testimonial he de otorgarle valor probatorio en tanto los

considero idóneos, encontrando veraz el tenor de sus declaraciones -art. 456 del C.P.C.C.--

VII.- Que en función de las pruebas producidas corresponde establecer el modo en que acontecieron los hechos.-

En ese sentido, he de reconstruir la secuencia fáctica en tres momentos alrededor de la atención médico asistencial dada a J.R.A. por los demandados: El primero trata del nacimiento de J.R.A. en el Hospital Aníbal Serra en la ciudad de San Antonio Oeste, el segundo de su traslado sistematizado como prestación por el I.Pro.S.S. a través de la empresa Emprendimientos Médicos S.A., y el tercero de su recepción en el Hospital Artémides Zatti de Viedma.-

VII.1.- El nacimiento de J.R.A.: Tengo por probado que el día 26 de junio de 2.014, ingresó al Hospital Dr. Aníbal Serra de la ciudad de San Antonio Oeste, la Sra. Rosa Inés Anabalon en trabajo de parto, siendo que aproximadamente a las 19:40 hs. de ese mismo día nació J.R.A. de treinta semanas de gestación y con características de prematuro con 1.500 gr. de peso.-

La médica Elizabeth Beatriz Merelles Morales fue la médica pediatra, encargada de prestar la asistencia necesaria en el nacimiento del bebé J.R.A. como dependiente del establecimiento de salud, siendo que a las 21:30 Hs. es derivado a Viedma en ambulancia privada (H.C. fs. 155 a158).-

La derivación se debió a la condición de J.R.A. (edad gestacional y bajo peso) y su consideración como paciente de riesgo.-

Así, por necesidad de lograr su estabilización, la Dra. Merelles Morales decidió derivarlo al Hospital Artémides Zatti de la ciudad de Viedma por ser un establecimiento de mayor complejidad que el nosocomio de San Antonio Oeste, extremos que surgen de su declaración testimonial, de la Historia Clínica de Hospital Aníbal Serra y del informe pericial médico.-

Por otro lado, y en tanto la Sra. Anabalon, madre del J.R.A., era afiliada de la Obra Social I.Pro.S.S., mientras se efectuaba el acondicionamiento del bebé, la Dra. Iaquinta efectuó las tareas administrativas para efectuar la derivación prescripta al Hospital Artémides Zatti a través de las prestaciones brindadas por la Obra Social la que resultaría ser brindada por la firma Emprendimientos Médicos S.A.-

Todo ello se realizó a través de la auditora médica del I.Pro.S.S., Dra. Allamendi, siendo que esos extremos han surgido de las declaraciones tanto de la Dra. Iaquinta como de la propia Dra. Allamendi, como así también de la instrumentación de la

derivación en cuestión de fs. 57/58.-

Asimismo, conforme surgió de su declaración testimonial la Dra. Merelles Morales se encargó de acondicionar al bebé y preparar la incubadora para su traslado al Hospital Artémides Zatti, y una vez preparado entregó la incubadora y al bebé a un profesional de la empresa "Emprendimientos Médicos S.A." que conforme prueba testimonial del enfermero Scheffer era de apellido Benítez.-

Respecto de la incubadora, surgió de la declaración de la Dra. Merelles Morales que era una incubadora de traslado y que verificó que tuviera corriente para que encienda y conserve la temperatura, aunque no efectuó consideraciones respecto de baterías de la misma.-

VII.2.- El Traslado de J.R.A.: El traslado fue realizado por la firma Emprendimientos Médicos S.A. y fue dispuesto por la Obra Social I.Pro.S.S aproximadamente a las 21:30 Hs..-

En la ambulancia, además de J.R.A. en la incubadora de traslado brindada por Hospital Aníbal Serra, viajaron como equipo dependiente de la empresa el enfermero Elvio Scheffer, el médico Benítez, y el chofer.-

También acompañó el viaje de traslado el padre de J.R.A.-

Todo ello surge de la declaración del propio testigo Scheffer, de las declaraciones confesionales de los padres de J.R.A. En especial, y en cuanto al recurso humano médico que iba en la ambulancia también surge la presencia de un profesional médico en la H.C. de Hospital Zatti a fs. 165 en consonancia con lo que expresó el enfermero Scheffer en su declaración.-

Respecto de la identificación del médico, su apellido Benítez, surge de lo que recordó el Scheffer, quien además dijo que creía que el médico estaba realizando una especialización en medicina laboral y que se llamaba Luis.-

Respecto de la secuencia de viaje, surge como fundamental lo declarado por el enfermero Scheffer, en cuanto a lo que recordó como sucedido en la ambulancia durante la duración del traslado.-

En ese sentido, afirmó, como dato relevante respecto del caso aquí debatido, que el enchufe de la ambulancia para alimentar a la incubadora no funcionaba bien, por lo que tenía que hacer maniobras extras para que la incubadora no se desenchufe.-

Por otro lado, surge de su propia declaración que el modo de tomar la temperatura del bebé era tomándole la mano y de ese modo supervisaba su temperatura, sin que el médico, además, del bolseo con el ambú, diera otra instrucción e hiciera otra maniobra

durante el viaje.-

Durante dicho trayecto, expresó el enfermero que no se detectó humedad, bolsa de agua caliente ni ninguna otra cuestión que resultara anómala con relación a J.R.A.-

VII.3.- La recepción de J.R.A.: Al llegar el equipo de traslado, la recepción de J.R.A. la realiza la Dra. Natalia Ruf en el Hospital Artémides Zatti.-

Conforme a la Historia Clínica de J.R.A. del Hospital Artémides Zatti ello ocurre a las 23:10 del mismo día 26/6/14 y el bebé es entregado en la incubadora apagada cubierto en mantas mojadas frías encima de bolsa de agua perdiendo líquido ? tipo bolsa de agua caliente.-.-

Asimismo, también surge escrito de la H.C. que J.R.A. tenía queja respiratoria, facies de dolor y canalización con sonda fuera de trayecto y lesiones compatibles con quemaduras -fs.165, 167 vta. 173.-.-

Respecto de la canalización umbilical, además de lo antes dicho, de fs. 173 también surge que la misma estaba envuelta en gasas, las cuales estaban mojadas y manchadas con sangre fresca.-

Asimismo, a fs. 173 vta. surge que se observa lesión con pérdida de piel de color rojo oscuro (Necrosada), también en antebrazos, manos y dedos, color rojo intenso brillante con edema y en zona de la espalda menos enrojecido, siendo lesiones compatibles con quemaduras. Se le informa al padre el estado de J.R.A. y las lesiones con las que llegó ? fs. 173 última parte.-

Por otro lado, observo que las lesiones identificadas en Historia Clínica son compatibles con las fotografías de fs. 80.-

Asimismo, relató la Dra. Ruf en su declaración testimonial, que cuando se efectúan las maniobras para extraerlo de la incubadora, en esa ocasión se descubre que las mantas con las que estaba envuelto estaba húmedas.-

Con posterioridad y ante el descubrimiento de esta situación se constatan quemaduras en J.R.A. con agua caliente como consecuencia de una bolsa de PVC que se había abierto, se le practicaron las curaciones pertinentes y fue derivado al Sanatorio Juan XXIII de General Roca en función de la complejidad de la situación.-

Todo ello surge de la declaración testimonial de la Dra. Natalia Ruf, médica neonatóloga del Hospital Zatti, de su informe de fs. 176 -también agregado a fs. 4- por ella misma suscripto, de la derivación instrumentada a fs. 59, resumen de H.C. de fs. 169 suscripto por la Mónica Quarchioni e informe de fs. 315 suscripto por el Dr. José Luis Rovasio, Alejandro Herce Heubert y Adrián Colisnechenco del Hospital Artémides

Zatti.-

VIII.- La responsabilidad: Que reconstruido el hecho a través de las secuencias correspondientes puedo comenzar a introducirme en el análisis de la responsabilidad civil que los Sres. Cristian Ricardo Rojas y la Sra. Rosa Inés Anabalón por sí y en representación de su hijo J.R.A. le atribuyen a Emprendimientos Médicos S.A., al Instituto Provincial de Seguro de Salud (I.Pro.S.S.), y el Ministerio de Salud Pública, lo cual se sintetiza en la demandada Provincia de Río Negro.-

En ese sentido, primeramente habré de despejar una cuestión que fue afirmada por el perito y que no surge probada de las constancias de autos.-

Así, el perito médico expresó que la Dra. Merelles Morales participó del traslado en la ambulancia, siendo ese extremo desvirtuado por las declaraciones testimoniales de la propia Dra. Merelles, la Dra. Ruf, y en especial de lo dicho por el propio enfermero que participó del traslado, Sr. Scheffer, quien afirmó que él estaba a las órdenes de un médico de apellido Benítez.-

Dicho extremo, también fue advertido, tanto por la parte actora como la demandada Provincia de Río Negro, a fs. 582 y 585.-

Respecto del funcionamiento de la incubadora, el perito médico infiere que la misma no funcionaba - fs. 540-, extremo que claramente queda constatado, a su vez, por la prueba misma de que se aplicó un elemento extraño consistente en una bolsa de agua caliente para *¿suplementar su funcionalidad?* siendo ese el elemento que causó quemaduras a J.R.A., y motivó una nueva derivación a la ciudad de Gral. Roca.-

Ahora bien, la pregunta a responder es si la incubadora no funcionaba directamente desde que salió del Hospital de San Antonio Oeste o si la misma no funcionó durante el viaje a raíz de cuestiones técnicas propias de la ambulancia.-

En ese sentido, un dato relevante al respecto, es lo que dijo el enfermero Elvio Scheffer, consistente en que había problemas con el enchufe de la ambulancia para alimentar a la incubadora, como así también lo que surge de H.C. del Hospital Artémides Zatti en cuanto a que la incubadora estaba apagada al momento de la recepción.-

De lo dicho por el propio Scheffer lo que funcionaba de manera anómala era el enchufe de la ambulancia para alimentar de energía a la incubadora, sin que dicho personal de la firma encargada del traslado haya revelado en su declaración que lo que no funcionaba era la incubadora, extremo que no parece lógico olvidar por lo crucial de dicho dato en un traslado de un neonato prematuro.-

Tengo presente también que se recomienda que la incubadora esté enchufada todo el

tiempo y que tenga batería recargable que debe durar igual al doble de tiempo requerido para hacer el traslado en cuestión -Pág. 21 y 28 de 'Recomendaciones para la práctica del traslado neonatal' del Ministerio de Salud de la Nación, año 2012 tenidas en cuenta por el perito médico y que a su vez pueden verificarse en:

<http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000175cnt-n01-traslado%20neonatal.pdf>.-

De todos modos, las mismas recomendaciones, en su fs. 103 también refieren que las baterías no duran más de una hora, por lo que concluyo que un viaje de San Antonio Oeste a Viedma de 180 km. aproximadamente, es decir, de más de una hora en una ambulancia -en el caso el viaje duró una hora con cuarenta minutos- con mayor razón era necesario que estuviera enchufada en un enchufe en correcto funcionamiento.-

Respecto del suministro de energía, ante el hecho probado de la existencia de un suplemento funcional extraño a la incubadora, como ha sido la colocación de una bolsa con agua caliente, se infiere que aquella no tuvo provisión de corriente durante parte o todo el viaje y tampoco era adecuada en su funcionamiento en cuanto a la duración de su batería conforme a recomendaciones antes referidas del Ministerio de Salud de la Nación, pues el viaje duró conforme horario de salida a las 21:30 Hs. y de llegada a las 23:10 Hs., aproximadamente 1 hora con cuarenta minutos.-

Con relación a los controles a los que estaba sujeto J.R.A. por parte del médico Benítez y el enfermero Scheffer, este último dijo que su función era controlar el enchufe que funcionaba mal, tomarle la temperatura al bebe con su propia mano y ayudar al médico Benítez a bombear con ambú.-

En cuanto al control de temperatura se denota de lo enunciado por Scheffer que no se aplicó ningún equipamiento -portatil o no- para efectuar no solo el control de temperatura corporal, sino también otro tipo de monitoreos como por ejemplo, frecuencia cardíaca, la frecuencia respiratoria, la tensión arterial invasiva y no invasiva, la saturación por oximetría de pulso conforme Recomendaciones ya referidas -pág. 20 de Recomendaciones ya citadas-.-

En cuanto al control térmico si bien el enfermero lo hizo con la mano -lo cual entiendo que ha tenido, un efecto de acompañamiento o presencia en el bebe por el contacto- no parece ser ese el método científico para cumplir con esa verificación crucial en un neonato como J.R.A.-

En ese sentido, según informó la Sociedad Argentina de Pediatría 'Todos los recién nacidos tienen riesgo de enfriarse. Pero, el problema es mayor en los pacientes de

riesgo. Más allá del hecho de que las respuestas fisiológicas y de comportamiento son relativamente inmaduras en el recién nacido de término, la limitación de los recién nacidos para mantener la temperatura corporal está particularmente comprometida en los recién nacidos prematuros o con bajo peso al nacer (?) el control térmico de los niños de riesgo (especialmente los prematuros y de bajo peso) deba ser mucho más cuidadoso porque, además de sus desventajas fisiológicas, conductuales o constitucionales, tienen más probabilidades de ser reanimados, estar hipóxicos, recibir más procedimientos o sufrir diferentes enfermedades?. Continua explicando que ?El control térmico de los niños de riesgo (especialmente los prematuros y de bajo peso) debe ser jerarquizado. Cuanto más comprometido esté el recién nacido, mayor será la necesidad de jerarquizar el control de la temperatura para mantenerlo en un ambiente térmico neutro. Cuanto más pequeño e inmaduro sea el recién nacido, mayores serán las probabilidades de perder calor (...)?, (fs. 461).-

Por otro lado, respecto de la humedad en la incubadora y arropamiento de J.R.A., si bien la Dra. Ruf expresó que no se podía constatar con la vista, no resulta admisible que el personal de la firma, durante una hora y cuarenta minutos que duró el viaje de traslado, no haya advertido la existencia de un elemento extraño a la incubadora, que además perdía agua, conforme a los controles que se debieron realizar en el recién nacido, más aún teniendo en cuenta que la canalización con sonda umbilical -que en la llegada de J.R.A. se observó húmeda y con manchas de sangre- debió ser controlada durante el viaje.-

Surge asimismo, de la prueba producida en autos que la firma Emprendimientos Médicos S.A. contratada por el I.Pro.S.S. para brindar a la afiliada el servicio de traslado de su hijo J.R.A. no brindó una ambulancia de Alta Complejidad Neonatal y Pediátrica conforme surge de Res. 272 de fs. 436/438 y Resolución 3779/2009 MS Anexo 1 Punto 2 de fs. 625/629, de donde se extrae que se debe contar con los mismos requerimientos para ambulancia de Alta Complejidad con el agregado de una incubadora portátil de 220 voltios AC y 12 voltios DC, bomba infusora parental, ventilador Neonatal, oxímetro de pulso con sensores neonatales o pediátricos, cardiodesfibrilador con paletas pediátricas, set de trauma pediátrico y halos de tamaño neonatal y pediátrico.

Asimismo, en cuanto al recurso humano -área asistencial- se prevé que contará con médico pediatra neonatólogo, personal de enfermería matriculado en provincia de Río Negro y Chofer con carnét en vigencia.-

No puedo soslayar tampoco lo informado por la Dra. Iaquinta (fs. 352, punto 15) en donde dice que para el traslado de un neonato se requiere mínimamente ambulancia de traslado de mediana complejidad con adaptación para enchufar la incubadora, con médico y enfermero, lo cual es contradictorio con la propia normativa emanada del Ministerio con competencia en la materia, tal lo que surge de Resolución 3779/2009 MS Anexo 1 Punto 2 de fs. 625/629 y conforme a la calidad de paciente de alto riesgo de J.R.A de acuerdo con lo informado por el Director del Hospital a fs. 315 y de las Recomendaciones para la práctica del traslado neonatal? Ministerio de Salud de la Nación, año 2012.-

El perito médico explicó que el traslado de J.R.A., por ser de alto riesgo, requería de las condiciones propias de una Unidad de Terapia Intensiva Móvil Neonatal (UTAM), y por tal motivo era indispensable la presencia de una incubadora en condiciones estructurales y en funcionamiento (fs. 543); no obstante Es evidente que el menor fue trasladado en una ambulancia que carecía de incubadora ya que la misma pertenecía al Hospital Anibal Serra de la ciudad de San Antonio Oeste, eso convierte al móvil no apto como UTIM Neonatal (...), (fs. 543/544). Asimismo manifestó que Emprendimientos Médicos S.A. (...) debería enviar un móvil con incubadora en correcto funcionamiento (cosa que no ocurrió) para poder cumplir con el traslado en condiciones adecuadas (...)? - fs. 572.-

Se entiende entonces que la incubadora de transporte es necesaria y utilizada para mantener, controlar y regular la temperatura corporal del neonato a través de un sistema electrónico, razón por la cual requiere estar enchufada a la ambulancia durante su traslado o bien con la batería cargada (conf. declaración testimonial de los Sres. Paula Andrea Iaquinta, Elizabeth Beatriz Merelles Morales y Elvio Scheffer).-

En el mismo sentido, el área de Pediatría del Hospital Artémides Zatti dijo que (...) desconocemos marca, tipo y condiciones de la misma. Durante su traslado fue colocado en incubadora cubierto por mantas sobre bolsa de agua caliente, que sufre apertura y ocasionó lesiones de quemaduras (...), (fs. 315) .-

Se advierte entonces que el niño J.R.A. si bien fue trasladado en una incubadora la misma no funcionó durante el traslado ni tuvo suficiente carga de batería para estar operativa en caso de insuficiencia de alimentación conforme a las recomendaciones ya citadas y acuerdo con los problemas que relató el enfermero Scheffer respecto del enchufe de la ambulancia. De otro modo resulta inexplicable la aplicación de un suministro funcional extra que brinde calor, ajeno a la incubadora pero dentro de ella y

que la misma hubiera sido recibida apagada por la Dra. Ruf, conforme surge de Historia Clínica del Hospital Artémides Zatti.-

Para el perito médico, el hecho de colocar una bolsa de agua caliente para elevar la temperatura corporal del bebé representa un grave riesgo de sufrir quemaduras, que de hecho fue lo que ocurrió al vaciarse el contenido de la bolsa (fs. 544).-

Advierto que conforme a la categorización del paciente, el I.Pro.S.S. habilitó un traslado con una firma que no contaba con una unidad con la capacidad técnica ? ambulancia con incubadora y recurso humano o área asistencial con médico pediatra neonatólogo.-

Concluyo entonces que el I.Pro.S.S. habilitó el traslado de J.R.A. en tanto paciente neonato prematuro de alto riesgo, con una firma que no contaba con una unidad con la capacidad técnica exigible al caso -ambulancia sin incubadora y recurso humano especializado- y que no obstante ello la empresa Emprendimientos Médicos S.A. aceptó el traslado en una ambulancia -no apta ab initio para ello y además con un enchufe defectuoso para alimentar la incubadora.-

Todas esas exigencias del Estado surgen de Res. 794/1997 -fs. 611/614- vigente al momento del hecho en cuanto a ambulancias específicas para traslado de neonatos- y conforme Resolución 3779/2009 MS Anexo 1 Punto 2 de fs. 625/629, lo cual también es conteste con lo informado por la Sociedad Argentina de Pediatría a fs. 459/463.-

Asimismo. si bien se ha demostrado que al año 2.015 la firma tenía habilitación efectuada mediante Res. 272 de fs. 436/438 no surge que alguno de sus móviles estuviera habilitado bajo la categoría exigible al caso, ni que en el año 2.014 tuviera habilitación en el aspecto aquí señalado.-

Todo ello se termina concretando en un traslado, en una ambulancia no apta para ello y sin el personal calificado, lo que ocasionó quemaduras con agua caliente producidas en el interior de la Incubadora a J.R.A., la que llega apagada al Hospital Artémides Zatti.-

Con relación a la obra social I.Pro.S.S. tengo presente que conforme al art. 1 de la Ley K 2753 los empleados públicos integran necesariamente ese sistema de atención de la salud.-

Asimismo, el artículo 2 inc. d) de la misma ley prevé como alcances de la obra social: ?Proveer prestaciones que aseguren la prevención, promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, garantizando el mejor nivel de calidad y eficiencia, de acuerdo al nomenclador prestacional vigente, aprobado por la Junta de Administración del Instituto. A tal efecto define sus propios listados de prestadores, prácticas,

tecnologías y equipamientos que son reconocidos y ofrecidos a la población beneficiaria, en función del nomenclador prestacional vigente, reservando, en todos los casos, su derecho a establecer convenios o reconocer solamente aquéllos que provean a los objetivos antes citados. En ningún caso esta cobertura puede ser inferior a la canasta básica de servicios de salud que defina la autoridad Sanitaria Provincial y/o a las prestaciones que se brindan en los hospitales públicos provinciales?.-

Es conforme a las cuestiones fácticas aquí debatidas que la obra social de acuerdo con el último párrafo del artículo citado, no cumplió a través de su dependiente, Dra. Allamendi, los fines y alcances que el legislador propuso para su creación, pues la cobertura dada fue inferior a la que el propio Hospital Aníbal Serra brindaba, esto es ambulancia con incubadora y médica pediatra.-

Tengo presente también que, en el caso, es la propia obra social la que despliega toda su voluntad administrativa para dar cobertura, sin que la afiliada exprese su voluntad en la elección del prestador. En ese sentido ha dicho el Dr. Lorenzetti que "Cuando la obra social se interpone entre el paciente y el médico como agente financiero, puede absorber esta libertad de elección del paciente. El agente financiero del sistema advierte que no puede mantener esa libertad, porque el costo es demasiado alto (...) Consecuentemente limita el número de oferentes de servicios, estableciendo una cartilla (...) Ésta es una circunstancia razonable dentro del esquema de funcionamiento de la obra social en el sistema legal actual (...) Sin embargo la traslación de la libertad de elección contractual desde el paciente hacia la obra social es clara, y tiene un efecto preciso, cual es la traslación de los riesgos. No se puede absorber la libertad de elección sin asumir también los riesgos que ella acarrea. De ello se sigue que si la obra social elige los oferentes y lo hace mal, ella debe soportar el riesgo. No se admite en cambio que el paciente pierda la libertad de elección a favor de la obra social y mantenga la carga de los riesgos, porque ello importa una falta de equilibrio en su relación con la obra social. La traslación de riesgos hacia la obra social derivada de la elección que ejerce, incluye la carga de responsabilidad". (Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis "La Empresa Médica", Ed. Rubinzal-Culzoni, 1.998, Pág. 95).-

Asimismo, continua diciendo respecto de casos en los que el afiliado, tal el caso no elige al prestador que "Si es 'cerrado' la obra social debe responder por el incumplimiento de la prestación de salud a su cargo y que la obra social delegó en determinados sanatorios y profesionales. La obra social se valió de terceros para ejecutar su obligación, siendo los sustitutos determinados por ella, obstandole al afiliado

el camino de la opción (Bueres, 'Responsabilidad civil de los médicos...' ps. 476 y ss; Trigo Represas, 'Reparación de daños por mala praxis médica...' p. 402; Mosset Iturraspe y Lorenzatti, Contratos Médicos... p. 351). En la jurisprudencia se ha resuelto condenar a la obra social porque la sociedad que se compromete a prestar asistencia médica a sus asociados a través de los médicos que proporciona, y no de otros, es responsable por el servicio que estos presten, de modo que si obran con culpa o negligencia, debe satisfacer al paciente abonando los daños y perjuicios que tal actitud le haya ocasionado, ello por aplicación analógica del artículo 1.631 del Código Civil, amén de tratarse, en el caso, de una obligación concurrente (...) También se condenó a la obra social cuando da cumplimiento a su obligación de prestar cobertura al afiliado con determinados sanatorios, ya que dicha obra social debió haber prestado el debido amparo a sus afiliados, mediante el control y vigilancia (...) Se ha dicho que quien ha tomado sobre sí la responsabilidad de el o los sanatorios que deberán prestar asistencia médica a sus afiliados mediante contratos, no puede desentenderse de la responsabilidad que tal acto les incumbe, y que la ley de obras sociales (...) imponía la responsabilidad de las obras sociales, toda vez que estas deben asegurar que las prestaciones médico-asistenciales se brinden con eficacia (...) También se condenó a la obra social cuyo médico dependiente causó la ceguera de un niño (Cám.Nac.Civ., Sala G, 27/12/85, 'Frigueredo, Carlos M. c/ Clínica Los Andes S.A.', E.D. 117-490)? (Conf. Lorenzetti, ob. cit., Pág. 98/100).-

Conclusión: Por lo tanto, de la valoración conglobada de toda la prueba producida tengo por acreditado que Emprendimientos Médicos S.A. resulta responsable de los daños causados al niño J.R.A. en tanto brindó el servicio, una vez tomado conocimiento de la calidad que el mismo demandaba, con una ambulancia, cosa no apta para su concreción conforme normativa aplicable al caso, ni personal calificado para ello, en tanto sistema de emergencias médicas conforme a Res. 3779/2009 ?MS? sin que se observen aplicables a ella eximentes de responsabilidad, como así también la obra social I.Pro.S.S., pues contrató a través de su dependiente y auditora Dra. Allamendi un prestador que ab initio no reunía los requisitos legales impuestos por el propio Estado provincial para el traslado de un paciente en condición de recién nacido, en estado de prematuro y de alto Riesgo como lo era J.R.A, lo cual torna su obrar en negligente e imprudente conforme así lo prevé la parte pertinente del art. 1.113, en apreciación de las conductas conforme art. 902 y concordantes del CC.-

En consecuencia, no se trata de hacer una auditoría en campo, como lo señaló la

auditora Dra. Allamandi en su declaración, sino de hacerlas antes -pues precisamente esa es la función de auditar- de contratar verificando que el prestador, conforme a categorización del paciente, lo que fue debidamente informado por la Dra. Iaquina al desencadenar todo el proceso de traslado de J.R.A. ante el I.Pro.S.S., reuna los requisitos legales técnicos necesarios del servicio para cumplir con el cometido que requiere el paciente.-

Esa no verificación y la consecuente concreción del servicio de manera irregular con una firma que, aunque con ambulancia habilitada, no reunía la capacidad técnica que demandaba el caso, ni contaba con médico pediatra neonatólogo, ni incubadora y con una ambulancia con defectos para alimentarla, conlleva también la responsabilidad del I.Pro.S.S. si se producen daños en el paciente, conforme a extremo debidamente probado consistente en quemaduras con agua caliente en el cuerpo de J.R.A.-

Por último, bien se entiende a la provincia de Río Negro, como única demandada, tanto es así que la contestación se ha unificado en el representante de la Fiscalía de Estado para el I.Pro.S.S. y Ministerio de Salud, tengo presente que no he tenido por probada la tesis de la parte actora respecto de la responsabilidad que se endilga al Ministerio de Salud con relación a dependientes del Hospital Aníbal Serra. Ello así pues en demanda se sostuvo que la responsabilidad en este aspecto era en tanto responsable del personal médico que iba en la ambulancia -fs 100-, lo cual conforme a prueba producida no se probó, sino que la propia actora refiere a fs. 582 que en la ambulancia no hubo personal médico del Hospital.-

A continuación, he de encaminarme a determinar la cuantificación del daño.-

IX.- El Daño. Rubros indemnizatorios pretendidos:

Corresponde ahora dilucidar la procedencia de cada rubro reclamado, y en caso de corresponder, la cuantificación de los mismos conforme la prueba producida para demostrar su alcance.-

El daño es ??todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades? (CSJN, 22/12/93, E.D. 157-581)?; ??es un componente inseparable del acto ilícito (T.S. de Córdoba, Sala CCom. CAdm., 12/12/86. LLC 1987-438)?; ya que ??si no hay daño, directo ni indirecto, no hay acto ilícito punible para los efectos de este código (CNCiv., sala B, 28/9/84, E.D. 112-233)?. Además, ??debe ser cierto y actual para que pueda existir resarcimiento (CSJN, 07/03/85, E.D. 113-612), pero es indemnizable también la frustración de la probabilidad de éxito, cuando por sus características supera el

parámetro de daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible (CSJN, 28/04/98, L.L. 1998-C-322); pero el mero estado de riesgo no es indemnizable si no hay daño?. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecasas, Código Civil Comentado 'Responsabilidad Civil', Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, Pág. 25, 33).-

En este sentido, la Corte Suprema, en 'Provincia de Santa Fe c/ Nicchi?', juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera 'justa?', puesto que 'indemnizar es (...) eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento?', lo cual no se logra 'si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida' (Sent. del 26-VI-1967, Fallos: 268:1121, considerandos 4° y 5°)?.-

Sentado ello, la actora identificó como rubros cuya indemnización pretende con causa en el siniestro objeto de autos: Gastos Médicos y de Traslado; y Daño Moral.-

IX.1.- Gastos médicos, traslado y farmacéuticos: Los actores reclaman todos los gastos que debieron erogar a partir del evento dañoso, como lo son los traslados, hospedaje, gastos médicos y de farmacia, días no laborables, estimando una suma de \$ 185.480.-

Corresponde entonces discriminar el conjunto de rubros pretendido, con la advertencia de que en cuanto a su suma no se ha efectuado discriminación alguna, siendo un monto global para todo.-

Entonces, con relación a gastos de hospedaje, traslado y días no laborables no surge producida prueba alguna, más aún ante la negativa de la documental en contestaciones de demanda, siendo que se debería haber acreditado ello de algún modo. Al no haberse concretado esfuerzo alguno por parte de quien tiene la carga para ello, he de rechazar estos subrubros, pues no me surgen notorios del hecho debatido.-

Respecto de Gastos Médicos la doctrina sostiene que, '(...) éstos proceden aunque no se hubieran acreditado documentalmente, debiendo guardar relación con la naturaleza de las lesiones de que se trate. Sin embargo, ello no obsta a que se haga notar que se trata de gastos de escasa cuantía, ya que si lo que se pretende invocar son gastos de magnitud, es indudable que debieron ser acreditados mediante prueba fehaciente acerca del efectivo desembolso?. (Conf. CNCiv. Sala C, 23/11/04, 'Intorre, Miguel A. y otro c/ Dervissoglou, Alejandro E y otros s/ daños y perjuicios?)-

Por otro lado, 'La circunstancia de que la víctima hubiese sido atendida en nosocomios públicos, no implica necesariamente que no haya debido incurrir en gastos médicos y farmacéuticos, pues como es sabido, la prestación médica en dichos institutos no es totalmente gratuita, aunque la falta de comprobantes que acrediten erogaciones incidirá en definitiva en el importe a fijar por este concepto?. (Conf. CNCiv, Sala E, 31/12/1997,

¿Correa, Daniel H., y otro c/ EFEA y otro s/ daños y perjuicios?).-

En esa ininteligencia, encuentro una correlación entre el hecho acontecido y los gastos peticionados por los actores que, en función de la sana crítica racional, inclinan mi convicción a admitir ¿(...) los gastos de farmacia y medicamentos aún cuando la asistencia se hubiere brindado en hospitales públicos o por intermedio de obras sociales, porque de ordinario los pacientes deben hacerse cargo de ciertas prestaciones no amparadas por esos servicios?. CNCiv., Sala A, 11/12/97, ¿Romero, Selva del C. c/ Montesnic SRL s/ daños y perjuicios?.-

Por ello, corresponde hacer lugar al presente rubro por gastos médicos y farmacéuticos en función de lo antes expuesto por la suma de \$ 30.000, conforme art. 165 del CPCC. a la fecha de la presente y de ahí en más y hasta su efectivo pago devengará intereses a la tasa de interés conforme calculadora oficial de Poder Judicial.-

IX.2.- Daño Moral: Los actores por si y para J.R.A. reclaman la suma de \$ 200.000 por daño moral.-

Aquí también he de destacar que no se discrimina el rubro, sino que se determina un monto global para todos los peticionantes.-

Se ha dicho que ¿Es procedente el reclamo de daño moral, que por su índole espiritual debe tenérselo configurado con la sola producción del evento dañoso, ya que por la índole de la agresión padecida, se presume la inevitable lesión de los sentimientos del demandante? (Conf. CSJN autos: ¿Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires Provincia de (policía bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios? del 06/03/07, 330:563).-

Se ha entendido al daño moral como ¿...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, traducido en un modo de estar de la persona diferente de aquél que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial...?. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe, ¿Responsabilidad por Daños?, Ed. Rubinzal Culzoni 2006, T° V ¿Daño Moral?, Pág.118).-

Es importante destacar que el daño moral se emparenta con el denominado ¿precio del consuelo?, esto es al resarcimiento que ¿procura la mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables (por ejemplo escuchar música) que conjugan la tristeza, desazón, penurias? (Iribarne H. P., ¿De los daños a la persona? cit. págs. 147, 577, 599) criterio receptado por el art 1741 del CCCN, conforme la jurisprudencia de la Corte Nacional (CS, 04/12/2011, ¿Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros?). ¿El daño moral consiste ¿no sólo en el dolor, padecimiento o sufrimiento

espiritual del individuo, sino también en la privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado -víctima o reclamante- y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas? (Highton, Elena I. - Gregorio, Carlos G. ? Álvarez, Gladys S. ? Cuantificación de Daños Personales.? R. D. P. y C. 21, Derecho y Economía, pág. 127)?. (Conf. CACivil de la Ciudad de Azul, en autos caratulados ?A., Andrea y otro c/ Suarez García, Juan Manuel y otros s/ daños y perjuicios?, Causa n°: 2-60219-2015).-

Se ha sostenido en reiteradas oportunidades que ??no existen pautas exactas para su cuantificación (sobre el daño moral) y que es difícil precisar el sufrimiento de quien lo ha padecido. Al decir de Morello, Sosa y Berizonce (Códigos Procesales ..., T° II, Pág. 239)?, (?) ?que el monto del daño moral es de difícil fijación, que no se halla sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, correspondiendo atenerse a un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso, sobre la base de la prudente ponderación de la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados y a los experimentados, hallándose así sujeto su monto a la circunscripción y discrecionalidad del juzgador?. (Conf. CACiv Viedma ?Cespedes Narciso c/ Pfund Raúl Oscar y Otros s/ daños y perjuicios (Ordinario)?, 21/03/2017).-

De lo dicho y conforme a las constancias de autos, es incuestionable el dolor que pudieron sufrir Cristian Ricardo Rojas y la Sra. Rosa Inés Anabalón, a raíz de las quemaduras que padeció J.R.A. a las pocas horas de su nacimiento.-

No obstante, como lo plantea la provincia de Río Negro (fs. 181), es pertinente traer a colación lo dispuesto por el art. 1.078 del Código velezano: ?La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos?.-

En ese sentido, advierto que no se ha planteado la inconstitucionalidad de dicha norma.- Vale recordar que el daño moral reclamado por un damnificado indirecto ?no se trata ya de una cuestión hereditaria, sino de derecho indemnizatorio, pues la acción de daños y perjuicios se otorga al llamado damnificado indirecto iure proprio, no iure hereditatis, es decir que éstos están reclamando la minoración espiritual personal; y el enfoque no debe hacerse bajo los principios del Derecho Sucesorio, dado que como lo sostiene Pizarro, tan solo se trata de un parámetro objetivo, técnico, orientado a enunciar a posibles damnificados indirectos, aunque coincide con el jurista, en cuanto a que la visión debe ser lo suficientemente amplia como para posibilitar soluciones justas acordes a la letra y

espíritu de la ley (conf. PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición?", pág. 227). (Conf. STJRNS1 Se. 18/14 "Sepulveda?", votos de la Dra. Piccinini y el Dr. Barotto).-

Asimismo, en el fallo citado, el Superior Tribunal de Justicia hace referencia a los legitimados para reclamar una indemnización por este rubro, donde sostuvo que: "...se ha propiciado así en el primer párrafo del proyectado art. 1.741, que: "Si del hecho resulta su muerte (del damnificado directo) o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible". Solución ésta con la cual se vendrían pues a eliminar, acertadamente, los impedimento que actualmente tienen algunos damnificados indirectos, para poder accionar por indemnización del daño moral, resultante actualmente de los términos del vigente artículo 1.078 de nuestro Código Civil; por lo que ya se ha pronunciado afirmativamente buena parte de nuestra doctrina, sumándose día a día nuevos precedentes jurisprudenciales en igual sentido. (Trigo Represas, Félix A., en Diálogos de doctrina sobre Daño Extrapatrimonial, Publicado en: RCyS 2013-IV, 5)?: (Conf. "Sepulveda?", votos de la Dra. Piccinini y el Dr. Barotto).-

Luego, poco tiempo después de la vigencia del Código Civil y Comercial, el S.T.J. ratificó y sostuvo aquella posición al decir que "Los únicos dos casos que autorizan el reclamo del damnificado indirecto son el fallecimiento y la gran discapacidad de la víctima inmediata; en este último caso concurren ambos conjuntamente -directo e indirecto-. (Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado? T° VIII, pág. 502). (Conf. STJRNS1 Se. 89/15 "Rodríguez Marin?").-

Por lo tanto, toda vez que no estamos ante un caso de muerte, y tampoco de gran discapacidad por cuanto el perito ha otorgado una incapacidad física del 14% (fs. 547 y 569), ni se ha planteado la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, los Sres. Cristian Ricardo Rojas y Rosa Inés Anabalón, no se encuentran legitimados para solicitar este rubro, por lo que he de rechazarlo.-

Con relación al mismo rubro solicitado por los representantes legales del niño J.R.A. corresponde hacer lugar al mismo toda vez que el hecho debatido en autos se traduce en un dolor y sufrimiento inimaginable por las quemaduras sufridas y comprobadas en autos por él durante el traslado de San Antonio Oeste a Viedma, siendo que conforme a las condiciones del caso, el estado de vulnerabilidad de J.R.A. es máximo al tener horas de nacido, lo que merece protección preferente a través de la Convención sobre los

derechos del Niño aprobada por Ley 23.849 y la Ley local D 4.109 de Protección integral de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes de la Provincia de Río Negro y su Dec. 2212/2008.

No puedo soslayar que precisamente por ese estado de vulnerabilidad, esa condición debía ser suplida por quienes estaban encargados de asistirlo, además de que el hecho dañoso dejó secuelas físicas en su cuerpo, objeto de la lesión conforme descripciones del informe pericial médico.-

En ese sentido, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de responsabilidad, la prueba producida en autos de la cual tengo en especial cuenta la entidad del sufrimiento del niño J.R.A. por las quemaduras que padeció y sus consecuencias físicas, es que de acuerdo con las previsiones del art. 165 del C.P.C.C., considero razonable hacer lugar a este rubro, en este caso, en la suma de \$ 200.000 con más una tasa pura del 8% anual lo que equivale al 0,66 mensual o 0,022 diario- desde el día de nacimiento de J.R.A (26/06/14) hasta la fecha de sentencia -5 años, 5 meses, y 5 días o 1985 días lo cual totaliza un 43,67 % lo que hace, en consecuencia, que la suma ascienda a \$ 287.340 a la fecha de la presente, todo lo anterior conforme a parámetros del fallo del STJ "GARRIDO PAOLA CANCINA C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S / ORDINARIO S/ CASACION" de fecha 15/11/2017, Sent. N° 89 y de allí en más y hasta su efectivo pago la tasa de interés prevista en calculadora oficial del Poder Judicial o la que el Superior Tribunal de Justicia en lo sucesivo fije.-

IX.- Por los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta por Cristian Ricardo Rojas, Rosa Inés Anabalon por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad J.R.A., y condenar a Emprendimientos Médicos S.A., y a la Provincia de Río Negro en forma solidaria a que abonen en el plazo de diez días por los rubros Gastos Médicos y farmacéuticos la suma de \$ 30.000, y por Daño Moral a favor de J.R.A la suma de \$ 287.340, y rechazar los rubros gastos de traslados, hospedaje, y días no trabajados y el daño moral reclamado por los padres de J.R.A.-

X.-Costas y honorarios: Si bien existe una corriente jurisprudencial que indica que en base al principio de reparación plena las costas en los procesos de daños y perjuicios en caso de vencimiento, aunque sea parcial, siempre se imponen al demandado, lo cierto es que dicha postura también convive con la que dice que las costas se imponen en la medida de la concurrencia en la causación del hecho e incluso con una tercera postura que se sostiene en la medida del progreso de la demanda.-

Así, tomando como base esas tres posturas y con un adecuado balance de las mismas aplicadas al presente caso tengo en cuenta que, en virtud de la dimensión de la procedencia de los rubros y del principio de reparación plena, el vencimiento en estas actuaciones corresponde a la actora por lo que impondré las costas a las demandadas conforme al art. 68 del CPCC.-

Para la regulación de los honorarios profesionales se deberá tener en cuenta la labor cumplida, medida por su eficacia, calidad y extensión, conjugarlo con el monto por el cual prospera la acción (\$ 317.340) (conf. arts. 1, 6, 7, 9, 11, 19, 37 y conc. L.A.).-

De esta manera se determinan los honorarios del Dr. Gabriel Bottari en la suma de \$ 60.295 (coef. 1/3 del 15 % + 2/3 del 15 % + 40 %), los de los Dres. Gustavo Avila y Juan Martín Brussino Kain, en conjunto, en la suma de \$ 16.290 (coef. 1/3 del 11 % + 40 %) y para el Dr. Gustavo Avila en la suma de \$ 32.580 (coef. 2/3 del 11 % + 40 %).-

Por su parte no corresponde regular honorarios a los letrados apoderados de la Provincia de Río Negro atento lo que surge del art. 2 de la Ley 2212.-

Con relación a los honorarios de los peritos se establecen los del perito médico Dr. Jonatan Maximiliano Vazquez en la suma de \$ 19.040 (coef. 6 %) y los del consultor técnico de la parte demandada PRN Dr. Hernán Chaher en la suma de \$ 12.693 (coef. 4 %) (Conf. art. 18 ycc de la Ley N° 5069).-

Por los fundamentos expuestos;

RESUELVO:

I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta por Cristian Ricardo Rojas y Rosa Inés Anabalon por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad J.R.A., y condenar a Emprendimientos Médicos S.A. y a la Provincia de Río Negro, en forma solidaria, a que abonen en el plazo de diez días por los rubros Gastos Médicos y Farmacéuticos la suma de \$ 30.000, y por Daño Moral a favor de J.R.A. la suma de \$ 287.340, y rechazar los rubros gastos de traslados, hospedaje y días no trabajados y el daño moral reclamado por los padres de J.R.A.-

II.- Imponer las costas a los demandados (conf. art. 68 del CPCC).-

III.- Regular los honorarios del Dr. Gabriel Bottari en la suma de \$ 60.295 (coef. 1/3 del 15 % + 2/3 del 15 % + 40 %), los de los Dres. Gustavo Avila y Juan Martín Brussino Kain, en conjunto, en la suma de \$ 16.290 (coef. 1/3 del 11 % + 40 %) y los del Dr. Gustavo Avila en la suma de \$ 32.580 (coef. 2/3 del 11 % + 40 %). Por su parte no corresponde regular honorarios a los letrados apoderados de la Provincia de Río Negro atento lo que surge del art. 2 de la Ley G 2212.-

IV.- Establecer los honorarios del perito médico Dr. Jonatan Maximiliano Vazquez en la suma de \$ 19.040 (coef. 6 %) y los del consultor técnico de la parte demandada PRN Dr. Hernán Chaher en la suma de \$ 12.693 (coef. 4 %) (Conf. art. 18 ycc de la Ley N° 5069).-

V.- Regístrese, protocolícese y notifíquese.-

Leandro Javier Oyola

Juez