

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Responsabilidad Del Sanatorio Exoneracion De Los Medicos Intervinientes

JURISPRUDENCIA

sanatorio. Exoneración de los médicos intervinientes

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Responsabilidad del

Se confirma el fallo en cuanto hizo lugar a la demanda de daños

dirigida contra el sanatorio por la retinopatía padecida por la hija recién nacida de la actora, pero se la rechaza en relación con los pediatras intervinientes, pues el hecho de que el nosocomio no proveyera la atención oftalmológica que los médicos demandados habían indicado en manera alguna permite extender a los galenos recurrentes la responsabilidad que le cabe a la institución sanatorial por la falta de la prestación oportuna y debidamente requerida.

En Quilmes a los 02 días del

mes de marzo del año 2018, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Segunda de la Excelentísima Cámara de Apelación, Doctores Horacio Carlos Manzi, Julio Ernesto Cassanello y Eleazar Abel Reidel con la presencia del Señor Secretario, Doctor Gustavo José Fuchs, se trajeron a despacho para dictar sentencia los autos "F. S. A. c/ POLICLINICO F. VALLESE y otros S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. 18474).- Y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 168 de la Constitución de la

Provincia de Buenos Aires, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, se practicó el sorteo de ley que dio el siguiente orden de votación: Doctores Eleazar Abel Reidel, Horacio Carlos Manzi y Julio Ernesto Cassanello.- LA EXCELENTISIMA

CAMARA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES: 1a) ¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA? 2a) ¿QUE PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR? VOTACION: A LA PRIMERA CUESTION

PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR REIDEL DIJO: 1. Han sido enviados los autos a este Tribunal, para analizar y

resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes (fs. 750, 751, 752, 753, 754 y 755) respecto de la sentencia dictada por el Señor Juez de Primera Instancia (fs. 722/741 vta. y aclaratoria de fs.756) que, haciendo lugar a la acción promovida por S. A. F.

por sí y en representación de su hija menor de edad M. M. F., contra "Policlínico Felipe Vallese", "Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina (O.S.U.O.M.R.A.)", Silvana Elsa Caffaro, Fabian Eduardo Salemi, Miriam Susana Aban, Alejandro Hugo Oleiro, y Gabriela Ana Brook, condenó a estos últimos en forma solidaria para que dentro del quinto día de

aprobada la liquidación que oportunamente se practicará en autos, le abonen a las nombradas la suma de PESOS CINCO

MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL (\$ 5.230.000) -correspondiendo la suma de PESOS CUATRO MILLONES

DOSCIENTOS MIL (\$ 4.200.000) para la menor M. M. F.; y la de PESOS UN MILLON TREINTA MIL (\$ 1.030.000) .para la

restante coactora S. A. F.-; importes que devengarán intereses desde el 7 de julio de 2006 a la tasa pasiva más alta fijada por el

Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos

comprendidos y. por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha señalada hasta el día de su efectivo pago; con más las costas del proceso.- 2. Para resolver como lo hizo considero que ?...si bien

como se señala en las aclaraciones, el examen oftalmológico no puede ser efectuado por el médico pediatra, el de guardia, o el jefe del servicio de neonatología, es indudable que son precisamente ellos, quienes al prescribir el examen -tardío por cierto, toda vez

que debieron practicárselo a la semana 35, esto es a la 2da. semana de nacida, y recién lo prescribieron a la semana 37,4-, quienes debieron controlar que dicho estudio se realizara, lo cual nunca ocurrió, omisión inexcusable de parte de todos los médicos tratantes

cualquiera fuese su especialidad, habiendo dado a posteriori de alta a la paciente sin que éstos estudios se hubiesen realizado, en

clara contraposición a claras disposiciones normativas al respecto.- No debe soslayarse asimismo que tal como se viera supra, que

el establecimiento "Policlínico Felipe Vallese" se vale para el cumplimiento integral de su obligación de la actividad de los médicos dependientes del mismo y que forman parte de su plantel (SCJBA. Ac. 46.712 S. (SD), 4/8/92; entre muchas otras). Tal conducta (la

prescripción de los estudios de rigor y su realización en tiempo oportuno) constituye un deber inexcusable. Son dichos galenos los que siguen la evolución de la menor, y su obligación no se detiene en la mera prescripción de un estudio o análisis, debiendo seguir

-en base al arte de la medicina y control de la evolución de la paciente-, que los mismos se llevaran a cabo.- De ello se deriva

como consecuencia lógica que las manifestaciones de la perito de fs. 651/657 en cuanto a que el sanatorio debió haber provisto de un especialista que hiciera el estudio, y que frente a ello los médicos tratantes nada tuvieron que ver, resultan claramente inaudibles, por

lo que me aparto en este tópico del dictamen pericial, y comparto y hago propio las argumentaciones vertidas por la parte actora a fs. 668/674 al formular un planteo impugnatorio a tales nuevas argumentaciones introducidas por la perito recién a la hora de brindar

explicaciones, donde se trata de desviar el razonamiento, escondiendo que son los médicos tratantes -ya sean neonatólogos, pediatras o médicos de guardia-, quienes debían encargarse de prescribir la realización del control oftalmológico en tiempo oportuno, y que

éste se realizara; máxime cuando en el caso en análisis la menor presentaba los factores de riesgo más importantes (edad gestacional,

bajo peso y oxigenoterapia) que determinaban la posibilidad de que existiese y se desencadenara la enfermedad, lo cual no podía ser desconocido por ninguno de los galenos que tuvieron a su cargo al atención y cuidado de la recién nacida (arts. 384, 473 y 474 CPCC).- En cuanto a la responsabilidad del Sanatorio, entendió que: "...como lógica y natural conclusión de lo expuesto en los considerandos que anteceden, se deriva que ha quedado suficientemente acreditado que el resultado disvalioso, demás secuelas y daños reclamados -a las que infra me referiré en particular- guarda relación de causalidad con la deficiente atención y el negligente accionar de los profesionales dependientes del "Policlínico Felipe Vallese", por lo cual surge nítida la responsabilidad del mismo y de los médicos tratantes (arts. 375, 384, 474 y conc. CPCC). Finalmente, respecto de la Obra Social codemandada, manifestó que: "...en su relación con los afiliados, las obras sociales asumen también -además de la prestación de servicios médico asistenciales-, el deber de seguridad, que de acuerdo con las particularidades del sistema adoptado por la institución, puede variar según el caso.- Efectivamente, en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, cuya garantía resguarda en forma expresa el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Llegado a este punto, debo valorar las premisas expuestas bajo la óptica de las particulares y ya explicitadas circunstancias del sub exámine. Y es que la propia codemandada "OSUOMRA", a la hora de contestar demanda, formula una versión de cómo ocurrieron los hechos y de la ausencia de responsabilidad de su parte por la mala praxis materia de litis; impugnando la procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados, pero en modo alguno invoca la ausencia de responsabilidad de su parte relacionadas a su carácter de obra social (v. fs.141/145).- En función de todo cuanto el punto llevo meritudo, lo cierto es que en presente caso en estudio, la clínica demandada donde se produjo la mala praxis materia de litis, es de exclusiva explotación de la obra social demandada "Obra Social del Personal de la Unión Obrera Metalúrgica de la R.A. (OSUOMRA)", y ello, con independencia de las diversas naturaleza de los regímenes cerrados, abiertos o cuasi abiertos que fueran analizados precedentemente.- De lo expuesto se colige inexorablemente, que la obra social, deben responder por las prestaciones que brindan los sanatorios de su propiedad (cf. Galdos Jorge M., "Responsabilidad de las obras sociales por mala praxis médicas", en La Ley, 1996-E, pág.845; y doct. y jurisp. allí cit.).- 3. La actora en su presentación de fs. 795/816, que fuera contestada a fs. 931/93 vta., se agravio de la cuantía indemnizatoria de los diferentes rubros, solicitando su elevación.- En tal sentido, luego de precisar extensamente las diversas circunstancias que agravan los padecimientos de la menor, expresó: "La suma otorgada por el honorable sentenciante de grado resulta exigua a la luz de la gran incapacidad que padece la menor -100 %-, y la cantidad de años que deberá vivir con su ceguera. Por lo demás, es del caso cuestionar también los parámetros tenidos en cuenta para arribar al monto indemnizatorio en cuestión. En efecto, no es acertado estimar que la menor durante toda su vida sólo hubiese percibido un salario mínimo, vital y móvil. El curso normal y ordinario de las cosas nos demuestra que una persona no tiene durante toda su vida el mismo ingreso. Existen ciertas y fundadas probabilidades de que la menor, en el supuesto caso de que no portara un 100 % de incapacidad, logre progresar incrementando sus ingresos. Otra de las cuestiones relevantes a la hora de determinar una incapacidad debe consistir en la imposibilidad de acceder a un beneficio jubilatorio, ya que con un 100 % de incapacidad es imposible que M. obtenga un trabajo. La suma concedida tampoco abarca las actividades económicamente valorables, como pueden ser actividades hogareñas, compras, etc. que M. se encuentra absolutamente imposibilitada de realizar y que requieren ineludiblemente de un sustituto permanente disponible para que las lleve a cabo en su lugar. ¿Cómo va a pagar M. a alguien que la asista con un ingreso de \$ 6.666,66.- pesos por mes? Obsérvese que nada puede ser más grave que portar una gran incapacidad como la que ilustra la pericia y estar sumido en la pobreza. En tal sentido es dable resaltar que la perito ilustra adecuadamente la enorme cantidad de dificultades que M. deberá afrontar durante el curso de su vida, al determinar que "el efecto de los problemas visuales en el desarrollo del niño depende de cuán severo es el tipo de pérdida, la edad en la cual aparece la condición, y el nivel de funcionamiento total del niño, los cuales resultan en atrasos en la comprensión y destrezas sociales. Un niño pequeño con impedimentos visuales no tiene mucha motivación en cuanto a la exploración de objetos del ambiente y por lo tanto puede perder oportunidades de experimentar y aprender. Como el niño no puede ver a sus padres ni a sus compañeros, no puede imitar el comportamiento social o comprender los mensajes no verbales. Los impedimentos visuales pueden crear obstáculos en la independencia del niño. El movimiento es un elemento básico para el aprendizaje. Cuando el niño explora y tiene contacto físico con su mundo es cuando el aprendizaje se lleva a cabo. Los niños que padecen de incapacidades de la vista típicamente necesitan que se les anime a explotar su medioambiente. Para ellos el mundo puede ser desconcertante e impredecible, o puede no ofrecerles motivación. Se debe proveer de herramientas para el cuidado y el aseo personal, con una organización especial de los elementos del baño y la ropa en los armarios, no solo porque no pueden alcanzar alturas determinadas sino por la elección de la vestimenta" (fs. 608/609).- ...Es una incapacidad para toda la vida, un problema médico, social, educacional y económico. Requerirá de por vida de ayuda de terceros, por su absoluto y permanente déficit visual, para la alimentación, higiene, movilización, vestimenta, traslado, etc." (ver fs. 608/609). La suma concedida tampoco alcanza a resarcir la capacidad vital de la menor y el daño total a su proyecto de vida. La menor hoy cuenta con 12 años, se encuentra aislada socialmente; depende absolutamente de su madre

hasta para higienizarse; ?...no sale a la calle sin compañía, dado que no cuenta con un perro lazarillo para que la acompañe y vive en una zona donde las veredas son irregulares y surcadas por zanjas. Que proyecto de vida puede desarrollar M. en estas condiciones?, ¿Qué vida social puede tener si no logra vincularse con personas que padecen la misma incapacidad? La incapacidad sobreviniente comprende: 1) la capacidad laborativa o productiva o sea la pérdida de ingresos o la afectación a la concreta aptitud productiva o generadora de ingresos, rentas o ganancias específicas; 2) la capacidad vital o la aptitud y potencialidad genérica; en términos expresados por la Corte Federal... Aplicación del nuevo código civil para la cuantificación de los daños: Causa agravio a mi representada la falta de aplicación del art. 1746 del actual C.P.C.C. a fin de mensurar los daños patrimoniales que porta la menor. Ello, toda vez que la norma contenida en el art. 1746 del nuevo C.C. resulta de aplicación inmediata debiéndose cuantificar los daños de acuerdo a la normativa vigente al momento de sentenciar. En tal sentido, los más distinguidos juristas de nuestro país sostienen que: "El art. 1746 resulta de aplicación inmediata y rige, incluso, para los procesos en trámite...?.- Asimismo, en esa línea presenta diversas fórmulas para cuantificar los pertinentes daños, peticionando la aplicación de una de ellas.-

Daño Moral: En distintos precedentes la Corte Suprema ha sentado las bases conceptuales del daño moral expresando que: el dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida".- Todo su ser se ve afectado por este alto grado de incapacidad. El sufrimiento de M. es indescriptible. Todas las circunstancias reseñadas en torno al alto grado de incapacidad, la cantidad de años que deberá vivir en estado de ceguera, el abandono que sufrió M. durante estos años, su falta de inserción social producto de la falta de recursos para afrontar su discapacidad, etc. me alientan a rogar a V.E que eleve el monto de incapacidad otorgado por el honorable juez de primera instancia. Daño Moral reclamado por la madre: Hay un dolor más hondo para una madre que tener que afrontar diariamente la ceguera de su hija. Todo ese esfuerzo desesperado por salvar la vista de su hija, para luego vivir observando la triste realidad que padece M. Basta imaginar por un instante la situación que padece la madre de la menor para dimensionar -si es ello posible- el sufrimiento moral que ha de resarcirse. Ello habilita por sí a peticionar la revisión del monto otorgado solicitando su elevación. Es por todo lo expuesto que solicito se eleve la suma concedida en la instancia de grado en razón de los parámetros enunciados. Gastos de tratamiento futuro: El honorable sentenciante de grado ha omitido cuantificar dentro del presente rubro los gastos que irroga la necesidad de la actora de ser asistida en forma permanente durante toda su vida. La suma concedida no alcanza a cubrir la enorme cantidad de gastos futuros que la actora deberá afrontar a lo largo de su vida. A ello debe adunársele la suma necesaria para adquirir diversos elementos inherentes a su incapacidad (v gr., traslados, bastones, perros lazarillos, libros en braille, computadoras especiales con teclados braille, elementos de adaptación arquitectónica en el hogar, escuela especial, etc.), lo que conlleva inexorablemente a su periódica renovación (perito médico en su dictamen fs.608/609). Lamentablemente tengo que decir que la suma de \$ 700.000.- otorgada por el honorable sentenciante de grado no alcanza para cubrir todos los gastos futuros que ineludiblemente M. deberá afrontar para sobrevivir con su ceguera. Finalmente, hizo reserva del Caso Federal.- 4. Los codemandados Silvana Elsa Caffaro (fs.826/854), Miriam Susana Aban (fs.855/883), Alejandro Hugo Oleiro (fs.884/901 vta.), y Fabian Eduardo Salemi (fs.903/929 vta.), expresaron sus respectivos agravios, que fueron contestados a fs.939/971, cuestionando la responsabilidad que se les atribuyó, los montos otorgados por los distintos ítems y la legitimación de la madre de la menor respecto de la pretensión resarcitoria del daño moral.- En tales aspectos sostienen la ARBITRARIEDAD DE LA SENTENCIA: En tal sentido y luego de señalar las características que según su criterio deben tener las explicaciones científicas, los recurrentes manifiestan lo siguiente: ?En el presente caso, la base de los elementos de prueba existentes, el procedimiento de selección de información y datos efectuado por el Jueza A Quo es incoherente, fragmentado, contradictorio con principios de lógica formal, reñido con pautas de valoración legal, doctrinaria y jurisprudencial, y, por ende, dicho con todo respeto, arbitrario. Destruye el fallo que se ataca principios arraigados en la ciencia médica con su valoración de las pericias. El examen jurídico del caso revela apartamiento de la ley y de la doctrina legal en el decisorio, que además omite elementales criterios de prudencia en la concesión de los montos indemnizatorios. La decisión que el suscripto recurre ha dejado de lado el prudente arbitrio judicial que debe primar en la valoración de la prueba. El fallo en crisis omitió la consideración razonada de acuerdo a los principios de la lógica, la psicología, la sociología, la medicina, y a las máximas de la experiencia de las pruebas reunidas en el legajo. Se apartó sin motivación alguna de prueba documental, informativa y pericial médica obrante en el presente.- Y por ello es arbitrario. Por la utilización forzada, caprichosa y abusiva del arbitrio, conforme se demuestra a continuación.- PRIMER AGRAVIO: LA RESPONSABILIDAD: ... LA CRÍTICA DE LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA: El control oftalmológico de la menor durante la internación en el Policlínico Felipe Vallese: El razonamiento seguido por el distinguido Sr. Juez de la Primera Instancia, asignando responsabilidad a quien

suscribe por la "omisión inexcusable" en el deber de "controlar" que el estudio (oftalmológico) se realizara a la menor durante su internación, resulta equivoco, choca con la práctica médica y sus especialidades. Analicemos, el por qué esta parte sostiene -y se agravia- de la interpretación caprichosa que el Sr. Juez de Grado impone en cabeza de los médicos neonatólogos. En primer lugar, el magistrado construye su razonamiento siguiendo la pericia médica realizada por la Dra. Alejandra Iurescia, especialista en Oftalmopediatría, obrante en autos, más deja a un lado -sin expresión de motivo alguno -las aclaraciones y la ampliación que, la Dra. Iurescia, efectúa luego de las impugnaciones y aclaraciones solicitadas por ambas partes. En efecto, cuando la Dra. Iurescia en su Informe Pericial obrante a fs. 600/610, explica que ".... Los neonatólogos solicitaron la realización del fondo de ojos el día 18/07/07, no proveyendo del Oftalmólogo el Policlínico Felipe Valle, subestimando la importancia del mismo...". La experta está haciendo referencia a que fue el Policlínico Felipe Valle, institución que al no contar con médicos oftalmólogos -únicos idóneos y preparados para realizar efectivamente el control de fondo de ojos y la indicación de un posible tratamiento- subestimaron la importancia del mismo. No es gobierno de los médicos neonatólogos de guardia, realizar el control del fondo de ojos (no pueden hacerlo, no pertenece a su especialidad, no se encuentran capacitados para llevarlo a cabo). Como así tampoco asegurar el control en la efectiva realización del estudio como equívocamente pretende el Sr. Magistrado. Un médico de guardia no toma decisiones que hacen al funcionamiento institucional de un centro de salud. En otras palabras, no es responsabilidad del médico de guardia neonatólogo que la institución, en este caso, el Policlínico Felipe Valiese, no cuente con médicos oftalmólogos.- Los médicos de guardia no deciden sobre el funcionamiento/ organización y contratación del personal de salud de una institución privada. En consecuencia, la imposición que su Señoría efectúa en cabeza de un simple médico de guardia, como es la de efectivizar un control oftalmológico, cuando el centro demandado no cuenta con profesionales de esa especialidad, deviene en una obligación de imposible cumplimiento. El Sr. Juez "A-quo", carga la responsabilidad a la parte más débil -un trabajador médico- las deficiencias organizativas y/o funcionales de un centro asistencial de salud privado (de pertenencia de una Obra Social Sindical). Le impone -de hecho- una obligación que el médico no puede cumplir. ¿Por qué no lo puede hacer? Observemos: * Es un empleado más dentro de una estructura asistencial, que no toma decisiones en la contratación del personal. Porque se encuentra en una institución que le es ajena. El médico se incorpora a dicha organización instrumental de medios personales materiales e inmateriales, quedando sujeto al cumplimiento de reglamentos, órdenes y directivas recibidas de su empleador (La Obra Social). Si bien el médico tiene una cierta independencia técnica estrictamente inherente a su especialidad (esto es su conocimiento específico), no tiene poder efectivo para decidir cuestiones concernientes a la contratación de otros profesionales de la salud, mucho menos realizar prácticas que no competen a su propia especialidad. *Así, un médico neonatólogo de guardia, por ejemplo, no puede llamar telefónicamente a un médico oftalmológico para que se presente en la institución y realice el estudio de fondo de ojos. No puede disponer de esas decisiones que no son médicas, ni constituyen actos médicos, sí de organización institucional. ¿Quién paga los honorarios de esos médicos oftalmólogos? ¿Quién verifica que ese médico Oftalmólogo cuente con la especialidad de pediatría oftalmológica? ¿Todos los médicos oftalmólogos pueden diagnosticar una retinopatía del prematuro? Las respuestas a estas preguntas no pueden ser decididas por un simple médico de guardia -que resulta un empleado más- sino por las autoridades del centro asistencial al momento de diseñar y armar su servicio de Neonatología. *Resulta entonces sencillo, a la hora de endilgar responsabilidades, perjudicar siempre al eslabón más débil de la cadena. Sobre todo cuando ese último eslabón se encuentra impedido de tomar decisiones (administrativas) que trasciendan los actos médicos concernientes a su especialidad.- "De seguirse el razonamiento esbozado por el magistrado de grado, se llegaría al absurdo de imponer a todos los médicos empleados de una Institución asistencial privada, cubrir por sus propios medios, las especialidades faltantes en dicha institución e inmiscuirse en cuestiones que no le son propias. Obligación de cumplimiento imposible. Razonamiento, equívoco y como tal, arbitrario.- El informe suscripto por el JEFE DEL SERVICIO DE PEDIATRIA, Dr. Espínola, Sergio Hugo, del Hospital Zonal General de Agudos Dr. Isidoro G. Iriarte de Quilmes: En dicha contestación oficiatoria, se informó: "... b) Informe cuál es la función del Médico de Guardia. Refiera además si es el responsable del seguimiento a lo largo de su internación de un paciente en UTIN (Unidad de Terapia Intensiva Neonatal). Respuesta: Los médicos neonatólogos de guardia son profesionales que cumplen funciones de guardia activa durante un horario que puede ser de 12 a 24hs. (Siendo el nombramiento de 36 horas, estas se distribuyen, en general, en 24hs. de guardia y 12 hs. de consultorio externo). Durante el horario de trabajo de guardia, el médico asiste a los pacientes internados, conforme su conocimiento específico y las normativas (normas del Servicio) emanadas del Jefe de Servicio o Coordinador del Servicio (este último caso en algunas instituciones privadas). El médico de guardia concurre al Servicio una vez a la semana para cumplir con su guardia y como tal no le corresponde hacer el seguimiento día a día del paciente (el seguimiento del paciente es del Servicio). Es el Jefe y/o coordinador del servicio el que establecerá las normativas generales de asistencia (normas del Servicio) y cumplimiento de los tratamientos normativamente establecidos (en este caso la indicación del fondo de ojos). c) Ilustre quién sería el referente superior del médico de guardia en una UTIN (Unidad de Terapia Intensiva Neonatal). Respuesta: El referente superior del médico

de Guardia en una UTIN (Unidad de Terapia Intensiva Neonatal) es el Jefe de Servicio (en una institución pública como el Hospital de Quilmes) y/o el Coordinador (en el caso de algunas instituciones privadas)... (de la prueba oficiatoria obrante en la presente litis).- La imposición de una obligación de cumplimiento imposible, dispuesta por el Sr. Magistrado de grado en su sentencia "... Los médicos de guardia, debieron controlar que dicho estudio se realizara ... omisión inexcusable de todos los médicos tratantes cualquiera fuese su especialidad..." choca, también, con las normas establecidas para la organización de los Servicios Médicos (públicos y privados). El "control" (de la efectiva realización del estudio de fondo de ojos) no es gobierno de los médicos de guardia, en todo caso lo será del Jefe del Servicio o Coordinador (en una institución privada). Pero, no lo es, ni puede efectivamente serlo, de los médicos de guardia que concurren al establecimiento una o dos veces por semana, no encontrándose entre sus obligaciones el seguimiento día a día del paciente. Quien suscribe no era Jefe de Servicio. Actuó en su carácter de médico de guardia, concurriendo al establecimiento los días martes y jueves (guardia 24 hs.). De la pericia médica en la especialidad de la Oftalmología Pediátrica, realizada por la Dra. Alejandra Iurescia y sus aclaraciones: La Dra. Alejandra Iurescia, en la pericia médica de fs. 600 y siguientes, informa: "... No se realizó el estudio de retina ni el control oftalmológico durante la internación. Los neonatólogos, solicitaron la realización del Fondo de Ojo el día 18/07/07, no proveyendo del Oftalmólogo el Policlínico Felipe Vallese, subestimando la importancia del mismo ...". Más adelante: "... Desde el punto de vista oftalmológico la menor no recibió durante su internación el cuidado neonatal indicado por la normativa vigente para evitar el desarrollo de la Retinopatía del Prematuro y con ello aplicar el tratamiento adecuado ... Obsérvese Excma. Cámara, que la Dra. Iurescia, siempre habló de deficitario control oftalmológico, más no del concerniente a la especialidad del firmante. Para despejar toda duda, en las aclaraciones efectuadas por la misma experta, ésta informó: "... Queda claro que los MEDICOS ACTUARON CORRECTAMENTE EN LA SOLICITUD DEL EXAMEN OFTALMOLÓGICO, en los tiempos que indican los protocolos, POR LO TANTO NO FUERON LOS QUE LE QUITARON LA OPORTUNIDAD DE TRATAMIENTO... DE NINGUNA MANERA SE INDICA RESPONSABILIDAD AL DR. SALEMI POR LA FALTA DE REALIZACIÓN DEL FONDO DE OJOS, es más fue el Dr. Salami quien correctamente indicó el examen, LOS PEDIATRAS LO SOLICITAN Y EL POLICLÍNICO DEBE PROVEER DEL PROFESIONAL OFTALMÓLOGO para su realización ...". "... LOS PROFESIONALES IDONEOS PARA LA REALIZACIÓN DEL FONDO DE OJOS EN LOS NEONATOS SON LOS OFTALMOLOGOS QUE TENGAN EXPERIENCIA EN EL USO DE OFTALMOSCOPIA BINOCULAR INDIRECTA ...". "... EL DR. ... NO es responsable de la falta de realización del fondo de ojos, siendo el médico que solicitó dicho examen..." (de las aclaraciones de la Dra. Alejandra Iurescia. Responde Impugnación D... Las negritas y las mayúsculas me pertenecen). Más adelante la perito Oftalmóloga estableció: "... el examen oftalmológico debe ser efectuado por oftalmólogos expertos en el uso de Oftalmoscopio Binocular Indirecto, siendo un estudio de alta complejidad, que no solo requiere entrenamiento especial sino aparatología que es llevada (ambulatoriamente) por los oftalmólogos que lo realizan..." (de la contestación de explicaciones solicitadas por la parte actora. Las negritas y el entre paréntesis me pertenecen). "... LOS MEDICOS PEDIATRAS SOLICITAN EL EXAMEN PROFESIONAL IDÓNEO PARA SU REALIZACIÓN. LOS MÉDICOS PEDIATRAS EFECTIVAMENTE LO SOLICITARON, EL POLICLINICO NO LO PROVEYÓ ..." (de la contestación de explicaciones solicitadas por la parte actora. Las negritas y mayúsculas, me pertenecen). Por lo tanto, la pericia médica realizada por la Dra. Iurescia, claramente informa y acredita que la responsabilidad -y por el ende, la ausencia de control oftalmológico- no se encuentra en cabeza de los médicos neonatólogos, como equivocadamente pretende su señoría en su interpretación voluntarista, forzada y por ello mismo arbitraria.- No se evidencia un "... giro en la experta en la oportunidad de brindar explicaciones requeridas por las partes ..." (de los considerandos de la sentencia en crisis). La experta en los respectivos testes formulados por las partes, aclaró y despejó las dudas en lo concerniente a la atención neonatal (clínica) recibida por la menor, manteniendo siempre coherencia en cuanto a que, sí fue deficiente su cuidado neonatal desde el punto de vista oftalmológico. Deficiencia que no le incumbe a los médicos neonatólogos, en tanto, reitero, no son los neonatólogos, los capacitados científicamente para realizar un estudio de fondo de ojos, tampoco les compete "controlar su efectiva realización, en cuanto a que se encuentran imposibilitados de proveer un médico oftalmológico en un centro asistencial privado, como así tampoco les compete, el seguimiento día a día del paciente menor internado (razón por la cual existen los Servicios Médicos de cada especialidad). El Sr. Magistrado de grado ha errado en su razonamiento. En atención a los argumentos expuestos, solicito a la Excma. Cámara de Apelaciones revoque el pronunciamiento apelado.- La solicitud del estudio de fondo de ojos. La normativa aplicable. El error en la interpretación: Se agravia esta parte, cuando su el Sr. Juez "A-quo" afirma que "... la prescripción del examen fue tardía, toda vez que debieron practicárselo a la semana 35, esto es en la segunda semana de nacida, y recién lo prescribieron a la semana 37,4 ...". Varias son los puntos a analizar sobre esta cuestión para demostrar el equívoco razonamiento seguido por el Sr. Magistrado de Grado. Entendemos que el inducido error de su Señoría viene dado, en tanto pretende aplicar una normativa del año 2007 y perfeccionada recién en el año 2015 a hechos ocurridos en el año 2006. Sin embargo, la medicina en modo alguno es una ciencia exacta ni

estática, con el correr de los años los criterios se van modificando. A la época que sucedieron los hechos no existía un protocolo de seguimiento exacto e imponible obligatoriamente, como sí sucede hoy día gracias al desarrollo científico sobre la cuestión. Sí, se sabía que los prematuros que recibían oxígeno (para salvar su vida, como fue en este caso) se les debía solicitar el estudio fondo de ojos, para permitir detectar la patología de Retinopatía del Prematuro y así indicarse (en su caso) el tratamiento de Diodo Laser.

Pero, reitero NO existía norma y/o protocolo de seguimiento que así lo imponga como obligatorio. Las meras recomendaciones efectuadas por distintas agrupaciones médicas- científicas (GRUPO ROP, la SAP, CEFEN, etc.) no imponen un protocolo obligatorio a seguir y las más de las veces no existía un criterio único a seguir en las referidas discusiones médicas. De hecho existían divergencias científicas entre varios profesionales dedicados a esta sub-especialidad de la Oftalmología pediátrica/neonatal.

Esta diferencia de criterios denota una falta de Normas o un Consenso el cual reitero, no existía al momento de los hechos motivo de este proceso judicial. Obsérvese que la Sra. Perito, tanto en su primera presentación como en las aclaraciones presentadas más adelante, siempre informó que el estudio había sido solicitado por los médicos neonatólogos en tiempo oportuno, agregando que "... no se realizó el estudio de retina ni el control oftalmológico durante la internación. Los neonatólogos solicitaron la realización del Fondo de Ojo el día 18/07/07, no proveyendo del oftalmólogo el Policlínico Felipe Vallese ... Reitero, que a la niña el Policlínico Felipe Vallese le negó la oportunidad de diagnosticar la oportunidad de diagnosticar y tratar en tiempo oportuno la retinopatía del Prematuro..." (de la pericia médica obrante a fs. 600 y sigtes). Luego, en las aclaraciones solicitadas, la Experta sobre este punto, enfatizó: "... DE NINGUNA MANERA SE INDICA RESPONSABILIDAD AL DR.... POR LA FALTA DE REALIZACIÓN DEL FONDO DE OJOS, es más fue el Dr. Salami quien correctamente indicó el examen, LOS PEDIATRAS LO SOLICITAN Y EL POLICLINICO DEBE PROVEER DEL PROFESIONAL OFTALMÓLOGO para su realización... ". El Dr. Salemi solicitó el fondo de ojos en tiempo oportuno ... El Dr. Salemi solicitó la interconsulta el día 18 de Julio..." (de las aclaraciones brindadas por la Experta) y la reiteró, el día 20 de Julio (conforme prueba documental obrante en autos. Ver certificados médicos adjuntos con la demanda). "... La solicitud fue realizada en tiempo adecuado, de haberse realizado el fondo de ojos por el Oftalmólogo, se hubiese evaluado la vascularización de la retina y la progresión de la enfermedad..." (de las aclaraciones brindadas por la Experta).

Concluye la experta que "... el pedido del fondo de ojos fue realizado en tiempo oportuno, la solicitud de fondo de ojos fue en forma correcta ... la conducta del Dr. Salemi ha sido correcta y ajustada a las reglas del arte de curar..." (de las aclaraciones brindadas por la Dra. Iurescia). La propia actora en el relato de los hechos desarrollados en la demanda, reconoce "... en la unidad cuando visitaba a mi hija, en los últimos días de internación vi una orden de fondo de ojo para realizar a mi hija, pegada en el transparente donde los médicos dejan pedidos, la Dra. Brook Gabriela Ana (Jefa de Neonatología), al yo preguntarle ya que cada vez que yo iba a ver a mi hija la orden seguía ahí, me respondió que no era necesario realizar el estudio, que lo podía realizar en forma ambularia..." (de los hechos de la demanda). Entonces, los profesionales médicos neonatólogos de guardia, fueron quienes correctamente solicitaron en tiempo la realización del estudio del fondo de ojos. La Jefa del Servicio debió controlar la efectiva realización del mismo y el Policlínico Felipe Valiese proveer dicho personal médico especializado. Finalmente, en la respuesta a las aclaraciones solicitadas por la parte actora, la Dra. Alejandra Iurescia, contestó: "... LOS MÉDICOS PEDIATRAS SOLICITAN EL EXAMEN OFTALMOLOGICO Y EL POLICLINICO DEBE PROVEER DEL PROFESIONAL IDONEO PARA SU REALIZACIÓN. LOS MEDICOS PEDIATRAS EFECTIVAMENTE LO SOLICITARON, EL POLICLINICO NO LO PROVEYÓ..." (Las mayúsculas no obran en el original. De las aclaraciones brindadas por la Experta). Coincide con todo lo expuesto, lo informado por el Jefe del Hospital de Quilmes, Dr. Espínola Sergio Hugo (prueba oficiatoria). Veamos: "... a la pregunta: a) Si la Sociedad Argentina de Pediatría recomienda ordenar la realización del estudio de fondo de ojos en un niño al que se le ha aplicado oxigenoterapia. Respuesta: Sí. Además, es importante aclarar que son los médicos oftalmólogos quienes deben realizar el estudio de fondo de ojos.- No es gobierno de los neonatólogos y/o pediatras realizar ese estudio. Es importante ilustrar a V.S que en recién y a partir de la LEY N° 26.279/2007, se DETERMINÓ LA OBLIGACIÓN LEGAL PARA LA DETECCIÓN Y POSTERIOR TRATAMIENTO DE DETERMINADAS PATALOGÍAS DEL RECIÉN NACIDO (entre ellas LA RETINOPATIA DEL PREMATURO). Además, específicamente mediante la resolución Ministerial Número 1613 del año 2010, el Ministerio de Salud resolvió crear el PROGRAMA NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA CEGUERA EN LA INFANCIA POR RETINOPATIA DE PREMATURO EN EL AMBITO DE LA DIRECCION NACIONAL DE MATERNIDAD E INFANCIA DE LA SUBSECRETARIA DE SALUD COMUNITARIA DE LA SECRETARÍA DE PROMOCIÓN Y PROGRAMAS SANITARIOS..." (Las mayúsculas me pertenecen. De la respuesta al oficio dirigido al Hospital Zonal General de Agudos Dr. Isidoro G. Iriarte de Quilmes). En otras palabras, la unificación de criterio para la pesquisa oftalmológica (tiempo), el tratamiento de la patología ROP y su obligatoriedad, recién se imponen en el año 2007, luego en el 2010 se extiende a las Provincias adherentes y se perfecciona en el año 2015. Por lo tanto, el Juzgador debió haber considerado esta decisiva circunstancia de tiempo a la hora de emitir su Sentencia.- Modestamente, entiende quien suscribe que ese error inducido justamente esta dado en el análisis de la

bibliografía científica aportada por el Ministerio de Salud de la Nación. Véase que la misma es del año 2015. Asimismo cuando se efectúa la pregunta ¿En qué semana se debe realizar el primer control oftalmológico si el niño tiene al nacer 33,4 semanas de edad gestacional, un peso de 1,750 grs y ha recibido oxígeno?. Pues bien, en la misma no se aclara el año. Reiteramos, la respuesta será diferente según el tiempo en que nos encontremos.- Y allí, nace el error de nuestro respetado Señor Juez, quien consideró las circunstancias de tiempo al año 2015 cuando los hechos que motivaron la presente litis, datan del año 2006. La conducta exigida a los demandados debe estar valorada por las circunstancias de modo, tiempo y lugar tal como lo exige nuestro código de fondo (conf. art. 512). Sin perjuicio de ello, lo realmente importante es que los médicos de guardia neonatólogos, entre ellos el firmante, durante la internación de la menor han solicitado la realización del estudio de fondo de ojos en tiempo oportuno (conforme los criterios del año 2006).- Sin realizarse dicho estudio dentro de la Institución, pero NO por responsabilidad de los médicos demandados.- Del alta médica: Se agravia estar parte cuando el distinguido Juez de Primera Instancia expresa que no debió darse el alta de la menor sin la realización del estudio de fondo de ojos. Nuevamente, modestamente sostiene quien suscribe que el error en la interpretación, viene dado porque exige a los médicos neonatólogos, por el sólo hecho de ser médicos, el control de la efectiva realización del estudio. Obligación, como se explicó a lo largo del presente escrito, de cumplimiento imposible. Asimismo, sin perjuicio de lo expuesto, observe V.S que el firmante NO DIÓ el Alta de internación de la paciente menor (no hay indicación de alta, ni rúbrica consignada por el suscripto en el documento médico incorporado como prueba en el presente). La historia clínica, prueba documental (fs. 582/600) acredita que el firmante no fue quien firmó el alta de internación. Además, tampoco le compete a los médicos de guardia indicarla, sino que es función propia del Jefe del Servicio. Siguiendo esta línea argumental, solicito a la Excm. Cámara de Apelaciones revoque el pronunciamiento apelado, rechazando la demanda interpuesta contra el suscripto. La pretendida pérdida de oportunidad. El tratamiento recibido en el Hospital Interzonal de Agudos Especializado en Pediatría ?Sup. Sor María Ludovica?. La ruptura del nexo causal: Sin perjuicio, de la ausencia de conducta antijurídica en cabeza de quien suscribe, es menester señalar que la menor recibió tratamiento para su patología en el Hospital Sor Ludovica, de la Plata. En efecto, la propia prueba documental aportada por la parte actora, "orden de prestación" y Historia Clínica correspondiente a la menor M. F. demuestra que "... la niña F. M., se evaluó el martes 1/8/06, luego realizó exámenes pre-quirúrgicos concurriendo el 4/8/06 para internación, el día de la fecha; padre y madre de la niña acompañaron... alta el 5/8/06 por la tarde y debe controlarse el viernes 11/8/06...". Asimismo, conforme resulta de la Historia Clínica del Hospital Sor Ludovica (conf. fs. 5 vta.), se acreditó: "... 5-8-06 se realiza fotocoagulación laser en ambos ojos, 2700 disparos ojos derecho 1890 disparos ojo izquierdo...". Ese mismo día se da el alta y se indica control para el día 11-8-2006. Firmado Dra. Schibb MP 113638. La documental historial adjunta en el expediente acredita que la menor recibió tratamiento oftalmológico justamente porque el estadio de la Retinopatía del Prematuro (ROP) no se encontraba avanzada. Es decir, que el estadio de la patología ocular que lamentablemente la afectaba era tratable, por lo que no había PERDIDO ni se le había QUITADO chance en la realización de un tratamiento para su patología (ROP), sencillamente porque éste se realizó. El Señor Juez de Grado, sobre la base de los dichos de la Experta, sostiene que se le negó tratamiento en tiempo oportuno ... pero, en la misma pericia, la misma experta explica que el tratamiento con láser corresponde a un estadio III o mayor tratable (ver título TRATAMIENTO, del escrito de pericia médica en crisis). En su consecuencia, reitera modestamente el suscripto, que el hecho de tratar oftalmológicamente a la menor M., (intervención quirúrgica con DIODO LASER), fue porque la paciente se encontraba con posibilidades de ser tratada. En otras palabras, NO HAY POSIBILIDAD DE TRATAMIENTO CUANDO EL PACIENTE SE ENCUENTRA EN UN ESTADIO V (desprendimiento total de retina). Al momento de ser evaluada en el Hospital Sor Ludovica, la menor presentaba una "Rush Disease actualmente ROP agresiva posterior, tratable, razón por la cual se decidió su tratamiento con Diodo Laser el día 5 de Agosto de 2006.- Con lo cual, siguiendo la bibliografía citada actual, si la consulta oftalmológica fue el día 1 de Agosto de 2006, decidiéndose su operación para el día 5 de Agosto de 2006, podemos inferir que el grado de retinopatía que presentaba la menor no era de extrema gravedad o bien los criterios en la actualidad han sido también modificados en relación este tópico también (ver aclaraciones de la perito puntos al y a.2 de la impugnación Dr. Salemi). Sin perjuicio de la disquisición realizada, lo cierto es que la menor fue tratada de su patología, que no se le quitó posibilidad de tratamiento alguno. Y además, tampoco se supo por imposibilidad de comprobación científica si la manifestación de la ROP en la menor M. ya se encontraba presente cuando la menor estaba internada en el Felipe Vallese. Aquí, se evidencia otro de los errores de interpretación, efectuados por el Sr. Magistrado de grado, cual es el de considerar que la patología de ROP ya se encontraba presente al momento de su internación. La propia perito Oftalmóloga, cuando se le pregunta: "... b.1.- ¿Se puede afirmar científicamente y con respaldo bibliográfico específico, que la menor M. presentó la retinopatía del prematuro antes o al momento de ser dada de alta sanatorialmente el día 20 de Julio de 2006? b.2.- Dada la secuencia de los hechos que resultan de la documental historial del expediente, habiendo sido dado de alta el día 20 de Julio de 2006 del Policlínico Felipe Valiese y recién habiéndose programado la operación para el día 5 de Agosto de 2006 en el Hospital Sor Ludovica. ¿Es posible que la retinopatía

(ROP) se haya desarrollado durante esos días? b.3.- Sin perjuicio de lo antes expuesto e inquirido, esta parte solicita de la experto responda: ¿Fueron los médicos pediatras del Policlínico Vallese que asistieron a la bebé, quienes le quitaron la (supuesta) oportunidad de realizar un tratamiento al no efectuar el estudio fondo de ojos?...". Contestó: b.1.- No habiendo realizado el examen oftalmológico durante la internación no se puede afirmar científicamente que grado de retinopatía del prematuro presentaba la menor. b.2 No se puede afirmar científicamente. b.3 Queda claro que los médicos actuaron correctamente en la solicitud del examen oftalmológico en los tiempos que indican los protocolos, por lo que no fueron los que le quitaron la oportunidad de tratamiento..." (de las aclaraciones obrante en autos. Las negritas y subrayado me pertenece). Estas cuestiones: * El efectivo tratamiento con Diodo LASER, en el Hospital Interzonal de Agudos Especializado en Pediatría "Sup. Sor María Ludvica" (conf. documental médica obrante en el expíe).- * El no poder afirmar científicamente si la menor presentaba o no la patología ROP y su grado o estadio al momento de su internación en el Policlínico Felipe Vallese.- * El consentimiento informado obrante en Historia Clínica, dónde se le explica a la madre "... Este procedimiento se realiza bajo anestesia general, por lo que solo se llevara a cabo si su médico de cabecera considera que el bebé se encuentra en condiciones clínicas que lo permitan. Como cualquier otro tratamiento quirúrgico no está exento de complicaciones inmediatas o alejadas y reduce pero no descarta el riesgo de la ceguera..." (Del consentimiento Informado: Fotocoagulación). El consentimiento informa que la práctica en sí genera riesgo de ceguera. Con lo cual, no podemos afirmar científicamente que la lamentable ceguera que padece en la actualidad la menor guarde relación de causalidad con la conducta desplegada por los neonatólogos, aún en el caso hipotético de poner sobre ellos el control de la realización del estudio de fondo de ojos. Más adelante la menor al recibir tratamiento, también se sometió al riesgo de la ceguera. ¿Desde qué apoyatura científica el Sr. Juez de Grado afirma que la ceguera de la menor lo es por "... la deficiente atención brindada a la coactora M. F. en el nosocomio demandado por parte de los galenos demandados, a raíz de la cual se produjo la ceguera bilateral irreversible..."? El Señor Juez de Grado omitió considerar todas las cuestiones que se señalan que son de vital importancia a la hora de endilgar responsabilidades. Esta parte se permite insistir en que NO existe relación de causalidad entre la ceguera de la menor y la correcta conducta seguida por quien suscribe (no hay conducta antijurídica). No existe relación de causalidad aún en el caso hipotético de considerar que el firmante debió haber controlado la efectiva realización del estudio de fondo de ojos (caso hipotético de conducta antijurídica), porque en autos existió una clara ruptura de la denominada cadena causal o causalidad. La menor al recibir tratamiento con Diodo LÁSER fue sometida a una intervención quirúrgica que, como tal, lleva ínsita consecuencias riesgosas (la ceguera) o bien por alguna complicación no imputable a la médica tratante o bien por un equívoco en la técnica desplegada. Todas estas cuestiones cobran relevancia a la hora de adjudicar responsabilidad sobre la lamentable ceguera que padece la menor M., todas ellas no fueron consideradas por el sentenciante al momento de fundamentar su acto jurisdiccional: la sentencia. La sentencia apelada omitió o erró en la formulación del juicio de causalidad adecuada. Más allá de la insistencia de esta parte en una valoración desacertada de la prueba que condujo al Juez de Grado a tener por acreditado la culpa en la atención de la paciente, cuando en realidad no solo no se demostró dicho incumplimiento sino que aparece probada la correcta actuación del suscripto en todo cuanto les tocó intervenir; esta parte se agravia también puesto que no concurre en estos actuados el llamado nexo de causalidad adecuada entre el hipotético actuar culpable y el daño. Ha quedado acreditado que el suscripto actuó correctamente al solicitar la realización del estudio de fondo de ojos a la menor M. F. Más también ha quedado acreditado que la menor recibió tratamiento con Diodo Laser (intervención que lleva ínsito el riesgo de ceguera). Produciéndose aquí una ruptura del nexo causal. El resultado indeseado, no puede adjudicársele al suscripto sin caer en la arbitrariedad. En atención a los argumentos expuestos, solicito a la Excm. Cámara de Apelaciones revoque el pronunciamiento apelado, rechazando la demanda interpuesta contra el suscripto, con costas.- La historia clínica: El Sr. Juez "A-Quo" valora como presunción en contra de la pretensión eximitoria de esta parte, una presuntamente incompleta Historia Clínica... SEGUNDO AGRAVIO. LOS MONTOS FIJADOS: Sin perjuicio de lo ya expuesto sobre la inexistencia de responsabilidad, subsidiariamente, también me agravo por los montos correspondientes a la sentencia de la Primera Instancia. Las valoraciones realizadas en referencia a los rubros de condena: INCAPACIDAD PERMANENTE Y PÉRDIDA DE CHANCE, DAÑO MORAL, GASTOS PASADOS, GASTOS FUTUROS, resultan excesivas y gravosas.- Incapacidad permanente y pérdida de chance: Se agravia esta parte del monto otorgado en concepto de incapacidad permanente y pérdida de chance por considerarlo excesivo. El Magistrado de Primera Instancia fijó el monto indemnizatorio en la suma de pesos dos millones (\$2.000.000). Se agravia esta parte demanda, en relación a los argumentos puramente subjetivos y arbitrarios que efectúa el Sr. Magistrado. La experta, Dra. Iurescia Alejandra, cuando informó sobre la incapacidad de la menor, lo hace en referencia a "... a la totalidad la disminución de la agudeza y el campo visual..." más no a una incapacidad absoluta general y su consecuente imposibilidad y/o disminución de su capacidad laboral, su vida en relación, etc., como subjetivamente - aportándose de la pericia- interpreta su Señoría. Veamos los parámetros que utiliza el decisorio recurrido para llegar a semejante cifra, que en exceso supera y multiplica los resarcimientos promedio del fuero civil.

Determina una incapacidad del 100%. Expresa que la menor estaría impedida de realizar las mínimas actividades de la vida cotidiana y de relación dependiendo de la asistencia permanente de otras personas. Discrepa esta parte no sólo con la magnitud del porcentual incapacitante sino también con las severas limitaciones que el Magistrado asigna a la discapacidad que padece la actora. No es necesario destacar la importancia que reviste el sentido de la vista para el ser humano. Ahora bien: ¿es el discapacitado visual una persona impedida de llevar a cabo por sí misma hasta las más mínimas actividades de la vida cotidiana?.- Evidentemente no. Hay abogados ciegos, hay músicos ciegos, hay un equipo de fútbol de personas ciegas, hay profesores ciegos, etc... Con esto no queremos decir que la vista no sea importantísima para un ser humano. Sí estamos completamente seguros que la persona ciega no se encuentra incapacitada en términos absolutos como refiere el sentenciante. La incapacidad no es del 100% para el trabajo, ni para la vida social, ni para la vida de relación. La persona ciega no es un muerto en vida. Existe también incongruencia entre la incapacidad absoluta establecida en el decisorio en crisis y el resarcimiento de costos de tratamientos y materiales que a renglón seguido se concede. En efecto, la sentencia de primera instancia multiplica las indemnizaciones: * Si precisa de máquinas de escribir especiales, hojas en braille y carpetas especiales, es porque su incapacidad no es del 100%. - * Si precisa de una escolaridad especial, es porque su incapacidad no es del 100%. - * Si precisa de computadoras adaptadas, es porque su incapacidad no es del 100%. - * Meritúa por separado el rubro "gastos futuros", cuando se encuentra absorbido por el daño patrimonial (incapacidad permanente y pérdida de chance).- Esto es: o dentro de la incapacidad total quedan comprendidos todos los gastos de tratamientos (para la atención personal y médica) o se los indemniza por separado. Pero no se deben reparar en ambos supuesto, porque se genera una ilegal afectación al derecho de propiedad de los firmantes. El Juez A Quo rehúye primeramente a los cálculos actuariales. Más a renglón seguido se ciñe a parámetros matemáticos a fin de establecer el quantum indemnizatorio. El Juez A Quo asigna a la pequeña una "...incapacidad absoluta y permanente del 100% ... y merituando los años de su actividad productiva útil con la que contaría la misma atento su corta edad y el sueldo- aún el mínimo vital y móvil- que podría percibir por las labores frustradas, siendo que en definitiva se está tarifando la pérdida de chance, estimo justa la suma de pesos dos millones...". Cantidad a la que luego adiciona intereses desde la fecha 7 de Julio de 2006. Evidentemente establecer un probable ingreso futuro para un menor es un ejercicio de futurología. ¿Qué parámetros utilizó la sentenciante de primera instancia para obtener la suma de pesos dos millones? Se desconocen absolutamente. El salario mínimo vital y móvil, en el año 2016 ascendía a la suma de 1° de septiembre de 2016, en PESOS SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA (\$ 7.560) para los trabajadores mensualizados que cumplen la jornada legal completa de trabajo, conforme el artículo 116 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, con excepción de las situaciones previstas en los artículos 92 ter y 198, primera parte, del mismo cuerpo legal, que lo percibirán en su debida proporción, y de PESOS TREINTA Y SIETE CON OCHENTA CENTAVOS (\$ 37,80) por hora, para los trabajadores jornalizado (ver fuente. SALARIO MÍNIMO, VITAL Y MÓVIL. Resolución 2/2016.Fijase Salario Mínimo, Vital y Móvil. Bs. As., 19/05/2016). Por lo tanto, la suma considerada por su señoría se aleja considerablemente de la realidad. Se trata de un yerro más en una larga cadena de errores científicos, jurídicos y fácticos que demuestran la arbitrariedad del pronunciamiento. El resarcimiento concedido es harto exagerado porque equivoca en el grado de incapacidad, porque no sitúa los valores a la época en que sucedieron los hechos discutidos, porque pondera un ingreso irreal en tanto lo considera en su totalidad de la suma de dos millones de pesos, y porque además no meritúa que en realidad la paciente -de comprobarse la existencia de responsabilidad-, perdió una chance de evitar el daño sufrido. Solicito, con fundamento en lo aquí expuesto, una sustancial reducción del quantum otorgado en la sentencia apelada. ...Cuando el daño consiste en la pérdida de una chance de prevenir una patología o de paliar efectos de la misma, el tribunal no debe condenar al profesional a pagar una indemnización equivalente a la que se debería si él hubiese realmente provocado la patología al enfermo por su impericia. Es que el médico no creó la enfermedad en el paciente sino que simplemente no contribuyó a tratar de detener a ésta. El límite de su responsabilidad estará dado por la pérdida de la chance de prevención y paliación de efectos y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad. Esto no es lo que hizo el Magistrado de Primera Instancia en la resolución apelada. El sentenciante de grado mandó a reparar el daño en forma integral, otorgando montos exorbitantes y desmesurados, ajenos al daño realmente irrogado que -partiendo del hipotético supuesto de existencia de responsabilidad- no sería otro que la pérdida de la chance de evitar la retinopatía y la pérdida de la chance de obtener una hipotética curación. Es muy importante remarcar, que sobre este tópico el Señor Juez se apartó, no sólo de prueba documental acompañada por la propia actora- orden de prestación de fecha 5-8-2006 e Historia Clínica del Hospital Interzonal de Agudos Especializado en Pediatría ?Sup. Sor María Ludovica? (evoluciones del día 5-8-2016) Sino también de informado por la Sra. Perito Dra. Iurescia Alejandra en sus contestaciones a las impugnaciones realizadas por esta parte y la actora. Analicemos brevemente: La prueba documental acredita que la menor M., recibió TRATAMIENTO para la patología presentada (ROP Retinopatía del Prematuro). En efecto, la Dra. Schibb Laura, evolucionó en la orden de prestación ?... La niña F. M. se evaluó el día martes 01-08-06, luego realizó exámenes pre quirúrgicos. Concurrió el día 4-8-2006 para internación el día de la fecha, madre y

padre de la niña acompañaron... otorgándose alta el día 5 de Agosto de 2006 por la parte t debe controlarse el mismo 11-8-2006. Fdo. Schibb Vanina Laura MP 113.638...?. Coincide dicha orden de prestación, con lo evolucionado por la misma profesional, en la Historia Clínica del Hospital Interzonal de Agudos, Especializado en Pediatría " Sup. Sor María Ludovica". En la evolución del día 5 de Agosto de 2006, se lee "... Se le realiza FOTOCOAGULACIÓN LASER en ambos ojos, 2700 disparos ojo derecho, 1890 disparos de ojo izquierdo... Se otorga alta de internación oftalmológica a partir de las 12.30 hs..." (Las mayúsculas y negritas, me pertenecen). Es decir, que la menor recibió el tratamiento indicado para la patología. Siendo su resultado lamentablemente negativo. Es decir que, NO SE LA PRIVO DE TRATAMIENTO (como arbitrariamente valoró su Señoría de Grado). Observe Excm. Cámara, que la menor fue tratada y según la experta en los tiempos hospitalarios CUALQUIERA SEA EL ESTADIO DE LA RETINOPATIA DEL PREMATURO. En consecuencia ¿Cuál es la pérdida de chance en el diagnóstico y tratamiento que el Señor Juez impone en cabeza de quien suscribe? De ello se infiere que, si el estadio de la enfermedad hubiese sido URGENTE y GRAVE, se debió tratar dentro de las 48hs. Si la Dra. Schibb, del Hospital Sor Ludovica, le diagnóstico la patología el día 1 de Agosto, la menor debió ser intervenida con Diodo Láser, el día 3 de Agosto, (en caso de ser urgente). Obsérvese que la menor fue intervenida el 5 de Agosto, es decir pasadas las 72hs. En consecuencia, AL MOMENTO DE SER TRATADA, NO HABIA GRAVEDAD, URGENCIA, TAMPOCO ESTADIO AVANZADO DE LA ENFERMEDAD. Menos aún PÉRDIDA DE CHANCE de tratamiento endilgable a quien suscribe. Sin perjuicio de lo expuesto, expresamente la Sra. Experto en relación al Dr. Salemi dice "... queda claro que los médicos actuaron correctamente en la solicitud del examen oftalmológico en los términos que indican los protocolos. POR LO TANTO NO FUERON LOS QUE LE QUITARON LA OPORTUNIDAD DE TRATAMIENTO..." (De la pericia médica de la Dra. Alejandra Iurescia, especialista en Oftalmopediatría). Más adelante agrega "... De ninguna manera se Indica responsabilidad al Dr. Salemi por la falta de realización de fondo de ojos, es más fue el Dr. Salemi quien correctamente indicó dicho examen, los pediatras lo solicitan y el Policlínico debe proveer del profesional oftalmólogo para su realización..." (De la pericia médica, rubricada por la Dra. Alejandra Iurescia, especialista en Oftalmopediatría). "... La solicitud fue realizada en tiempo adecuado, de haberse realizado el fondo de ojo por el oftalmólogo, se hubiese evaluado la vascularización de la retina y la progresión de la enfermedad..." (De la pericia médica, rubricada por Dra. Alejandra Iurescia, especialista en Oftalmopediatría). La prueba pericial, documental obrante en la presente litis, resulta contundente a la ahora de acreditar que NO FUERON LOS MEDICOS PEDIATRAS/ NEONATOLOGOS de guardia, los responsables en la falta de realización del estudio de fondo de ojo que hubiese detectado el estado o no de la patología presentada por la menor. Reitero, la menor fue tratada oftalmológicamente, en los tiempos acordes a los requeridos. Lamentablemente, el resultado fue negativo. El Juez A Quo jamás reparó en lo ut-supra desarrollado, apartándose arbitrariamente de prueba obrante en el presente litigio. Lo cual es motivo de agravio para el firmante.- El daño moral a la menor M.: Establece el fallo en crisis ... la suma de PESOS UN MILLON QUINIENTOS MIL (\$ 1.500.000)...- El decisorio afecta a esta parte co-demandada, en este rubro, por el quantum indemnizatorio establecido. Asimismo, el Señor Magistrado ha valorado el daño moral sobre la base de la conducta antijurídica endilgada al abajo firmante. Así, nuevamente se aparta arbitrariamente de las pruebas periciales médicas obrante en autos que quitan toda responsabilidad al firmante. No hay conducta antijurídica que pueda atribuirse al suscripto. El Dr. Salemi solicitó la realización del estudio de fondo de ojos, en tiempo oportuno. La falta de realización del mismo (del control) no puede ser adjudicada a los médicos de guardia del Policlínico Felipe Vallese. La carencia en la institución demandada, de un médico oftalmólogo no es responsabilidad de los médicos neonatólogos/ pediatras. El Dr. Salemi, cumplía sus funciones como médico de guardia, desde este carácter, tampoco se encontraba en condiciones ni era su función, arbitrar los medios para que un médico especialista en oftalmología se presente al Policlínico. En todo caso, ello correspondía al Jefe y/o coordinador del Servicio. Más no a un simple médico de Guardia. Por lo tanto, al no existir conducta antijurídica, no hay razón de resarcimiento de un daño moral en cabeza de quien suscribe. Es por ello que también peticiono la disminución de la suma concedida en primera instancia, a sus justos límites.- Daño moral impetrado por la coactora S. F. (madre de la menor): El decisorio afecta a esta parte co-demandada, en este rubro, por el quantum indemnizatorio establecido. También, se aparta con lo normado en nuestro Código Civil. La madre del menor, carece de legitimación activa, pues sólo se lo otorga al damnificado directo. Así, la indemnización de los daños a favor de la madre del menor -como equívocamente estableció el a quo- respecto del daño moral, no corresponde sea otorgado. Ya que los únicos legitimados para exigir la reparación del daño moral son los damnificados directos, en este caso, la menor M. Por los argumentos expuestos, la indemnización fijada a favor de la madre del menor resulta improcedente, en consecuencia solicito se resuelva su rechazo o eventualmente su sustancial reducción.- Los gastos pasados: Se agravia esta parte de lo elevado del monto fijado por el Juzgador en total y en cada caso. Se advierte en el sub judice que, si bien es cierto que normalmente no se guardan los comprobantes de todos los gastos realizados, al menos resulta exigible una prueba mínima de las erogaciones que debieron efectuarse. En el presente caso no se acompañó ningún comprobante de gasto alguno. La asignación o imputación a "gastos de toda índole" por excesivamente genérica resulta cuasi infundada, impidiendo

determinarse a qué gastos imputar la suma otorgada por el Juzgador, el cual si bien atiende a un criterio amplio de reparación, no deja de generar un cierto grado de indefensión en quien no ha podido controlar la prueba sobre la existencia de un daño que se tuvo por cierto en la sentencia. Además es importante mencionar que todas las atenciones que ha recibido la menor, fueron en centros asistenciales públicos. A partir de las resoluciones 3118/90, luego ampliada y ajustada por la Resolución 3419/91, de la DGI, todo honorario y atención médica debe inexcusablemente ser facturado. Más aún, esa obligación escritural -de neto trasfondo fiscal y que hace a la transparencia de la comercialización- se hace extensiva a quien contrata el servicio o adquiere el producto. Los gastos futuros: El Juez de Grado concede a favor de M. M. F., la suma de Pesos setecientos mil, en concepto de indemnización por gastos futuros. El resarcimiento por incapacidad sobreviniente cubre todas las erogaciones futuras atendiendo la índole de la actividad impositiva sea o no productiva, puesto que para evaluar la cuantía del resarcimiento deben computarse las posibilidades genéricas de la vida y no sólo el déficit para el cumplimiento de una determinada labor, debiendo por ello valorarse todas las consecuencias que afectan a la personalidad.- De acuerdo con lo expuesto, no corresponde resarcir los gastos para la atención personal y médica de M. M. F., pues se encuentran comprendidos en la indemnización concedida en el rubro incapacidad permanente. Solicito, por lo tanto, se revoque el pronunciamiento apelado, rechazándose el rubro otorgado o, subsidiariamente, reduciéndoselo a sus justos límites.- A MANERA DE COLOFÓN: Se expuso al comienzo de este trabajo que la sentencia de primera instancia era arbitraria. El análisis llevado a cabo a lo largo de la expresión de agravios confirma la inicial apreciación. El pronunciamiento contiene demasiados errores, contradicciones, transgresiones a la ciencia médica, a principios de la lógica, a máximas de la experiencia, y apartamientos de los criterios de razonabilidad. Se trata, en definitiva, de una decisión injusta, contraria a derecho, cuya revocación los firmantes solicitan a la Excm. Cámara de Apelaciones.- EL CASO FEDERAL: Desde ya y de conformidad con la garantía contenida en los arts. 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional, hago la pertinente reserva al ejercicio del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48.- 5. Se pone de relieve que Policlínico Felipe Vallese y Gabriela Ana Brook, no recurrieron el pronunciamiento.- Asimismo, si bien Obra social de la Unión Obrera metalúrgica de la República Argentina (OSUOMRA) interpuso recurso de apelación (ver fs.755), omitió expresar agravios (ver fs. 930).- 6. Previo al análisis de los agravios precedentemente sintetizados cabe recordar, como lo hago habitualmente en este tipo de procesos, que la responsabilidad profesional es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ésta le impone y requiere, por lo tanto, para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. Ello quiere decir que cuando el profesional omite las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación -ya sea por impericia, imprudencia o negligencia- falta a su obligación y se coloca en la posición del deudor culpable (art.512 del Código Civil). Preciséndose también, con referencia a la responsabilidad médica que constituye parte especial de la responsabilidad profesional y al igual que ésta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general, siendo erróneo considerar que el médico sólo debe responder en casos de falta notoria de pericia, negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable, grosera inadvertencia o graves errores de diagnóstico y tratamiento (SCJBA Ac.31702; Ac.44440; Ac.50801; Esta Sala RSD 57/2001; RSD 141/15).- A su vez, la culpa puede presentarse bajo tres facetas distintas: como "negligencia", cuando el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, no hace lo que debe o hace menos; como "imprudencia", cuando por el contrario se obra precipitadamente, sin prever por entero las consecuencias en que puede desembocar ese actuar irreflexivo, es decir se hace lo que no se debe o más de lo debido y, por último, con especial referencia a los profesionales, como "impericia" o sea el desconocimiento de las reglas y métodos pertinentes, ya que es obvio que todo individuo que ejerce una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de la misma y obrar con la previsión y diligencia necesaria con ajuste a aquellos (SCJBA Ac.31702; Esta Sala: RSD 57/2001; RSD 141/15).- Por otra parte, para atribuir responsabilidad a las clínicas sanatorias, la prueba de la culpa del médico es indispensable, no porque la responsabilidad de éste se refleje en la entidad de la cual depende, en una responsabilidad indirecta, sino porque la prueba de aquella culpa sería la demostración de la violación del deber de seguridad, que como obligación tácita se halla comprendida en el contrato asistencial, y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de la que concierne directa y personalmente al profesional (Bustamante Alsina J. "Responsabilidad Civil de los médicos en el ejercicio de la profesión" LL 1976-C-p.63; SCJBA causa Ac.46.712; Esta Sala RSD 57/2001; RSD 141/15).- Ello es así por qué, como el establecimiento asistencial se vale de la actividad de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrá de responder por la culpa en que incurran sus sustitutos, auxiliares o copartícipes, en razón de la irrelevancia de tal sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual éste se valga para sus fines; y de la equivalencia de comportamientos del obligado y de sus sustitutos o asociados, se determina que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del propio deudor. Cabe asimismo destacar que, diversamente de lo que ocurre en la esfera extracontractual, como el fundamento de esta responsabilidad radica en la estructura y efectos de la relación jurídica obligacional, para que el deudor sea civilmente responsable por el hecho del auxiliar, no es necesario que exista una relación de dependencia o subordinación... (conf.

SCJBA Ac.33539; Ac.43518; Ac.46712; Ac.50801; Esta Sala RSD 57/2001; RSD 141/15).- 6.1. Desde otro ángulo es dable señalar que, ante la existencia de hechos controvertidos, debe dilucidarse quién tiene la carga de la prueba. En tal sentido, muy claramente establece el art.375 del CPC que incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido y que, cada una de las partes, deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Ello implica que cada parte debe probar sus afirmaciones (SCBA Ac. 34963).- Sin embargo, en materia de prueba, la obligación de rendirla no depende de la función de actor o demandado, sino de la situación que cada uno adquiere en el proceso de conformidad a los hechos establecidos o reconocidos, incumbiéndole, en consecuencia, a la parte que quiere modificar el estado normal de las cosas o la posición adquirida por la otra parte en la litis (SCBA Ac.79421; Ac.83284; Ac.85360; RSD 141/15).- La Corte Suprema de Justicia sostiene que, en materia de mala praxis, donde se trata de situaciones complejas que no resultan de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de "la carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida", que hace recaer en quién se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (CSJN: P.120, XXXVI. Recurso de hecho "Plá Silvio Roberto t otros c/ Clínica Bazterrica S.A.y otros").- En igual sentido se ha pronunciado la Suprema Corte Provincial, que ha sostenido que debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos en que se juzga la responsabilidad profesional del médico, se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de carga dinámica de la prueba o prueba compartida que hace recaer en quién se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (SCBA Ac.82684; RSD 141/15).- 6.2. Abocándome ahora a la cuestión que se ventila en autos, entre los hechos que me interesa destacar para la mejor comprensión de la solución que propondré, se encuentra, justamente, el cuidado y las prescripciones médicas efectivizadas durante el lapso de internación de S. A. F., en el Policlínico Felipe Vallese, quién dio a luz a su hijita M. M., el 23 de junio de 2006.- En este sentido cobra especial relevancia la pericia médica realizada por la Dra. Alejandra Iurescia, médica oftalmóloga especialista en oftalmopediatría, obrante a fs. 601/611, y las explicaciones de fs. 651/657, motivadas en las observaciones e impugnaciones formuladas a fs. 613/613 vta., 620/625 vta., 627/632 vta., 634/639 vta., y 641/646 vta.- Y en el caso resalto la fundamental importancia de la pericia médica efectuada por la respectiva especialista, porque la misma, al decir de la Suprema Corte Provincial, constituye el elemento de prueba más idóneo para establecer el origen y la etiología de la dolencia, por lo que el apartamiento de sus conclusiones debe responder a motivos razonables y científicamente fundados (SCJBA LP L 106998 S 3-7-2013; Esta Sala RSD 167/2015).- Y si bien es cierto que la sana crítica confiere a los jueces amplias facultades para valorar el mérito y la eficacia de la pericia médica, de cuyas conclusiones pueden apartarse por carecer las mismas de efectos vinculantes, no lo es menos que, por mi parte, no encuentro motivos razonables, sustentados en argumentos científicos, capaces de desvirtuarla (arts. 384 y 474 del CPCC).- El meollo de la cuestión, en esta instancia, como se infiere de lo referido en los puntos 1 a 4 de este pronunciamiento, es dilucidar la responsabilidad que les cupo a los médicos recurrentes en la atención de la niña M. quién padeció Retinopatía del Prematuro (ROP) y como consecuencia de tal patología sufre ceguera absoluta.- 6.3. De la pericia y explicaciones brindadas por la perito médico, pongo de relieve los siguientes aspectos: M. F. nació el 23 de junio de 2006, de 33,4 semanas, con peso 1759 gr., por cesárea, APGAR 9/10. Permanece internada en el Servicio de Neonatología hasta el día 22 de julio de 2006, donde consta que a las 18 hs. de ese día se le dio el alta médica (Ver pericia -fs. 606-).- Asimismo consta que el Dr. Salemi solicita el fondo de ojos el día 18/07/2006 pero por razones que se desconocen..., no se realizó el examen oftalmológico de rutina que se indica en los pacientes prematuros, perdiendo de este modo la oportunidad de diagnosticar la Retinopatía del prematuro en tiempo y forma para realizar el tratamiento adecuado (Ver pericia -fs.606 vta.-).- Asimismo agregó la perito que "En el presente caso el oxígeno fue suministrado en distinta concentración, la cual es necesaria e implica el riesgo de desarrollar la Retinopatía del Prematuro y que debió haber sido considerado para evitar importantes secuelas" (ver fs.606 vta.).- No obstante la opinión del perito cabe señalar que "La enfermedad puede producirse en ausencia de un tratamiento con oxígeno. La única condición necesaria es el nacimiento prematuro (conf. Palmer, Et, AE Phelps, Dale L, Spencer R, y Luty G "Retinopatía del Prematuro", en : Retina, 4ª. Edición 2006, citado por la Dra. Díaz de Vivar en "Dupuy, Daniel Oscar c/ Sanatorio Modelo Quilmes", Publicado en RCyS 2008, 843).- De todos modos, al contestar los pedidos de explicaciones formulados por los distintos demandados recurrentes (ver fs.621 vta., 628 vta., 635 vta. y 642 vta.), la perito es lapidariamente concluyente: "Queda claro que los médicos actuaron correctamente en la solicitud del examen oftalmológico, en los tiempos que indican los protocolos, por lo tanto no fueron los que le quitaron la oportunidad del tratamiento" (fs.651, pto.b.3.; 652 vta., pto.b.3.; 654 pto.b.3.; 655 vta. pto.b.3.).- Agregando la perito que: "De ninguna manera se indica la responsabilidad del Dr. Salemi por la falta de realización del fondo de ojos, es más fue el Dr. Salemi quién correctamente indicó dicho examen, los pediatras lo solicitan y el Policlínico debe proveer del profesional oftalmólogo para su realización" (fs.651, pto.b.4.; 652 vta., pto.b.4.; 654 pto.b.4.; 655 vta. pto.b.4.).- "Los médicos pediatras neonatólogos deben cuidar a los neonatos clínicamente, NO son responsables de la realización del fondo de ojos, si de su solicitud la cual, reitero,

realizaron en forma adecuada? ((fs.651, pto.b.6.; 652 vta., pto.b.6.; 654 pto.b.6.; 655 vta. pto.b.6.).- ¿La Dra. Aban (médica de guardia pediatra) NO es responsable de la falta de realización del fondo de ojos. No existe relación entre la conducta médica de la Dra. Miriam Aban y la Retinopatía del Prematuro que padece la menor? (fs.651 vta., ptos. C.3. y c.4.).- ¿La Dra. Caffaro (médica de guardia pediatra) NO es responsable de la falta de realización del fondo de ojos. No existe relación entre la conducta médica de la Dra. Silvana Caffaro y la Retinopatía del Prematuro que padece la menor? (fs.653, ptos. c.3. y c.4.).- ¿El Dr. Salemi NO es responsable de la falta de realización del fondo de ojos. No existe relación entre la conducta médica de la Dr. Salemi y la Retinopatía del Prematuro que padece la menor? (fs.654 vta., ptos. c.3. y c.4.).- ¿El Dr. Oleiro NO es responsable de la falta de realización del fondo de ojos. No existe relación entre la conducta médica de la Dr. Oleiro y la Retinopatía del Prematuro que padece la menor? (fs.656, ptos. c.3. y c.4.).- ¿La solicitud del examen de fondo de ojos por parte de los pediatras de guardia se realizó en la tercera semana de nacimiento, la cual se ajusta a las características clínicas de la menor... Los médicos pediatras solicitan el examen oftalmológico y el Policlínico debe proveer del profesional idóneo para su realización. Los médicos pediatras efectivamente lo solicitaron, el Policlínico Vallese no lo proveyó? (fs.657 ptos. 3 y 4).- El lamentable desenlace de la Retinopatía padecida por M. (recién nacida), no puede ser adjudicado a los médicos pediatras que la trataron adecuadamente a partir de su nacimiento, no obstante ser prematura y de bajo peso, prescribiendo el debido examen oftalmológico, cumpliendo las prescripciones y protocolos que imponía la ciencia médica en ese momento (año 2006).- El comportamiento médico que prescribe el informe del Ministerio de Salud, obrante a fs.678/680, fue elaborado en el año 2015, contemplando y ponderando los avances científicos registrados hasta ese momento, siendo incorrecto retrotraer sus prescripciones a lo actuado nueve años antes, cuando tales prescripciones no estaban vigentes y ni siquiera se tenía conocimiento cabal y certero de los factores de riesgo. Los médicos pediatras recurrentes actuaron correctamente, reitero, conforme los protocolos y avances que la ciencia médica tenía en el año 2006, al momento del nacimiento de la niña M.- En tiempo oportuno prescribieron el examen oftalmológico que debió ser realizado por un oftalmólogo experto en Oftalmología Binocular Indirecta, dado que los médicos pediatras no se encontraban facultados para su realización (ver pericia de fs.651 pto. b.5.).- La ley 26279 que estableció que ?A todo niño/a al nacer en la República Argentina se le practicarán las determinaciones para la detección y posterior tratamiento de fenilcetonuria, hipotiroidismo neonatal, fibrosis quística, galactocemia, hiperplasia suprarrenal congénita, deficiencia de biotinidasa, retinopatía del prematuro, chagas y sífilis; siendo obligatoria su realización y seguimiento en todos los establecimientos públicos de gestión estatal o de la seguridad social y privados de la República en los que se atiendan partos y/o a recién nacidos/as?, fue sancionada el Agosto 8 de 2007 y Promulgada de Hecho el 4 de Septiembre de 2007, o sea, con posterioridad al nacimiento de M.- El hecho de que el Policlínico Felipe Vallese no proveyera la atención oftalmológica que los médicos pediatras demandados habían indicado, (específicamente el Dr. Salemi) en manera alguna permite extender a los galenos recurrentes la responsabilidad que le cabe a la institución sanatoria por la falta de la prestación oportuna y debidamente requerida.- También se debe considerar que no siempre que se detecta Retinopatía del Prematuro (ROP) oportunamente y se efectúa el tratamiento debido, se logra evitar la ceguera o el daño irreversible en la visión. Por otra parte no puedo dejar de señalar que en el Hospital Sor Ludovica, a los pocos días de haber dejado el Policlínico Felipe Vallese, se realizó el estudio y tratamiento recomendado para revertir la Retinopatía allí diagnosticada, sin obtener resultados satisfactorios. No obstante el fracaso del tratamiento, es de suponer que si en el Nosocomio se lo llevó adelante, fue porque los médicos especialistas lo consideraron viable, poniendo entre signos de interrogación el hecho de que hubiera perdido la ?chance? de efectuar el tratamiento en forma oportuna.- 6.4. Corresponde señalar que el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establecido en el fallo al que alude la parte actora (?Dupuy c/ Sanatorio Modelo Quilmes?), resulta inaplicable en autos por cuanto en ese caso no se efectuó o indicó ningún control oftalmológico durante la internación; contrariamente a lo que sí sucedió en autos, donde los médicos pediatras solicitaron clara, concreta y oportunamente la prestación respectiva.- 6.5. En cuanto a las falencias de la Historia Clínica, este Tribunal tiene establecido que ?La Historia Clínica de la paciente es de fundamental importancia porque no debe olvidarse, y resulta oportuno recordarlo, que aquella no es el simple relato, la descripción de una enfermedad aislada; comprende además el comentario, las consideraciones que hace el médico al terminar de analizar al enfermo y valorar los datos recogidos según su criterio. Además de su evidente importancia para el diagnóstico, tratamiento, pronóstico y epidemiología, la ?historia clínica? documenta la sagacidad, habilidad y conocimiento del médico que la realiza. Por ello debe ser clara y precisa, completa y metódicamente realizada (SCJBA Ac.48759; Podestá, Luis Delfor ?Historia Clínica?, en el ?Tratado de Semiotécnica y Fisiopatología? del profesor Egidio Mazzei C. Rozman y colaboradores; capítulo IV, p.56 y ss.).- Sin embargo, en el caso, las falencias puestas de relieve carecen de gravitación en la cuestión, atento que no hay dudas en cuanto al tratamiento, el cumplimiento de los protocolos, la prestación incumplida y la actuación que los cupo a todos los involucrados, motivo por el cual sus defectos no permiten que, por ello, se responsabilice a los médicos recurrentes por el resultado de la atención brindada a las actoras (arts.384 y 474 del CPCC).- 6.6. Por todo ello entiendo que no puede ser atribuido a los médicos recurrentes la responsabilidad por los daños

sufridos por las accionantes, atento que el examen oftalmológico fue oportunamente solicitado por ellos y el responsable de la prestación era el Policlínico Felipe Vallese.- 7. Seguidamente corresponde abordar la cuantía de la indemnización, cuestionada por la parte actora, dado que los restantes demandados, condenados, no han recurrido la sentencia que les fue adversa, motivo por el cual el pronunciamiento condenatorio ha quedado firme respecto de los mismos.- 7.1. Primeramente debo señalar que el daño causado a la niña M. consistió en haberla privado, durante el lapso que estuvo internada en el Policlínico Felipe Vallese, del estudio oftalmológico que habría detectado la Retinopatía que podría haber padecido la niña, nacida prematuramente, en sus primeras semanas de vida.- Y resalté la expresión "podría haber padecido" porque no hay certeza respecto del momento en qué comenzó a sufrir tal patología y, en su caso, que grado de desarrollo tenía la misma al momento en que el médico tratante, Dr. Salemi, indicó la realización del estudio oftalmológico y si, de haberlo hecho, y detectado la Retinopatía, hubiera sido posible revertir la dolencia y evitar las trágicas consecuencias que hoy padece M. (ver "Contestación" de fs.651/657).- Porque, además, no siempre que se detecta Retinopatía del Prematuro (ROP) oportunamente, y se efectúa el tratamiento debido, se logra evitar la ceguera o el daño irreversible en la visión. Por otra parte no puedo dejar de señalar que en el Hospital Sor Ludovica, a los pocos días de haber dejado el Policlínico Felipe Vallese, se realizó el estudio y tratamiento recomendado para revertir la Retinopatía allí diagnosticada, sin obtener resultados satisfactorios y es de suponer que si en el Nosocomio se lo llevó adelante, fue porque los médicos especialistas lo consideraron viable, poniendo entre signos de interrogación el hecho de que hubiera perdido la "chance" de efectuar el tratamiento en forma oportuna.- Porque el daño del que aquí se trata es justamente el de la pérdida de la "chance" que habría tenido M., si se hubiera hecho el estudio oftalmológico y de haberse detectado Retinopatía del Prematuro, comenzar un tratamiento que, hipotéticamente, podría haber revertido esa dolencia, evitando el inmenso daño que hoy padece.- No debe perderse de vista que, como se indica en la Resolución 1613/2010 del Ministerio de Salud, de fecha 23/9/2010, dictada cuatro años después del nacimiento de M., en Argentina nacen 700.000 niños promedio por año, de los cuales el DIEZ POR CIENTO (10%) son prematuros con riesgo de desarrollar Retinopatía del Prematuro (ROP), en especial aquellos cuyo peso al nacer es menor a un mil quinientos gramos (1500 gr) (1% de los nacidos vivos). Y debe ponderarse que M. nació pesando 1.750 gr., con un APGAR 9/10.- 7.2. En el caso, la sentencia de condena, respecto de los demás demandados, ha quedado firme, por lo que corresponde revisar si los montos establecidos en la anterior instancia, en función de la pérdida de la "chance", deben ser incrementados a la luz de los agravios expresados por la parte actora.- Resalto que los condenados no han causado el daño que sufren las actoras. Su responsabilidad radica en haber frustrado la "chance" de haber realizado un tratamiento que, quizás, podría haber evitado las consecuencias que hoy padecen. La indemnización de esa "chance" es siempre problemática en su realización, porque no se trata del daño que concretamente padece la víctima, sino de la frustración del tratamiento oportuno que le hubiera brindado la posibilidad o "chance" de evitar la dolencia que padece (ceguera) (ver Cazeaux-Trigo Represas "Derecho de las Obligaciones" t.1, pág.329, pto.8).- Y, peor aún, esa "chance" estaba sujeta a diversas contingencias susceptibles de frustrarla, por lo que la misma no constituía una probabilidad suficiente sino una posibilidad hipotética, porque no debe olvidarse que en muchos casos en los que se detecta y trata la Retinopatía del Prematuro (ROP), no pueden evitarse los daños a la visión.- Motivos por los cuales la indemnización de la "chance", de compleja y difícil determinación, implica siempre un resarcimiento reducido en relación al que merece el padecimiento en sí mismo, porque de lo que se trata es de la indemnización de la pérdida de la posibilidad ("chance"), de haber obtenido oportunamente un diagnóstico que hubiera permitido un tratamiento que habría podido evitar el daño.- 7.3. Por otra parte, también debo ponderar que el porcentaje de incapacidad otorgado por la Perito Médico es del 100% (ver fs.608 pto.6.1.) y que estos guarismos constituyen porcentajes estimativos, como refieren Basile, Defilippis Novoa y Gonzalez, quienes también atribuyen un 100% de incapacidad a quienes padecen de "Pérdida de visión en ambos ojos" (ver "Medicina legal del trabajo y seguridad social", Editorial Abaco, 1983, págs.397/398), no obstante lo cual las personas carentes de visión pueden desarrollar distintos proyectos de vida y una amplia serie de actividades remuneradas.- 7.4. También señalo, en atención a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, atento lo expresamente peticionado por la parte actora, que conforme con lo establecido en Doctrina Legal, a la que adhiero, tratándose de un reclamo por indemnización de los daños derivados de la endilgada responsabilidad médica del profesional demandado, la cuestión debe ser resuelta de acuerdo con lo normado en la legislación vigente al momento del hecho (SCBA C. 120.946 del 8/11/2017).- 7.5. El Señor Juez a quo otorgó a las demandantes la suma de PESOS CINCO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL (\$ 5.230.000), correspondiendo la suma de PESOS CUATRO MILLONES DOSCIENTOS MIL (\$ 4.200.000) para la menor M. M. F., por los siguientes conceptos: "Incapacidad permanente y pérdida de chance" \$ 2.000.000,-; "Daño moral" \$ 1.500.000,-; "Gastos futuros" \$ 700.000,- y la de PESOS UN MILLON TREINTA MIL (\$ 1.030.000) para la restante coactora S. A. F. por los siguientes ítems: "Daño Moral" \$ 1.000.000,- y "Gastos pasados" \$ 30.000,- Indudablemente, el Señor Juez a quo, por la magnitud de los importes indemnizatorios otorgadas por los distintos rubros, evaluó cada uno de los daños en sí mismo, con criterio que si bien comparto para la determinación de aquellos, resultan elevados para indemnizar la pérdida de la

?chance? que es lo que efectivamente se debe indemnizar.- Porque, como señalé anteriormente, la indemnización de la ?chance?, de compleja y difícil determinación, implica siempre un resarcimiento reducido en relación al que merece el padecimiento en sí mismo, en razón de que se trata de la indemnización de la pérdida de una posibilidad (?chance?), o sea, en el caso, la pérdida de la posibilidad de haber obtenido oportunamente un diagnóstico que podría haber viabilizado un tratamiento que, hipotéticamente, habría podido evitar el daño. Y debe señalarse que hoy en día, con todos los adelantos científicos, en numerosos casos no puede evitarse que la Retinopatía del Prematuro (ROP) apareje daños irreversibles a la visión de los recién nacidos.- Consecuentemente, a la luz de los agravios vertidos por la parte actora, no encuentro mérito para elevar aún más los montos otorgados en la anterior instancia.- Tampoco resulta posible disminuirlos dado que los demandados recurrentes, por el éxito de su apelación han quedado desinteresados de la cuestión y los restantes accionados, dos de ellos no apelaron y el restante omitió expresar agravios.- 8. Por ello VOTO POR LA NEGATIVA.- A esta cuestión los Señores Jueces Doctores Horacio Carlos Manzi y Julio Ernesto Cassanello, por los mismos fundamentos, VOTAN EN IGUAL SENTIDO. A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR REIDEL DIJO: Dado como ha sido resuelta la cuestión que antecede, corresponde: 1) Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la ?Obra Social Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina (OSUOMRA)?; 2) Revocar la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda incoada contra Silvana Elsa Caffaro, Fabian Eduardo Salemi, Miriam Susana Aban y Alejandro Hugo Oleiro, respecto de quienes debe rechazarse la acción en todas sus partes. Las costas, de ambas instancias, deben imponerse a las actoras que resultan vencidas (art.68 CPCC); 3) Confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que fue motivo de apelación y agravio.- ASI VOTO. A la segunda cuestión planteada los Señores Jueces Doctores Horacio Carlos Manzi y Julio Ernesto Cassanello, por las mismas razones, adhieren al voto precedente.- Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA: 1) Declárase desierto el recurso de apelación interpuesto por la ?Obra Social Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina (OSUOMRA)?; 2) Revócase la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda incoada contra Silvana Elsa Caffaro, Fabian Eduardo Salemi, Miriam Susana Aban y Alejandro Hugo Oleiro, respecto de quienes se rechaza la acción en todas sus partes. Las costas, en ambas instancias, se imponen a las actoras; 3) Confírmase la sentencia recurrida en todo lo demás que fue motivo de apelación y agravio.- REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula. Oportunamente DEVUÉLVASE.-

029183E