



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

En la ciudad de Junín, a la fecha que resulta de la suscripción de la presente (ac. 3975 S.C.B.A.), se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Doctores JUAN JOSE GUARDIOLA y GASTON MARIO VOLTA, (encontrándose excusado el Dr. RICARDO MANUEL CASTRO DURÁN en fecha 8-11-21), en causa nº JU-4682-2015 caratulada: "B., V. M. Y OTRO/A C/ OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS DE COMERCIO Y ACTIVIDADES AFINES Y OTROS S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola y Volta.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Guardiola dijo:**

Para una mejor exposición de mí voto y favorecer su lectura, por la complejidad del asunto en revisión, su desarrollo seguirá el siguiente orden: I La sentencia de primera instancia; II Recursos y agravios; III Aclaraciones previas; IV Responsabilidad IV.1 a IV.3. La ROP y sus posibles causas. Oxigenoterapia -Controles. Información. IV.4. Las causas y el abordaje jurisprudencial IV.5. Los casos de S. y M. IV.6. Chances V.7. Responsabilidad colectiva IV.8- Responsabilidad de OSECAC V. Los daños y su cuantificación V.1. La incapacidad sobreviniente de S. y M. V.2. Daño moral de S. y M. V.3. Daño emergente V. 4. Gastos Futuros V.5 Daño moral de los progenitores y su asistencia psicológica V.6. Pérdida de chance de ayuda futura a los progenitores VI. Intereses- Cálculo y momento de variación de tasas aplicables. VII. Los límites de cobertura de los seguros por cada uno de los hechos dañosos. VIII Costas

**I.- La sentencia de primera instancia**

En la sentencia dictada el 28/5/2021 por quien era la Sra. Jueza Titular del Juzgado de Primera Instancia N°4 Dra. Laura J. Panizza se hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada por M. B. y L. N., por sus propios

derechos y en representación de sus hijas menores de edad M. B. y S. B., contra los médicos J. P. B., S. M. y P. D. P., la Clínica Médico Quirúrgica Sanatorio Junín S.A y la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Afines (OSECAC), haciéndolo extensiva la condena a las citadas en Garantía Seguros Médicos S.A. y TPC Compañía de Seguros S.A., cuyos límites de coberturas dispuso deberán ajustarse a las vigentes al momento de la valuación judicial del daño contenido en la sentencia definitiva y con relación a dos acontecimientos asegurados y ocurridos en la atención y efectos de cada una de las niñas, desestimando la Insuficiencia de Seguro planteado.

Fijó la indemnización conforme al siguiente detalle: Para las menores: a) Incapacidad sobreviniente y pérdida de chances a raíz de las secuelas visuales de S. B. \$ 5.200.000 y de M. B. \$ 3.600.000, b) Daño Moral para S. B. \$ 1.200.000 y para M. B. \$ 800.000. Para ambos progenitores M. B. y L. N.: a) Daño emergente por los gastos que han debido afrontar \$ 200.000; b) Gastos Futuros \$ 600.000; c) Daño Moral:\$ 400.000 para cada uno de ellos; y d) Asistencia Psicológica \$ 200.000 para cada uno. Adicionó a esas sumas intereses al 6% anual de interés puro desde el 27-3-2012 hasta cuando la sentencia resulte firme, y de allí en más hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta que pague el Bco. de la Provincia de Bs. As. en sus depósitos a 30 días, e impuso las costas a los demandados y las citadas en garantía.

Los actos médicos desplegados por la Dra. M. - profesional a cargo del Servicio de Neonatología del Sanatorio Junín-, el Dr. P. - pediatra- y el Dr. B. - como especialista en oftalmología e interconsultor del mencionado servicio-, fueron a partir del nacimiento de S. y M. por parto vaginal prematuro en primigesta en la semana 32-33, el 3/3/2012 , por lo que correctamente la sentenciante determinó que el régimen normativo de la responsabilidad profesional bajo análisis era el del Código Civil - ley 340 y sus modificaciones- (art. 7 CCyCN)

Habiendo sido dada el alta sanatorial el 28/3 y derivadas por el Dr. B. al atenderlas en su consultorio particular el 17/4, a la Clínica del Dr. M. en CABA, S. presentaba Retinopatía del prematuro (ROP) de grado 4 en ambos ojos, con desprendimiento de retina (DR), siendo tardío cualquier tratamiento quirúrgico; mientras que M. tenía ROP de grado 5 en ojo derecho con DR, pudiendo practicársele fotocoagulación con láser en el ojo izquierdo ya que tenía retina aplicada (ver certificados fs. 7/10 causa penal 226/2018, reseña de la pericia del



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

Cuerpo Médico Forense de la CSJN fs. 82/84 Legajo Pericial IPP 5007/12; pericia médica del Oftalmólogo V. del 30/8/2019).

Por ello hoy S. padece ceguera legal en ambos ojos con una incapacidad del 100% y M. ceguera total en ojo derecho y agudeza visual de 3/10 y del 4/10 con corrección óptica (anteojos) en el ojo izquierdo con una incapacidad del 70% (según experticia del galeno V. citada y contestaciones del 31/10/2019; 10/3/2021 y 30/3/2021)

Analizando en forma pormenorizada la abundante prueba existente, consideró la Sra. Jueza como determinante de la mala praxis que generó la responsabilidad atribuida que "queda demostrada la presencia de un obrar imperito y negligente por parte de los médicos a cargo de la atención de las niñas durante su internación no sólo en el monitoreo en la administración de O2 complementario, sin registrar conducta médica seguida ante los valores que sobrepasaban los límites admitidos cuando estaban con cánula, así como al momento de darles el alta sin haberse realizado el estudio oftalmológico programado ni constancia alguna sobre su seguimiento con turnos preestablecidos y coordinados entre los mismos profesionales del Servicio con el médico que intervenía como consultor externo, para no dejar transcurrir el tiempo sin esa observación médica"

Determinó la responsabilidad del Sanatorio Junín SA (apartado 7 del fallo) señalando que "la obligación tácita de seguridad de naturaleza objetiva del sanatorio puede referirse a obligaciones de medios o de resultados, según se trate de la responsabilidad de la clínica por los actos puramente médicos realizados por su personal profesional, en el primer caso, o si el perjuicio emana de actos extraños al quehacer puramente médico" (SCBA Ac 77588 19/2/2002; doctrina reiterada en C 101294 15/04/2009, C 105772 09/06/2010, C 111812 27/06/2012 entre otros fallos), teniéndola por configurada incluso respecto de la actuación del oftalmólogo B. aunque no sea profesional dependiente sino de consulta externa por el vínculo contractual en la prestación de su servicio al que era convocado por requerimiento del ente sanatorial.

Respecto de la Obra Social OSECAC, la sentenciante luego de señalar que el obstetra Dr. S. pertenece al staff profesional de la misma y atiende en el Sanatorio que también integra su cartilla, explica con cita de reiterados fallos de la CSJN la responsabilidad que le cabe por los deberes de seguridad y contralor.

Desestimó la defensa de insuficiencia de seguro opuestas por las citadas en garantía, indicando que si bien los límites de cobertura resultan oponibles a las damnificadas, conforme la doctrina de la SCBA corresponde su reajuste al momento de la valuación del daño, debiendo tomarse por cada uno de los dos acontecimientos al tratarse de responsabilidad profesional en la atención de dos pacientes.

Aplicó fórmulas aritméticas para el cálculo de la indemnización sobreviniente, utilizando el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente. Fijó los gastos futuros basándose en la necesidad de continuar con intervención interdisciplinaria de especialistas, con la ayuda de tecnología y elementos ligados al aprendizaje del Braille, los gastos de traslados para concurrir a entrevistas y clases específicas, así como perdurar con la asistencia con acompañante terapéutico desarrollada para su inserción social y escolar. Consideró que en cambio ni el daño estético ni el psicológico debían ser considerados en forma autónoma. Admitió el daño moral de los progenitores interpretando el art. 1078 CC a la luz de los arts. 1738 y 1741 del nuevo ordenamiento legal y rechazó el reclamo de los mismos por el concepto de pérdida de chance de ayuda futura.

## **II.- Recursos y agravios**

Apelaron todas las partes (ver presentaciones electrónicas del 3, 4 y 7 de junio de 2021).

Llegadas las actuaciones a este tribunal y puestas en estado, expresaron sus agravios los actores el 13/8/2021, la representante de OSECAC el 18/7/2021, los médicos B. y P. conjuntamente con el apoderado de Clínica Médico Quirúrgica Sanatorio Junín SA el 23/8/2021, la médica M., el apoderado de Seguros Médicos SA y la representante de TPC Compañía de Seguros SA el 24/8/2021.

Paso a individualizar en apretada síntesis los distintos cuestionamientos:

**II.1 Parte actora:** 1) que se haya comprendido bajo el rubro incapacidad, limitado temporalmente a los 75 años, gastos de asistencia posteriores a la



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

pérdida de edad útil de S. y M. hasta su deceso; 2) que no se hayan resarcido o receptado separadamente determinados gastos futuros (elementos tecnológicos, tratamiento psicológico y terapeuta, costos de traslados de S. y M.); 3) la baja indemnización por incapacidad sobreviniente y daño moral; 4) respecto del daño emergente de los padres que no se haya dispuesto el resarcimiento por el viaje que se hizo a España para un tratamiento visual que finalmente no se concretó; 5) el resarcimiento que corresponde a los gastos de tratamiento psicológico futuro de los padres; 6) la exigua reparación del daño moral de los padres; 7) el rechazo de pérdida de chance de ayuda futura; 8) la tangencial mención del art. 1069CC, inaplicable en el caso y 9) el cálculo al 6% hasta que quede firme la sentencia.

**II.2 OSECAC:** 1) La responsabilidad refleja o indirecta endilgada, cuando según ha dicho la SCBA respecto a las obras sociales la estipulación a favor de un tercero no se extiende más allá de las consecuencias dañosas derivadas de la omisión, denegatoria o no pago del servicio, achacándole omisiones en la fiscalización de los servicios del prestador institucional o individual que la exceden; 2) La causa del daño no debe encontrarse en el obrar médico sino en la dilación en la consulta oftalmológica una vez externadas las niñas, además de que la rinopatía grave que portaron solo se explica dentro de la labilidad y la idiosincrasia individual que genéticamente tenían las mellizas; 3) la falta de ponderación de la responsabilidad individual que afecta las posibilidades de repetición 4) los montos excesivos por indemnización de daño moral e incapacidad sobreviniente 5) la indemnización por daños futuros inciertos y 6) la Imposición de costas y que se hayan dispuesto intereses desde la fecha de los hechos cuando los valores fueron actualizados.

**II.3 Médicos B., P. y Sanatorio Junín:** 1) la responsabilidad endilgada, afirmando a) en relación a la hiperoxia que el suministro de oxígeno fue necesario e intermitente, que existieron momentos de la misma en que estaban respirando sin asistencia mecánica, no existió anomalía trascendente en cuanto a los niveles de oxígeno y que 11 días después de haber cesado su suministro no presentaban signos de ROP, b) la pericia médica afirma rotundamente que la

enfermedad en ambas niñas se produjo en el período posterior al alta sanatorial;

c) que no existió una omisión del Dr. B. en cuanto a la realización del cuarto fondo de ojos, ya que se vio imposibilitado de hacerlo cuando fue el día 28 de marzo (conforme "se programo") porque ya habían sido externadas; d) la presunción de que si se hubiera realizado ese control ya existía la enfermedad o al menos síntomas indicativos de un estado umbral o preumbral de la misma, cuando en ninguna de los tres controles anteriores existían elementos que pudieran alertar sobre un estado embrionario de la misma, no siendo el shunt de M. un signo indicativo en ese sentido. Del dictamen pericial se desprende que la retinopatía aconteció entre la fecha del alta sanatorial y la primera consulta externa que hiciera al Dr. B. en su consultorio particular. e) que el alta sanatorial resultó un acto de buena praxis y que los padres fueron alertados de la posibilidad de que las niñas contrajeran ROP y de la necesidad de realzar controles oftalmológicos y que como mínimo las pautas de alarma fueron dadas por el pediatra particular a las 48 hs. f) que se colectivizó la responsabilidad, cuando los profesionales B. y P. actuaron en forma autónoma sin formar un equipo, señalando que el Dr. P. durante la internación no tuvo participación alguna en lo referido al suministro de oxígeno por cánula, ni el alta sanatorial ni el Dr. B. respecto de todo lo actuado en neo; agregando en lo que hace a la actuación posterior al alta de ambos profesionales: que el Dr. P. indicó expresamente la necesidad de consultas y estudios oftalmológicos y que el Dr. B. además de no haber tenido vínculo contractual o personal con los padres no tenía obligación alguna de seguimiento y ni siquiera resultaba imaginable para él el requerimiento posterior, no existiendo demora prestacional por el solo hecho de que haya llamado a un policonsultorio imposibilitado de conocer por quien estaba siendo requerido. g) que el Dr. B. la primera noticia que tuvo fue en la consulta cuando el cuadro presentaba una extrema gravedad derivándolas inmediatamente, siendo la demora de los progenitores en la efectivización de la consulta oftalmológica posterior al alta, fracturaria del nexo causal h) que las niñas desarrollaron ROP agresiva posterior (AP), lo que era imprevisible estadísticamente, lo que tipifica el caso fortuito. 2 ) En relación a los rubros y montos indemnizatorios: a) en la incapacidad sobreviniente que se haya incluido también el daño estético sin acreditación concreta y específica del mismo y que haya utilizado porcentajes puros de incapacidad sin tener en cuenta la buena evolución que presentan, b) respecto al daño moral de las menores que no



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

puede convertirse en un enriquecimiento infundado, debiendo computarse el buen pronóstico en el área cognitiva sin alteraciones psicológicas significativas, por lo que solicita su sensible reducción, c) el daño emergente de los padres por gastos actuales y futuros contando con dos obras sociales (OSECAC y OSDE) que cubren las erogaciones, d) el haber otorgado daño moral a los padres sin declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 CC lo que convierte la sentencia en nula, pedido que además debió ser rechazado.

**II.4 Médica M.** 1) en cuanto a la responsabilidad que se le atribuyó puntualizando que el oxígeno suministrado fue necesario e intermitente y cuando el mismo es diferente al adecuado suena una alarma y de inmediato se modifica, no pudiendo jamás haber sido el mismo causante de la lesión ocular; el ROP no fue causado por hiperoxia; que en ninguno de los controles las niñas presentaban ROP de grados I o II ni aun en etapa preumbral o umbral, sí que la solitaria presencia de shunt sea indicativo de ello; que la falta del último control fue un hecho absolutamente intrascendente; que la retinopatía aconteció entre la fecha del alta sanatorial y la primera consulta oftalmológica externa; que el alta sanatorial fue correctamente otorgada y que como declararon las enfermeras se le suministró a los padres la información sobre pautas de alarma y necesidad de efectivizar los controles y que en la consulta al Dr. P. 48 hs. después de ello también les fueron indicados. 2) Impugna los mismos rubros y por las mismas consideraciones que los codemandados cuyos agravios fueron reseñados precedentemente.

**II.5 Seguros Médicos S.A.:** Critica la extensión de la responsabilidad por encima del monto de la póliza vigente al momento del hecho. Pone de resalto la incorrecta aplicación de la doctrina legal de la SCBA de la causa "Martinez" cuando aquí se trató de un seguro voluntario, al no existir la obligación de tener un seguro ni tampoco la medida del mismo. Señala que se afectó el principio de congruencia cuando la actualización de las pólizas no fue propuesta por ninguna de las partes.

**II.6 TPC Compañía de Seguros SA:** Sustancialmente su queja es similar a la anterior. Agrega que también es de imposible cumplimiento lo decidido ya

que no existe póliza vigente en favor del Sanatorio a la fecha de la sentencia, por lo que no puede actualizarse a valores correspondientes a la fecha de valuación del daño, que el monto voluntariamente estipulado es el límite de la cobertura una vez que el asegurado o el tercero, pruebe el daño efectivamente sufrido, que siendo la suma asegurada en moneda nacional rige el principio nominalista y que los accesorios (intereses) del capital (suma asegurada) sería la manera de "ajustar" la suma asegurada.

**II.7** Con las presentaciones electrónicas del 20/9/2021, 22/9/2021, 24/9/2021 y 27/9/2021 ejercieron su derecho a réplica resistiendo las impugnaciones que recíprocamente formularon todas las partes con excepción de los codemandados OSECAC y Seguros Médicos SA

Entre los argumentos que se esgrimieron merecen señalarse que el aprendizaje de Braille, la asistencia de maestras integradoras y ayudas ópticas están cubiertas por el PMO dentro de las prestaciones de las Obras sociales y Prepagas; que no surge la necesidad de atención psicológica de las niñas actual y no se puede definir a futuro; que el viaje que realizaron a España obedeció a una decisión voluntaria de los accionantes, sin soporte científico, configurando una consecuencia remota; que no se aplicó el art. 1069 CC; que ha quedado firme la condena a abonar a las aseguradoras por "dos siniestros"; que la relación prima -riesgo se ha desnaturalizado por el transcurso del tiempo y por efecto de la desvalorización económica, con independencia de que sea o no un seguro obligatorio; que la base del cálculo del rubro incapacidad se ajusta a las pautas de reparación del daño.

Por su parte la codemandada M. solicitó la deserción por insuficiente fundamentación del recurso de los actores.

Firme el llamado de autos para sentencia y habiendo sido oídos el Sr. Asesor de Incapaces (presentación del 29/3/2022) y el Sr. Fiscal General (presentación del 7/4/2022), se está en condiciones de resolver (art. 263 del CPC).

### **III.- Aclaraciones previas**

En esa labor he de comenzar señalando que, independientemente de la suerte del recurso de los actores, no se evidencia en su factura los déficits técnicos que se le achacan ya que contiene una crítica concreta y razonada del fallo, por lo que la solicitud de deserción de la codemandada M. debe ser desestimada (arts. 260 y 261 CPCC).





**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Tampoco ha de prosperar el pedido de nulidad de la sentencia en razón del tratamiento del daño moral de los progenitores sin declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil derogado aquí aplicable (art. 7 CCyCN) ni por haber ordenado ajustar el límite de cobertura de los seguros ya que, cuando por medio del recurso de apelación es factible concretar la posibilidad saneadora de la sentencia por defectos u omisiones que puedan afectarla, el recurso de nulidad carece de viabilidad, habida cuenta de la absorción de dicho remedio procesal por el recurso de apelación (art. 253 CPCC). Las distintas memorias han abordado las cuestiones referidas, cabiendo puntualizar que la actualización de la cobertura asegurativa pudo incluso ser requerida recursivamente (cfr. este tribunal Expte. n°: JU-10690-2016 Lutz LS 62 n°167 sent. del 3/8/2021)

Y, antes de pasar al tratamiento de los distintos planteos, recordar que la CSJN ha decidido que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.) y que tampoco tiene el deber de ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (Fallos 274:113; 280:3201; 144:611), por lo que me ocuparé de las alegaciones que sean conducentes para decidir este conflicto, inclinándome por los medios probatorios que produzcan mayor convicción. En otras palabras, se considerarán los hechos que Aragonese Alonso llama "jurídicamente relevantes" (su obra "Proceso y derecho procesal", Ed. Aguilar, Madrid, 1960, p. 971, párr. 1527), o "singularmente trascendentes" como los denomina Calamandrei ("La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", ps. 369 y ss.).

**IV.- Responsabilidad**

Dicho ello, en cuanto a la responsabilidad atribuida que viene cuestionada, dable es señalar que, en principio excepto contados casos de responsabilidad objetiva en la materia, " sólo la culpa del profesional a partir de una acción a partir de una acción contraria a las reglas consagradas por la

práctica médica, de acuerdo al estado de los conocimientos al tiempo de cumplida la prestación (lex artis ad hoc) y su directa relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente, puede fundar una condena de responsabilidad civil. Y en ese orden el estándar de diligencia exigible es la aplicación de la evidencia científica a la oportunidad terapéutica que cada paciente y las circunstancias que lo rodean razonablemente permiten, en un todo de acuerdo a lo estatuido por el art. 512 de nuestro Código Civil", (Acevedo Rafael "La pérdida de la chance en medicina," La Ley 2011-F, 1106)

#### IV.1. La ROP y sus posibles causas. Oxigenoterapia -Controles. Información.

Para poder determinar si se reúnen los extremos que comprometen la responsabilidad por mala praxis de los médicos demandados resulta necesario conocer las causas de la ROP y de esa forma analizar si la conducta por acción u omisión de aquellos ha tenido incidencia en su despliegue para la producción del daño.

Es que como señala Marcelo López Mesa ("Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada" La Ley 2013-D , 1167) en párrafos que me permito transcribir "...como ocurre entre causalidad material y jurídica, se requiere aquí un razonable equilibrio: el dato científico no puede sustituir a la decisión judicial sobre causalidad; pero, la decisión jurídica no puede negar datos científicos evidentes, sobre la base de un capricho, de una decisión antojadiza o de una ponderable ceguera. Por consecuencia, si una certeza científica expuesta en un dictamen debidamente fundado induce sin duda la solución jurídica (certidumbre de la existencia de nexo de causalidad o certidumbre de la ausencia de una vinculación causal), el juez no podrá saltar por sobre estas claras comprobaciones científicas, para afirmar livianamente la conclusión contraria a la que ellas afirman. Pero, en el otro extremo, la falta de certeza científica sobre un resultado no condiciona la resolución judicial, pues puede trazarse un nexo adecuado de causalidad sobre la base de la normalidad, ante la repetición de similares resultados ante estímulos o causas equivalentes en varios sucesos. De tal suerte, ante la claridad de la determinación científica causal, prevalece ésta; pero, ante la carencia de conclusión concluyente del científico, prima el juez o el jurista, quien puede — poniendo en juego herramientas jurídicas, como el principio de normalidad, art. 901 C.C.— sobreponerse a tal carencia o limitación. Siguiendo con la imagen



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

dada supra por nosotros para graficar esta espinosa cuestión, así como la causalidad material era el lienzo, sobre el cual el juez pintaba su obra de la causalidad jurídica, la causalidad científica compone los pigmentos o colores que el juez usa para pintar o, al menos, una parte de ellos, siendo otros, las reglas de la lógica, la reglas de la experiencia, el sentido común, la previsibilidad del resultado para un agente término medio, etc. "

Con ese norte, es dable considerar que la Retinopatía del prematuro ocurre en algunos niños que nacen de forma prematura. *"Se caracteriza por el desarrollo anormal de los vasos sanguíneos en la retina que usualmente comienza durante los primeros días de vida, pudiendo progresar rápidamente, causando ceguera en cuestión de semanas. El abastecimiento de sangre a la retina comienza a las 16 semanas de gestación, en el nervio óptico, y los vasos sanguíneos se desarrollan en ese punto, hacia los bordes de la retina, hasta la hora de nacer [la vascularización de la retina nasal se completa en la semana 36 y la del lado temporal más tarde semana 40 en adelante Pericia médica Visciarelli punto a del cuestionario de la actora; Legajo pericial Cuerpo Médico Forense fs. 85]. Cuando un niño nace prematuramente, este crecimiento normal de los vasos sanguíneos se detiene y comienzan a crecer vasos anormales. Al transcurrir el tiempo, este crecimiento de los vasos produce una cicatriz de tejido fibroso, formándose un anillo, que puede extenderse 360 grados alrededor y en el interior del ojo. Cuando se deposita la cantidad suficiente de tejido fibrótico, este empieza a traccionar la retina ocasionando un desprendimiento de la misma, conllevando en mucho de los casos a una ceguera completamente prevenible"* (Kenia Suárez, Dileisy Rodríguez, Paola Veras, Jonathan Crispín, Keith Correa Julissa Muñoz. "Situación analítica de la retinopatía del prematuro: causas y consecuencias." Rev Med Dom.70-3 p. 139 y ss)

Cabe señalar que tiene "una etiología multifactorial, siendo la inmadurez su principal factor de riesgo" (Fátima Camba Longueira, Josep Perapoch López y Nieves Martín Begué. "Retinopatía de la prematuridad" en <https://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/46.pdf>). Según los

considerandos de la Res. MSP 1613/2010 por el que se creó el Programa Nacional de Prevención de la Ceguera por Retinopatía del Prematuro, "se estima que el 12% de los niños en riesgo (prematuros)... podrán presentar ROP... Los casos graves son uno coma uno (1,1) cada un mil (1000) nacidos vivos.."

Esta discutido si existe mayor riesgo de ROP en niños nacidos de parto múltiple (García-Serrano JI, Ramírez-García MC, Piñar-Molina R "Enfermedad Plus en la retinopatía del prematuro de gestación múltiple. Análisis de riesgo" ver notas 14 a 17). El sexo es neutral y el riesgo se incrementa cuando son de muy bajo peso (menos de 1.500 gr.), son muy inmaduros (menos de 32 semanas [*por cada semana más que permanece en el útero materno disminuye en un 27% las probabilidades de presentar ROP; Mónica Morgues Nudman "Retinopatía del prematuro"*]) o están más enfermos (informe del Cuerpo Médico Forense CSJN fs. 86 Legajo pericial IPP5007/12)

En nuestro país el riesgo de ROP se extiende a prematuros con mayor peso y edad gestacional, "denominados casos inusuales, que constituyen casi la cuarta parte de los niños con ROP graves que requieren tratamiento" (informe citado fs. 128 y resp. xii p. 130/1 legajo pericial)

*"El segundo factor (para que la enfermedad ocurra) es el relacionado con la oxigenoterapia, que en los prematuros suele ser necesaria para tratar la dificultad respiratoria dada por la inmadurez pulmonar. Sin embargo, con cuidados de calidad la enfermedad grave es prevenible en un alto porcentaje de casos"* (Galina, Lidia Ángela, Sánchez, Celia, Mansilla, María Celeste "Retinopatía del prematuro" Oftalmología Clínica y Experimental, v. 11, nro. 3, septiembre de 2018, p. 69-80).

Por demás interesantes resultan las consideraciones que formuló la Dra. Díaz de Vivar en el fallo de la CNCiv Sala M del 18/12/2007 " Dupuy, Daniel Oscar y otro c. Sanatorio Modelo Quilmes S.A. y otros" (RCyS 2008, 843) atinentes a la relación ROP y oxígeno, más allá de que en el caso no fuese entendida como determinante del mal obrar profesional. Me permito transcribir algunas de ellas: "*.. en 1953 se consideró demostrado el efecto nocivo del oxígeno sobre los vasos retinianos inmaduros... Esta circunstancia impuso la necesidad de un prolijo y constante control de gases en sangre, llegándose con posterioridad al monitoreo continuo transcutáneo de la Pa O2 (presión arterial de O2). Es decir, a partir de allí la prevención se basó en el estricto análisis de*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

*la cantidad de oxígeno que se suministraba...En la década de los 80' el trabajo de los Dres. Manzitti, Damel, Stoliar, Julio y Edgardo Manzitti (h), publicado en "Archivos de Oftalmología de Buenos Aires" (vol.57, enero-marzo de 1982), refiere que el "factor tóxico" para la retina es la presión parcial arterial de oxígeno en la arteria central (Pa O2) y no la concentración de oxígeno (FiO2) que el paciente respira. En el acápite "Estudio Prospectivo", se puede leer una estadística elaborada por los autores, sobre la base de los datos recogidos en la Unidad de Cuidado Intensivo del Hospital Municipal "R. Sardá" y en una institución privada (Sanatorio Otamendi), que anoticia de los casos registrados de retinopatía en prematuros...Como conclusiones los autores sostenían que la baja aparición de casos graves, confirmaban que un estricto monitoreo de O2, es esencial para la prevención de la ROP, así como presencia del oftalmólogo para examinar al paciente durante su internación y una vez de alta...En cuanto al oxígeno administrado y su control, son dos cosas distintas la concentración de oxígeno que se ofrece al recién nacido y el contenido real de oxígeno en sangre llamado presión parcial arterial de oxígeno. Para medir la PaO2 se comenzó utilizando la medición de gases en sangre, realizada en sangre arterial obtenida por punción de la arteria del brazo o la muñeca. Actualmente se utiliza un método menos cruento que mide la saturación de oxígeno en sangre por medio de un dispositivo de contacto con la piel.. "*

En la actualidad, el nivel de oxigenación en el recién nacido se mide de dos maneras: gases en sangre arterial (PaO2) y monitorización de la oximetría de pulso (SpO2).

En la Argentina, el Grupo Asesor para Prevención de la ceguera por ROP del Ministerio de Salud de la Nación publicó en el año 2015 una Guía de práctica clínica para la prevención, diagnóstico y tratamiento de la ROP (GPC-MSAL) que en las unidades de cuidados intensivos neonatales "recomienda monitorizar permanentemente la saturación de oxígeno utilizando oxímetro de pulso para **mantener valores de saturación entre 89% y 94% y fijar la alarma mínima en 88% y la máxima en 95%**. Esto debe realizarse con cualquier sistema de suministro de oxígeno (ARM en cualquier modalidad, CPAP, halo,

bigotera) en cualquier circunstancia (internación neonatal, traslados, cirugías, anestésias) e independientemente de la duración de la oxigenoterapia" (Galina-Sánchez-Mansilla artículo citado; ver fs. 118/123 Legajo Pericial e informe del Ministerio de Salud de fs. 1285/6)

De los factores de riesgo que se han asociado en la etiopatogenia de la ROP, la oxigenoterapia ha sido considerada como la principal causa de esta afección y su importancia prevalece en la actualidad. La hiperoxia provoca vasoconstricción en la retina en desarrollo y en consecuencia disminución de los factores angiogénicos VEGF e IGF-1, que conlleva a la detención de la vascularización; esto provoca un descenso de la perfusión, hipoxia e isquemia de retina. A su vez la hipoxia tisular estimula la liberación de estos factores angiogénicos (VEGF, IGF-1, etc.) y provoca un aumento de la angiogénesis y vasoproliferación anómala que caracteriza a la enfermedad, de ahí que cuanto mayor sea el tiempo de hiperoxia, mayores son las posibilidades de desarrollar ROP. Numerosos estudios confirman que a mayor fluctuación de la presión arterial de oxígeno (PaO<sub>2</sub>) mayor extensión de áreas retinianas avasculares y mayor riesgo de neovascularización (Angelicia Crespo Campos, Yanett Sarmiento Portal, María Elena Portal Miranda, Omar León Vara Cuesta, Ivón Aimée Sánchez Monterrey "Caracterización de factores clínico-epidemiológicos en la retinopatía del prematuro" Rev Cubana Pediatr v.81 n.3 Ciudad de la Habana jul.-sep. 2009).

Las "células mesenquimáticas precursoras son vulnerables a situaciones como una excesiva concentración de oxígeno. Esto produce vasoconstricción, interrupción de la vasculogénesis, obliteración de los capilares y formación de comunicaciones/shunts arterio-venosos. La consecuencia es que determinadas áreas de la retina quedan sin vascularización y por lo tanto no reciben la suficiente cantidad de oxígeno. Esta falta de oxígeno (denominada hipoxia) determina que las células de la retina isquémica (sin oxígeno) sinteticen sustancias angiogénicas (generadoras de una neovascularización anómala) para intentar compensar aquella isquemia o hipoxia. El problema es que estos nuevos vasos sanguíneos (neovasos) son patológicos y pueden generar hemorragias y/o tracción sobre la retina provocando un desprendimiento traccional de la retina" (informe del Cuerpo Médico Forense fs. 85 Legajo pericial)



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La hipercapnia, la hiperoxia y las fluctuaciones de oxígeno rápidas y significativas, en mayor o menor medida son factores que ejercen impacto sobre la retinopatía del prematuro y pueden ser más perjudiciales al combinarse cuando el niño es más inmaduro y la retina está hipodesarrollada (A. Sola, L. Chow y M. Rogido "Retinopatía de la prematuridad y oxigenoterapia: una relación cambiante" An Pediatr (Barc) 2005;62(1):48-63, quienes dan respuesta así a la pregunta de si los niveles de PaO<sub>2</sub> y SpO<sub>2</sub> elevados y amplias fluctuaciones constituyen mala praxis, además de señalar que "cuando un niño prematuro está respirando oxígeno y la SpO<sub>2</sub> es de 96-100%, la PaO<sub>2</sub> puede ser mucho más alta de 90mmHg" - "es sabido y recomendado saturaciones entre 85% y 94% y compresión arterial de O<sub>2</sub> en 50 a 70 mmHg" pericia 30/8/2019 puntos o y p- )

"A partir de 95% se puede estar en situación de hiperoxia aunque la saturación sea aparentemente 'normal' El saturómetro es especialmente útil con valores de saturación entre 85% y 94% que se corresponden con una presión arterial de Oxígeno entre 50 y 70 mmHg. Cuando la saturación es mayor 94% se pierde correlación con el valor de la presión arterial de oxígeno, ya que ésta puede oscilar entre 80 y 400 mmHg, lo que implicaría hiperoxia en el prematuro " (informe del Cuerpo Médico Forense fs. 119 Legajo pericial)

La Oftalmóloga Kadzielski (fs. 221 II Cuerpo causa penal 226/2018) dio también cuenta que "niveles de saturometría entre 95% y 100% son potencialmente peligrosos por el aumento de la incidencia de la ROP"; que los valores de saturación recomendados para "mayor de 1.200gr o mayor a 32 semanas de gestación [ambas niñas] entre 86% y 93%".

Claro está que existen casos de oxigenoterapia sin retinopatías y casos de prematuros a los cuales no les fue suministrado tal tratamiento y que, sin embargo, presentaron esta patología, pero como científicamente está demostrado no puede ser considerada al ser incorrectamente suministrada como una mera condición ni menos una práctica inocua a la hora de establecer su adecuación según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901 CC)

**IV.2.** En el meduloso voto de la Dra. Díaz de Vivar en el fallo que cité (en el cual según surge el suministro de oxígeno "fue por debajo de los límites máximos admitidos") también se expresaba *"El control oftalmológico tiene dos objetivos: detectar la existencia de la enfermedad en el recién nacido e identificar el momento de aparición del grado III, que indica el momento de necesidad de tratamiento. Si se realiza el control demasiado temprano, la enfermedad puede no haber aparecido aún y se puede interpretar falsamente como ausencia de enfermedad. Si se realiza el control demasiado tarde, el daño a la retina es definitivo. El grado III con signos plus ocurre en un periodo ventana que varía en los distintos niños de acuerdo a la edad gestacional al nacer y las características propias de las enfermedades concurrentes, así como de características genéticas intrínsecas de cada individuo. Según los Dres. Palmer, Flynn y Ardí (Revista Ophthalmology 1991; 98: 1628-1640) es extremadamente excepcional que se alcance en grado III con signos plus antes de la semana 32<sup>a</sup> o después de la semana 48<sup>a</sup> de edad postconcepcional. Ese es el periodo "ventana" en el que se puede alcanzar el punto en que corresponde iniciar el tratamiento. Ni antes ni después.... Así se estableció que el punto de inflexión se encuentra en el grado III con el agregado de signos de actividad aguda, llamados "signos plus". Cuando un ojo alcanza el grado III con signos plus, tiene 51% de chance de evolucionar al grado V que significa ceguera....Si se realiza el control demasiado tarde, el daño a la retina es definitivo"*.

El oftalmólogo demandado B. en su declaración en sede penal (fs. 281 II Cuerpo causa 226/2018) también señaló que "la indicación de fotocoagulación con láser, se debe indicar en un momento determinado, cuando sea necesario, no es una práctica preventiva o que puede indicarse en cualquier momento..."

Haciéndose cargo de ello, en los Considerandos de la Res. MSP 1613/2010 ya citada se decía que la ROP "puede evitarse en la mayoría de los casos con medidas de prevención, diagnóstico y tratamiento oportunos brindados por una asistencia neonatológica y oftalmológica con personal entrenado y en número suficiente y con equipamiento adecuado en calidad y cantidad" y luego de mencionar entre las medidas de prevención que "el oxígeno debe administrarse en forma estrictamente controlada" señala que "durante la internación en los Servicios de neonatología y luego del alta, los niños en riesgo deben ser evaluados por un médico oftalmológico capacitado y





**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

entrenado... en forma semanal o bisemanal. Si la alteración de la retina es muy importante deberá realizarse un tratamiento con Diodo Láser para evitar que la enfermedad progrese hacia la ceguera. Con estas medidas de prevención pueden evitarse la mayoría de las Retinopatías del Prematuro y la posibilidad de una ceguera futura"

Aunque también cabe la posibilidad de que obedezcan a partos por vía vaginal, según expresó el perito Visciarelli (ver fs. 1622) "Las hemorragias retinales siempre son anormales " y Puede ser interpretada como ROP en evolución". Por ello "Es responsabilidad del equipo de salud asegurar la continuidad de los exámenes hasta que se haya completado la vascularización de la retina" (fs. 98 Legajo pericial)

El informe de la Oftalmóloga Carina Kadzielski (fs. 216/222 II Cuerpo causa 226/2018) refiere que "la dilatación y tortuosidad de los vasos retinianos son signos de enfermedad plus o enfermedad pre-plus. Tanto las hemorragias con la enfermedad plus son indicadores de la progresión de la enfermedad... A mayor tortuosidad vascular (plus) existe mayor probabilidad de progresión a estadios más avanzados. La presencia de hemorragias en el polo posterior indica una alteración en la permeabilidad vascular; y en la línea de demarcación indica la presencia de neovasos y de permeabilidad. El hallazgo de shunt en cualquier semana gestacional es indicador de probable mala progresión"

"Los shunts se forman de vaso a vaso en el espesor de la retina y no solo en la unión de la retina vascular y la avascular. Frecuentemente la evolución pasa del estadio 1 a 3 sin llegarse a ver nunca el cordón típico del estadio 2"; "La dilatación de los vasos del iris, una pobre dilatación pupilar y la turbidez vítrea son hallazgos frecuentemente asociados a la enfermedad plus"; " Es suficiente la dilatación vascular y la tortuosidad en al menos dos cuadrantes para considerar la existencia de enfermedad plus" (fs. 92/94 Legajo pericial)

**IV.3.** Leemos en el trabajo "La responsabilidad médica en la información e involucramiento de los padres" de la Dra. Teresa Sepúlveda que obra a fs. 182vta y ss Anexo n° 2 IPP 5007/12 "la salud de los niños egresados de una unidad de terapia intensiva neonatal no termina con el alta institucional. La tarea

médica solo termina cuando un niño es capaz de incorporarse a la sociedad como una persona sana, útil y capaz de valerse por sí misma. Por ello no se debe dar el alta de un niño de estas características sin asegurarse de que los padres estén informados y saben cuáles son los pasos que deben seguir en el cuidado de sus hijos....Los padres piensan que el alta de sus hijos significa que los problemas están resueltos y lejanos, pero sus hijos pueden sufrir un desprendimiento de retina o pueden desarrollar una baja agudeza visual sin que nadie lo advierta. Estos problemas podrían prevenirse o resolverse con el seguimiento y control de los niños...Brindar información a los padres de los niños en riesgo de ROP no es solo un derecho de los padres sino que, como hemos visto, tiene suma importancia para el desarrollo de esos niños"

En el informe pericial oftalmológico del Cuerpo Médico Forense (fs. 98/100 Legajo pericial) se dice " La comunicación entre los padres y los miembros del Equipo de Salud es muy importante. Los padres estarán al tanto de los exámenes para detectar ROP...Se recomienda además que se documenten estas conversaciones con los padres en los reportes médicos o de enfermería...En el caso del alta del paciente, se organizarán sus controles para que ellos continúen adecuadamente, si no ha cesado la necesidad de exámenes, con el criterio que se señala en la recomendación. Si estas gestiones de comunicación y seguimiento no se pueden realizar, el paciente no debe ser derivado o dado de alta hasta que la Unidad que da de alta o deriva al paciente no haya realizado los arreglos necesarios. Si se delega en los padres la responsabilidad de efectuar el seguimiento oftalmológico post-alta, ellos habrán comprendido: 1) el riesgo potencial de disminución visual severa y aún ceguera 2) que existe un tiempo crítico en el que hay que actuar para que el tratamiento tenga éxito. 3) Que los exámenes de seguimiento son esenciales para este éxito. Esta información se dará en forma oral y escrita, y los padres firmarán su acuerdo, del cual deberá incorporarse una copia a la Historia clínica del paciente"

#### **IV.4. Las causas y el abordaje jurisprudencial**

En los pronunciamientos judiciales que tuvieron como hecho fundante de la pretensión la retinopatía del prematuro se ha considerado como causa del daño configurativa de mala praxis ya sea el no monitoreo de la oxigenoterapia, la ausencia de controles oftalmológicos en tiempo oportuno o la falta de indicaciones y seguimiento posterior al alta del paciente.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Así: 1) La SCBA en fallo "A.O.D y M. A.G. v. Hospital Interzonal Dr. Pedro Fiorito" 30/3/2005 La Ley 70019823 consideró responsable a la provincia por la ceguera ocasionada a una menor recién nacida a la cual debió dada su patología, suministrársele oxígeno en la incubadora, sin contar con los elementos tecnológicos adecuados para la monitorización continua de la administración de oxígeno; 2) La CNCiv Sala M "Soba Miguel Angel Dalindo c/ G.P., V. y otros" 28/10/2010 RCyS 2011-III,165 ante el caso de una menor que sometida a oxigenoterapia varias semanas después de haber sido de alta fue diagnosticada de una ceguera irreversible, sostuvo que la falta de indicaciones terapéuticas precisas y la omisión de seguimiento posterior al alta del paciente fue concausa de la enfermedad; 3) La inadecuada administración de oxígeno en incubadora y el no diagnóstico de la retinopatía en tiempo útil fue el presupuesto de la indemnización a título de pérdida de chance en el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia Sala III in re "M.M.P. y B.A.A ambos por sí y en representación de su hija menor M.M.L.B c/ Provincia de Chaco y/o Brollo Verónica" 23/4/2015 RCyS 2015-X, 135; 4) En el pronunciamiento del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Minas n°19 de Mendoza en expte "Cavieres José Luis y ot. en representación de su hija menor c/ Hospital Luis Lagomaggiore" 1/8/2008 LLGran Cuyo 2008(octubre), 912 la responsabilidad fue determinada por no haberse dispuesto previo al alta turno para la consulta oftalmológica cuando el prematuro ya estaba próximo a cumplir las cuatro semanas de vida; 5) La CSJN en la ya citada causa "Dupuy D.O y ot c.. Sanatorio Modelo Quilmes y otros s/daños y perjuicios" en su sentencia del 15/11/2011 Cita: TR LALEY AR/JUR/68989/2011 en su Consid. 16 expresó "Que tampoco corresponde atribuir a la demora de los padres en efectuar el control oftalmológico algún grado de concausalidad en la producción del daño, pues aun cuando se considerase la mejor hipótesis para la recurrente, en cuanto a interpretar que al indicarse la interconsulta oftalmológica la enfermedad todavía se encontraba dentro del período de ventana que hubiese permitido detectarla y comenzar su tratamiento, ni de la historia clínica ni de las restantes constancias de la causa surge que al darse el alta a la menor o al

efectuar dicha indicación en la séptima visita al consultorio externo, se hubiese informado a los progenitores acerca de la urgencia del caso, dados los riesgos que corría la capacidad visual de la niña por las condiciones en que había nacido y las acciones terapéuticas a las que había sido sometida"; 6) En el fallo del STJ de Santiago del Estero "J., R. J. y otra c/ B., R. y/u otros s/ Daños y perjuicios por mala praxis médica" 15-02-2010 Cita Digital: ED-DCCCXIX-916 se hace mérito del "informe del Centro de Oftalmología Universitario de la Cátedra de Oftalmología de la Universidad Nacional de Tucumán (fs. 363/367), se desprende que "la enfermedad que aqueja al menor puede ser causada por la alta concentración de oxígeno en un recién nacido prematuro y con bajo peso". En la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la 2a Nominación TR LaLey AR/JUR/2319/2008 se había hecho mérito también de la falta de control "antes de darle el alta médica, o al menos aconsejar a los progenitores acudir ante un profesional especialista, haciendo constar todo ello en la Historia Clínica, circunstancia que, como antes se dijo, no se advierte, lo que torna responsable al médico demandado por la pérdida de chance antedicha" y 7) El "no efectuar los controles dentro de los plazos que la situación imponía...para evitar el desarrollo de la Retinopatía del Prematuro y, con ello, aplicar el tratamiento adecuado para detener el desarrollo de la enfermedad a fin de evitar la ceguera" fue también el fundamento en la sentencia del Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial n° 4 de Quilmes 7/11/2016 "F., S.A c. Policlínico F. Vallese y Ot. s/ Daños y Perjuicios" DFyP 2017(diciembre), 257.

#### **IV.5. Los casos de S. y M.**

a) De los registros de los controles de saturimetría según hojas de enfermería (ver el informe del Cuerpo médico Forense fs. 122/123 Legajo pericial) resulta que de los días en que se suministró oxígeno por cánula ante episodios de apnea a S. (del 4/3 al 10/3) y M. ( del 5/3 al 10/3 ) la casi totalidad de los registros indican porcentajes muy superiores al 95% No se hicieron procedimientos de análisis de PaO<sub>2</sub>.

No se encontraron registros médicos ni de enfermería de conductas consecuentes con dicha circunstancia (resp. fs. 124 del mismo informe)

"Siempre el riesgo de ROP aumenta cuando los valores de saturimetría sobrepasan los valores estipulados internacionalmente, por lo cual hay que ajustar dichos valores en forma perentoria (resp. W preguntas M. pericia oftalmológica del 30/8/2019)



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

El pediatra P. en su declaración de fs. 237/239 IPP 5007/2012 manifiesta "la saturación la controla la enfermera, como también lo puede regular el médico que pasa por ahí. Hay situaciones que el niño necesita el máximo de saturación posible, por la patología, este no es el caso de las niñas B., ya que salvo la prematurez, no hubo otra causa"

b) Se realizaron tres fondos de ojo en el período de internación (13/3; 16/3, 20/3 No consta el tipo y aumento de las lentes utilizadas en cada ocasión fs. 103 Legajo pericial). En el último examen indicó " Control en una semana" (mismo informe Cuerpo Médico Forense fs. 102)

No consta en los registros de la HC información respecto de la dilatación pupilar lograda ni las condiciones del vítreo (fs. 105 legajo pericial).

"No se especifica tecnología y/o aparatología utilizada en las tres consultas por fondos de ojos por ej. lupas, Oftalmológico Indirecto etc, ni tipo de drogas midriáticas para dilatación pupilar (ampliación pericia oftalmológica 31/10/2019; resp. Y,Z preguntas M. pericia del 30/8/2019)

Consta la localización topográfica de los hallazgos (Zonas I, II y III) pero no de la extensión según cuadrante horario (Legajo pericial fs. 105)

Lo anterior y las respuestas dadas en la contestación de ampliaciones y aclaraciones por el Perito Visciarelli el 31/10/2019 dan sustento a la observación actoral ( fs. 1629vta) en el sentido de que la HC ha quedado relativizada para reconstruir en forma completa y suficiente la sintomatología de las niñas en esas fechas; lo que también fue tenido en cuenta -con estimación que comparto- por la sentenciante al señalar que "los medios producidos confirman las conclusiones periciales, acompañadas de las registraciones realizadas en las H.C. que presentan deficiencias en su información, de gran incidencia en la responsabilidad médica por cuanto es constitutiva de presunción de negligencia en la actividad profesional".

Informa la pericia oftalmológica del 30/8/2019:

\* "Según fondos de ojos obrantes en historia clínica el Dr. B. observó signos inespecíficos de ROP por lo cual decide realizar nuevos fondos de ojos" (resp. 21)

\*Que en el caso de S. en el segundo fondo de ojo se advirtieron vasos tortuosos y hemorragias aisladas en zona 2 y 3, si bien en el 3er fondo se advirtió reducción del calibre vascular y hemorragias en reabsorción. No expresa línea de demarcación ni cordón vascular ni proliferación fibrovascular (resp. j preguntas M.).

\* En el caso de M. en el 1er. fondo de ojos "se expresa *Plus por los vasos dilatados en zona 2 y 3, más hemorragias en llama aisladas. En el 2° continúan hemorragias, los vasos llegan a la zona 2 y 3 (normal?) sin ROP* ["hemorragias en llama periferia y peripapilar...Tortuosidad aumentada" fs. 104 Legajo pericial]. *En el 3° Fondo de ojo se expresa menor dilatación vascular y hemorragias en absorción con Shunts Arterio-Venosos (A-V)* ["persisten shunts A.V. Control 1 semana" fs. 104 Legajo pericial] Este sería el primer signo de sospecha de ROP en M."; "el Shunts/AV en M. sería un indicio de ROP" (el subrayado me pertenece resp. j y aBis preguntas M.)

\* "Antes del alta tenían indicado un 4° Fondo de ojo, que deberían haber realizado a la brevedad" (resp. z preguntas M.)

Del informe del Cuerpo Médico Forense (fs. 106/108 del Legajo) resulta: "La detección de vasos dilatados y tortuosos en zona II y la expresión "PLUS" podrían explicar el motivo por el cual el oftalmólogo tomó el recaudo de efectuar el segundo control muy cercano al primero (3 días después) y el tercer control también muy próximo al segundo (4 días después). En el tercer control se registró en la historia clínica que los vasos estaban menos dilatados y que las hemorragias retinales estaban en reabsorción. En consonancia con este cuadro es razonable que haya fijado para el cuarto control un intervalo de tiempo mayor (una semana) Según consta en la historia clínica este cuarto control - que debería haberse efectuado el 27 de marzo-, fecha en que las niñas continuaban hospitalizadas, no se llevó a cabo". "Los hallazgos retinales descritos en la historia clínica determinan la necesidad de efectuar controles del fondo de ojo con la frecuencia explicitada previamente con dos objetivos 1) en caso de agravamiento del cuadro poder establecer a tiempo el momento oportuno del tratamiento, 2) hacer un seguimiento hasta que se complete la vascularización normal de la retina" "Consta en cada historia clínica que el 28/03/2012 les fue otorgada a las niñas el alta sanatorial, sin que se hubiera cumplido el cuarto control de la retina" "De la lectura de cada historia clínica neonatal remitida, no surge registro que indique que, desde el Servicio de Neonatología del Sanatorio,



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

se hubiera programado la realización del cuarto control oftalmológico pendiente"  
(subrayados me pertenecen)

El Perito Oftalmólogo Visciarelli en su contestación de ampliaciones y aclaraciones del 31/10/2019 afirma "Los profesionales asistentes a las niñas NO PREVIERON que los prematuros pueden tener distintos y diferentes estados evolutivos de ROP, por lo cual en el lapso transcurrido entre el último fondo de ojo, 20/03/2012 y la consulta ambulatoria post-alta realizada el 17/04/2012 donde el Dr. B. diagnostica ROP en ambas niñas, ocurrió lo que en la bibliografía se da en llamar CASOS INUSUALES y el desarrollo de ROP AP u otro estadio. Aquí es conveniente remarcar que si se hubiera realizado el 4° fondo de ojos se hubiese puesto en evidencias signos evolutivos de ROP, de tal manera que y ante la sospecha por parte del profesional de un avance del ROP se podría haber derivado y/o realizado en el mismo lugar de internación (existiendo la tecnología adecuada) el tratamiento Laser que con posterioridad se realizó en Bs. As."

El oftalmólogo no concurrió el día 27/3 para efectuar el 4° control. Manifiesta haber ido el día 28 cuando ya habían sido externadas. Fácilmente pudo constatar a través de las HC que no se había realizado ese control por otro especialista e implementar la comunicación a los progenitores para su realización. Recién las vuelve a ver en su consultorio particular el día 17/4 (28 días después de su último control)

Si bien en poco casos es posible concebir un supuesto en que sea mayor el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas que en el caso de los médicos (CC0001 ME 108629 RSD-176-6 S 26/09/2006 " Sturnich, Jorge Alberto y ots. c/Montes Vilchez, Jorge Augusto y ots. s/Daños y perjuicios" Juba B600230), distinta es la diligencia que cabe exigir a un médico especialista que a uno que no lo es (SCBA Ac 89345 S 12/04/2006 "M. ,M. A. y o. c/A. ,C. y o. s/Daños y perjuicios"). "En el caso de las especialidades, puede señalarse que por ese solo hecho hay un deber de cuidado mayor en relación al área específica...Se juzga con mayor rigor a quien tiene mayor obligación de prever las consecuencias posibles de los hechos, en razón de las circunstancias"

(Lorenzetti Ricardo Luis "Responsabilidad civil de los médicos" To. II Rubinzal-Culzoni p. 18/9). Ello por cuanto la culpa debe evaluarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512 CC) y en el caso del oftalmólogo eran mayores sus conocimientos y consecuentes deberes (art. 902 CC)

"...no surge registro que indique que, desde el Servicio de Neonatología del Sanatorio, se hubiera programado la realización del cuarto control oftalmológico pendiente" (fs. 108 legajo pericial)

c) "De la lectura de las respectivas historias clínicas remitidas, no surge constancia fehaciente de la información ofrecida a los padres respecto de la situación oftalmológica de sus hijas" (fs. 108 legajo pericial)

El pediatra P. en forma particular atendió después del alta a M. el 30/3, 3/4 y 10/4 y a S. el 30/3 y el 4/4 (informe de OSDE fs. 1139). En su declaración a fs. 238/239 (IPP5007/12) manifiesta que "el paciente puede irse sin el alta (definitiva) oftalmológica, pero sí con el cronograma de visitas médicas programadas, vacunaciones, controles y estudios complementarios" y que "cuando las recibió en su consultorio le manifestaron que deseaban continuar los controles ambulatorios con él. Esto se da ya que cuando se firma el alta se lo invita a elegir Pediatra de cabecera". En el informe del Cuerpo Médico Forense (fs. 99 Legajo Pericial) se explica que en caso de alta o derivación "El médico de cabecera que deriva, luego de consultar al oftalmólogo tratante, es el responsable de comunicar que exámenes oculares se necesitan y en qué momento, al médico responsable que recibe al paciente. El nuevo médico de cabecera se cerciorará del estado ocular del paciente mediante el informe de la Historia Clínica y la comunicación con el médico que transfiere y, de este modo organizará los exámenes requeridos en adelante, convocando a un oftalmólogo de reconocida y actual experiencia en examinar prematuros para detección de ROP, para que los realice en tiempo y forma". Sea que él haya firmado o no el alta de las niñas (con la más que censurable práctica de utilizar el sello de profesional que no la suscribió, de la que da cuenta en su declaración de fs. 1043), las había atendido en el Servicio y al aceptar proseguir con su atención una vez externadas, no podía desconocer que no se había realizado el 4° control ni que el tiempo que iba transcurriendo sin examen por oftalmólogo era peligroso, teniendo en cuenta los antecedentes en neonatología (hemorragias, shunts, tortuosidad vascular...)





**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

Las declaraciones testimoniales (fs. 1173/1176) de las enfermeras C. ("que no recuerda en el caso puntual, pero aclara que siempre se les da las recomendaciones") y U. ("no estuvo presente en aquel momento") nada agregan (art. 456 CPCC) y teniendo en cuenta la actitud de los progenitores de constante preocupación y diligencia en el cuidado de sus hijas se puede inferir (art. 163 inc. 5 CPCC) que de haberseles comunicado la impostergable necesidad de un contralor oftalmológico (ya al ser externadas o posteriormente por el pediatra o el Dr. B.) lo habrían realizado sin dilación (art. 384 CPCC).

d) De la reseña efectuada en los tres puntos anteriores, a la luz de las causas científicamente probables del desarrollo de la enfermedad (ROP), entiendo que el obrar negligente de los médicos tratantes está palmariamente demostrado (art 512 CC): no controlaron un suministro de oxígeno para evitar que fuera en exceso; no se efectuó el 4° control en el momento indicado ni tomaron el mínimo recaudo para que se hiciera a la brevedad, siendo conscientes todos de que el seguimiento debía ser continuo por las condiciones personales de niñas y los resultados de los controles anteriores con indicadores que generaban sino una sospecha al menos estado de alerta sobre una probable evolución desfavorable, y haber dispuesto el alta sanatorial sin haber advertido a los progenitores que resultaban imprescindibles esos controles.

**IV.6. Chances**

En el informe pericial del Cuerpo Médico Forense (fs. 101) se explica "Es muy importante tener en claro que, a pesar de aplicar el tratamiento en el momento oportuno, la enfermedad puede seguir progresando hacia las etapas avanzadas (grados 4 y 5) pudiendo terminar con la ceguera absoluta y definitiva del niño...A pesar del tratamiento oportuno con laser, un 9% a 14% de los pacientes tratados por ROP evolucionan al desprendimiento de retina con ceguera". En un 15% se fijó en los Considerandos de la Res MSP 1613/2010 los casos de pronóstico reservado con alta probabilidad de disminución visual severa o ceguera.

El hecho de que a pesar de una correcta atención médica las propias condiciones preexistentes o predisposición del prematuro que sufre de ROP

pueda evolucionar desfavorablemente, y por lo tanto independientes o ajenas al accionar u omisión terapéutica, coadyuva en el caso a título de concausa, influyendo también en las consecuencias resarcitorias de la lesión (Prevot Juan Manuel "Responsabilidad civil de los médicos" Abeledo Perrot p. 187). Es lo que ha dado lugar al concepto de pérdida de chance u oportunidad de curación. En consecuencia "no se puede imputar causalmente al profesional el resultado final que padece el paciente pues en parte ello obedece a un proceso natural. No obstante ello, en muchas ocasiones, los tribunales en forma equivocada al analizar el capítulo de los daños indemnizables pasan por alto el hecho de que se está sólo frente a la pérdida de una chance y se manda a indemnizar el daño en forma integral" (Vázquez Ferreyra Roberto- Tallone Federico "Derecho médico y mala praxis" Juris p. 174)

Es que como se ha dicho no existe certeza sino probabilidad de que de no haber sido necesaria oxigenoterapia, la misma fuera suministrada con monitoreo adecuado y/o se las hubiera controlado y derivado en forma oportuna, el desenlace hubiera sido distinto.

Como dijera Trigo Represas ("Pérdida de chance de curación y daño cierto, secuela de mala praxis", La Ley, 1986-C, 34) la pérdida de chance "constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos, en forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría obtenido una ganancia o evitado una pérdida, de no haber mediado aquel; o sea que para un determinado sujeto, había posibilidades a favor y en contra de obtener, o no, cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades" o como expresa Marcelo Hersalis ( "La praxis médica y la pérdida de la chance en materia de curación", RCyS 2020-XII, 110) "el elemento frustrante coloca a la víctima en una situación de menoscabo, que se configura merced a la pérdida de posibilidades con significativo grado de probabilidad, es decir, por la aniquilación de futuros más propicios, los cuales habrían sido consecuencia, si no inmediata, más o menos mediata en el iter de su vida, de no haber sido esta visitada por el infortunio "

"...en determinados supuestos el fundamento de la responsabilidad galénica se sustenta en la tesis de la pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad, y reside por tanto en que la culpa del médico privó al paciente de



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

tener acceso a posibilidades diagnósticas o terapéuticas con cuya concurrencia pudo o no haberse producido el daño.. el resultado lesivo atribuible al accionar negligente deja de ser la muerte o daño en la salud del paciente y pasa a ser la frustración de la posibilidad de prolongar la vida, curarse o bien padecer un daño físico menor" (STJ Jujuy 18/9/2015 "P,M.D. y U, L.M. c/ Estado provincial" MJ-JU-M-95248-AR/MJJ95248)

En la apreciación y consiguiente cuantificación de esa chance de curación no puede dejar de valorarse el grado probable de no afectación y/o recuperación que pudieron haber tenido de haber mediado un actuar médico diligente. Esa tarea debe ser acometida judicialmente con un criterio lo más estricto posible y para esto nada mejor que el relevamiento estadístico reseñado. Dejar constancia del porcentaje en que se traduce esa chance hace a una decisión razonablemente fundada que permite controlar que no se los responsabiliza por el perjuicio total o final. "[L]a valoración sobre la existencia de chances, y su cuantificación, desandarán caminos similares, pues en ambas tareas el intérprete deberá determinar el grado de probabilidad del beneficio perdido" (Márquez José Fernando "Cuantificación de las chances" en RDD Rubinzal-Culzoni 2021-1 p. 384). En razón de ello, he considerar que es atribuible a la interferencia del obrar imperito y negligente de los demandados en un 86% del desarrollo del ROP y su evolución, lo que debe verse reflejado en las indemnizaciones de los daños sufridos.

**IV.7. Responsabilidad colectiva**

"La medicina de nuestros días a diferencia de la de hace cuarenta años, no es ya una medicina mayoritariamente individual en el diagnóstico y la ejecución del tratamiento, sino que se ha convertido en una medicina grupal o, al menos de sujetos prestadores múltiples. Numerosos profesionales - coordinados o no entre sí- prestan servicios a un mismo paciente (López Mesa Marcelo "La responsabilidad civil médica" IBdeF p. 402) La pluripartición médica, como la cualificara Bustamante Alsina, no solo puede asumir la forma de equipo médico sino también la de grupo médico en que cada uno cumple una función con cierta independencia, es decir, sin ejercicio colectivo, aunque el

tratamiento del paciente mantiene una cierta unidad (Compagnucci de Caso, Rubén H. "Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva" La Ley 1991-D , 466) En tal supuesto, obviamente si es factible la prueba del origen del daño, responderán quien o quienes lo causaron. En cambio "de no ser posible determinar la autoría del perjuicio experimentado por el paciente, la responsabilidad será de todos los médicos" (Bueres Alberto "Responsabilidad civil de los médicos" To. 1 p. 435). Se trataría de un caso de responsabilidad grupal, es decir una verdadera responsabilidad colectiva, donde el hecho dañoso de uno de los integrantes no identificado hace responsables a todos. En cambio si se identifica al dañador solamente responde éste al no existir un equipo médico, ni menos un jefe de equipo.

Según surge de los informes del Sanatorio Junín (fs. 223 y 285 II Cuerpo causa penal 226/2018) integraban el Servicio de UTI como Jefa de Servicio la Dra. M. y 3 médicos de planta incluyéndola a ella y al Dr. P. No contaba con residentes ni con oftalmólogos en planta y como Médico de Interconsulta el Dr. B.

Las modalidades de contratación y trabajo de este último resultan irrelevante. Cuando aceptó el encargo profesional en la asistencia de las pacientes se integró al grupo profesional, conocedor de la inexistencia de otros profesionales de la especialidad en planta, por lo que lejos de recurrir a su auxilio la organización del servicio, integraba su prestación la coordinación y supervisión con los médicos neonatólogo y pediatra tratantes todo lo vinculado al área de su conocimiento específico, tanto durante la permanencia de las niñas internadas como en lo vinculado a las condiciones de externación y alta. Su condición de oftalmólogo externo al Sanatorio (solo requerido en ocasiones para el control de prematuros, que factura como servicio profesional) en nada modifica las prestaciones que como especialista tratante debe brindar. Más allá del nomen de consultor la actuación en la atención de las niñas no fue por una junta o consulta médica a requerimiento de un médico solicitante "para intercambiar opiniones respecto al diagnóstico, pronóstico y tratamiento de un enfermo" (art. 45 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina 1955 – 2008), sino para que se hiciera cargo en forma directa de esa asistencia fragmentada, en forma mancomunada con los otros profesionales del servicio en los aspectos o cuestiones vinculadas con su especialidad. Por ello resulta inconsistente cualquier deslinde de



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

responsabilidad en cabeza de los internistas (y aunque así no fuera "la responsabilidad del médico consultor no termina hasta el momento de cerrar la interconsulta" ver "Principios generales de la interconsulta médica en enfermos hospitalizados" Revista Clínica Española 2015 <http://dx.doi.org/10.1016/j.rce.2015.05.005>). En este sentido también admite la calificación de médico de cabecera (art.57 del mismo Código de Ética: "Ningún médico consultor debe convertirse en médico de cabecera del mismo paciente durante la enfermedad para la cual fue consultado Esta regla tiene las siguientes excepciones:...b) Cuando la naturaleza de la afección hace que sea el especialista quien deba encargarse de la atención)

Tampoco resulta exculpatorio el hecho de que no fuese requerido para la asistencia por los progenitores ni mucho menos que ni siquiera haya tenido contacto con los mismos (declaración de fs. 280 del mencionado II cuerpo de la causa penal) La estipulación a favor de terceros (art. 504 CC) me exime de mayores comentarios y el deber de información también le comprendía.

Demás está decir que los médicos M. y P. eran responsables por la oxigenoterapia y la programación de controles e instrucciones para que el alta fuera dado correctamente, a lo que se adiciona como expresé anteriormente en relación al pediatra por dar alerta efectiva a los progenitores en las consultas que le hicieron en forma particular sobre la necesidad de un seguimiento oftalmológico de las niñas.

En relación al Sanatorio Junín, corresponde señalar que "los centros asistenciales responden por el ineficiente actuar de los médicos por razones de justicia distributiva, dado el aprovechamiento económico que obtienen las entidades médicas y que de común es la finalidad por ellas perseguida (ánimo de lucro) o sea sobre la base de la tesis más cercana en el tiempo que, por motivos de respeto a la persona y la necesidad de protección a la parte más débil de la relación, el consumidor de asistencia galénica, gira en torno a la idea de un 'deber de garantía' o de una 'obligación de seguridad'. Esa obligación de seguridad deriva del art. 5 de la LDC, el cual estipula que los servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en las condiciones

previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. Una vez establecida la responsabilidad objetiva o la culpa del médico que intervino en el hecho dañoso, se torna inexcusable la responsabilidad objetiva de la clínica y de la obra social al quedar manifiesta la violación del deber de seguridad a cargo de dichos entes derivado de la estipulación por otro que realizaran al contratar a tal profesional" (Brondes Lucio-Jalil Julian E. "Aspectos salientes y encuadre normativo de la responsabilidad civil y penal del profesional médico" RCyS 2021-I, 29)

También se ha dicho que "el plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye, en realidad, la ejecución de la obligación principal a cargo del establecimiento asistencial, razón por la cual su inexacto cumplimiento comprometerá la responsabilidad de este último, no por el incumplimiento de una supuesta obligación de seguridad, sino por el de la mencionada obligación principal"(CNCiv., sala A, in re "Filipuzzi, Marina Gabriela y otros c. Clínica Privada Monte Grande SA s/ interrupción de prescripción", 18/05/2020 RCYS 2020-VII, 87; Caputto, María Carolina "Responsabilidad médica ante graves secuelas en recién nacida. Procedencia de la demanda de daños contra el obstetra, la obra social y la clínica demandados, y sus aseguradoras" RCCyC 2022 (febrero), 195) lo que en el caso adquiere relevancia habida cuenta que fueron las deficientes organización y prestaciones de su servicio de Neonatología (oxigenoterapia y externación inadecuadas) cocausantes del hecho ilícito.

Defensivamente se ha pretendido deslindar las distintas actuaciones de los demandados poniendo como punto de inflexión el alta médica en función de que las menores "desarrollaron ROP en diferentes estadios en el lapso que transcurre entre el alta de UCIN y la consulta realizada por el Dr. B. el día 20/04/2012" (pericia oftalmológica 30/8/2019 resp. c y d Bis de la parte demandada). Que la aparición de la enfermedad en estadio en gran medida irreversible haya sido en ese lapso carece de importancia cuando las causas de su desarrollo fueron anteriores y a su producción contribuyeron sin posibilidad de distinguir en su incidencia el accionar simultáneo de todos ellos, o más precisamente el continuum de las omisiones que impiden precisar el momento en que genéticamente se desplegaron.

Descarto de esta forma la injustificada colectivización de responsabilidades que se achaca al pronunciamiento.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

**IV.8- Responsabilidad de OSECAC.**

Ha dicho la CSJN en los autos "Dupuy Daniel Oscar y otros c/ Sanatorio Modelo Quilmes y otros s/ Daños y Perj" 15/11/2011 Fallos 334:1361, caso que guarda gran analogía con el presente, "17) Que determinada la responsabilidad de los médicos por no haber efectuado el control oftalmológico que la situación requería, nada corresponde objetar a la responsabilidad endilgada a la obra social demandada por el deber de seguridad que pesa sobre ésta, pues la Corte Suprema ha señalado que quien contrae la obligación de prestar un servicio — en el caso asistencia a la salud de la población— lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (conf. Fallos: 317:1921; 322:1393 y 329:2688 voto de la mayoría y disidencia parcial del juez Lorenzetti).18) Que en tal sentido el Tribunal también ha destacado que en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participen en la atención brindada en las aludidas entidades. El adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente; porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en lo que hace a la prestación médica en sí como a la sanitaria, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control (conf. Fallos: 306:178; 308:344; 317:1921; 322:1393 y 329:2688 voto de la mayoría y disidencia parcial del juez Lorenzetti). 19) ...no se encuentra discutido que tenía a su cargo el control del sistema sanitario de salud al que pertenecían los damnificados"

En este mismo sentido en su dictamen en autos "Gonzalez Oroñó de Leguizamón Norma M c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines" CSJN 29/3/84 JA 1984-II-373, el Sr. Procurador General Dr. Mario J. López expresó: "Aquí se ha demandado al titular de una "obra social", cuya función específica y su obligación primordial consistía, precisamente, en la prestación médica integral y óptima. Para eso cuenta con la afluencia de medios económicos que administra a fin de organizar adecuadamente aquel servicio, y en ello ha de contemplarse la competencia, idoneidad y dedicación de los profesionales que se incorporen al mismo, incluidos los especialistas, así como de todo el personal afectado, e igualmente, la aptitud de los medios empleados y toda la infraestructura del servicio médico en cuestión. Estos diversos aspectos, además, deben considerarse con sentido dinámico, esto es, en su compleja interacción enderezada a resguardar la vida y la salud de los afiliados prestatarios del servicio."

Este criterio es seguido en forma prácticamente unánime por la jurisprudencia nacional (una breve reseña de ello puede consultarse en Humpheys Ethel-Tanzi Silvia-Tortero Pablo "Profesionales de la salud, instituciones médicas y obras sociales" acápite IX TR LaLey AR/DOC/2325/2005; ver también CNCiv. Sala H "G. de F., Z. E. c. Hospital Militar Central Dr. Cosme Argerich y otros" 28/12/2012 JA 2013-II, 669; CNCiv Sala F "Eiras Rebora, Luis Adolfo c. Paramedic Emergencias Médicas S.A. y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux. ,20/08/2021, SJA 24/11/2021, 60)

Ya decía Bustamante Alsina ("Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario" Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales To. V 1/1/2007,431): "Todos estos servicios, incluidos los medicales y paramedicales se hallan comprendidos en el contrato marco que las obras sociales celebran con los prestadores, comprendiéndose en ellos la estipulación a favor de terceros en los términos de lo dispuesto en el art. 504 del Cód. Civil. Es decir que la obra social actuaría como "estipulante", la clínica y el médico como "promitentes" y el paciente como "tercero beneficiario". Desde que el paciente se somete a la prestación asistencial de la obra social, aquél como beneficiario resulta aceptante de la estipulación y puede exigir el cumplimiento de la obligación contractualmente contraída por los "promitentes" (instituto asistencial o médico de su cuerpo profesional) quedando estos últimos





**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

civilmente responsables de los daños que el afiliado pueda sufrir como consecuencia de la deficiente prestación o "mala praxis" médica. Si bien el paciente tiene una acción directa contra la entidad prestadora (instituto o clínica) y contra el médico, nacidas ambas acciones de aquella estipulación a su favor, también tiene una acción directa contra la obra social por incumplimiento o cumplimiento irregular de la asistencia debida en razón de la obligación tácita de seguridad implícita en el contrato. De lo expuesto resulta que la responsabilidad de la obra social es concurrente o conexas con la del instituto o clínica prestadora del servicio"

La Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (O.S.E.C.A.C.) se rige por las leyes 23.660 de Obras Sociales y 23.661 del Sistema Nacional de Seguros de Salud. Precisamente, por la última de las citadas leyes, se creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud "con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica" (art. 1º).

Cierto es que nuestro Superior ha establecido distinciones en la materia según sea el sistema abierto o cerrado de la Obra Social (vgr.. C 98393 "Rusovich, Sandra Cristina c/Clínica Privada 25 de Mayo S.A. y otros s/Daños y perjuicios" S12/11/2008; C 101912 "Soria, María Marta c/Clínica Privada del Diagnóstico "Las Flores S.A." y otros s/Daños y perjuicios" S 30/03/2010). Sin embargo, de los actuales ministros integrantes del Superior Tribunal la Dra. Kogan expresó en su voto in re "Soria: "En los sistemas "cuasiabiertos", como el postulado por la impugnante en base a los elementos producidos en autos (v. fs. 423/465), tampoco parece justo gravar al beneficiario con la carga de controlar la calidad de los servicios que la obra social contrata. Son los convenios suscriptos entre las distintas organizaciones y las obras sociales los que deben establecer las bases de fiscalización en la medida en que contratan los servicios de mejor calidad disponible (conf. arts. 2 a 4, ley 19.772; 2, ley 23.660; Mosset Iturraspe-Lorenzetti, op. cit., págs. 350/351[...])de la naturaleza misma del sistema adoptado por O.S.E.C.A.C. surge que no es "abierto". A ello se suma

que, por derivación de la regla general fundada en que el deber de prestación brindado por las obras sociales debe ser integral y óptimo, no es suficiente con disponer los medios técnicos y recursos humanos, sino en prestarlos en un sentido dinámico y coordinado para que actúen bien (C.S.J.N., in re "González Oroño de Leguizamón", cit.), por lo que no habiendo demostrado el debido cumplimiento de su deber de contralor del servicio prestado, tengo para mí que la responsabilidad de O.S.E.C.A.C. derivada de la culpa médica y del deber de la Clínica, en el presente caso, también le resulta alcanzada."

Por ello, no existiendo una amplia libertad de elegir el prestador del servicio, ya que se encontraba restringida considerablemente la opción del beneficiario en cuanto a los centros asistenciales, teniendo en consideración también que el médico obstetra Dr. S., profesional con el que fue el parto atiende en el Sanatorio Junín (ver declaración de fs. 1654/5 resp. 9, 10 y repregunta del Dr. Mesa 3; convenio OSECAC- Sanatorio fs. 1246/1276 y 1290/1323 ), es que considero la condena a su respecto debe ser mantenida, en tanto media una tácita obligación de seguridad -derivada del art. 1198 1º parr CCivil- por la deficiente prestación del servicio de salud a su cargo (Galdós Jorge M. "Culpa médica, obras sociales y sindicatos" Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales To. V 1/1/2007,391; CCiv.Com Lomas de Zamora Sala I 51325 RSD-204-2 S 11/07/2002 "Lescano, Clara Rosa c/Clinica Privada de Salud Mental s/Daños y perjuicios"), conclusión a la que también se puede arribar desde los arts. 2,3 y 5 LDC 24.240 (CNCiv Sala B 3/3/2021 "C.E.B M c/ Instituto Médico de Obstetricia (IMO) y otr. s/ Daños y Perj." RCyS 2021-V,47; Urbina, Paola A. "La obligación de seguridad de las prestadoras de servicios de salud" La Ley 20/04/2021,8; Caputto, María Carolina "Responsabilidad médica ante graves secuelas en recién nacida. Procedencia de la demanda de daños contra el obstetra, la obra social y la clínica demandados, y sus aseguradoras" RCCyC 2022 (febrero), 195)

#### V. Los daños y su cuantificación

Tanto el art. 1083 CC como el actual art. 1740 CCC consagran el principio de reparación plena, que significa colocar al damnificado en una situación igual o aproximada - similar es el término adecuado-, en medida factible, a la correspondiente de no haber sucedido el hecho lesivo. El resarcimiento no borra el perjuicio, sino que lo traslada desde la víctima al responsable, con la extensión definida por la causalidad adecuada, sin límites



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

cuantitativos genéricos o tarifados. Por imperio del mismo no corresponde dejar daños sin resarcir como tampoco a través de indebidas superposiciones de rubros duplicar o hasta triplicar su reparación. En su concreción la decisión cuantitativa asume máxima relevancia, traduciendo a dinero el perjuicio en correlación con su entidad, sin retaceos o exageraciones.

Introducen una salvedad al mismo por razones de equidad el art. 1069 CC y hoy el art. 1742 CCC, pero la atenuación indemnizatoria que allí es prevista exige la concurrencia de varios extremos, deviniendo además insoslayable la petición del o los obligados.

En la sentencia en revisión textualmente se dice *"en este caso en el cual se han tenido pérdidas funcionales de entidad, pero donde no existe ni es posible aplicar una escala superadora que lo recupere acabadamente, debiendo guardarse un equilibrio en su cuantificación de manera tal que no lo convierta en una reparación de cumplimiento imposible (arts. 1068, 1069 in fine y ccs. del C.Civil) "*

Así como en materia de responsabilidad el tratamiento que hizo la sentenciante no merece reparos, considero que en materia indemnizatoria (tal como se comprueba y se verá con las más que exiguas sumas fijadas en función de la gravedad de las lesiones provocadas y sus secuelas con la proyección dañosa de las mismas), incomprensiblemente distrajo su mirada de la situación de las víctimas y el imperativo de colocarlas en la medida de lo razonable como si no se hubiese producido el hecho ilícito para, sin requerimiento y análisis patrimonial alguno de parte de los ofensores, no otorgar lo que con criterio de realidad, sentido común y sana crítica en justicia les corresponde.

**V. 1- La incapacidad sobreviniente de S. y M.**

Cuando se trata de menores que no estaban en condiciones de trabajar por su corta edad, no se configura un perjuicio económico actual sino futuro, cierto no meramente eventual, en tanto, como en los presentes casos, es más que previsible que la disminución de aptitudes subsistirán por todo el período en que habrían comenzado sus logros productivos. Bajo este concepto, por otra

parte, no solo deben computarse las ganancias dinerarias que se perderán laboralmente como consecuencia de la incapacidad y que se extenderán hasta la edad jubilatoria sino también las actividades no remuneradas pero económicamente valorables, para las cuales la vida útil del sujeto no se agota cuando habría accedido al goce de beneficios previsionales.

Esta es una de las situaciones donde la evaluación se torna más dificultosa ya que no hay respuesta a cómo eran las actividades de la víctima antes del hecho y cómo quedó su situación económica después del mismo, sino que la cuestión consiste en la proyección de algo que no sucederá, en el pronóstico de cómo habría sido el porvenir de ellas de no haber sufrido la incapacidad. Aquí la prueba y la argumentación se centrarán sobre hechos no ocurridos y que no se sabe si ocurrirán, con escasos elementos de juicio.

Las fórmulas actuariales, como se ha dicho, no hacen magia, no suprimen ni podrían hacerlo lo complejo que es apreciar las distintas variables, pero constituyen un instrumento destinado a dotar de mayor objetividad al sistema. Por ello deben ser empleadas evitando por un lado una aplicación automática en la traducción numérica de los distintos factores soslayando que la indemnización de los daños debe hacerse en forma personalizada, y por el otro sin introducir correcciones en forma antojadiza sobre la base de meras hipótesis o especulaciones que podrían llegar a ser hasta prejuiciosas sobre los aspectos dimensionables.

En el presente, la Sra. Jueza aplicó la fórmula ateniéndose al SMVM que dispuso la Resolución 4/2021 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, B.O del 05/05/2021; a los porcentajes de incapacidad fijados por el perito (100% -S. "padece una ceguera total en ambos ojos sin posibilidad de recuperación"- y 70% - M. "padece ceguera total en ojo derecho por desprendimiento de retina y su agudeza visual en ojo izquierdo con su mejor corrección óptica es 4/10- ; ver presentación perito Visciarelli del 30/3/2021), la tasa de amortización del 6% anual, la edad tope de 75 años y aunque no lo expresa concretamente, en función de las sumas que consigna (\$5.200.000 y \$ 3.600.000 respectivamente) tomando como edad inicial para el cómputo la de 18 años..

No adicionó a la base de ingresos el denominado "precio sombra" correspondiente a actividades económicas no remuneradas por el período de vida laboral (el que podría entenderse compensado por la valoración en



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

términos económicamente iguales que hizo con posterioridad a a la edad jubilatoria; lo que le permitió simplificar su aplicación sin tener que mensurar probables variaciones de la base afectada). No tuvo en cuenta que se trataba de una indemnización a título de pérdida de chance de curación o no enfermedad, por lo que no correspondía según expresé la indemnización del daño en forma íntegra.

La parte actora cuestiona la misma pretendiendo se la corrija en razón de los mayores ingresos que probablemente podrían alcanzar las niñas por el nivel socio-económico familiar y la situación concreta de ellas en cuanto a la incentivación, tratamientos y actividades de formación y educativas adaptadas. Prescindo aquí de las consideraciones que formulan respecto al costo de necesidades de asistencia o de la canasta básica ya que ninguna relación guardan con la pérdida de utilidades patrimoniales( en el tema del lucro cesante futuro no interesan las necesidades causadas o agravadas por e hecho - que serán mensuradas como daño emergente actual o futuro-sino los ingresos o beneficios materiales que la víctima generaba o podía generar; Zavala de González Matilde Resarcimiento de daños 2a Hammurabi p. 419) .

Por su parte los demandados postulan la reducción haciendo centro en la menor incidencia que tendría en el caso concreto los porcentajes de incapacidad pericialmente asignados por la buena evolución, particularmente de M. con excelente estimulación visual y buena proyección en su vida de relación, aludiendo en relación a ambas a la expectativa favorable de inserción laborativa o productiva y los factores de buen pronóstico por la escolarización en el área cognitiva en un entorno familiar contenedor. Efectúan una reseña de los informes escolares y de las pericias médica y psicológica.

Como se advierte cada uno de ellos interesadamente ha puesto el acento sesgadamente en uno de los elementos de la fórmula sin tomar en cuenta que la modificación de la variable a la que apuntan podría llevar a la alteración de la que se soslaya .

Me explico: es posible que de acuerdo a condiciones particulares (familiares, de contexto económico social y educativo) M. y S. podrían -e

incluso con la incapacidad que tienen puedan- superar en sus ingresos la base del SMVVM. Y digo que sólo es posible ya que las estadísticas revelan el alto nivel de indigencia, desempleo y de informalidad en nuestra economía actual. Es viable, por supuesto y es de esperar, que en su proyección a futuro, la situación mejore (al igual que la discriminación laboral por género que afecta el nivel remunerativo), pero ello no es de pronóstico seguro. No más sencilla es la valoración de la situación de los cuentapropistas, ya que el éxito o fracaso de sus emprendimientos no se puede dimensionar a priori. Ello al margen de que por la edad de las niñas es imposible conjeturar el despliegue, la actualización de sus potencialidades personales en lo productivo. Así como por un ambiente adverso no se puede descartar la superación y movilidad ascendente tampoco por uno favorable se puede asegurar que se alcanzaran los méritos. Por eso es que la doctrina y jurisprudencia nacional (mayoritaria; solo cito ejemplificativamente a Zavala de González Resarcimiento de daños Hammurabi To. 2a p. 346; CNCivil Sala M " M., D. A. y otro c. Línea 17 SA y otro s/ daños y perjuicios" 06/04/2018,: TR LALEY AR/JUR/17694/2018) en caso de menores utiliza la base del SMVM, como parámetro objetivo.

Pero además, en el supuesto de que, por las condiciones actuales que hacen a la formación de las pequeñas, la proyección futura de ingresos superase la que resulta del SMVM, los elevados porcentajes médicos de incapacidad ahora asignados, no reflejarían las verdaderas pérdidas patrimoniales, por lo que la existencia y medida del daño resarcible cuantificada jurídicamente por esa variable, sería menor.

A su vez, defensivamente se hace centro en que la incapacidad concretamente es inferior, ya que teniendo en cuenta las proyecciones personales (por la estimulación visual y desempeño educativo y en vida de relación) podrían llegar a tener una inserción productiva o laboral que no condice con los guarismos periciales. En auxilio de esta visión podría recurrirse a estudios de nivel general de campo (vgr. Las personas con discapacidad en la educación superior. Panorama Latinoamericano. Mediciones y estrategias de abordaje. XI Jornadas Argentinas de Estudios de Población, Neuquén 2011, <https://www.aacademica.org/000-091/16>) en lo que hace a formación académica de personas con discapacidad visual, e incluso normativamente a la previsión del art. 8 de la ley 22.431 de cupo laboral. Pero ello no pasaría de ser tampoco una mera conjetura sobre la adaptación de las niñas y su salida laboral, una



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

hipótesis que no podemos saber si llegará a verificarse, hacer "futurología". Pero aún en ese caso, la variable de ingresos probablemente afectados sería indudablemente mayor que la resultante del SMVM. Sin con tales escollos llegaran a desarrollar tales habilidades, cuanto superior podría haber sido el beneficio económico de no haber tenido que lidiar con esas severas limitaciones.

Lo expuesto en los párrafos precedentes en modo alguno significa que invariablemente cabe atenerse en defecto de ingreso actuales al SMVM. Esa pauta primaria de orientación admite correcciones en más o en menos si las circunstancias así lo autorizan. Ningún caso es igual a otro. Así por ejemplo podría ser incrementada si la víctima ya tiene una capacitación especial, o disminuida tratándose una persona de edad avanzada, que no desempeñe actividad rentable y sólo limitadamente útil. Tampoco el porcentaje de incapacidad médica debe traducirse mecánica y automáticamente en la jurídica (Zavala de Gonzalez To. 2a Hammurabi 1a ed. p. 305), ya que en ésta se determina el modo e intensidad con que la incapacidad calificada de manera genérica y abstracta trasciende a la existencia del damnificado; con las salvedades que la CSJN ha formulado en las causas Ontiveros, 10/08/2017 Fallos Corte: 340:1038 y Grippo 02/09/2021 TR LALEY AR/JUR/134520/2021.

Pero una sana visión realista margina lo que es producto de la imaginación y solo debe atenerse al espectro de superación (económica o de capacidad) respecto a las posibilidades futuras, sobre la base de expectativas efectivas; al valor potencial de una actividad futura que pueda inferirse a partir de pautas concretas. Cuando se carece de tales elementos, como sucede en el caso de víctimas al poco tiempo de nacer, corresponde sujetarse a las posibilidades productivas genéricas según la incapacidad determinada en forma también general y abstracta.

Dejo aclarado que las críticas que en sentido contrario se formulan en relación al daño estético carecen de sustento ya que la sentenciante en particular señaló que "no revistiendo entidad propia el llamado daño estético, no corresponde admitirlo en esa condición, quedando integrado a los efectos

dañosos que hacen a la incapacidad en general, a fin de no incurrir en una doble indemnización por el mismo concepto" "Asimismo con los porcentajes determinados por el Perito, dentro de lo cual se comprende la afección estética..." Ello sin mengua de su valoración en el plano del daño extrapatrimonial.

Por lo que vengo diciendo, entiendo que únicamente debe ser descontado del resultado que arroja la fórmula empleada con los factores utilizados el 14% que he asignado por corresponder la indemnización a título de pérdida de chance. Así la indemnización por este concepto arroja para S. la suma de \$ 4.384.000 y para M. la de \$ 3.070.000

#### **V.2- Daño moral de S. y M.**

Entendido como la lesión o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo, de carácter extrapatrimonial sufrido por una persona como resultado de la acción ilícita de otra, que conlleva una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir de la víctima, debe ser ponderado la índole de los sufrimientos, angustias y aflicciones de quien lo padece.

Al tratarse de un daño provocado a bienes extrapatrimoniales no existe ninguna razón lógica-jurídica que obligue a relacionarlo con el daño material (CSJN "Formi Francisco c. Ferrocarriles Argentinos s/ Daños y Perj." Fallos 312:1597).

A través de su resarcimiento se busca compensar a la víctima de manera tal que encuentre algunas satisfacciones para relativizar o equilibrar el desmedro injustamente sufrido (arts. 1078 CC y 1741 CCC).

Dependiendo su cuantía del prudente arbitrio judicial, debe sortearse en el presente la dificultad de imaginar siquiera las privaciones y angustias espirituales que acompañan desde el nacimiento y seguirán persistiendo por toda la vida dado el carácter irreversible de las secuelas, por la pérdida en el caso de S. y la grave afectación en el de M. del sentido de la vista.

El natural padecimiento que ello provoca en la vida personal e interpersonal de las actoras (en el que cabe incluir el aspecto estético, aunque sin dudas comparativamente no es el más importante), el cercenamiento de un proyecto de vida normal, alegrías, intereses etc. que podrían haber tenido, revisten una entidad en su proyección respecto a todas las esferas extrapatrimoniales de actuación de las mismas cuyo detalle resultaría siempre





**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

incompleto, lo que da una dimensión de su enorme magnitud. Que, recordando a Borges, para S. ni ella ni sus afectos tengan cara y solo existan luces y sombras, pone de relieve su envergadura. Aunque algo mejor es la situación de M., en tanto del ojo izquierdo conserva algo (4/10) la visión con corrección óptica (el OD tiene ceguera total), su campo visual del sector nasal también se ve reducido, lo que provoca impotencia y molestias en el desarrollo de toda actividad.

Así las cosas y habiéndose en la demanda (fs. 673) supeditado el reclamo "a lo que en más o en menos resulte de las pruebas a producirse en autos y del prudente arbitrio de V.S." considero que los importes fijados no guardan armonía con el perjuicio de que padecen, por lo que descontando también el 14 % por el cual no deben responder los obligados, propongo se eleve la cuantificación de este rubro a \$ 4.050.000 para S. y a \$3.025.000 para M.

**V.3- Daño emergente**

Las lesiones que padecieron la niñas y sus secuelas han provocado una serie de erogaciones por requerimientos terapéuticos y gastos conexos, cuya resarcibilidad prevista por los arts. 1086 CC y 1746 CCC está sujeta a los criterios de la finalidad que debe presidirlos, la causalidad y su razonabilidad.

En la instancia de origen se fijó por este concepto la suma de \$ 200.000. Se valoró para ello que los actores contaban con la obra social OSECAC y con la prepaga OSDE, que el tratamiento de Fotocoagulación con láser a M. y los controles de ambas con estudios específicos fueron realizados en CABA y los consiguientes aranceles o diferenciales, gastos de traslado y alojamiento. Tomó en consideración también que la estimulación visual con la licenciada Podestá y el apoyo psicopedagógico se encuentran cubiertos por la prepaga en un 100%. Y desestimó el reclamo por el viaje a España al tratarse de un gastos voluntariamente asumido.

Considero acertado el rechazo del reclamo de reembolso de los gastos por el viaje a España en procura de un tratamiento, apreciados a fs. 671vta en el importe de \$ 55.000, único aspecto sobre el que versa el recurso de la parte

actora. Ciertamente es que asistía el derecho a los progenitores de optar por terapias ajenas al sistema de la obra social y de la prepaga en procura de completar alguna que hubiera resultado insatisfactoria y que incluso su indemnización correspondería igualmente de no haber alcanzado el éxito esperado. Empero ello depende de que hubiese existido una recomendación o derivación médica o en su defecto al menos que se hubiese llevado a cabo. Nada de esto aquí existió y si bien es entendible que extremasen los medios en procura de mitigar el daño sufrido por sus hijas no se trató de un gasto útil sino meramente voluntario que, por la decisión propia en su origen y frustración, es excesivo ponerlo en la cuenta de los obligados (doctr. arts. 499, 901, 2306, 2309 y conc. CC)

Sin perjuicio de ello y de la cobertura total en algunos casos y parcial en otros por la seguridad social y la medicina prepaga, teniendo en cuenta la atención profesional interdisciplinaria y traslados que hizo necesaria las dolencias de las pequeñas, en acreditación de las cuales se agregó variada documentación (ver copias de fs. 605/670) estimo hasta escaso el importe fijado -aun descontando el 14% que asigné por tratarse de responsabilidad a título de pérdida de chance de curación- por lo que también desestimaré los recursos que los obligados interpusieron para dejar sin efecto o disminuir la valoración de este daño (art. 165 CPCC)

#### **V.4- Gastos futuros**

La sentencia fijó en concepto de gastos futuros (a favor de los progenitores) la suma de \$ 600.000. La Sra. Jueza sentenciante expresó que "todo aquello que concierne a partir de su mayoría de edad, se encuentra comprendido también en el rubro admitido por los efectos incapacitantes y pérdida de chance ya tratado"; lo que se corrobora en cuanto previamente, al tratar la incapacidad sobreviniente, había afirmado que ella era abarcativa "de todos los aspectos personales de las menores en forma integral, entre los cuales se menciona...los gastos propios que con motivo de esta discapacidad perdurable las damnificadas directas deban afrontar" y que "no autoriza a tratar de manera independiente rubros que se pretenden como gastos futuros correspondientes a partir de su mayoría de edad y etapas posteriores ...que de por sí son inviables"

Esa visión, como bien apunta Zavala de González (Disminuciones físicas 1 Astrea p. 357) además de delinear la incapacidad sobreviniente como rubro



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

hipertrofiado y ser técnicamente incorrecta al no discriminar las partidas resarcitorias por el solo hecho de tener un nudo lesivo común, confunde lo que es un daño emergente (actual o futuro) consistente en la pérdida patrimonial que apareja el afrontar gastos terapéuticos y conexos con la frustración de beneficios patrimoniales futuros (pérdida de chance o lucro cesante futuro); cfme. art.1069 primera parte CC. De esa manera se achicó indirecta e indebidamente la indemnización, al no tener en cuenta que son secuelas - consecuencias en relación causal adecuada - distintas de la invalidación.

En nada altera lo dicho quién sea el titular de la pretensión, lo que en el caso sólo justifica la distinción entre los progenitores hasta la mayoría de edad de sus hijas ya que hasta ese momento tales erogaciones estarán a su cargo y a partir de allí legalmente asumidas por las directas damnificadas. Si no se pudiere distinguir en beneficio de quien específicamente o en qué período se verificará el desembolso, la suma que se fijare deberá prorratearse tomando en cuenta los distintos tramos según la expectativa de vida -- 80 años para las mujeres en Argentina; conf. <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.FE.IN?locations=AR>; <https://datosmacro.expansion.com/demografia/esperanza-vida/argentina#:~:text=En%202019%20la%20esperanza%20de,fue%20de%2073%2C24%20a%C3%B1os.-> (aclaro que la distinta edad computada a los fines del cálculo de la incapacidad sobreviniente obedece a que a partir de los 75 años considera este tribunal que ya no hay actividad directa o indirectamente productiva)

Aclarado ello, dije en Expte. N°: JU-67-2009 "Etchevarne" LS 53 n° 165 sentencia del 1/11/2012) que "... son resarcibles toda vez que, acorde con la índole de la lesión, sea previsible la necesidad de realizar o proseguir algún tratamiento curativo o un gasto que permita afrontar las necesidades psicofísicas derivadas de una incapacidad, residiendo lo fundamental en demostrar que el tratamiento es necesario para mitigar la incapacidad o evitar su agravación" (C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 4ª, 22/04/1994- Sabella, Rosa J. y Otro Por su hija Lahoz, María V. Calderón, Francisco J. Y

Otro S/Daños y Perjuicios. MZA 69470.Lexis N° 33/8979; C. Apels. Trelew,2ª, 09/04/2001- Onzari, Marcos roberto v. Gel, Daniel Benjamín y otro y/o quien resulte Responsable o Titulares de Dominio. CHU 12431. Lexis N° 15/10033). "En virtud de lo establecido en el art. 902 del Cód. Civil toda indemnización a un discapacitado permanente debe administrar los recursos necesarios para adquirir todos los elementos existentes en plaza para corregir su minusvalía y posibilitar su reinserción útil y fecunda en el orden social, familiar y laboral. Ello, sin atender estrictamente al statu quo ante, al que no es posible ya acceder en virtud de la naturaleza definitiva de la lesión sufrida" Primeras Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal de la Provincia de Bs. As. (Junin 1984) "

La directriz entonces es la previsibilidad sobre la necesidad o fundada conveniencia de afrontar tales erogaciones para subsanar o aliviar aminoraciones o debilidades psicofísicas derivadas del suceso, extendiéndose su procedencia no solo a aquellos tratamientos que revistan finalidad terapéutica sino también a aquellos gastos complementarios que aun cuando no se refieren directamente a la curación o convalecencia se vinculan mediatamente con el proceso de asistencia a su salud (autora citada, Disminuciones psicofísicas/1 p.369) y comprendiendo "lo necesario para la readaptación de la víctima que ante todo supone su entrenamiento para convivir con sus aptitudes residuales y desplegarlas dentro de los límites que ellas permitan y, además, proporcionarle elementos aún artificiales que subsanen sus carencias en la medida factible"(CC0000 NE 10862 07 (S) S 06/02/2018 "Madril Juan c/ Policía de la Pcia. de Bs. As." Juba B5066489).

Al demandarse y recursivamente se reclamó que la reparación incluya elementos tecnológicos ligados al braille y ayudas ópticas además de elementos para movilidad y traslado ambulatorio, señalándose en cuanto a sus costos que en su mayoría son importados- Se solicitó también se cubran los costos de traslado por la dificultad de desplazamientos, de clases de apoyo para el desarrollo de una educación adecuada durante la infancia, adolescencia y juventud, de asistencia interdisciplinaria (ocupacional y psicológica) y de terceros por la dependencia que provoca la incapacidad de las hijas, que se agravarán con su vejez (ver fs. 377/382, 672/674 y punto III con sus apartados del recurso).

Debo decir que los requerimientos por los que se reclama resultan todos destinados a cubrir necesidades en su mayoría no terapéutica pero sí



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

complementarias que fácilmente son inferibles a partir de la incapacidad de S. y M.

En la pericia oftalmológica se expresa que "en el caso de S. se recomienda escolarización con apoyo (estimulación visual) y la utilización de sistema Braille ya que el mismo puede ser utilizado en computadores T. Móviles, impresoras, ascensores, etc. Como así también con estimuladores visuales, quienes son las más capacitadas para ir dirigiendo en cada etapa del crecimiento, el mejor método a aplicar para su vida en relación" (fs. 1623/1624).

La perito médico psiquiatra infante juvenil Chiriboga Klein a fs. 1402 expresó que la conducta de S. podría "mejorar con mayor intensificación en la estimulación visual y apoyo psicopedagógico y/o de terapeuta ocupacional especializado para no videntes" y en relación a ambas en cuanto a su pronóstico académico y social que "depende de que tengan acceso a un tratamiento transdisciplinario especializado, con orientación familiar y el equipo argumentativo y alternativo apropiado para niños con discapacidad visual, tanto en el hogar como en la escuela, incluyendo el aprendizaje Braille y equipamiento acorde para su inclusión escolar. Esto incluye a ambas niñas y a los padres que deben también aprenderlo"

A fs. 1197 a 1221 obran distintos presupuestos de esas tecnologías (de una consultora dedicada exclusivamente para ciegos o baja visión) en donde se detalle el costo de una impresora braille (u\$s 5343), una máquina lectora parlante (u\$s 3872), una máquina de escribir braille ( u\$s 1860), etc. señalándose que la vida útil probable de esos elementos es de 7 a 10 años, y el costo de hojas de papel termo sensible (u\$s 4,40)

No es un argumento atendible, al que se atuvo la juzgadora sobre la base de lo que fuera advertido en la demanda, las dificultades - actuales- para la importación. De los medios tecnológicos que se reseñaron en la demanda como convenientes, los reseñados aparecen más que necesarios para una mínima adaptación de la actora no vidente. Por ello, entiendo prudente fijar la suma de \$ 2.100.000 para que S. pueda contar con ellos.

Por el ítem de abordaje interdisciplinario por la discapacidad de las niñas (aprendizaje, ocupacional, psicológico, seguimiento oftalmológico) y familiar en diferentes aspectos con prestaciones que no son satisfechas por la obra social o la prepaga, en el período infante-juvenil, sugiero se otorgue a los progenitores la cantidad de \$ 470.000.

Ni S. ni M. van a poder conducir un vehículo propio, necesitando desplazarse por medios públicos de transporte durante toda su vida. A ello se adicionan los distintos desplazamientos por seguimiento profesional y concurrencia a la asistencia por discapacidad ya referida. Por este concepto estimo razonable fijar la cantidad de \$320.000 para cada una (22% a los progenitores y 78% en la cuenta de cada hija).

Por último está el tópico de asistencia de terceros. Ambos progenitores trabajan (la madre en UNNOBA y el padre en el comercio Rosseti deportes). Fuera de las horas de escolaridad, las niñas - especialmente S. - precisan una atención personalizada especial. En el desempeño cotidiano exigen un cuidado y disponibilidad que dificulta a los progenitores las tareas domésticas y hogareñas. Si no se cuenta con el auxilio de terceros las actividades personales propias de L. y V. se verían seriamente afectadas (art. 1079 CC).

Se avizora por otra parte que ello persistirá durante toda la vida adulta de S. y parcialmente respecto de M. Aún alcanzada la mayoría precisarán de alguien que se ocupe de muchos de los quehaceres domésticos y mucho peor será la situación cuando por ley de la vida ya no cuenten con sus progenitores y especialmente en la vejez.

Con este panorama, pese a las dificultades estimatorias de los concretos requerimientos extremando la prudencia para su cálculo, considero que la sumas a otorgarse por este concepto no pueden ser menores de \$ 1.200.000 para S. y de \$ 450.000 para M. (en función de la distribución temporal en un 22% en beneficio de sus progenitores y en un 78% en la cuenta de cada una de ellas)

Todas las sumas han sido fijadas a valores correspondientes a la fecha de la sentencia de primera instancia y computando la proporción del daño total imputable a los demandados y el interés de amortización al tratarse de un pago único anticipado.

#### **V. 5- Daño moral de los progenitores y su asistencia psicológica**



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

Llegados a este punto, vigente el Código Civil, la SCBA dictó el famoso y por todos elogiado fallo "L. A. C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro " 16/05/2007 TR LALEY AR/JUR/1277/2007 por el cual se declaró la inconstitucionalidad del su art. 1078 en cuanto restringía la legitimación activa por daño moral, admitiéndolo respecto de los progenitores por la gran discapacidad (cuadruplejía) que sufrió un menor por una mala praxis médica.

Muchos de sus fundamentos ya habían sido explicitados por la doctrina. Así, la prestigiosa jurista cordobesa Matilde Zavala de González ("Tratado de derecho resarcitorio/1 Indemnización del daño moral por muerte", Editorial Juris, p. 50 y 188) al referirse al tema de la procedencia de la indemnización del daño moral a favor de los damnificados indirectos, maguer la supervivencia de la víctima sostenía: "Los muertos vivientes. c) Procedería acordar acción a familiares y otras personas estrechamente allegadas (como los concubinos), a pesar de que no haya muerte stricto sensu. Ellos experimentan, además de un descalabro objetivo, daño moral entendido en sentido clásico, como intenso dolor y sufrimiento al ver viviendo al ser querido, pero sin conexión consigo mismo y con el mundo. También en este ámbito el art. 1078 del Cód. Civil se revela como rotundamente inconstitucional"; "Además, la restricción contenida en el artículo 1078 es inconstitucional, pues atenta contra del principio de igualdad ante la ley: discrimina arbitrariamente a los damnificados indirectos moralmente, en comparación con los damnificados indirectos en su patrimonio (quienes tienen legitimación amplia: art. 1079). La manera en que el hecho se traduce en un perjuicio (inmediatamente o por reflejo) constituye una circunstancia que no enerva lo esencial: la realidad e injusticia del perjuicio producido."

Boragina, Juan Carlos- Meza, Jorge A. ("Daño moral: legitimación de los damnificados indirectos" La Ley 2007-D , 371) comentando el mismo decían: "el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires —que conmueve por la solidez de sus fundamentos y por la justicia que traduce— viene a constituirse en un precedente ejemplar... es compartible el argumento que se asienta en la única exigencia de reunir los requisitos de reparabilidad

para conceder indemnización del daño moral, se trate de damnificado directo o indirecto, sin distinciones de ningún tenor, máxime ante un supuesto de especial gravedad como el sometido a decisión, "donde las circunstancias del caso son lo suficientemente elocuentes para destacarlo en su singularidad, en particular por el dolor real y profundo infligido a los progenitores como consecuencia del daño irreparable ocasionado ilícitamente a su hijo" [...] Ya hemos adelantado nuestra adhesión al pronunciamiento de la Casación Provincial, por considerarlo plenamente ajustado a los postulados del derecho de daños, que, colocando a los damnificados en el centro del sistema, postula la reparación, en principio, de todo daño, por considerarlo intrínsecamente injusto, con independencia, en ocasiones, del valor o disvalor de la conducta dañosa. Pero, además, el fallo interpreta correctamente la presencia, en el caso particular, de juridicidad en el daño sufrido por los padres del niño y, en su virtud, la posibilidad resarcitoria que los asiste. Es que, en rigor (como anticipamos), éstos han padecido, como consecuencia refleja del ilícito, lesión en sus propios intereses extrapatrimoniales y dicha situación también resulta susceptible de ser reparada en función de la índole jurídica de los intereses afectados."

Aun cuando el art. 522 CC, que contemplaba el daño moral en el marco de la responsabilidad contractual, que es la que sublite está comprometida, no hacía alusión a la legitimación activa, la doctrina mayoritaria consideraba que la solución debía ser idéntica, razón por la cual lo allí decidido era plenamente trasladable.

Por su parte Meneghini, Roberto A. ("Legitimación activa de los damnificados indirectos en casos de supervivencia de la víctima. Inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil" La Ley 2007-C , 670), sin dejar de ponderar ese pronunciamiento, advertía "Es de esperar que la jurisprudencia venidera de los tribunales inferiores, que se adhiera al mencionado criterio, respete el principio de la necesidad de la demostración del pesar profundo y real de los progenitores, del que nos hablan los Mazeaud y Tunc, o de la gran discapacidad citada en el proyecto de reforma, o del padecimiento real referido en la sentencia objeto del presente comentario, no elastizando, en cambio, tal justa postura, ya que ello sí generaría una catarata interminable de reclamos provenientes de damnificados indirectos".

Este criterio fue adoptado en forma expresa por el art. 1741 del CCyCN al ampliar los supuestos de indemnización de las consecuencias no patrimoniales





**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

a los damnificados indirectos, al prescribir "Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes...."

Bajo tales premisas, en el caso que nos ocupa la declaración de inconstitucionalidad en la aplicación de la norma, no admite discusión.

"En sentido aquiescente con la Corte de Buenos Aires, estimamos que los límites indemnizatorios deben surgir a partir de la cabal injusticia y certeza de los desmedros existenciales, además de instrumentar exigencias probatorias más rigurosas en algunas hipótesis (cuando no median razones para presumir iuris tantum el perjuicio); pero nunca "suprimiendo" a priori los derechos mismos por la índole directa o indirecta del afectado" (Zavala de González, Matilde M. "Daño moral de padres por lesiones a sus hijos. Otros damnificados indirectos" La Ley 2007-E , 334)

"Si se acuerda el daño moral cuando un hijo menor fallece, no se advierte por qué razón no habrá de contemplarse una circunstancia que se ha indicado como "inferior cuantía" siendo que desde el punto de vista resarcitorio, el dolor o mortificación de los padres puede ser aún superior cuando un ser amado sobrevive en circunstancias que importan un permanente y aguzado dolor que se renueva día a día y conlleva no solamente el dolor frente al sufrimiento del ser querido, sino la necesidad de esforzarse para suplir sus necesidades, enfermedad o limitaciones funcionales, sintiendo a cada momento la impotencia frente a la imposibilidad de remediar con las humanas fuerzas tales incapacidades. Este dolor generado indirectamente por el ilícito no puede dejar de indemnizarse ya al enfrentar la muerte o las lesiones incapacitantes inferidas por el autor del ilícito a un hijo menor" CC0201 LP 109753 RSD-232-8 S 11/12/2008, Juba B257103)

No tengo dudas que la enorme discapacidad visual de las niñas afectó no solo sus vidas sino también las del padre y madre desde el primer mes de vida en adelante, irreversiblemente y mientras existan. Nada para ninguno de ellos fue y será lo mismo.

Informó la perito Psicóloga Chaves (fs. 1417/8) "fue posible observar un papá con marcado retraimiento, con dificultad para expresar sus preocupaciones, angustiado, sin poder manifestar sus emociones y sentimientos, bloqueado. A la madre activa, sobrecargada de responsabilidades y luchando intensamente para brindar a sus hijas las asistencias necesarias en todo nivel para un desarrollo óptimo, siempre con el acompañamiento del padre"

Al margen de las padecimientos, angustias e impotencia, con todas las ilusiones frustradas, cuando se produjeron los hechos, desde entonces y de ahora en más estarán consagrados a servir de apoyo a su hijas en todos los aspectos (educativos, personales y de relación, etc.), postergando no solo satisfacciones y placeres que podrían tener, amoldándose a una penosa realidad que les deparará preocupaciones y obligándolos hasta disimular las mismas para no afectarlas en su desarrollo ("el contexto familiar de un discapacitado tiene embargado el normal funcionamiento de su diario vivir" pericia psicológica Mirta Bruno, fs. 1392 vta). Agrava la entidad del daño el hecho de que son las 2 hijas las damnificadas directas. El sufrimiento para ellos es inconmensurable. La pauta que suministra actualmente la norma "de satisfacciones sustitutivas y compensatorias", si bien es la única posible frente a la enorme dificultad de traducir dinerariamente afectaciones no patrimoniales, resultaría irrazonable y hasta chocante de considerar que exige indicar la finalidad, destino o afectación del importe (decir que con el valor de una cosa o de un número determinado de viajes se repara el dolor de que sus hijas no vean sería hasta faltarles el respeto)

Dicho esto, la suma de \$ 400.000 para cada uno es por demás insuficiente aun teniendo en cuenta que la indemnización es a título de pérdida de chance como se explicara. Únicamente a través de la importante elevación de la cuantificación del rubro se puede entender que la reparación es integral. Propicio por ello se incrementen dichas sumas a \$ 1.850.000 para cada uno de los progenitores, ya debitado el 14% que he estimado como apropiado para establecer la relación causal adecuada de los daños.

Cabe tener en cuenta que quedan comprendidos bajo este concepto los perjuicios de índole psicológica, por su reconocida falta de autonomía como partida resarcitoria. En cuanto a las erogaciones futuras en tratamiento por asistencia profesional terapéutica para mitigar los mismos (SCBA C 92681 S 14/09/2011 JUBA B25713) que fue cuantificada en \$ 200.000 para cada uno y



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

que llega cuestionada actoralmente por insuficiente, considero que ha sido prudentemente establecida habida cuenta su carácter contingente: "La necesidad de tratamiento queda sujeta al devenir de las distintas situaciones familiares, las que no se pueden prever desde el presente" experticia psicológica citada fs. 1393, más allá de que "sería conveniente que cada uno cuente con un espacio psicoterapéutico que posibilite la elaboración de este proceso" informe perito Lic. Ferrari fs. 1407. Tampoco creo que deba ser dejada sin efecto como se postuló por los demandados ya que la probabilidad de su necesidad o conveniencia existe, y la cobertura de las obras sociales y prepagas de tales tratamientos es limitada.

Sobre esa base, con la deducción respectiva del 14% la indemnización para cada uno de ellos queda establecida en \$ 172.000.

**V.6- Pérdida de chance de ayuda futura a los progenitores**

En lo que hace a esta partida que viene rechazada, he de coincidir con la solución adoptada pero por otros fundamentos.

Con criterio compartido por este tribunal se ha dicho que la muerte de un hijo cualquiera sea su edad hace perder a sus padres una chance de contenido económico representada por la expectativa de sostén, apoyo y colaboración en la ancianidad y ante los problemas que la vida presentar, sin que obste a la misma que la víctima en razón de su edad no tuviese capacidad productiva (Zavala de González Matilde Resarcimiento de daños To. 2b p. 260 y ss; CSJN Fallos 321:487)

Sin embargo la situación que aquí se presenta es distinta de la que mencioné, que presupone justamente la muerte del hijo.

En el caso, las niñas están con vida, aunque por cierto muy limitadas en su capacidad por lo que se les reconoció la indemnización del daño patrimonial consiguiente que, lógicamente no procedería en caso de deceso de la víctima. En razón de ello, resarcir adicionalmente la pérdida de chance de ayuda futura implicaría incurrir en una doble indemnización por el mismo concepto. Es que cualquier detrimento en la aptitud de S. y M. para realizar tareas patrimonialmente mensurables, incluido el aporte económico o la ayuda material

a sus padres, ha quedado comprendida en el rubro "incapacidad sobreviniente", que tiende a resarcir los ingresos de los que se verán privadas, de los cuales provendrían no solo las erogaciones para el propio mantenimiento sino todas las de asistencia a familiares (cfmar CNCiv Sala H "V.M.P y otro c/ Hospital de Pediatría Garrahan y otro s/ Daños y Perj." 7/7/2015 RCyS 2016-II,99)

#### VI. Intereses- Cálculo y momento de variación de tasas aplicables.

Asiste razón a los actores. Ha dicho la SCBA (C 123274 S 18/02/2021): "La tasa de interés aplicable al monto indemnizatorio que reconoce la sentencia con criterio de actualidad ya ha sido definida por este cuerpo en los precedentes C. 120.536, "Vera" (sent. de 18-IV-2018) y C. 121.134, "Nidera" (sent. de 3-V-2018), y ratificada recientemente en la causa C. 123.090, "Paredes" (sent. de 18-IX-2020). De los mismos surge que obra como factor condicionante de la determinación de los accesorios que corren desde el hecho lesivo, el momento en que se ha fijado el monto indemnizatorio. Cuando la indemnización se ha estimado a valores posteriores a la fecha de exigibilidad del crédito, más cercanos a lo que habría de entenderse como valor actual de lo debido, resulta congruente con esa realidad económica liquidar los intereses devengados hasta ese momento aplicando, como tradicionalmente se establecía en relación con todas las modalidades de actualización, una tasa de interés puro; es decir, el accesorio destinado a la retribución de la privación del capital, despojado de otros componentes", Y (C 123271 S 31/03/2021): "Es doctrina legal de este Tribunal (C. 120.536, 18-IV-2028, "Vera" y C. 121.134, 3-V-2018, "Nidera"), que debe aplicarse la tasa de interés puro del 6% (seis por ciento) anual al crédito indemnizatorio conforme el dies a quo establecido en la sentencia y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1.748, Cód. Civ. y Com.). De allí en más, resultará aplicable la tasa de interés pasiva mas alta que fija el Banco de la Provincia, conforme lo establecido en las causas C. 101.774, "Ponce"; L. 94.446, "Ginossi" (sents. de 21-X-2009) y C. 119.176, "Cabrera" (sent. de 15-VI-2016)"

Habiéndose traducido dinerariamente los perjuicios irrogados a la fecha de la sentencia dictada en la instancia de origen (art. 772 CCyCN) , momento al cual también como es debido se ha retrotraído el análisis revisor de esta Alzada, la tasa de interés puro del 6% debe correr hasta ese momento y a partir de allí la pasiva dispuesta hasta el efectivo pago, sin que tenga incidencia la fecha en que adquiera firmeza el pronunciamiento definitivo, lo que por otra parte



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

favorecería la interposición de recursos aunque los mismos fueren desestimados.

Respecto del cuestionamiento de OSECAC a que el inicio de los intereses sea la fecha del hecho dañoso porque los daños han sido valuados a la fecha de la sentencia, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto en relación a la distinción de las tasas atendiendo a la mencionada circunstancia, su improcedencia queda de manifiesto si advierte que tratándose de un hecho ilícito la mora se produce ex re, por lo que los intereses moratorios se deben a partir de su ocurrencia (arts. 499 y 622 del Cód. Civil; CC0201 LP B 83868 RSI-70-97 I 04/03/1997 JubaB252622; CC0002 SM 30782 RSD-1125-91 S 28/11/1991. Juba B2000081, entre cientos; Zavala de González Matilde "Resarcimiento de daños" Hammurabi To. 4 p. 563). Ello con excepción del daño emergente futuro (rubros Gastos futuros y Asistencia psicológica para los progenitores) en que sólo serán aplicables los intereses ordenados a partir de la sentencia, ya que las víctimas tienen derecho a su disponibilidad desde ese momento en tanto no son erogaciones ya efectuadas sino que responden a un daño patrimonial indirecto que no se produjo concomitantemente con el hecho lesivo ( mi voto en Expte N°: JU-4557-2012 "Tossi Emmanuel Ariel C/ Blasco Mario Raul y ot. S/ Daños y Perj" sent. del 11/2/2016)

**VII. Los límites de cobertura de los seguros por cada uno de los hechos dañosos.**

Está fuera de discusión que la obligación de la aseguradora no se extiende "más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato" aunque la indemnización que deba pagar el asegurado supere la suma asegurada, pues al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas del contrato (CSJN "Buffoni, Osvaldo Omar c. Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios" 08/04/2014 Fallos Corte 337:339; "Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino O. y otro s/ daños y perjuicios" 06/06/2017 Fallos Corte: 340:765; SCBA: C 96946 S 04/11/2009 "Labaronnie, Osvaldo Pedro y otra c/Madeo, Leonardo y otros s/Daños y perjuicios": "la aseguradora será responsable por el capital de condena hasta la suma asegurada conforme los límites y condiciones

de la póliza de seguros contratada, con más la incidencia proporcional de la misma en los gastos (intereses) y costas judiciales devengados (arts. 61, 62, 109, 110, 111, 118 y ccdtes., ley 17.418)"; ver también C 114424 S 27/09/2017 "Carasatorre, Juan Pablo y otros c. Visciarelli, José Alberto y otros. Daños y perjuicios"; C 118589 S 21/06/2018 "Flandes Riquelme, Juan Ignacio c. Contreras Inostroza, Raúl Atilio y otros. Daños y perjuicios"

Ahora bien, desde que las partes celebran el contrato fijando límites máximos de cobertura hasta que el asegurador cumplimenta en forma efectiva su prestación de indemnidad pueden transcurrir varios años. En dicho período de tiempo se puede producir un evidente desfase entre la extensión originaria de la prestación de indemnidad y la finalmente resultante, quebrantándose de manera sobreviniente la equivalencia funcional del contrato (Federick Carlos J. "La actualización monetaria de la suma asegurada en el seguro contra la responsabilidad civil RCyS 2020-VII,257)

En razón de ello, según se expresó en el fallo de la SCBA C 119.088 "Martinez Emir c/ Boito Alfredo Alberto s/ daños y perjuicios" del 21/2/2018 *"lo que no resulta oponible al actor ni al demandado, es la delimitación dineraria del riesgo contenida en el seguro de responsabilidad civil contratado entre este último y la citada en garantía, dado que dicho límite fue establecido de acuerdo a la normativa de la Superintendencia de Seguros de la Nación vigente al momento de la contratación del seguro; mientras que los daños fueron valuados a valores actualizados"*, casi diez años después en el caso que nos ocupa, lo que provoca un desequilibrio significativo; ya que la aplicación rígida del límite de cobertura, con un distinto contexto económico por la depreciación monetaria *"...se muestra ostensiblemente irrazonable, al resultar abusiva, desnaturalizar el vínculo asegurativo por el sobreviniente carácter irrisorio de la cuantía de la cobertura finalmente resultante, afectar significativamente la ecuación económica del contrato y la equivalencia de sus prestaciones, destruir el interés asegurado, provocar en los hechos un infraseguro, contrariar el principio de buena fe y patentizar un enriquecimiento indebido en beneficio de la aseguradora ..."* (del voto del Dr. Pettigiani que concitó la adhesión de la mayoría de sus colegas en el mencionado pronunciamiento y en términos similares se reitera en C 122588 S 28/05/2021 "González, Maximiliano Ramiro c/ Acosta, Emir Dorval y otro s/ Daños y perjuicios" ).



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En nada modifica esto el carácter voluntario del seguro médico. Con toda razón se ha dicho que el seguro médico, a pesar de ser un seguro contra la responsabilidad civil, sin defecto de proteger al asegurado -eventual dañante cubierto por el seguro-, también pone el acento en la víctima, pues por el indicado conducto se trata de cubrir a ésta de la renuencia del susodicho asegurado o de su posible insolvencia ; por lo que es eminentemente social y a la vez tuitiva de la parte débil en la relación médico paciente , lo que hizo que no sólo se generalice su práctica sino en muchas países su obligatoriedad (Trigo Represas-Stiglitz "El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico" p. 32/3; Mosset Iturraspe "Responsabilidad civil del médico" p. 80)

Debe tenerse en cuenta que, como dice Rubén Stiglitz (Derecho de Daños To. I p. 64), las primas que se cobran obviamente a valores actuales son destinadas a afrontar las coberturas contratadas con anterioridad, cuyo pago quedó diferido por la judicialización del reclamo del damnificado.

Por ello, la "medida del seguro" no puede servir para constreñir la obligación de indemnidad de la aseguradora al importe histórico de la suma asegurada (art. 109 ley 17.418).

Admitida así la actualización de los límites de cobertura y consecuentemente también de las franquicias acordadas, correcta ha sido la decisión de que los valores respectivos sean elevados a los correspondientes a su dictado, en que se tradujeron dinerariamente los distintos daños. Empero no ha establecido concretamente el mecanismo para establecer los importes finales, correspondiendo entonces sean por la presente determinados.

Las pólizas Seguros Médicos SA con vigencia a partir del 1/10/2011 establecían como límite de cobertura por acontecimiento la suma de \$ 150.000 respecto de los médicos B. y P. con ( ver fs. 857 y 866), en tanto respecto a la médico M. la de \$250.000 ( ver fs. 890)

Respecto de TPC Compañía de Seguros SA, si bien no acompañó la póliza respectiva (solo se adjuntaron las condiciones de la misma, ver fs. 925/937; lo que fue puntualizado por la parte actora -ver fs. 943 vta.-, desistiendo de la pericia contable) lo que haría inoponible cualquier limitación de

su cobertura, por la prohibición de reformatio in pejus he de atenerme a la de \$ 300.000 que fuera tomada en la sentencia y llega sin ser controvertida por las partes.

No se cuenta con pólizas actualizadas que se correspondan a los mencionados seguros de responsabilidad civil médica que puedan servir de parámetro. No existe en la página web de la Superintendencia de Seguros límites máximos y mínimos actuales para ese riesgo. Tampoco es posible recurrir por la fecha de su entrada en vigencia al mecanismo previsto por la Resolución RESOL-2019-1080-APS-SSN#MHA de fecha 27 de noviembre la Superintendencia de Seguros de la Nación que definió la Tasa de Actualización de Pasivos (promedio ponderado entre variaciones mensuales de índice IPC, de la Tasa activa cartera general nominal anual vencida a 30 días del BNA y tasa pasiva del BCRA) que se utiliza para actualizar las reservas de siniestros y ha sido aplicada también para fijar los límites mínimos y máximos de cobertura de distintas pólizas de seguros obligatorios y voluntarios.

En consecuencia adoptaré como pauta objetiva de actualización al incremento de seguro de responsabilidad civil automotor voluntario, que a la fecha de las pólizas mencionadas era de \$3.000.000 (Res SNN 35863/2011) y que a la de la sentencia ascendía a \$ 17.500.000 (Res SNN 268/2021), lo que significa que en ese período las sumas se actualizaron en un 583,33% .

En razón de ello, por cada uno de los siniestros aquí discutidos, el límite de cobertura aplicable a los seguros contratados por los médicos B. y P. asciende a \$ 875.000, el de la médica M. a \$1.458.330 y el del Sanatorio Junín a \$ 1.750.000.

#### **VIII.- Costas**

Cuestionada la imposición de costas de primera instancia -que en su totalidad fueron impuestas a los demandados y citadas en garantía- únicamente por OSECAC, al desestimarse el fundamento de esa pretensión consistente en su exención de responsabilidad, no existe razón para modificarla.

Tampoco la hay sobre la base del art. 274 CPCC por el hecho de que se haya dispuesto que la indemnización es a título de pérdida de chance con la repercusión que tiene en montos indemnizatorios, ya que ello no implicó alteración en la atribución de responsabilidad.





**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

En cuanto a las costas de Alzada también se sigue el criterio objetivo de la derrota (art. 68CPCC), el que también resulta aplicable en lo referido al rubro rechazado.

**ESTE ES MI VOTO**

El Señor Juez Dr. Volta, aduciendo análogas razones dió su voto en igual sentido.-

**A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Guardiola dijo:**

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso: -artículo 168 de la Constitución Provincial-, estimo que **CORRESPONDE:**

- 1) Mantener la atribución de responsabilidad.
- 2) Elevar los siguientes montos indemnizatorios: a) Daño moral de S. B. a la suma de \$ 4.050.000 y de M. B. a la de \$3.025.000. b) Daño moral para los progenitores a la suma de \$ 1.850.000 para cada uno. c) Gastos futuros: \$2.100.000 por recursos tecnológicos para S.; \$ 470.000 para ambos progenitores por abordaje profesional interdisciplinario; \$ 310.000 - individualmente - para traslados de S. y M. (22% en favor de los padres y 78% en la cuenta de cada una de ellas); \$1.200.000 para asistencia de terceros para S. y \$ 450.000 por igual concepto para M. (importes de los que le corresponde el 22% a los padres y el 78% directamente a cada una de ellas)
- 3) Teniendo en cuenta la incidencia causal de la mala praxis médica, ajustar las indemnizaciones por incapacidad sobreviniente de S. y M. a \$ 4.384.000 y \$ 3.070.000 respectivamente y el daño emergente por erogaciones futuras en tratamiento psicológico de los padres a \$172.000 para cada uno.
- 4) Modificar el momento hasta el cual correrán los intereses a la tasa pura del 6% anual a la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia (28/5/2021) y a partir de allí los intereses a la tasa pasiva más alta, y respecto de los Gastos futuros y Asistencia psicológica para los progenitores, disponer que únicamente se le adicionaran los últimos intereses ordenados.
- 5) Establecer como límite de cobertura por cada hecho lesivo para los seguros contratados por los médicos B. y P. en la suma de \$ 875.000, M. en la

de \$ 1.458.330 y la del Sanatorio Junín en la de \$ 1.750.000 por capital y proporcionalmente en intereses y costas.

6) Las costas de Alzada por los rubros que prosperan se imponen a los demandados y por el rechazo del rubro pérdida de chance de ayuda futura para los progenitores, a éstos (arts. 68 y 71CPCC; SCBA AC 78451 S 29/10/2003 "Carquen S.A."). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley arancelaria)

### **ASI LO VOTO**

El Señor Juez Dr. Volta, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.-

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, dictándose la siguiente **SENTENCIA**:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y arts. 266, 267 del CPCC, **se resuelve**:

1) Mantener la atribución de responsabilidad.

2) Elevar los siguientes montos indemnizatorios: a) Daño moral de S. B. a la suma de \$ 4.050.000 y de M. B. a la de \$3.025.000. b) Daño moral para los progenitores a la suma de \$ 1.850.000 para cada uno. c) Gastos futuros: \$2.100.000 por recursos tecnológicos para S.; \$ 470.000 para ambos progenitores por abordaje profesional interdisciplinario; \$ 310.000 - individualmente - para traslados de S. y M. (22% en favor de los padres y 78% en la cuenta de cada una de ellas); \$1.200.000 para asistencia de terceros para S. y \$ 450.000 por igual concepto para M. (importes de los que le corresponde el 22% a los padres y el 78% directamente a cada una de ellas)

3) Teniendo en cuenta la incidencia causal de la mala praxis médica, ajustar las indemnizaciones por incapacidad sobreviniente de S. y M. a \$ 4.384.000 y \$ 3.070.000 respectivamente y el daño emergente por erogaciones futuras en tratamiento psicológico de los padres a \$ 172.000 para cada uno.

4) Modificar el momento hasta el cual correrán los intereses a la tasa pura del 6% anual a la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia (28/5/2021) y a partir de allí los intereses a la tasa pasiva más alta, y respecto de los Gastos futuros y Asistencia psicológica para los progenitores, disponer que únicamente se le adicionaran los últimos intereses ordenados.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

5) Establecer como límite de cobertura por cada hecho lesivo para los seguros contratados por los médicos B. y P. en la suma de \$ 875.000, M. en la de \$ 1.458.330 y la del Sanatorio Junín en la de \$ 1.750.000 por capital y proporcionalmente en intereses y costas.

6) Las costas de Alzada por los rubros que prosperan se imponen a los demandados y por el rechazo del rubro pérdida de chance de ayuda futura para los progenitores, a éstos (arts. 68 y 71CPCC; SCBA AC 78451 S 29/10/2003 "Carquen S.A."). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley arancelaria)

Regístrese, notifíquese automáticamente, conforme lo dispuesto por el art. 10 del Ac. 4013 SCBA. y oportunamente remítanse al juzgado de origen.-

**REFERENCIAS:**

Funcionario Firmante: 03/05/2022 11:23:41 - GUARDIOLA Juan Jose - JUEZ

Funcionario Firmante: 03/05/2022 12:50:25 - VOLTA Gaston Mario - JUEZ

Funcionario Firmante: 03/05/2022 13:24:10 - SANTANNA Cristina Lujan -  
SECRETARIO DE CÁMARA

Domicilio Electrónico:

Domicilio Electrónico:

Domicilio Electrónico: 20053973516@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico: 20114034542@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico: 20168044322@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico: 20271176954@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico: 20310108341@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico: 27258213241@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico: 27301698572@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

%08Qè1è%f%jŠ

244900170005990574

**CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL - JUNIN**

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 03/05/2022 13:35:21 hs. bajo el número RS-93-2022 por Santanna Cristina Luján.