En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil dieciséis, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Fernando Nahuelanca, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"F., F. S. c/ P. R. SAQ e I y otros s/ ORDINARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 436/15**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 399/07), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1910), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1865/1875vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Fernando Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 1865/1875vta., por la que se rechaza la demanda de daños y perjuicios por mala praxis interpuesta por la parte actora F. S. F., contra la parte demandada A. R. A., Clínica S. I., P. R. SAQ e I y F. P. S. S.A.

Impone las costas a la parte vencida y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

En propio derecho, el abogado D. A. T., apela los honorarios por bajos y funda el recurso (fs. 1880/1883vta.).

Por la actora, se apela la sentencia a fs. 1884 y los recursos se conceden a fs. 1885.

Los fundamentos del recurso de la accionante se formulan a fs. 1896/1889vta., señalan los puntos que la agravian en cuanto el fallo recepta que no se ha acreditado la relación de causalidad de la ceguera que se produjo en el actor con la medicación prescripta por el demandado. Por entender que no se desprende el nexo causal entre el tratamiento aplicado y el resultado cuestionado (evisceración).

Al definir los agravios (punto III, fs. 1896vta.), considera ilógica la concepción de la sentencia, a partir de los efectos que sufre en el mes de setiembre del año 2005, se levanta con vómitos y un fuerte malestar en su ojo derecho, llama a la obra social y se le señala el oftalmólogo Dr. A. A. que atendía en la Clínica Oftalmológica S. I.. Le indicó este que podría haber sufrido una trombosis en el iris, por un pico de presión, le recetó corticoides y una aspirina diaria. El tratamiento dura dos semanas y con una sensible mejoría en su vista, aunque no total, regresa a la consulta, informándole el Dr. A. que su vista no va a mejorar más de lo logrado, salvo la aplicación de un medicamento nuevo, que no cubría la obra social denominado AVASTIN del laboratorio R.; le entrega $2.000 para adquirir el medicamento. Tarda 15 días, le avisan de la Clínica que había llegado el medicamento y que F. ya había recuperado gran parte de la pérdida de su vista. Concurre a la Clínica y el Dr. A. con la participación de la Dra. L. le aplican el AVASTIN en forma intraocular. Al día siguiente despierta con el ojo absolutamente irritado y rojo, sintiendo una molestia como si tuviera algo en el ojo, como una mosca, concurre a diálisis en la Clínica del V. absolutamente asustado, no veía del ojo derecho y tenía un fuerte dolor, así concurrió a la Clínica S. I., no estaba el Dr. A. y lo atiende el Dr. C., que le

diagnostica una infección y le aplica varias inyecciones intraoculares para prevenir el rebrote alérgico y le receta unas gotas, que sentía el ojo como una piedra y cada gota que se le ponía, ello durante veinte días, dolorido y el ojo blanco. Sin poder tolerar el dolor concurre a otro oftalmólogo, la Dra. R., que le señala que el ojo tiene muchas lesiones y le da calmantes. El día martes ve al Dr. A., que le comenta que lo van a operar con el fin de hacerle una visectomía programada para el jueves, se intentó con anestesia local y fue imposible por el dolor programándose una nueva operación con anestesia total para el día viernes, pero en la Clínica del V. SRL. Le colocan un parche en el ojo y al despertarse al día siguiente observa un líquido que se le derrama del ojo y ya en la Clínica del V. el ojo estalla completo de pus, frente a lo cual el Dr. A. comenta que deberán practicarle una evisceración ocular (sacarle el ojo). En síntesis – concluye– el Dr. A. le había recetado para su patología ocular un fármaco exclusivamente aprobado como medicamento oncológico (cáncer de colon y pulmón), no aprobado ni por el ANMAT ni la FDA como fármaco oftalmológico y se lo había introducido en el ojo, provocándole la pérdida total del mismo (fs. 1897).

Sostiene después que hay un grave y patente error de conceptualización; que si bien es cierto que el Sr. F. era un paciente dg de IRCT de causa desconocidas, lo puntual es que en el mes de setiembre de 2005, se levanta con las molestias ya señaladas y frente a tal cuadro llama a la Obra Social y le indican al Dr. A. (no como entiende el fallo que dicha consulta fuera ordenada por una ceguera anterior. Afirma con la declaración de la Dra. A. S.; que la alteración por un pico de presión no es ceguera y que el tratamiento de diálisis ninguna relación de causalidad ha tenido con la ceguera y destaca

la especialidad del testigo de nefrólogo. Que el actor luego de la inyección de AVASTIN tuvo una endoftalmitis. Critica que la falta de Historia Clínica redunde en su perjuicio, como cuando dice que una historia clínica del paciente-actor IMPOSIBILITA la producción de la prueba pericial. Considera el punto trascendental, no considerado por la sentencia y lo que permitía establecer el consentimiento informado, precisamente para el uso en oftalmología del producto AVASTIN. Consigna a continuación como probanzas de autos, la respuesta al oficio judicial nro. 1763/08, de la Universidad de la Patagonia San Juan Bosco, donde informa: 1) Avastin no fue diseñado para el tratamiento específico ocular. Basados en los resultados de los estudios clínicos demostraron seguridad y eficacia. Avastin está aprobado por la FDA para el tratamiento del cáncer colorrectal. 2) El medicamento Avastin debe administrarse en infusión intravenosa rápida ni en bolo. Esto fue lo acontecido que marca estrecha relación de causalidad con el daño acaecido (evisceración del ojo). Toda inyección dentro del ojo tiene graves riesgos visuales potenciales los cuales son: a) El riesgo más grave es la pérdida definitiva de la visión del ojo inyectado. b) Endoftalmitis. Una de las causas posibles de pérdida de la visión. c) Hemorragia intraocular. Puede resolverse espontáneamente pero ciertos casos pueden requerir una cirugía ocular invasiva denominada vitrectomía. Los casos más severos pueden generar desprendimiento de retina con la posibilidad de pérdida definitiva de la visión. f) Desprendimiento de retina: Frecuencia descripta: 0,04%, una inyección intraocular en la cámara vítrea puede generar, como complicación un desprendimiento de retina. e) Catarata. f) Atrofia del Globo Ocular (Ptisis Bulbi). Un ojo pierde la visión, ya sea como consecuencia de una infección (Endoftalmitis) o

por un desprendimiento de retina, puede sufrir la disminución de su tamaño. g)

Disminución de la visión.

Sostiene una relación de causalidad de la ceguera del actor con la medicación recetada a las dosis y cantidad prescriptas; que en forma minuciosa relata su intervención en la contestación de la demanda, que lo reconoce en el marco de la confesional, asimismo –dice– por P. R. SAQ e I a cuyo respecto reitera no aprobado ni por ANMAT ni por FDA. Entiende con ello que el nexo causal se encuentra demostrado. Afirma por otra parte que no existen pruebas que la insuficiencia renal desemboque en la pérdida del ojo. Reserva el caso federal.

La demandada contesta los agravios a fs. 1901/1905vta., afirma que no existe una crítica que conmueva la sentencia, contraponiendo la defensa en que las alegaciones dejan sin respuesta puntos fundamentales de la sentencia, caso de la declaración del Dr. S. en cuanto afirma que la actora tuvo una trombosis de la vena central de la retina que le causó la ceguera (fs. 1901 y ss.). Alude asimismo a las declaraciones de la Dra. S. sobre la pérdida de la visión, Alude por otra parte al informe de la Universidad Nacional de la Patagonia (888/895). Considera asimismo esclarecedora el informe del perito consultor técnico respecto al diagnóstico e interconsulta con un cardiólogo; la evolución a glaucoma por lo que se le indica la aplicación de Avastin. La realización de la práctica de la aplicación intravítrea de Avastin en quirófano, asepsia y antisepsia de piel y fondo de saco conjuntival con yodopovidona. Que el Dr. C. y el Dr. A. prescribieron antibióticos fortificados intravítreos por endoftalmitis. Refiere asimismo las explicaciones de fs. 151 en cuanto al punto 11, forma en que se aplicaron los antibióticos. Insiste en la coincidencia con el Dr. S.;

que vale la pena tener en cuenta el informe del Consejo Argentino de Oftalmología que la hipertensión arterial y las patologías cardíacas son causas productoras de trombosis venosas de la retina, que es una de las causas del glaucoma neovascular y que en la actualidad se utiliza Avastin en dichas patologías; que la endoftalmitis es una de las complicación es de la administración tanto del Avastin como del Lucentis en inyecciones intraoculares y un porcentaje de endoftalmitis termina en evisceración cuando la infección no puede controlarse con antibióticos locales, intraoculares y generales. Afirma como confirmatorio lo dicho por la Sociedad Argentina de Retina y Vítreo (Sariv) a fs. 1789/1790, concordando con la sociedad Argentina de Oftalmología. Destaca la declaración testimonial de M. A. B., empleada de la Clínica S. I., en cuanto le entregó a F. y familiares la documentación concerniente al consentimiento informado para el uso de Avastin y estaban de acuerdo en que se le pusiera la inyección, dice el documento firmado y que luce a fs. 51/55 del cuerpo principal. Que el médico oftalmólogo E. J. R., manifestó que ha hecho uso del Avastin, que lo usa habitualmente en edemas, hemorragias intraoculares de diferentes etiologías, diabetes, glaucomas, miopías altas, edemas maculares húmedos por citar algunas causas y la mayoría de los pacientes tratados presentaron mejoría de los síntomas, que la mayoría de los oftalmólogos lo han usado. Que las obras sociales le dan cobertura a pacientes medicados con Avastin, como SEROS, como tratamiento habitual en oftalmología (fs. 1792/1792vta.). Con las aclaraciones que señala, cita las declaraciones del médico oftalmólogo S. J. O.. Respecto a lo que el apelante expone como ausencia de la Historia Clínica, contrapone que se omite la consideración de la documental en poder de terceros,

donde el juez rescata como importante las historias clínicas de la asociación española (fs. 1641/1654), del Hospital R. (fs. 16781/1675) y la de la Clínica del V. (fs. 1709/1716, de las que se desprende que el Sr. F. padece de insuficiencia renal crónica terminal por la que se hace necesario diálisis tres veces por semana durante cuatro horas. Paciente con presión arterial descompensada (25 mm/hg), que le provocó una trombosis de la vena central de la retina, con alteración de la visión en el ojo derecho, lo que se complica con una endoftalmitis que no responde al tratamiento con antibióticos lo que deriva en la enucleación del ojo. En el mismo sentido destaca la pericial Oftalmológica de fs. 1603/1605vta., donde el perito señala que el paciente sufría desde los 8 años y a la que se refiere la historia clínica es de origen infeccioso o autoinmune como consecuencia de un cuadro infeccioso severo; que los antecedentes de Hepatitis A que se observan en la historia clínica dejan constancia que su hígado no tiene una función hepática normal; que el actor presenta una hipertensión arterial y patología cardiovascular, las que son causas predisponerte de la trombosis venosa de retina; que en setiembre de 2006 el actor presentaba hipertensión arterial persistente y amaurosis (ceguera) en el ojo derecho; que a la entrevista de F. con el Dr. A. presentaba “visión luz”, detallando la restante actuación del Dr. A. precedentemente sostenida, hipertensión alta, y los tratamientos indicados, prescripción de medicamentos y que no consta en la documentación médica que el actor normalizara la agudeza visual, pero sostiene que no es posible que con una trombosis venosa que provoca un glaucoma neovascular existe recuperación de la visión. Caracteriza el glaucoma vascular, ojo ciego, rojo y doloroso y el tratamiento de aplicación intravítrea tanto con el Bevacizumad

(Avastin) como el Ranibizumad (Lucentis), de uso común en la Argentina y otros países y tratamiento adecuado concordante formalizado por el Dr. A.; que la droga dentro del ojo del actor no puedo haberse cristalizado y en cuanto a las complicaciones, son similares en Avastin o Lucensis, como una endoftalmitis que también resulta de cualquier cirugía oftalmológica, que el diagnóstico fue rápido y certero. Establece evolución porcentual de las complicaciones y que la endoftalmitis puede estar facilitadas en pacientes diabéticos, alcohólicos, pacientes crónicos e inmuno deprimidos y es correcto aplicar inyecciones intravítreas de antibióticos que tienen una técnica similar a la aplicación intraocular de Avastin. Reitera afirmaciones sobre las deficiencias oftalmológicas del paciente F. con anterioridad a la consulta del Dr. A.. Peticiona en definitiva el rechazo de los agravios y se confirme la sentencia dictada.

La codemandada P. R. SAQUEI, contesta los agravios a fs. 1907/1907vta., conformándose por una parte a que la sentencia considera no probado el nexo causal, pero fundamentalmente que el fallo recoge la prueba que corresponde a su parte, que el laboratorio no tuvo ninguna vinculación profesional con el resto de los codemandados, desde ningún punto de vista, o diagnosticando o tratando a la parte actora, como que su parte dejó probado que el fármaco Avastin fue diseñado exclusivamente para el tratamiento de pacientes con carcinoma metastático de colon o recto y de ninguna manera para prácticas oftalmológicas. Que en su oportunidad se confirme el fallo apelado, con costas.

El Dr. D. A. T., en propio derecho, apela honorarios y funda el recurso a fs.
1880/1883vta., concediéndose el recurso a fs. 1885.

Desarrollo de los agravios y confronte de la controversia.

El complejo caso planteado en autos tiene un primer componente que es preciso señalar, en cuanto a las condiciones de vida que presentaba el actor F. S. F. a su concurrencia oftalmológica en el mes de noviembre del año 2006. Manifiesta que era una persona de vida normal, pese a ser un paciente con "…dg de IRTC de causa desconocida que inició su HD el 14 noviembre del 2001, en la Clínica del V. S.R.L." (fs. 116vta., al final y sig.). Al describir su vida en el capítulo respectivo (fs. 141), comenzando por señalar que la pérdida del ojo le produjo la de su capacidad laborativa y económica presente y futura, agrega que nació en la ciudad de Caleta Olivia (Pcia. de Santa Cruz), 26/11/1979, con 27 años al momento de la pérdida. Estudios primarios en la ciudad de Pico Truncado y secundarios en el Instituto Argentino Germano de Comodoro Rivadavia, excelente deportista, profesor de pad- dle, desde el 2002 comenzó su carrera como piloto de competición llegando a tener la categoría de "organizador" de la categoría" y hasta el daño ocular, cursaba sus estudios en la universidad Católica de Salta, carrera de abogacía y que su insuficiencia renal no le impedía la realización de las actividades señaladas.

En dicho marco la actora apelante impugna el criterio de la sentencia que entiende inexistente el nexo causal de responsabilidad por la prestación médica profesional precedente, pone el acento que luego de la primera entrevista con el Dr. A. el actor había recuperado la visión y que el juez equivoca su análisis y conclusión. Cita como favorable la declaración de la Dra. S. referida precedentemente, que dice que el actor tuvo en el mes de setiembre de 2006 un pico de presión alta y una pérdida de visión importante, pero que no es

la ceguera, como tampoco lo es la que resulta de testimonial del Dr. J. G. S.. Se analiza a continuación.

Si lo dicho por la Dra. S. se refería a una pérdida de visión importante del actor, se está lógicamente refiriendo a lo captado durante el tratamiento, pero también contiene su declaración que el actor sufre un pico de presión y que desencadena la trombosis de vena central de retina. La lógica es que transitaba una pérdida de visión durante el tratamiento por diálisis por insuficiencia renal crónica terminal, sufre un pico de presión y como consecuencia la trombosis.

No es la declaración de la Dra. S. indicativa que el actor recuperara la vista después de la trombosis y la misma consigna en su propia historia clínica correspondiente al tratamiento por diálisis en la Clínica del V. que el día que se levanta con un pico de presión y vómitos, tiene amaurosis, pero en la declaración testimonial no se expide del mismo modo.

Por otra parte la recurrente evalúa la testimonial del Dr. S. como demostrativa de su defensa (fs. 913/914vta.), cuando dice que el paciente F. tuvo un pico de presión y como consecuencia una trombosis de la vena central de la retina con alteración de la visión del ojo derecho "pero EN MODO ALGUNO refiere a una especie de ceguera y menos aún lo afirma; ALTERACIÓN NO ES LO MISMO QUE CEGUERA", y que "el tratamiento de diálisis NO PUDO HABER INFLUENCIADO O DESENCADENADO EN LA PERDIDA DEL OJO DEL ACTOR…". Se esta refiriendo a los dichos del Dr. S..

Lo expuesto en mayúsculas es porque así lo pone la recurrente y con las preguntas formuladas 4ta. y 5ta. de fs. 913, su conjunto, por si el tratamiento de diálisis pudo haber influenciado o desencadenado la pérdida del ojo, o pudo haber tenido relación de causalidad con la afección del ojo del actor, es claro, responde el Dr. S. que no, también en el mismo sentido había sido preguntada

la Dra. S., respondiendo que la hemodiálisis no es la que provoca problemas sino la insuficiencia renal, tuvo un pico de presión alta y se internó a consecuencia de una trombosis y es la concepción del Dr. S., porque este al responder a fs. 914: "…se que a raíz de un registro de hipertensión arterial, tuvo una trombosis de la vena central de la retina que le causó ceguera de ese ojo, que luego se intentó rescatar esa trombosis con un producto que se llama Avastin y luego de la inyección de Avastin tuvo una endoftalmitis".

Ahora, afirmar la demandada la existencia de ceguera por el dicho o anotación de terceros, no involucrados en la atención del paciente desde la especialidad oftalmológica, no puede concederse sin la prueba directa del propio médico tratante por haber realizado un examen oftalmológico completo y estudios complementarios al día a que se refiere esta problemática.

En las hojas de Historia Clínica del Dr. S.Dra. S. de fs. 984/985 (Doc.Reserv.N° 52/10, de origen), se anota por dos veces, con sobreenmendado respecto al ojo lesionado: Motivo de ingreso "HTA – cefalea – amaurosis (der) – vómitos. Antecedentes enfermedad actual: Paciente en diálisis crónica que hace aproximadamente 10 días presenta episodios HTA con su medicación habitual por lo cual está en descenso de su peso seco (de 74kg a 68)- Diálsis el 04 y 05/9 C/TA 150/90. Hoy al levantarse amaurosis ojo (der), vómitos – cefalea intensa – TA 180/120 – Se interna p/control y estudio. A fs. 986vta. de la historia clínica (Dra. S. – Clínica Médica), al día siguiente, 08/09/06 datos salientes: …Ic c/oftalmología = …Trombosis vena central de la Retina - ….Sin cefalea – mejoría sintomática – 08/09/06: TA 130/90 – RMN pendiente (se solicitará x ambulatorio). Alta de

Sala –ilegible última anotación – Firma: Dra. A. S. – Clínica Médica.

El actor sostiene concordantemente con la anotación precedente su mejoría visual luego de la primera entrevista con el Dr. A., y la interpretación no puede sino favorecerlo en ausencia de constancias concomitantes demostrativas de lo contrario (Ley del Consumidor). Ya se ha señalado en jurisprudencia de esta Sala que las probabilidades no han de ponerse como eximentes, sin haberse producido la prueba exhaustiva, lo que pudo ser no es la prueba misma y las dudas "…no pueden acumularse en disfavor de la víctima. Por el contrario, las dudas resultantes de los informes acumulados por los prestadores de los servicios médicos, habrán de afirmarse en defensa del damnificado" (*cf*. J.A. 1995-I-509).

La sentencia analizó el conjunto de las pruebas rendidas, concluyendo que la prestación profesional tendía a la evitación de un daño mayor a la vida del paciente, con lo que rechaza la actuación de mala praxis, ello, la existencia de un nexo de causalidad culposo entre el tratamiento aplicado y el resultado cuestionado (evisceración).

Las referencias de la Sociedad Argentina de Oftalmología –con asiento en la Ciudad de Buenos Aires- indican que la hipertensión arterial y la enfermedad cardiovascular son factores de riesgo en la producción de la trombosis venosa, por otra parte que el glaucoma neovascular es secundario a alteraciones vasculares que ocurren en la retina, provocan el crecimiento de neovasos en el ángulo iridocorneal que impide la salida del humor acuoso y por lo tanto el aumento de la presión intraocular; que en la actualidad se utiliza el Avastin en patologías que provocan neovascularización como la trombosis venosa, como agente antiangiogénico; que tanto el Avastin como otros agentes antiangiogénicos se

utilizan en microdosis de inyección intraocular (intravítrea); si la endoftalmitis es una de las complicaciones de la utilización del Avastin o del Lucentis en forma intraocular, responde que sí, cualquier maniobra intraocular lleva implícita la posibilidad de infección; si un porcentaje de endoftalmitis termina en evisceración cuando la infección no puede ser contralada con antibióticos locales, intraoculares y generales; responde, sí, existen endoftalmitis que no pueden controlarse con antibióticos por lo que se decide una evisceración del ojo para disminuir los riesgos de que esa infección se propague. Si en pacientes inmunosuprimidos en tratamiento con diálisis son más comunes las endoftalmitis y de peor pronóstico; responde, sí, en los pacientes inmunosuprimidos son más fáciles las infecciones y generalmente de tratamiento más difícil, por lo que son consideradas de peor pronóstico.

La Sociedad Argentina de Retina y Vítreo responde el respectivo oficio a fs. 1789/1790, en sentido afirmativo que la hipertensión y los problemas cardiovasculares predisponen a la obstrucción venosa; que la obstrucción venosa es una de las causas de glaucoma neovascular; que desde hace tres años se utiliza Avastin inyecciones intravítreas para estos casos; modalidad que se utiliza en todo el mundo; el Avastin u otro antiangiogénico se utiliza mediante inyección intravítrea; que la endoftalmitis es una de las más severas complicaciones de este tratamiento; cuando no se puede controlar con los tratamientos adecuados puede terminar en evisceración; si las defensas están disminuidas hay una posibilidad mayor de endoftalmitis y un mucho peor pronóstico; “Debemos mencionar que este tratamiento se utiliza en un gran número de enfermedades que antes no tenían tratamiento como la mencionada trombosis con glaucoma neovascular, y que la

endoftalmitis, según las diferentes estadísticas, sucede entre 1 caso cada 1500 a 3000 tratamientos”; el uso de estos tratamientos aumentan permanentemente a pesar de los riesgos que implica por su gran utilidad y bajo riesgo. Es el informe del Director Ejecutivo del Dr. Alberto Zambrano de la Sociedad Argentina de Retina y Vítreo.

La Universidad de la Patagonia San Juan Bosco – Facultad de Ciencias Naturales, produce el informe de fs. 888/895, docentes de la Carrera de Farmacia, Dr. L. M. – MSc Sandra Alcalde – Farm. A. U. y Farm. L. V. sus datos salientes a los fines del presente juicio, Avastin (ingrediente activo: bevacizumab) es especialidad medicinal de a firma P. R. SAQ e I, indicado en sus distintas combinaciones para el carcinoma metastático de colon o recto, cáncer de mama metastático, cáncer de pulmón, cáncer de células renales y/o metastático. Tiene usos ”off label” en oftalmología, ya que el fármaco actúa bloqueando una sustancia conocida como el factor del crecimiento de vasos sanguíneos a nivel de la tumoración e impide el crecimiento del mismo. Actualmente se está utilizando –fuera de lo especificado en la etiqueta-, en oftalmología en el tratamiento de la DMAE y edema macular, ya que la casuística clínica manifiesta efectos beneficiosos del tratamiento debido a que bloqueo VEGF aporta efectos favorables a nivel retiniano. Anexo I – Uso de bevacizumad intravítreo para el tratamiento de la … degeneración macular relacionada con la edad. Resultados a corto plazo. Luego de la inyección intravítrea de bevacizumad (Avastin, Roche Argentina), en casos de membranas neovasculares coroideas (MNV) secundarias a maculopatía degenerativa relacionada con la edad (MDRE), estudio retrospectivo de una serie de 49 ojos de 49 pacientes con MDRE, se evaluó la agudeza visual en la primera consulta y en los siguientes

controles: Resultados: Se evaluaron 47 ojos con una AVMC promedio previa 20/200 y posterior al tratamiento 20/70, se notó disminución significativa del espesor macular central en casi todos los casos. No se observaron complicaciones locales ni sistémicas. Conclusiones: El uso de bevacizumad intravítreo parecería ser un tratamiento seguro y potencialmente eficaz, más aún en aquellos casos de menor tiempo de evolución. Los resultados son promisorios, aun teniendo en cuenta su uso "off label". Es necesario realizar un mayor seguimiento de los pacientes para ver la seguridad de esta droga a largo plazo y su comparación con otros tratamientos o combinaciones posibles.

Frente las informaciones de las revistas especializadas confrontadas, es claro que las mismas ilustran sobre el ámbito de la aplicación del medicamento Avastin aún fuera del prospecto y distintos resultados, precisamente el planteo de autos constituye uno de los casos adversos en que se funda la accionante, pero donde sostiene la existencia de la relación causal culpatoria, con defensa que se inserta fuertemente en la utilización del medicamento Avastin, solo prescripto y aprobado por Roche S.A.Q. e I, para tratamiento de primera línea de pacientes con carcinoma metastásico (prospecto a fs. 513/516) y con lo que se exigía, para su aplicación fuera de sus prescripciones, un preciso cumplimiento de normas médicas y legales.

La Administración Nacional de Alimentos y Tecnología Médica, el 5/1/2005, autorizó la inscripción en el Registro de Especialidades Médicas, solamente para su aplicación intravenosa en el tratamiento de carcinoma metastático de cáncer de colon y recto (fs. 531/534).

La severidad de la prescripción del medicamento Avastin y concordante con lo aprobado por ANMAT, exigía además el debido procesamiento médico para la aplicación "fuera de prospecto", es lo que ajustadamente prescribe

el informe de la UNPSJB, teniendo en cuenta su uso "off label", necesario realizar un mayor seguimiento de estos pacientes para ver la seguridad de esta droga a largo plazo y su comparación con otros tratamientos (fs. 893).

Cuenta, en consecuencia, la queja de la recurrente de fs. 1898 contra la pericial oftalmológica del perito H. F. de fs. 942/942vta., que no responde a los puntos autorizados y a fs. 779vta/780, que debía la forma fundamentada, cita de la documentación y de la historia clínica, precisamente a partir del 7 de setiembre de 2006, fecha de la primera atención del paciente F. S. F. por parte del Dr. A..

El perito oftalmólogo Dr. F. (fs. 942), con notable vacío de los recaudos que presidían la disposición del tribunal para la producción de la pericial, contiene la mera definición que el diagnóstico es Trombosis de Vena Central de la Retina y tratamiento indicado con corticoides tópicos AINE (antiinflamatorio no esteroide), interconsulta con un cardiólogo, para agregar: "Evoluciona a glaucoma neovascular y se indica aplicación de Avastin".

No señala tiempos ni circunstancias médicas de la evolución a glaucoma, ni existencia de de historia clínica del Dr. A. que respalde su tratamiento médico a partir del mes de setiembre de 2006, ni atestaciones respecto al programa de tratamiento donde se indique la prescripción del medicamento Avastin.

Adviértase que señala la pericia que la aplicación intraocular de Avastin es de fecha 25 de octubre de 2006, en tanto la atención médica oftalmológica había comenzado el 7/9/2006, pasado el mes y medio.

La autora M. C. C., abogada, especialista en Derecho Médico y Farmacéutico, posgrado en Derecho a la Salud (UBA), Posgrado en Administración y Gerenciamiento de

Servicios de Salud (Pref. Naval Arg.- USAL), Posgrado Auditoría Estratégica en Servicios de Salud (Prefec. Naval Arg.-USAL), en Blog de la Fundación Fundaleis-Altos Estudios e Investigaciones en Salud: "Uso off Label y contraindicado de medicamentos: cuestiones éticas y responsabilidad profesional" (htpp:www.farmaysalud.blogspot.com.ar/2013/04/uso-offlabel-y-contraindicado-de.html), señala que la utilización de un medicamento "off label" o fuera de la ficha técnica, utilizados en enfermedades distintas a las autorizadas por la entidad regulatoria no está regulado por la ley en nuestro país y en caso que aparezcan efectos adversos, implica mayores responsabilidades, éticas y legales para el suscriptor. Por ello entiende aplicable hasta tanto no se dicte una norma específica, por vía del art. 16 CC –sus presupuestos y leyes análogas– la disposición de ANMAT N° 840/95, que prevé la aplicación de la droga en situación diferente a la establecida en la ficha técnica especial. Frente a ello, el curso del trabajo señala que la "… diferencia mas importante es que el uso en condiciones diferentes a las autorizadas cae dentro de la esfera de la práctica clínica, mientras que el uso descripto por la Disposición ANMAT 840/95 requiere una autorización de la autoridad regulatoria, la que le da soporte legal a esa actividad, en cada caso individual. La autorización es el requisito legal para llevar a cabo este tipo de tratamientos, dice la autora, "…el galeno que prescribe un fármaco es el responsable de su elección para la patología que padece su paciente y tiene un deber accesorio de seguridad, como obligación de medio" (cita: "Ferreiro, Jorge Elías c/ Cariola, Luis y otros s/daños y perjuicios – Resp. Profesional", Sentencia del 25/2/2003 – Cám. Nac. Cap. Fed., Sala C). Por tal motivo, la falta de autorización, sigue el blog, "…el médico

responde por los daños y perjuicios que puedan derivarse del uso del medicamento fuera de ficha técnica, ante la ausencia de un protocolo terapéutico asistencial, aún con el expreso consentimiento informado del paciente".

Nada informa la pericia del Dr. F. respecto a los pasos cumplidos para la utilización del fármaco Avastin, solo indica que se dispone su aplicación. Tampoco refiere la existencia de una historia clínica informativa específica de la atención oftalmológica del paciente F. S. F., de evaluación de su aptitud recibir la aplicación intravítreo de la dosis que correspondiera de Avastin, todo con mayor obligación informativa desde que se trataba de la aplicación por fuera del destino establecido en la ficha técnica respectiva. Nada de la confección del recetario respectivo para el pedimento del medicamento a la autoridad regulatoria o el modo de adquisición pues lo era bajo receta archivada, las razones motivantes pese a la acentuada precariedad de salud del paciente opuesta al contestar la demanda. Es que la exigencia de tal Historia Clínica la suministra la propia parte en la revista especializada "Rex Mex Oftalmol", trabajo "Eficacia y seguridad del bevacizumad en las diferentes patologías retinianas", en el título "Materiales y Métodos" obrante a fs. 202 respecto a la evaluación de los pacientes: "Los pacientes han sido evaluados por medio de una historia clínica sistémica completa con toma de la presión arterial y examen oftalmológico completo que incluye agudeza visual mejor corregida (AVMC) con cartilla de ETDRS, biomicrospcopia (BIO), presión intraocular (PIO), fondo de ojo, angiografía fluoresceínica (FAG), tomografía óptica coherente (TOC) y electroretinograma multifocal (ERG-m). Después de firmar el consentimiento informado a todos los pacientes se les aplica una inyección de bevacizumad

(Avastin) 2.5mg/0.1 según las recomendaciones de las guías de manejo de inyección intravítrea.

Adviértase que el cúmulo de las conductas médicas omitidas lo eran al 23/10/06 fecha de la aplicación ocular del Avastin, cuyo cumplimiento hubieran sustentado lo actuado y resguardo a complicaciones ulteriores como inculpables. Por el contrario, sin las constancias que debían demostrar que resultaba fundada la decisión de aplicar el fármaco Avastin, el actor F. concurre a la Clínica del Dr. A., quien conjuntamente con la Dra. L. le aplican en forma intraocular el Avastin (fecha 23/10/06) y al día siguiente despierta con el ojo absolutamente irritado y rojo. Media a continuación una infección diagnosticada y tratada por el Dr. C. con aplicación de inyecciones intraoculares -en ausencia del Dr. A.- y un subsiguiente proceso doloroso de días hasta la descomposición total del globo ocular que torna necesaria la evisceración.

Tales gravosos acontecimientos pusieron en responsabilidad jurídica la conducta médica a título de los arts. 902 y 512 C.C. entonces vigentes. La prueba de la relación causal surge con toda nitidez. En el ámbito de la responsabilidad contractual la culpa del deudor por el daño inmediato se presume. El daño –la pérdida ocular- frente a la causa próxima la inyección del Avastin, sin prueba convictiva de los medios – constancias médicas fundadas de una historia clínica- que sustentaran la aplicación del fármaco, resultan la prueba del incumplimiento, principio que es válido, salvo situaciones de excepción, en todas las disciplinas jurídicas (*cf*. C.Nac.Civ. y Com. Federal, Sala 1ª., 10/10/89 en J.A. 1990-II-310). "El vínculo causal existe cuando han mediado actos positivos que provocaron daños corporales al paciente. Pero ese vínculo no existe solamente en esos supuestos, sino también

cuando una omisión del médico o no aplicación del tratamiento debido priva al enfermo de una manera cierta de la posibilidad de curación que razonablemente debía esperar (*cf*. "Responsabilidad Profesional de los médicos - Etica Bioética Jurídica Civil y Penal", Ed. L.L., jun-2002, pág.740, tema: La responsabilidad civil de los médicos", autor Oscar Ernesto Garay; otro; "Ultimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica" de la Dra. A. K. de C., en J.A. 1992-II-215: "a)… se advierte una lenta y progresiva evolución a favor del abandono de la suma divisio entre obligaciones de medios y de resultado…la obligación es siempre de medios, pero de medios adecuados…b) La teoría de las cargas probatorias dinámicas, aquella que impone las cargas a quien está en mejores condiciones de probar…"… d)…no cabe tolerar ni legitimar comportamientos indiferentes ni superficiales que resultan incompatibles con el recto ejercicio de la medicina... encuentra sólido fundamento en el art. .902 CC..."). A mayor amplitud, debía demostrarse porque que correspondía la prescripción de Avastin (bevacizumad) "off label", excluyendo el ranibizumad específica para dicha enfermedad (DMRE).

Del especializado trabajo de la Dra. C. – título ya señalado "Un caso para el análisis: El bevacizumad: Avastin) - señala que a un año y dos de estudios (CATT - Comparison of Age/related macular degeneration Treatment Trials) se suman un conjunto de evidencias que sugieren graves problemas de seguridad asociados al uso fuera de indicación del bevacizumad – Avastin intravítreo– para tratar la degeneración macular relacionada con la edad, patología para la cual existe aprobado en el mercado un medicamento específico "ranibizumab".

Adviértase, a propósito del medicamento aprobado para la DMRE –ranibizumab- que la propia demandada

acompaña a fs. 174/200 la publicación especializada señalada antes: “Ophthalmology Times – América Latina”, con el Estudio PrONTO, bajo el título. “Investigan tratamiento de la DMRE neovascular con dosis variables de ranibizumad” (fs. 191vta.), que el investigador principal Phili Rosenfeld, MD, PhD, anuncia que existen datos claves del primero de los dos años de estudio –con dosis variables de ranibizumab– el paciente obtiene mejores resultados y con lo que se define que el estudio de fase III usó inyecciones mensuales y en opinión del Dr. R., probablemente muy pocos tratamientos sean preferibles.

Por todo lo expuesto estimo que corresponde hacer lugar a los agravios de la parte actora, ya que la sentencia, sin conceptos que lo aplicado comportaba la inyección de un medicamento fuera de prospecto, que exigía la prueba de las conductas que justificaban su aplicación, recepta erróneamente la extrema lasitud meramente aquiescente de la pericial del Dr. F., que no se conforma al contexto integral de la propuesta autorizada por el tribunal; declarando sin fundamentación la existencia de ceguera del ojo derecho del actor en la primera entrevista, sin suministro de prueba (estudios técnicos), conforme a las exigencias y constancias de la especialidad oftalmológica en función y sin evaluación del tiempo transcurrido hasta la aplicación intraocular del Avastin, detonante del daño inferido. De aquí el desenfoque exculpatorio del fallo cuando expone que la actitud del galeno resultó correcta, pues buscó evitar un daño mayor a la vida del paciente o por sus antecedentes hipertensivos. Toda demostración de diligencia debió ser previa a la aplicación del Avastin, la advertencia de los riesgos y el conocimiento del paciente, demostradas con el asentamiento histórico-

clínico de tales medidas, prueba de su consideración y justificación de la vía que se llevó adelante.

Huelga señalar a propósito de la preexistencia de tensión arterial del actor, además de la suma de menoscabos a la salud que señala la demandada a fs. 295/295vta., de las previsiones del prospecto del propio medicamento Avastin que informa que provoca una incidencia de hipertensión a hipertensión severa su aplicación (fs. 513, 2da.col., tít. Hipertensión) y a fs. 514, que en los ensayos clínicos con Avastin eran excluidos los pacientes que experimentaron alguna enfermedad cardiovascular. Los méritos de la conducta médica debieron ser anteriores a la aplicación de la inyección intravítrea frente al cuadro de deterioro del actor, ya que la evidencia de los daños sintomáticos desencadenados demuestran el error del tratamiento. Lo informa la Universidad de la Patagonia a través de la Facultad de Ciencias Naturales, la necesidad del mayor seguimiento de los pacientes para ver la seguridad de esta droga a largo plazo y su comparación con otros tratamientos o combinaciones posibles.

La misma insuficiencia argumental de la sentencia queda plasmada en el punto 8 de fs. 1874, trayendo caso de jurisprudencia que la mera alusión genérica de la demanda a la falta de consentimiento escrito, no es suficiente para fundar una sentencia condenatoria, pero dando luego por cumplido el punto con la declaración de la testigo A. B. a fs. 1778/1778vta.

> La primera hipótesis no es del caso de autos, donde la responsabilidad médica reposa en la carencia de prueba del protocolo médico para prescribir la aplicación de un medicamento por fuera de la ficha técnica e incumplimiento de la Disposición autorizativa bajo receta archivada de ANMAST 840/95, tornando responsable al facultativo aún fuera con el expreso consentimiento informado del paciente.

Por lo demás, el supuesto cumplimiento de consentimiento informado resultante de la declaración de la testigo A. B., comporta su manifestación que entregó el documento del consentimiento informado al paciente y estaba en compañía de sus padres y que estaba de acuerdo para que se le practicara la inyección de Avastin; responde asimismo que el documento es el que se encuentra a fs. 51/55 del cuerpo principal y que fue firmado por el paciente.

La demandada no trae el documento de consentimiento informado que manifiesta habría firmado el actor, trae en cambio un formulario modelo a fs. 290/293vta., carente de toda firma. En tanto la referencia a la constancia de fs. 51/55 es documentación presentada por la actora, precisamente otro modelo integral del consentimiento informado que debió cumplir la demandada, pero firmado por el paciente, como prueba de la información de las complejidades que importaba la práctica médica "off label".

En conclusión, la pretensión de la demandada del cumplimiento del recaudo con lo manifestado por la parte actora a fs. 117vta. (inicialmente hoja n° 4), no importa el cumplimiento del consentimiento informado y firmado por el paciente que debía cumplirse como previo a la aplicación intraocular del Avastin. La jurisprudencia resulta incisiva sobre el particular: "…los profesionales se desempeñan en áreas de conocimiento donde la información a los consumidores es particularmente escasa. De ahí que en función de la particular debilidad en que se encuentran los contratantes de estos servicios (sumado a la "autoridad" que en cada materia le asiste al profesional el hecho de contar con un título y una matrícula), estos no cuentan con otra alternativa que depositar su confianza en el prestador" (Cám.Nac.Civ., Sala G, 13-03-07 "Degleue,

Cynthia L. c. Tobolsky, Ángel); otro: "…Es deber de los médicos informar sobre los riesgos previsibles de común ocurrencia según las estadísticas, experiencia médica habitual en la especialidad e investigaciones existentes sobre el tema y las condiciones de salud del paciente, asustado o ansioso por la situación, la aceptación de riesgos por parte de éste no importa un "bill" de indemnidad para el médico ya que no exonera su responsabilidad por negligencia, ni puede considerarse como una autorización de someter al paciente a prácticas injustificadas (Cám.Nac.Civ., Sala L., 25-07-08 "A.G.N. c/ G., P.M. s/Daños y perjuicios"; fallos citados de la autora ya citada M. C. C.).

En su oportunidad la jurisprudencia de esta Cámara sobre responsabilidad médica (autos caratulados: "Irurzum, Elsa María c/ Escobar, Juan Carlos y otro s/ daños y perjuicios", expte. N° 10.074/98), señalaba: "Cuando se trata del desempeño de los cirujanos cabe adoptar un criterio estricto de apreciación de culpa, porque se acentúan de un modo muy especial las providencias precautorias por la capacidad de previsión del profesional especializado, atento los valores en juego sobre la integridad corporal del paciente, mayor será su responsabilidad por el hecho dañoso (arts. 512, 902 y 909 CC) y solo si hubiera un gran margen de duda cabría presumir la inocencia del mismo sobre el hecho dañoso" (C.Nac.Civ. y Com. Fed., Sala 3ª., 9/1/95 en J.A.1997-I-414).

En definitiva, por las consideraciones expuestas corresponde hacer lugar a los agravios interpuestos por la parte actora y revocar la sentencia, apelada en cuanto a lo pronunciado.

El recurso se interpuso con argumentación que solo ha interesado lo resuelto en la sentencia respecto a las partes codemandadas A. R. A. y la Clínica S. I., siendo respondidas por estas unificando la representación letrada y fundamentos de la contestación y lógica

vinculación obligacional en la citada Aseguradora F. P. S..

Las dos primeras negaron la responsabilidad de la clínica donde se realizó la intervención, sosteniendo la inexistencia de toda imputación y negativa de haber asumido una obligación de seguridad.

La F. P. S. S.A. contestó la citación a fs. 693/697, con lo que responde hasta los límites del seguro y por la negativa a los rubros reclamados por la actora, conforme el resultado de la sentencia. Se tendrá presente la reserva el caso federal.

Conforme con lo analizado en función del recurso ante esta alzada, no resulta incidencia sustantiva respecto a la codemandada P. R. S.A.Q. e I., encontrándose en consecuencia
desierto el recurso en cuanto al resultado del juicio que asiste a esta parte, con lo que la sentencia queda firma a su respecto en todas sus partes (art. 268 y 269 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico y costas (art. 69 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico y regulándose conforme las pautas resultantes de la normativa arancelaria que se cita.

En cuanto se refiere al codemandado Dr. A. A., queda establecida la responsabilidad civil contractual médico-paciente, en cuanto aun fuera la concurrencia voluntaria de este último al lugar de desempeño del primero, la Clínica S. I., la vinculación opera de pleno derecho en cuanto el facultativo se sirve de la organización empresaria del centro asistencial autorizado para funcionar como tal, actividad comercial con fines de lucro (arts. 7° y 8° inc.5° del Cód. de Com. entonces vigente), que se realiza a través del médico vinculado a la institución, le compete y obliga a esta a mantener la vigilancia de las prestaciones considerando que está en juego la salud o la vida de las personas; vinculación

obligacional que corresponde por afinidad con el contrato de locación de servicios, que hace responsable al empresario del trabajo de las personas que ocupa (art. 1631 C.C., entonces vigente), con lo que las obligaciones resultan acumulables y los obligados lo son "in solidum" por la totalidad del resarcimiento, por lo que corresponde la condena en la forma accionada.

En cuanto a la parte citada en garantía, que se aviene a responder en su caso en la medida del seguro, contestación recepcionada a fs. 715, sin controversia de la citante, responderá en tal medida.

Comportando el recurso interpuesto por la actora la revocatoria de la sentencia, modificación de la imposición de costas y regulaciones de honorarios que le atañen, carece de virtualidad la revisión del recurso por honorarios del Dr. Tejedor, pues procede nueva imposición y regulación del profesional, conforme con el art. 282 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico. Así se declara.

No se ajusta a derecho la demandada al sostener por el total de los montos demandados una pluspetición inexcusable, desde que la actora se atiene además a lo que en más o en menos resulte de la prueba.

La actora funda la indemnización por la incapacidad derivada, perjuicios que afecten las facultades o aptitudes, la integridad física, la belleza corporal, que importen un perjuicio patrimonial y el menoscabo a la capacidad productiva. Cita casos de jurisprudencia y peticiona en principio por incapacidad una indemnización de $1.000.000. Incorpora en forma autónoma daño estético, argumentando que no solo se traduce en una incapacidad sobreviniente, sino que ha quedado desfigurado en su anatomía. Los estima en $500.000. Define el daño con cita de fallos de jurisprudencia. Por daño moral demanda la suma de $600.000, bajo el principio básico de su naturaleza dañosa evidente, que no requiere prueba

específica. Demanda asimismo daño psicológico, sosteniendo que debe ser diferenciado del daño moral, si bien ambos afectan el equilibrio emocional, cuando la gravitación de las aptitudes físicas inciden en la esfera psíquica. Peticiona la suma de $100.000. Incorpora finalmente en la demanda el concepto de daño al proyecto de vida, fundado en la Declaración de los Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica.

El análisis de las indemnizaciones reclamadas es claro que evidencian en lo inmediato un daño por incapacidad permanente, la enucleación del ojo derecho del actor damnificado, resulta un daño gravísimo con solo comenzar en lo básico que la pérdida en su aspecto laboral comporta un 60% de la incapacidad de la total obrera (D.T.1994-B-1803, art. 52 Ley 24241), pero donde asimismo en el marco de la reparación integral, cuentan los menoscabos que de público y notorio afectan la vida diaria, doméstica y de relación social (art. 1068 C.C. y concords., entonces vigente). Pero paralelamente, debe tenerse asimismo en consideración que el damnificado conllevaba prematura y previamente diversas afectaciones de su salud, cursando grados hipertensión y dializado crónico, con lo que a los 27 años la plenitud de su facetas de vida acostumbradas ya se encontraban parcialmente disminuidas.

Por otra parte, los montos peticionados evaluados individualmente por incapacidad, daño estético, psicológico, moral y proyecto vida, por los mismos motivos precedentes deben ser morigerados y por lo demás, sin perjuicio de la jurisprudencia de esta Cámara, que por la sustancia espiritual que posee la noción de daño moral, muestra una coincidencia fáctica con la lesión psíquica (*cf*. Rep. J.A.1997, pág.476, nros. 221, 222,

223, 224); en su caso asimismo con el daño estético y hasta con el proyecto de vida que se invoca afectado.

La pretendida autonomía del daño estético, queda obstaculizado por la ausencia de la prueba pericial pertinente determinante de su incidencia. La documental fotográfica invocada por la actora obrante en la Doc. Reservada N° 63/2007 de origen, fue desconocida en su autenticidad por la demandada y en la oportunidad de su ofrecimiento, se proveyó correctamente estarse a las circunstancias del proceso. Tampoco se rindió prueba pericial respecto a la incidencia material estética en el rostro del actor, por lo que en definitiva, se rechaza en cuanto al monto demandado sin perjuicio de su natural incidencia como daño moral.

Daño al proyecto de vida. Peticiona asimismo la suma de $100.000, fundado en el concepto convenido en el Pacto de San José de Costa Rica de Derechos Humanos del 17/9/1997, por lesión al concepto de realización personal. La parte demandada controvirtió la procedencia fundado en la ausencia de prueba de este daño.

La interferencia al proyecto de vida del actor no ha quedado escindida de la incapacidad sobreviniente analizada, donde se contempla la afectación integral del damnificado de acuerdo a la formación, destrezas y diversas actividades, incidentes en lo laboral y su vida de relación, por lo que no corresponde una indemnización autónoma de la establecida.

Por lo expuesto, alcances precedentes y evaluaciones, estimo que el monto por incapacidad permanente debe prosperar por la suma de $800.000 y por daño moral, comprensivo de las facetas de los daños que lo integran, en la suma de $600.000.

Intereses: peticionó la parte actora los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut, a partir del 17/11/06, con capitalización

a treinta días, actualización monetaria y costas.

Fluye que la revocatoria del fallo que se propugna comporta la modificación de las costas y su imposición a las partes codemandadas, en ambas instancias, con la salvedad ya señalada (art. 69 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico).

Las accionadas rechazan con justeza la pretendida capitalización y actualización monetaria, lo que se pretende sin fundamentación considerando las limitaciones resultantes de la Ley 23928 y del art. 623 CC entonces vigente.

Por lo demás, sin perjuicio de la jurisprudencia actual de esta Cámara que ha requerido parciales modificaciones de las tasas de interés, no resultando más gravosa la peticionada, corresponde que la condena conlleve la aplicación de la tasa activa para las operaciones de descuentos del Banco del Chubut, a partir del 17/11/2006, congruente con la petición desde la producción del daño.

Para regular honorarios en ambas instancias, rige la Ley XIII N° 4, en sus arts. 5, 6. 8, 9 y concords. en la primera, más su conjunto normativo con el art. 13 en la segunda. En consecuencia, considerando asimismo el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, propongo en la 1era. Instancia los honorarios conjuntos de la Dra. P. L. G. y Dr. S. M. M., en 22% y los conjuntos de los Dres. C. M. Z., A. G. C. en 18% y los correspondientes al Dr. D. A. T., en 17%.

Los del perito médico Dr. H. F., en el 1% y los de la perita M. J. M. en el 2%, en todos los casos del monto del juicio y más IVA si correspondiere. En la alzada, propongo los honorarios de la Dra. P. L. G., en 28%, los del Dr. C. M. Z. en 25% y los del Dr I. F. A.., en 27%, en todos los casos de los honorarios que les resulte por cada parte en primera instancia.

A la segunda cuestión, el Dr. Fernando Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora F. S. F., fundado a fs. 1896/1889vta., contra la sentencia de fs. 1865/1875vta., con los alcances que resultan de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia aludida, hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la parte actora F. S. F. y condenar en forma solidaria a las codemandadas A. R. A. y la Clínica S. I., esta con los alcances de los arts. 35 y 36 de la Ley X N° 3 del Digesto Jurídico de ejercicio de la medicina, a pagar a la parte actor en plazo de 10 días la suma de Un millón cuatrocientos mil pesos ($1.400.000), con más los intereses a la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco del Chubut a partir del 17/11/2006, hasta el momento de su efectivo pago.

3) Declarar extensiva la condena precedente a la citada en garantía F. P. S. S.A., hasta los límites del seguro.

4) Declarar desierto el recurso interpuesto por la parte actora contra la parte codemandada P. R. S.A.Q. e I., declarando firme la sentencia a su respecto en todas sus partes.

5) Revocar parcialmente el punto 2° de la parte resolutiva de la sentencia aludida respecto a la imposición de las costas y regulación de honorarios, imponiéndolas en cuanto prospera la demanda a las codemandadas del punto 2 de la presente y confirmando las impuestas a la parte actora en función de la acción contra la codemandada P. R. S.A.Q. e I.

6) Revocar parcialmente la regulación de honorarios de primera instancia, proponiendo las del considerando respectivo.

7) Imponer las costas de la alzada a las codemandadas del punto 2, con salvedad de las correspondientes por la codemandada P. R. S.A., las que se imponen a la parte actora.

8) Proponer la regulación de los honorarios de la alzada, de conformidad con el considerando respectivo.

9) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por la parte actora a fs. 1889vta.

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Que tal como bien señala mi colega preopinante, la accionante vio frustrada su pretensión de resarcimiento por daño ocasionado por presunta mala praxis (fs. 1865/1875vta.), apelando tal decisión conforme el informe de fs. 1896/1899 que le es contestado por la demandada a fs. 19011905vta. insinuando insuficiencia recursiva.

También apela el decisorio el letrado de la citada en garantía, por derecho propio y en cuanto a la regulación de sus honorarios considerándolos bajos.

De lo expuesto obra en el voto señalado completa reseña, lo que evita su mera reiteración.

Tras detenida lectura de los actuales argumentos críticos del accionado entiendo que resultan suficientes para mantener abierta la instancia al cuestionarse la valoración probatoria de los aportes adquiridos en la causa de mayor trascendencia para la resolución del conflicto, comprendiendo cada etapa de la evolución de la relación médico-paciente y su lamentable culminación. Y hemos señalado en casos análogos que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin más, no alcanzan la crítica que exige la norma (art. 268 CPr/DJ), no obstante, si se logra cumplir aunque sea

mínimamente con aquellos requisitos a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, no habré de propiciar la sanción de deserción que postula la contraria.

Advierto que limitaré mi interés en aquellos argumentos y prueba que considere conducente a la solución del litigio (Fallos 221:37; 222:1186; 226:474; 228:279; 233:47; 234;250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre muchos).

Veamos: dice la recurrente al comienzo de su crítica que el juez consideró erróneamente la condición visual del actor al momento de su intervención inicial.

Que si bien del fallo no surge una clara relación circunstanciada de los hechos en forma cronológica, ya que se parte de la valoración individualizada de la prueba adquirida sin precisa correlación, recién a fs. 1873vta. -último párrafo- y consecuencia de la actividad jurisdiccional señalada se indica con absoluta contundencia que de conformidad a lo consignado a fs. 947/989 "…en forma previa a la consulta con el Dr. A., -F.- ya presentaba ceguera en su ojo derecho".

Tan contundente afirmación se registra en la contestación de demanda del accionante calificando la carencia como irreversible (fs. 295vta./297). Tal situación tiene como antecedentes las dolencias que señala previamente y que se constatan en la HC de Clínica del V. con la firma de la Dra. S..

La pericial de fs. 1797/1814, cuasi mutilada por descuidados desglosamiento de piezas procesales –en lo que se advierte-, al contestar a fs. 1803/4, p. II.1. recoge tales datos sin mayores explicaciones. Y agrega que el paciente al momento de aquella primera consulta presentaba "amaurosis" en el ojo derecho contestó que sí y si presentaba tal trastorno se lo puede individualizar como "visión luz" semejante a "ceguera legal" o

“amaurosis” también la respuesta fue afirmativa (fs. 1807/1808 ps. 1.7 a 2.1).

Como he adelantado, tales respuestas guardan relación con la documental médica obrante en la causa a efectos de fundar su calificada opinión a las preguntas que surgen de los respectivos pliegos de las partes consultantes y cuando habla de “ceguera total” refiere a una Historia Clínica de un tercero, ya que el demandado no aportó, pese a las prescripciones que rigen la practica del arte médico, con normativa concreta respecto al tema, como tampoco se acompañó el “Consentimiento informado” de unánime requerimiento dentro de las reglas de la bioética profesional, todo lo cual afecta seriamente la valiosa opinión volcada en la experticia no por el auxilio en la materia de su especialidad y cuasi vinculante, salvo raras excepciones, pero sí afectada por estar basada en datos concretos respecto de un individuo en particular con sus peculiaridades ajenas a todo otro paciente (ver “La historia clínica como herramienta idónea para reflejar la praxis médica”, por De Falco, Carlos Rodolfo, DJ 20/04/2005, 1071).

Sigue argumentando el demandado en su responde que tras el debido informe al paciente y familiares y realizar interconsultas no existiendo posibilidad de recuperar la vista el paciente acepta el uso del tratamiento con Avastin poniendo en boca de F. una frase de congoja y resignación que jamás logró probar, por el contrario, el paciente afirma en su demanda que tras el tratamiento con corticoide y uso de aspirinetas para bajar la inflación ocurrida como consecuencia de la trombosis de la vena central de la retina, pasadas dos semanas de aquella primera consulta advirtió una sensible mejora en su vista, pero ante la segunda consulta el oftalmólogo le

indica que no habrá más mejoría y recomienda el uso del medicamento en cuestión.

A efectos de aportar luz sobre tales contradicciones vale recordar: "Conocida es la postura doctrinaria y jurisprudencial que deja en alguna medida de lado la distribución clásica de la carga de la prueba, entendiendo que no se trata de principios inflexibles y alude a la denominada carga dinámica de la prueba, dando preeminencia a la necesidad de cooperación en materia probatoria, sobre todo cuando una de las partes goza de facilidad probatoria. Se dice, al respecto que no pueden caber dudas de que el médico quien, por ser el profesional de la ciencia médica, además de su experiencia y habitualidad, tiene mejores posibilidades de demostrar al juez como ocurrieron los hechos. Aquello que es para el paciente un misterio, es para el médico verdad sabida, historia conocida. De donde, avanzamos sosteniendo que es al médico a quien le corresponde, frente al fracaso del plan o programa, al hecho de no alcanzar los resultados próximos o mediatos prometidos, demostrar el porqué, la denominada imposibilidad de sanar (MOSSET ITURRASPE, Jorge, “De la casualidad a la causalidad en la responsabilidad médica”, en Rev. de Derecho de Daños, 2003, “Responsabilidad de los profesionales de la salud”, Rubinzal Culzoni, p. 13)".

Además, el claro incumplimiento de la manda bioética pese a lo afirmado por la pericial médica y el testimonio de Alejandra Marcela Brandt (fs. 1178/1178vta.) en su cotejo con el documento sin firma de fs. 51/55 corroborando sus dichos en cuanto a tal omisión, obstan a la credibilidad del accionado.

A lo dicho debe sumarse la declaración testimonial calificada en cuanto al hecho a probar de la Dra. S. de fs. 830/831, aclarando al contestar la segunda repregunta y sin haber merecido impugnación alguna que cuando se

hace referencia a la amaurosis en la HC que da fundamento al accionante, al perito y al juez a hablar de ceguera irreversible, ella en realidad refería a una alteración que si bien no puede graduar le importaba al paciente una pérdida de visión importante. En consecuencia, esta contestación avala la presunta mejoría a la que alude F. previo a la segunda consulta.

También es posible obtener algunos datos referidos a la gravedad y probable evolución del diagnóstico plasmado a fs. 23, *v. gr.*, refiriendo a la trombosis de vena central se la califica como el síntoma más común de la OVCR es pérdida de visión o visión borrosa, parcial o total en un ojo y entre las causas más frecuentes de amaurosis fugaz se encuentran la existencia de un émbolo en la arteria carótida, la arteritis de la temporal, la arterioesclerosisoclusiva grave de la carótida, las crisis de hipertensión arterial y la obstrucción de la vena central de la retina, ver *v. gr.* https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000784.htm y que las nuevas técnicas permiten mejorar la función visual en pacientes con trombosis de la vena central de la retina, según la experiencia del Instituto de Microcirugía Ocular (IMO) de Barcelona. En colaboración con la Universidad Autónoma de Barcelona y el Hospital V. de Hebrón, este instituto ha aplicado con éxito un método de vitrectomía para abordar la trombosis de vena de rama de la retina (www.dmedicina.com/enfermedades/ 2001/12/10/nuevatecnica-mejora-vision-trombosis-retina -8170.html). Lo dicho pone cierto grado de duda la supuesta irreversibilidad argumentada, más allá de la gravedad del daño padecido.

Así, ante aquellas encontradas manifestaciones iniciales vale recordar que la duda favorece al paciente y es que en la materia toda eximente de responsabilidad

esgrimida en el comienzo por el demandado le carga el peso su prueba, máxime, cuando al no haberse demostrado cabalmente los actos de prevención y cuidado requeridos ante tan especiales circunstancias en las que legítimamente el profesional consideró indispensable utilizar un medicamento *off label*, pero asumiendo el riesgo cierto de su posibles consecuencias en razón de las constantes recomendaciones formuladas por instituciones nacionales, internacionales y del mismo laboratorio – todo acompañado en la causa-.

Y es que tal como enseña Roberto A. Vázquez Ferreyra, en su trabajo "El consentimiento informado en la práctica médica" (http://federacionuniversitaria12.blogspot.com.ar/2011/12/el-consentimiento-informado-enla.html), "La constante evolución jurídica y filosófica ha llevado a un aumento considerable de los derechos humanos fundamentales. En el ámbito de la ciencias de la salud, este desarrollo ha repercutido de varias maneras. Así por ejemplo: a) impulsando el desarrollo de las cartas de los enfermos, b) potenciando la bioética y c) poniendo en crisis el modelo tradicional paternalista. Hoy en día, la dignidad de la persona resulta indiscutible y es fundamento de todo el ordenamiento. Su reconocimiento es expreso en todas las leyes supremas. De ello se deriva que el derecho al consentimiento informado esté catalogado entre los más importantes derechos humanos. En este camino, se dilatan los llamados derechos de los pacientes y así se pasa de una medicina paternalista a una medicina en donde prima el principio de autonomía".

Conforme el concepto, se ha resuelto de modo reiterado ante su ausencia que en el consentimiento informado se está ante una operación compleja que consta de dos aspectos directa e íntimamente vinculados entre sí: por un lado, la información que debe brindar el

facultativo acerca del estado de salud del paciente, su dolencia, pronóstico de su evolución, diagnóstico, tratamiento aconsejado, etcétera. Por el otro, el consentimiento de este último con la estrategia propuesta para neutralizar, combatir o mitigar la patología que motiva la consulta. Y el estrecho contacto entre ambas facetas es evidente pues no puede existir un consentimiento válido si el médico ha fallado en su deber de información; de manera que aquel funciona como la contracara o el anverso de este.

> Por lo tanto, el consentimiento informado tendría el efecto de quitar antijuricidad al acto médico, y en tal virtud se ha dicho que constituye un requisito insoslayable de toda intervención que encare el profesional. El sustento de esta afirmación reside en el derecho que asiste a todo sujeto a decidir sobre el porvenir de su entidad psicofísica (ver, *v. gr.*, CNCiv., Sala B, 23/05/2007 – "L. C. A. c/ R. P. F. y otros s/ daños y perjuicios"-
>
> cita: MJ-JU-M- 12546-AR - MJJ12546 - MJJ12546; "Derecho de los pacientes" por Prevot, Juan Manuel, publicado en: RCyS 2012-III, 285).
>
> Ello así, máxime cuando está en la decisión del facultativo el uso de un medicamento no autorizado por el ANMAT y aún cuando se haya generalizado su uso en la especialidad, se reiteran las recomendaciones aún en la actualidad (ver, *v. gr.*, publicación de este año referido al tema titulado como "Reacciones adversas producidas por el uso off-label oftalmológico – Informe técnico abril 2016 Departamento de farmacología" del ANMAT dependiente del Ministerio de Salud de la Nación en
>
> http://www.anmat.gov.ar/ets/Bevacizumab_reacciones_adversas.pdf).

Se ha dicho que el AVASTIN se provee por amparo y así se verifica en numerosos casos tanto con esta droga

como con otras no autorizadas o fuera de prospecto (ver *v. gr.*, CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 24/11/2011 -"C. A. A. c/ Mapfre Salud .A. s/ recurso de queja"- Cita: MJ-JU-M-71373-AR - MJJ71373 - MJJ71373), la excepción de su autorización justifica los recaudos previos y posteriores que debe asumir el facultativo que lo medica. (resultan útiles al efecto las testimoniales de fs. 1440/1442 y de 1443/1444) en cuanto a la necesidad de control y autorización del ANMAT e informe de esta Institución dependiente del Ministerio de Salud de la Nación reservado y que tengo ante mí.

Considero de interés el estudio realizado en cuanto al tema en cuestión por M. C. C. señalado por mi colega preopinante- titulado "Uso offlabel y contraindicado de medicamentos- Cuestiones éticas y responsabilidad profesional", publicado en http://farmaysalud.blogspot.com.ar/2013/04/uso-off-label-y-contraindicado-de.html, en el cual en uno de sus párrafos se lee: "En nuestro país la prescripción para indicaciones no aprobadas o fuera de prospecto podría aceptarse, según parte de la doctrina, de acuerdo con el art. 2° inc. a) de la ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina. Según la misma, se interpreta que pueden ser utilizados medicamentos para indicaciones diferentes a las oficialmente aprobadas siempre que sea para casos en que está en juego la vida del paciente y no hayan resultado eficaces los tratamientos habituales (aprobados por la autoridad regulatoria) para la enfermedad que padece el mismo, o bien para los casos en que no haya tratamientos aprobados".

Esto implica entonces que dicho uso puede darse para situaciones individuales y de excepción.

Pero esta interpretación también debe ajustarse a lo normado mediante el artículo 20, incs. 7 y 8, de la Ley 17132[5], según los cuales: "queda prohibido a los

profesionales… aplicar procedimientos que no hayan sido presentados o aprobados en centros universitarios o científicos reconocidos" o "practicar tratamientos personales utilizando productos… no autorizados por la Secretaría de Estado de Salud Pública".

Es decir que el uso para indicación "off-label" en nuestro país debe tener un sustento sólido en información bibliográfica. Los países que tienen regulado este procedimiento como España, por ejemplo, (RD 1015/2009[6]), exigen además la existencia de un protocolo terapéutico asistencial, la justificación de la inexistencia de alternativas autorizadas y la firma de un consentimiento informado por parte del paciente o su representante.

Personalmente considero necesario recurrir, frente a la falta de regulación específica, al art. 16 de nuestro Código Civil que reza: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

Buscando entonces leyes análogas encuentro la Disposición ANMAT N° 840/95 que regula la solicitud de drogas en situaciones especiales, por uso compasivo; y estimo que hasta tanto no se dicte una norma específica, esta sería de aplicación para el uso *offlabel*.

Me inclino a afirmar que es en el único caso en que puede prescribirse un fármaco en etapa de investigación aún para una nueva indicación, fuera de los estudios con protocolos aprobados por la autoridad regulatoria. Tal fue el procedimiento seguido en España hasta el año 2009 en que se dictó el Real Decreto de Acceso a Medicamentos Especiales, a partir del cual se distinguen claramente

los procedimientos y requisitos legales para el uso compasivo y el uso *off-label*.

La utilización de medicamentos en indicaciones diferentes a las establecidas en su ficha técnica, de existir en el mercado un producto específicamente indicado para la enfermedad a tratar, o bien cuando su uso está contraindicado expresamente en el prospecto para ser utilizado *off-label*, de acuerdo a lo descripto "ut supra", conforman una serie de situaciones que pueden traer aparejadas la responsabilidad civil y/o penal para el médico, como así también generar la responsabilidad del financiador (prepaga, obra social, prestador, etc.) por los posibles eventos adversos que pudieran ocasionar.

La seguridad del paciente es el principal objetivo que se busca a través de la regulación ética y jurídica del medicamento. Por tal motivo, el "uso *off-label*" fuera de las situaciones descriptas en la Disposición ANMAT 840/95, deja en una total indefensión al médico frente a posibles eventos adversos, por más que haya existido un consentimiento informado, que es el requisito legal para poder llevar a cabo este tipo de tratamientos. Es que el galeno que prescribe un fármaco es el responsable de su elección para la patología que padece su paciente y tiene un deber accesorio de seguridad, como obligación de medio (ver "FERREIRO, Jorge Elías c/ CARIOLA, Luis y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROFESIONAL" -SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2003-CNAC, Cap. Fed., Sala C).

De conformidad a lo expuesto y de los antecedentes de la causa, además de no haberse cumplimentado con la confección de Historia Clínica (el demandado hace especial referencia de la llevada por Clínica del V. con la forma de la Dra. S. a fs. 295 de su responde –obran en autos-), ni haber probado de modo alguno el consentimiento debidamente informado del paciente y no lo es la conformidad de fs. 117vta. y no se ha respetado

protocolo alguno, tal como se sugiere en la nota para evitar asumir
los riesgos del uso oftalmológico de droga no indicada hasta el presente para el fin invocado.

Sin que se aportarán elementos suficientes de valoración a los fines de valorar conductas ajustadas a caso durante la práctica, de estudio, de preparación del paciente, de lugar, tiempo y modo, dosis y frecuencia de medicación (ver
http://www.roche.com.ar/content/dam/roche_argentina/es_AR/corporate/Files/prospectos/Prospecto_Avastin_Pac.pdf) ni el cumplimiento aconsejado posterior a su aplicación, ya que no le fue indicado, algún cuidado especial o un medico alternativo ante una eventual ausencia, hecho que ocurrió –fs. 26/27- (ver www.pasteur.cl/prestaciones-medicas/ciru
gias/inyecciones-intravitreas/inyeccion-intravitrea-deAvastin/) en prevención de posibles complicaciones o de una infección (endolftalmitis) que en definitiva fue determinante de la evisceración del globo ocular para evitar un mal mayor, me persuaden de la configuración de negligencia, reiterada en el caso, por parte del accionado en directa relación con el daño sufrido por el acciónate, esto es la prueba fehaciente del nexo causal y en consecuencia corresponde revocar en el punto el fallo absolutorio.

A los fines de cuantificar el resarcimiento debe tenerse en cuenta, tal como claramente surge de la prueba adquirida en la causa, que F. acude al oftalmólogo como consecuencia de la incidencia de sus otros males en el ojo derecho y de conformidad con el diagnóstico ya aclarado en probada magnitud. Lo dicho tiene por virtud graduar razonablemente la atribución de responsabilidad de quien debe responder por el daño probado.

Y en tal sentido se ha dicho que cuando una cierta patología (que no es "condición" sino "causa") ya está presente al momento en que el médico cuestionado hace su aparición y toma a su cargo al paciente, y cuando el galeno "no puso" la enfermedad en el enfermo, sino que solo ha contribuido a su agravamiento, destruyendo las posibilidades de curación, mejoría o sobrevida, no puede hablarse, en rigor, de que el médico sea responsable por la totalidad del daño, sino que lo es, únicamente, por la especie de daño conocida en doctrina como "pérdida de chance", cuyo resarcimiento no puede ser el mismo que cuando el galeno ha ocasionado todo el perjuicio que sufre la víctima (ver, *v. gr.*,
"Diferencia conceptual entre "daño total" y "pérdida de chance" por López Miró, Horacio G., en: DJ 22/03/2006, 740). De allí que al margen de tomar en consideración a la luz de la legislación anterior, de conformidad a la fecha del hecho, en consideración del daño cierto sufrido que disminuyó su capacidad vital no solo en su faz netamente laboral o productiva, sino en toda su vida de relación -social, cultural, deportiva e individual-, prudentemente y conforme las facultades y pautas que autoriza al art. 165, últ. parte, del CPr/DJ, una suma que concuerda con la propuesta por quien elabora el primer voto.

En cuanto a la afección espiritual, Bueres señala que el daño moral, aún concebido en sentido amplio, esto es, no reducido al clásico *pretium doloris* (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.), sino inclusivo de toda lesión a intereses (jurídicos) del espíritu que cause alteraciones desfavorables en las capacidades del individuo para sentir *lato sensu*, querer o entender (ver "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, al psique, a la vida de relación y a la persona en general" en Rev. de Derecho Privado y Comunitario de

Rubinzal Culzoni 1992, N° 1, págs. 237/259), requiere a los fines de su dificultosa cuantificación, en tanto insusceptible de ser mensurada con exactitud, un cierto grado

objetivo de ponderación de la gravedad del perjuicio, como presupuesto de razonabilidad de la indemnización que se mande pagar.

Así, puede utilizarse como referencia la predecible repercusión de las consecuencias del hecho dañoso en las personas, según lo que acostumbra suceder a estas según la experiencia y/o lo que ocurre generalmente conforme el curso normal y ordinario de las cosas, es decir, el sufrimiento verosímilmente padecido que sin dejar de ponderar su personalidad, excluya efectos magnificantes, que eventualmente se puedan presentar fruto de hipotéticas patologías preexistentes, que pudiera padecer la víctima.

Lo expuesto guarda relación con el carácter resarcitorio que le asiste al rubro (*cf. v.gr.* Bustamente Alsina, J., "Teoría general de la responsabilidad civil" Bs. AS. 1989, págs. 179 y sigtes.), de allí que se haya dicho que, siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria, solo debe buscarse una relativa satisfacción del agravio mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, sin que ello represente un lucro que desvirtúe la finalidad de la reparación pretendida, y no termine convirtiéndose en un indebido enriquecimiento de la víctima (ver, *v.gr.*, CNCiv. sala A, 21/02/2008, en Rev. ED de 2008/08/11, pág. 4), tal la doctrina y jurisprudencia receptada en la reforma del CCyC. y de tal modo, a la luz de toda la abundante prueba que obra en la causa tanto en cuanto a las afectaciones pasadas y futuras ante la magnitud del daño no cabe duda alguna en estimar una suma análoga a la de quien me precede en el sorteo.

No cabe duda alguna en cuanto al relación existente entre el profesional y la clínica en la cual realiza y realizó los actos reprochados, en consecuencia bien se ha dicho que la obligación que liga al establecimiento asistencial con el paciente, que utilizó tanto a su personal médico como a las instalaciones necesarias para su atención y tratamiento, es de naturaleza contractual (arts. 499 y sgtes. del anterior Código Civil y, especialmente, arts. 512, 519, 520 y 521 de dicho ordenamiento).

Es así, que el deber de reparar surge de la obligación tácita de seguridad que le incumbe y que funciona en carácter accesorio del deber principal de prestar asistencia con los medios y personal adecuado, de modo que la demostración de negligencia u omisión en el servicio médico o en el tratamiento, pondrá de manifiesto la transgresión de la prestación debida (*cf*. Bustamante Alsina, "Responsabilidad Civil de los Médicos", L.L. 1976-C-66; Bueres, "Responsabilidad Civil de los Médicos", pág. 127 y "Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos", pág. 26, n 3; Ghersi, "Responsabilidad de los Médicos y Entidades Asistenciales", J.A. 1988-IV-696; Belluscio, "Obligaciones de Medio y de Resultado. Responsabilidad de los Sanatorios", L.L. 1979-C-19).

Por lo demás, ese deber de conducta secundario -en relación con la obligación principal de prestar el servicio de salud- destinado a evitar que los pacientes sufran daños corporales, ya sea por la producción de accidentes o bien por cualquier otra circunstancia-, configura una obligación de resultados (*cf*. MazeaudTunc, "Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Contractual y Delictual", t. I, vol. I, n 159-2, pág. 236, cit. por Bueres Alberto J., op. cit., pág. 440; CNCiv., sala A, 07/02/2011 -"R. A. S. y otro c/ SANATORIO

MODELO ADROGUÉ S. A. y otros s/ daños y perjuicios" - cita: MJ-JU-M-64460-AR - MJJ64460 - MJJ 64460). La obligación asumida por esta institución, en atención a su naturaleza lo es “in solidum”, al igual que la de su citada en garantía (fs. 317) y que tuvo actividad activa en autos pero en la medida del seguro.

La crítica fundada en contra del fallo, tal como lo exigía el art. 268 del CPr/DJ, tan solo bastó, en escasa medida no obstante lograr el debate en cuestión, para revisar la atribución de responsabilidad del profesional demandado y del instituto médico en el cual desarrollaba su profesión, pero nada dijo en cuanto al laboratorio, productor del medicamento y que fuera absuelto en la demanda, de allí que debe considerarse tal fallo como consentido.

En cuanto al agravio en particular y su ausencia, cabe recordar que cabe señalar que como acto procesal de parte, constituye requisito subjetivo de admisibilidad de todo recurso el interés de quien lo plantea. Así como para demandar se requiere que exista un "interés" por quien demanda, de la misma manera para recurrir se requiere que quien lo haga tenga también "interés" para hacerlo. Determina este interés la existencia de un gravamen, o sea de un perjuicio concreto resultante del pronunciamiento que afecta al recurrente y consiste, en términos generales, en la disconformidad entre lo solicitado y lo resuelto. O sea, que así como el interés es la medida de la acción, en el caso del recurso el agravio es la medida de la apelación (Víctor De Santo, "Tratado de los recursos", T. I -recursos ordinarios-, ed. Universidad Bs.As., 1987, pág. 102; Roberto G. Loutayf Ranea, "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", T. 1, ed. Astrea, Bs.As., 1989, pág. 211; Hugo Alsina "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T.IV "juicio ordinario segunda parte",

Ediar SA Editores, Bs. As. 1961 segunda edición, pág. 191; Fenochietto Carlos E. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. 2, com. art. 242, n° 3, entre otros; CNCiv., sala H, 03/08/2005 –"Consorcio de Prop. Av. R. 4541/43 c. Martínez, Jorge S. y otros"- LL 02/11/2005, 11).

Estimados los montos de la condena, corresponde conforme lo peticionado establecer intereses y siguiendo el criterio de este cuerpo y lo que es aún doctrina legal, corresponde aplicar la tasa activa del Bco. Chubut a partir del 17/11/2006 (fs. 118 *in fine*).

La queja por honorarios, de conformidad a lo resuelto, se tornó abstracta.

De conformidad al acuerdo arribado y la modificación del monto del juicio, corresponde la aplicación del art. 282 CPr./DJ, en consecuencia se imponen las costas a la vencida y a cargo del actor respecto a la codemandada P. R. SAQ e I, y diferir al momento del acuerdo la regulación de honorarios de ambas instancias de conformidad a las pautas de la Ley XIII nos. 4 y 15, debiéndose tener presente la reserva formulada por el llamado "caso federal", ya que el recurso ha prosperado parcialmente.

A la segunda cuestión, el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto del Dr. Nahuelanca, reitero su fórmula decisoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora F. S. F., fundado a fs. 1896/1889vta., contra la sentencia de fs. 1865/1875vta., con los alcances que resultan de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia aludida, hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la parte actora

F. S. F. y condenar en forma solidaria a las codemandadas A. R. A. y la Clínica S. I., esta con los alcances de los arts. 35 y 36 de la Ley X N° 3 del Digesto Jurídico de ejercicio de la medicina, a pagar a la parte actora en plazo de 10 días la suma de un millón cuatrocientos mil pesos ($1.400.000), con más los intereses a la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco del Chubut a partir del 17/11/2006, hasta el momento de su efectivo pago.

3) Declarar extensiva la condena precedente a la citada en garantía F. P. S. S.A., hasta los límites del seguro.

4) Declarar desierto el recurso interpuesto por la parte actora contra la parte codemandada P. R. S.A.Q. e I., declarando firme la sentencia a su respecto en todas sus partes.

5) Revocar parcialmente el punto 2° de la parte resolutiva de la sentencia aludida respecto a la imposición de las costas y regulación de honorarios, imponiéndolas en cuanto prospera la demanda a las codemandadas del punto 2 de la presente y confirmando las impuestas a la parte actora en función de la acción contra la codemandada P. R. S.A.Q. e I.

6) Revocar parcialmente la regulación de honorarios de primera instancia, fijando los conjuntos de la Dra. P. L. G. y Dr. S. M. M., en el veintidós por ciento (22%), los conjuntos de los Dres. C. M. Z., A. G. C. en el dieciocho por ciento (18%), los correspondientes al Dr. D. A. T. en un diecisiete por ciento (17%), los del perito médico Dr. H. F., en el uno por ciento (1%) y los de la perita M. J. M. en el dos por ciento (2%), en todos los casos del monto del juicio y más el IVA si correspondiere.

7) Imponer las costas de la alzada a las codemandadas del punto 2, con salvedad de las

correspondientes por la codemandada P. R. S.A.Q. e I., las que se imponen a la parte actora.

8) Regular de los honorarios en la alzada de la Dra. P. L. G. en el veintiocho por ciento (28%), del Dr. C. M. Z. en el veinticinco por ciento (25%) y del Dr. I. F. A. en el veintisiete por ciento (27%), en todos los casos de los honorarios que les resulte por cada parte en primera instancia.

9) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por la parte actora a fs. 1889vta.

10) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Presidente

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2016
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"
GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara