

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Error De Diagnostico Responsabilidad Del Establecimiento De Salud

JURISPRUDENCIA

En la Ciudad de Córdoba a seis días del

mes de junio de dos mil trece, se reunieron los Señores Vocales de la Excma. Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial en presencia de la Secretaria del Tribunal, a fin de dictar Sentencia en Acuerdo Público en autos ?D., S. F. Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA ? ORDINARIO ? DAÑOS Y PERJ. - MALA PRAXIS ? RECURSO DE APELACIÓN ? N° 1296326/36?, con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia número 395 de fecha 31 de octubre de 2011, dictada por la señora Juez de primera instancia y 4° nominación en lo civil y comercial de esta ciudad, cuya parte resolutive dispone: ?I) No hacer lugar a la demanda de indemnización de daños interpuesta por S.F.D., D.N.I. ... y M.V.P., D.N.I. ..., por derecho propio y en nombre y representación de sus hijas M.D., D.N.I. ..., y P.M.D. D.N.I. ... en contra de la Municipalidad de Córdoba, con costas a cargo de los accionantes.- II) Regular los honorarios profesionales devengados por la actuación en la causa de la Dra. Ana Carolina Terré Sesin en la suma de pesos ... (\$...), los que devengarán honorarios desde la fecha de la presente resolución y hasta su efectivo pago, aplicando para su cálculo la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina para el uso de la justicia con más el dos por ciento nominal mensual. Protocolícese, hágase saber y dese copia. Fdo. María de las Mercedes Fontana de Marrone (Juez).- Seguidamente se fijaron las cuestiones a resolver: - PRIMERA CUESTIÓN: ¿ES PROCEDENTE EL RECURSO DE APELACIÓN?- SEGUNDA CUESTIÓN: ¿PROCEDEN LOS DAÑOS RECLAMADOS?- TERCERA CUESTIÓN: ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE EMITIR?- De acuerdo al sorteo oportunamente realizado los Señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dra. Cristina E. González de la Vega, Dr. Miguel Ángel Bustos Argañarás y Dra. María Rosa Molina de Caminal.- A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA. CRISTINA ESTELA GONZÁLEZ DE LA VEGA DIJO:- I) Contra la sentencia cuya parte resolutive se transcribe supra, la parte actora, Sres. S.F.D.y M.V.P., por derecho propio y en representación de sus hijas M.D. y P.M.D.-por apoderado-, deducen apelación fundando sus disensos en esta Sede, los que han sido respondidos por la contraria. Firme y consentido el decreto de autos, y oído el Sr. Fiscal de Cámaras, pasan los presentes a despacho para resolver.- II) El rechazo de la demanda suscita en los accionantes las críticas que seguidamente paso a reseñar.- Primer agravio. Los actores se quejan por cuanto la sentenciante se basó en un esquema subjetivista como si se tratara de una mala praxis de un médico individual, cuando la pretensión debió ser analizada como responsabilidad del Estado por la falta de servicio, es decir, a través de un parámetro objetivo donde la idea de culpa resulta ajena. Cita jurisprudencia en apoyo.- Segundo agravio: la sentenciante ha ignorado un pasaje de la pericia, por medio de la cual se dijo que ?Las principales fuentes de error que originan resultados falsos positivos o falsos negativos, son generalmente debidos a metodologías no estandarizadas y a errores técnicos? (fs. 295). Manifiesta por otro costado, que la demandada no impugnó dicho informe. Agrega que el Municipio tenía la carga de acreditar que los test de sudor se habían practicado de manera técnicamente correcta y que en la Historia Clínica solo se consigna el resultado, pero no están los respectivos estudios ni el informe técnico de quien los realizó.- Tercer agravio. El falso positivo finalizó porque se indicaron cinco estudios adicionales, antes omitidos. Se agravan porque la Judicante no ha valorado correctamente el certificado de fs. 24, mediante el cual otros profesionales del mismo Hospital realizaron cinco exámenes complementarios, que habían sido omitidos de practicar al momento de diagnosticarse a M., mediante los cuales se descartó el ?falso positivo? sobre la FQ. Aducen que era la parte demandada quien estaba en mejores condiciones de demostrar que se tomaron todos los recaudos que el caso exigía.- Cuarto agravio: no hay prueba sobre la periodicidad necesaria de los test de sudor. Afirman que la conclusión a la que arriba la sentenciante en el sentido que ?tampoco ha habido una permanencia inexcusable en el yerro? es dogmática ya que no tiene respaldo en las constancias de la causa, ya que solo hay prueba de que se hicieron tres test que motivaron el diagnóstico, pero no hay prueba puntual sobre los tests realizados después, ni de que ellos se hayan repetido. Quinto agravio: Sostienen que no hay prueba que explique la tardanza de los estudios complementarios, que no eran rebuscados ni excesivamente complicados. - Sexto agravio: la demandada no ha podido explicar qué patología padeció M. durante el tiempo en que fue tratada incorrectamente. Aduce que cuando se descarta un falso diagnóstico resulta elemental proporcionar el verdadero diagnóstico, así lo exige la adecuada prestación de un servicio médico.- Séptimo agravio: fustigan el resolutorio desde que los argumentos giraron en torno a la obligación de seguridad, cuando el planteo realizado en demanda fue otro, y residió en la falta de servicio, factor de atribución de carácter objetivo, por así haberse solicitado. Desde esta perspectiva, aducen que la violación a la denominada obligación de seguridad se configurará aunque el perjuicio sea sumamente aleatorio.- Octavo agravio: aduce que la obligación de seguridad está dada en que el prestador asumirá

el daño, por tratarse de responsabilidad objetiva. Deficiente prestación del servicio de salud, con apoyo en el art. 42 de la C. Nacional y arts.5 y 40 de la ley 24.240.- Noveno agravio: incorrecta aplicación del estatuto del consumidor, puesto que la demanda está dirigida contra el Estado, como prestador de salud. Adita que la legítima expectativa de un consumidor razonable es que no se le diagnostiquen enfermedades inexistentes.- Décimo agravio: empleo de argumentos positivistas a ultranza, los que ya han sido superados en nuestro derecho positivo, tratándose la víctima de una niña que cuenta con una protección mucho más amplia como la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061.- Por último, como agravio subsidiario, sostiene que aún situándonos en la hipótesis planteada por la sentenciante, de igual modo surgiría la responsabilidad de la demandada pues habría que recurrirse al factor de atribución de igualdad ante las cargas públicas.- III) Abordado el análisis de las constancias de autos, me pronuncio en el modo en que se expone.- En el caso traído en apelación, los actores demandan al Hospital Infantil, por los daños y perjuicios sufridos, como consecuencia de un diagnóstico erróneo, formulado por un médico del establecimiento a su hija menor de edad. Aducen que se le diagnosticó una enfermedad que nunca tuvo, provocándole a toda la familia, más allá de a la menor, distintos padecimientos y haber tenido que soportar un tratamiento inútil.- La sentenciante rechazó la demanda, en el entendimiento de que no se configuraban en autos los presupuestos de atribución de la responsabilidad endilgados por los actores al Nosocomio demandado.- IV) La pretensión planteada en demanda, lo ha sido a partir de diversos enfoques jurídicos, habiendo recibido respuesta negativa en la sede anterior. Sin embargo, y en esto acompaño al recurrente, su viabilidad debe ser aprehendida a partir de la teoría de la "faute de service", de la que surge que el Estado debe responder pese a no promediar, necesariamente, una culpa del médico, ya que resulta suficiente un cumplimiento irregular del servicio o de funcionamiento defectuoso del mismo.- Desde siempre, el derecho de daños ha procurado dar respuesta y tornar efectivo el mandato de resarcir el perjuicio causado con un matiz positivista; pero hoy se asiste a una relectura en clave constitucional del Derecho Privado en General, y de la responsabilidad civil en particular, sobre todo, por parte de la jurisprudencia de la CSJN, que recurre con habitualidad a la Constitución Nacional, como fuente normativa de responsabilidad. Así por ejemplo, lo ha hecho en lo que respecta a: La tutela de los usuarios y consumidores de bienes y servicios -art. 42 Const. Nacional- al consagrar un verdadero crédito a la seguridad y crea estándares propios de interpretación "Ledesma", "Mosca", "Ferreya y Vianchi, entre otros... (...). Por otro lado, también ha consagrado el derecho de las víctimas a una "reparación integral", "Aquino", "Peón" (CSJN, 17-03-1998 "Peón, Juan D. y otra c. Centro Médico de Sud", LA LEY, 2000-d, 467). Dotando de raigambre constitucional al mandato del alterum non laedere -Santa Coloma", "Gunther". En estos fallos, el máximo Tribunal de Justicia proclamó que el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido tiene, en nuestro sistema, raíz constitucional, sea que se le considere como un derecho autónomo (arg. 33 de la Const. Nacional) o emplazado en el art. 19 Const. Nacional, o como un derecho inferido de la garantía de propiedad (arts. 14, 17 y conc.)". (Prevot, Juan Manuel, "La obligación de seguridad en el derecho del consumo", en Picasso - Vázquez Ferreyra, "LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR - COMENTADA Y ANOTADA", Ed. LA LEY, Bs. As., 2011, TOMO III, Pág. 576/577).- Acto defectuoso. Cabe atribuir al primer diagnóstico, y en base al cual fue tratada la niña M.D. por espacio de cuatro años, el calificativo de erróneo, por cuanto síndica -según el estado de la ciencia actual- a la Fibrosis Quística, en adelante FQ, como una enfermedad existente en la menor. - Según se desprende de la pericia médica elaborada por el Comité Consultivo y Operativo de Prácticas Médicas Sanitarias y Bioéticas del Poder Judicial, que se trata de "un trastorno monogenético que se presenta como una enfermedad multiorgánica" (fs. 294); y de la bibliografía glosada, que se trata de una enfermedad genética y es "permanente", no hay tratamiento que cure la FQ (confr. fs. 70).- De tal modo, si existen dos diagnósticos con sentido diametralmente opuesto, que la padece y que no la padece ?y éste último, elaborado sobre la base de otros estudios complementarios: TAC PULMONAR, CULTIVOS SERIADOS DE SECRECIONES, ESTEATOCRITO SIN ENZIMAS PANCREÁTICAS, ESPIROMETRÍA PARA VALORAR FUNCIONA PULMONAR, ESTUDIO GENETIVO PARA 29 MUTACIONES, DE FIBROSIS QUÍSTICA- y, además, como no cabe pensar a la existencia de lo que comúnmente se conoce como un "milagro" -alegación que no ha sido articulada por la demandada- cabe concluir que ha existido un error. Sea del médico tratante por no haber solicitado los otros estudios, que sí lo fueron para elaborar el segundo diagnóstico; sea del laboratorio que realizó los estudios del sudor, como deja traslucir el informe pericial médico, al decir: "errores técnicos, baja tasa de sudoración, algunas mutaciones con cloruros en valores dudosos" (fs. 295).- Para realizar el primer diagnóstico se realizaron tres test de sudor, con resultado positivo. La sentenciante considera que no pudo haber error cuando se realizaron tres tests, sin embargo, si la técnica fue equivocadamente aplicada para el primero, puede persistirse en el error para los restantes. En este punto, se advierte que la historia clínica en este aspecto luce incompleta, desde que no se glosaron los mismos, esto es, sus resultados con desarrollo de sus explicativos (confr. fs. 144).- Viene a cuento recordar en este sector la trascendencia de la historia clínica y el deber de completitud de la misma. Sobre el particular se ha dicho ?la historia clínica constituye un instrumento indispensable en el esclarecimiento de la relación de causalidad existente entre los médicos y los daños sufridos por el enfermo (CSJN, 10.05.99, in re ?R.A. v. Porcella, Hugo y otros) siendo esa una de las razones por las que la

imperfecta redacción de la historia clínica implica una presunción adversa a los galenos involucrados, pues priva al paciente de un elemento crucial (?) Y el deber de confeccionar correctamente la historia clínica no sólo pesa sobre el galeno sino que también es deber de todo ente asistencial el de llevar historias clínicas debidamente confeccionados y el de custodiarlas en sus archivos bajo los alcances propios de la responsabilidad objetiva que se cierne sobre éstas instituciones prestadoras de servicios de salud? (Cám. Nac. de Apelaciones, Sala A, en ?PULICE DE OSSO, ERMINIA V. INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS S/ ORDINARIO, 26-04-2007, cita: ABELEDO PERROT N° 11/43636).- De otro lado, y por aplicación de las reglas del onus probandi, en el caso quien debía acreditar que por su parte no ha existido error, debió ser la demandada, quien curiosamente permaneció inerte sin acercarse al elemento de juicio que rompa el nexo de causalidad. El presente caso, configura un supuesto típico en el que imperan las reglas de la carga probatoria dinámica. Adviértase, que la pericia médica fue requerida a instancias de la juzgadora. - En el caso se invoca "falta de servicio", por haber emitido el Hospital Municipal de Córdoba, a través del médico tratante -Dr. Rodolfo Carballo, Pediatra Neumólogo- "Certificado de Discapacidad" con diagnóstico de Fibrosis Quística a la menor M.D., con fecha 10 de junio de 2002, cuando cuatro años más tarde se certifica que la citada niña, no padece dicha dolencia. - El error médico señalado equivale, desde la perspectiva del usuario, a un deficiente servicio médico dado, pues quien ingresa a un Hospital Público a fin de ser atendido por un problema de salud, no puede recibir un diagnóstico errado sobre una enfermedad irreversible y permanente, ello vulnera y contraría la obligación de seguridad, del art. 5, ley 24.240 y art. 42 de la Constitución Nacional. - En tales condiciones, cabe revocar la sentencia dictada y abordar los rubros reclamados.- VOTO POR LA AFIRMATIVA.- A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. MIGUEL ÁNGEL BUSTOS ARGANARÁS DIJO:- 1) Remito a la relación de causa realizada por la señora Vocal Dra. Cristina Estela González de la Vega, por resultar ajustada a los actuados y evitar inútiles repeticiones, exponiendo mi disidencia.- El rechazo de la demanda en orden a que no se configuraban los presupuestos de atribución de la responsabilidad endilgados por los actores al Nosocomio -Hospital Infantil Municipal-, por daños y perjuicios sufridos motivado por el diagnóstico erróneo que provocó en los miembros de la familia distintos padecimientos, además de tener que soportar un tratamiento inútil, produce el alzamiento de los actores.- 2) Analizando el recurso de apelación, sucintamente, recordamos los agravios: 1) se centra en que no es necesaria la culpa; la responsabilidad es del Estado por falta del servicio; 2) la pericia alude a errores técnicos; 3) el falso positivo finalizó porque se indicaron cinco estudios adicionales antes omitidos; 4) no hay prueba sobre la periodicidad necesaria de los test del sudor; 5) no hay prueba que explique la tardanza en los estudios complementarios; 6) el Estado no ha explicado qué patología tuvo M.D.; 7) el tema no pasaba por la obligación genérica de seguridad; 8) lo que se garantiza es que el prestador asumirá el daño; 9) el consumidor del servicio de salud tiene más protección; 10) se aplican argumentos superados en el derecho de daños; 11) subsidiariamente plantea la igualdad ante las cargas públicas.- 3) La línea argumental del Iudicante entiende que el profesional no debe responder por el daño ocasionado por un diagnóstico erróneo, "...si para arribar a él se ha sometido en su accionar a la lex artis entendida como estándar de práctica profesional normal u ortodoxa para cada caso, estableciendo la conducta general del facultativo promedio ante un caso similar", cuando cita a Trigo Represas y López Mesa, porque no se produce la omisión de diligencia que caracteriza a la culpa (arts. 512 y 902, CC), sustentado en la pericia que concluyó que el diagnóstico primario es una combinación de criterios clínicos y por análisis de valores de cloro de sudor, utilizados con idoneidad en el medio local (fs. 294/295).- Afirma la Sentenciante que el diagnóstico se basó en tres test de sudor con resultado positivo, según recomienda la buena praxis, y que en ese contexto no puede fundarse el reclamo en la responsabilidad del establecimiento de salud por la actividad de su dependiente, desde que la responsabilidad de sanatorios o clínicas se configura en los términos del primer párrafo del 1113, CC (fs. 330vta/331).- La Sentenciante concluyó que la diligencia de los profesionales que elaboraron el diagnóstico quedó respaldada con las constancias de la historia clínica ofrecida como prueba por ambas partes. Y, en función al informe pericial presentado por el Comité Consultivo, se expidió en el sentido que ?La conclusión del idóneo luego de analizar las constancias de la historia clínica es que la actuación del médico que produjo el diagnóstico se ajustó a las reglas del arte. Conforme las fuentes consultadas, expone en el dictamen obrante a fs. 294/295, que el diagnóstico primario de la fibrosis quística se basa en una combinación de criterios clínicos y análisis de los valores de Cloro en el sudor, utilizando con idoneidad en el medio local, siendo la prueba más importante para confirmar o descartar la sospecha clínica de la enfermedad, no utilizándose para ello el análisis de D.N.A. debido al elevado número de mutaciones que presenta la enfermedad. Bajo esta óptica, y analizadas las constancias de la historia clínica, precisa que ese diagnóstico se basó en tres test de sudor con resultado positivo, como recomienda la buena praxis médica. Estas conclusiones descartan que el diagnóstico haya sido fruto de una actividad negligente del profesional que lo realizara, desde que no se trató de un diagnóstico apresurado o imprudente, por los que su accionar no genera responsabilidad (fs. 330/331 vta). Agrega, además, que de la publicación aportada por la parte actora (fs. 94/130) surge que el test del sudor es la prueba de laboratorio más importante para confirmar o descartar la sospecha clínica de la enfermedad diagnosticada.- En función de lo precedentemente señalado la señora Juez manifiesta que el reclamo

indemnizatorio no puede fundarse en la actividad de los dependientes de la demandada, desde que existe consenso en cuanto a que la responsabilidad de un hospital o un sanatorio surge a partir de la responsabilidad del prestador directo, es decir, si hubo mala praxis en la atención del paciente por parte de los profesionales.- En relación a los factores de atribución basados en la falta de servicio en la salud, en la teoría del riesgo y en la tutela que brinda al usuario del servicio de salud la ley consumeril, la sentenciante, luego de explicar de qué se trata cada uno, considera que no se encuentran configurados. - Referido al presupuesto originado en la falta de servicio, concluye que en el caso de autos, no se ha acreditado el accionar negligente por parte de los médicos, por el contrario, se ha configurado un actuar diligente, como así tampoco ha existido error en los resultados del test del sudor. Esto porque, como surge de la historia clínica, la niña M.D. ya había sido sometida a tres test del sudor, antes del ingreso al Nosocomio demandado, que detectaban elevados valores de cloro, análisis que son corroborados con una nueva prueba de valores que arroja resultado positivo. -

Asevera que el solo error en el diagnóstico de una enfermedad, no genera responsabilidad objetiva del Estado por la falta de prestación adecuada del servicio de salud, puesto que el deber de seguridad que debe brindar el establecimiento de salud consiste en hacer todo lo posible para evitar daños a los pacientes, prestando un servicio en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido. - En conclusión, la Sentenciante ha encontrado cumplido el deber de seguridad exigido a la demandada, conforme la historia clínica acompañada, que revela la adecuada puesta a disposición del paciente de medios y profesionales idóneos para su atención.- Se sostiene en la sentencia que el profesional actuante lo hizo en forma diligente y conforme a las reglas del arte, sin que pueda considerarse al servicio defectuoso porque el diagnóstico es erróneo.- La clínica o sanatorio debe poner a disposición del paciente todos los medios para prestar el servicio en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que se ha establecido, sin que se haya invocado una deficiente organización, como de insumos o tecnología o controles para que se presten eficientemente los servicios (fs. 333).- Se realizaron tres estudios en la paciente del test de sudor que resultaron positivos, lo que descarta que se trate de un error en el procedimiento o vicio, y es por ello que la sola existencia del error en el diagnóstico no genera responsabilidad objetiva del establecimiento por la falta de prestación adecuada del servicio de salud, ya que aplicó los medios a su alcance con los test que se le realizaron, sin que ello le fuera a provocar daños a la paciente, y que no puede entenderse que concluir en el error a pesar de haberse seguido con los métodos pertinentes para el caso conforme a las reglas del arte de curar, es decir que se ha puesto a disposición del paciente los métodos imperantes para su curación, lo que demuestra la diligencia del profesional que efectúa esta tarea, teniendo en miras que la obligación no es de resultado, sino de medios, y ello en orden a que la materia es opinable, en donde el diagnóstico es a consecuencia de la evolución del cuadro del paciente, con lo cual, se excluye la responsabilidad del establecimiento de salud en atención a que no se puede garantizar una obligación de difícil cumplimiento como es la certeza en el diagnóstico. Es más, de la historia clínica surge que se cumplieron los pasos pertinentes en orden a los requerimientos médicos de la paciente, de lo que se sigue que el error de diagnóstico se sucede a partir de alguna negligencia o impericia, lo que no ha ocurrido en autos.- En ese contexto, la Sentenciante expresó que "La postura de la demandante de sostener a ultranza la procedencia de la indemnización solicitada por la existencia del error de diagnóstico implica justificar la obligación de reparar el daño sufrido por el paciente en un factor de atribución de responsabilidad no contemplado por la legislación, fundado en la tendencia de socializar los daños y en la equidad. La discusión sobre quién debe recaer las consecuencias del alea propia de la actividad médica debería ser en todo caso resuelta por una legislación específica, pero no parece razonable forzar la interpretación de las normas legales vigentes para reconocer un factor de atribución de responsabilidad que no deriva de ellas." (fs. 334).- La profesión que nos ocupa requiere una esmerada preparación y apropiado ejercicio que va más allá de cualquier otro trabajo profesional, y que se inclina frente a los requerimientos de salud de los pacientes, en los que se centra su atención y procura su solución, dentro de las posibilidades científicas y medios con que se cuenta, y en el caso, las diligencias de los médicos que produjeron el diagnóstico ha quedado respaldada con la historia clínica, que fue ofrecida como prueba por ambas partes, y de la pericia surge que el proceder médico se ajustó a las reglas del arte de curar. Esto dista mucho del argumento del accionante que expone que el sistema público de salud no funcionó.- La responsabilidad del establecimiento por el servicio que presta está directamente relacionado con el desarrollo de la profesión que cobija, y por ello no se pueden exigir resultados diferentes y por ende acertados, cuando la actividad profesional desarrollada es de medios, y por ello la responsabilidad del establecimiento está íntimamente ligada a la del dependiente que procura una actividad que no ofrece certeza, que resulta distinto a un servicio que promete un resultado definitivo. Es decir que en el caso, el test del sudor efectuado a la paciente en tres oportunidades en las que se detectaron elevados valores de cloro (fs. 144), es corroborado por otra nueva prueba médica como es el nuevo test del sudor que también da un resultado positivo.- Es así que al demandado no se le endilga un hecho lesivo, porque en la conducta desplegada no ha existido el hecho lesivo. La responsabilidad civil supone que se ha producido un daño por un hecho producido por el demandado, y es por ello que para resolver la condena es necesario que exista un deber del sujeto pasivo, a quien se le endilga el hecho lesivo. Ello en atención a que no puede endilgársele una responsabilidad mayor al establecimiento sin que dependa de la del

profesional que lo integra, porque forman la misma institución destinada a la salud.- La pericia oficial concluye que el actuar del médico lleva a reflexionar que no existen elementos que permitan hacer un reproche médico (fs. 295).- Sin embargo, la parte recurrente invocó la negligencia del médico como factor de atribución de la responsabilidad, negligencia que la sentenciante valoró como requisito necesario para la configuración de la falta de servicio a los fines de su procedencia.- Entonces, como puede advertirse, ha dejado firme en la instancia anterior un tema fundamental y es que a la paciente se le ha brindado un buen servicio, es decir, se le han puesto a disposición los medios y profesionales idóneos para su atención. - La falta de servicio de un establecimiento de salud resulta un elemento de singular importancia para el hecho en estudio. 'La 'faute de service' presupone necesariamente la existencia de algún tipo de 'culpa' (negligencia, impericia, imprevisión) en algún nivel de la organización estatal (operativo o de planificación como se verá más adelante). No altera esta conclusión que dicha culpa sea anónima o colectiva. En todo caso, el mérito de la teoría de la falta de servicio consiste en no requerir por parte del particular damnificado la individualización del culpable y la prueba de la culpa, siendo esta última presumida por el deficiente funcionamiento del servicio??Se ha sostenido que se configura la responsabilidad del Estado por falta de servicio cuando 'el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente' debiendo valorarse la relación causal entre la mala organización del servicio y el daño infligido, por lo que se debe responder por los daños que sufran los administrados, sin que sea necesario acreditar la culpa del funcionario' (Trigo Represas, Félix A. ' López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo IV, pág. 85, Bs. As., 2004).- Entonces, coincidimos con los apelantes en que no hace falta individualizar al médico responsable o demostrar su culpa para atribuirle responsabilidad al Hospital; sin embargo, es presupuesto necesario para que nazca ésta, la prueba de la falta de servicio.- Podemos concluir que 'El diagnóstico debe ser, en primer lugar, el resultado de un juicio elaborado luego de obtener la información que dan los síntomas, signos y pruebas elegidas como necesarias para el caso en estudio.' (Achaval, Alfredo, Responsabilidad Civil del Médico, Bs. As., 1983, pág. 80). Por tanto, 'el error de diagnóstico no es imputable si se han tomado todas las medidas necesarias para evitarlo y no se ha puesto de manifiesto ignorancia en la materia?' (Cám. Nac. Civ. sala A, 29-7-77. E.D. 74-563, citado por Lorenzetti, Ricardo Luis, Responsabilidad Civil de los Médicos, Tomo II, Santa Fe, 1997, pág. 53).- En relación a la prueba, sabido es que el profesional es quien, por sus conocimientos, cuenta con mayor posibilidad de calificar los actos médicos, sin embargo, la prueba de la falta de servicio le corresponde a quien la invoca, debiendo cargar con las consecuencias de su omisión. - Vale señalar que la parte actora no ofreció ni diligenció prueba alguna tendiente a demostrar los hechos alegados, es decir, la falta de servicios.- Sin embargo, la Sentenciante a través de la facultad que le confiere el artículo 325, CPC, requirió un informe pericial al Comité Consultivo, quienes llegan a la conclusión que al diagnóstico se arribó luego de efectuarse los análisis que correspondían.- En relación a que la señora Juez a quo ha ignorado un pasaje de la pericia por medio de la cual se dijo que 'las principales fuentes de error que originan resultados falsos positivos o falsos negativos', son generalmente debidos a metodologías no estandarizadas y a errores técnicos, cabe destacar, que si bien se dijo esto, no le imputó tal conducta al médico que diagnosticó. Sólo se hizo alusión a una situación generalizada.- En ese orden de cosas, debemos reflexionar que la profesión compromete una obligación de medios y no de resultados (art. 20 de la ley 17.312), y agregamos que la medicina es un arte de naturaleza conjetural. Para que la responsabilidad profesional sea imputable al médico interviniente, no resulta necesario que de su actuación exista culpa grave, bastando solamente que se muestre que la culpa existe, y que media relación de causalidad entre tal conducta y el daño producido. En lo que concierne a la prueba de culpa en la actuación del médico, ésta recae sobre el presunto damnificado, que por tratarse de meros hechos, todas las pruebas resultan admisibles, incluso la de presunciones.- El médico tiene la obligación de poner al servicio del paciente todos sus conocimientos científicos, y brindar la asistencia profesional que la oportunidad requiere, sin olvidar que en medicina existen también las limitaciones de las que escapan a todos los cálculos, un álea que siempre existe y que restringe el tema relativo a la responsabilidad que le compete, de lo que se infiere que la sola existencia del daño más allá de la relación causal con la actuación del profesional, es suficiente para imputarle responsabilidad en el hecho, si aquél no ha seguido los pasos pertinentes que las circunstancias ameritan.- Distinguida autora, sostenida en cita doctrinaria, acertadamente nos enseña que "Si bien la responsabilidad de los entes asistenciales por el hecho de los agentes que de ellos dependen es objetiva e inexcusable (art. 1113, primer párrafo, primer supuesto, Cód. Civil), cuando surge con motivo de la alegación de una conducta profesional inapropiada que ha originado el suceso lesivo (pérdida de la vida de un paciente) se requiere la configuración de la culpa del facultativo actuante. En suma, tratándose de responsabilidad por el actuar profesional de personas bajo subordinación de la demandada, es menester que concurra alguna omisión o error inexcusable en la atención del paciente. ...Ahora bien, es una máxima reiterada para toda culpa profesional, que ésta surge cuando el proceder pertinente desplegado en el caso desborda el ámbito de lo opinable. La culpa comienza cuando termina la discusión científica, y no todo error suscita un reproche profesional, en los términos de los arts. 512 y 902 del Código Civil. En sentido concordante, se estima en relación al error de diagnóstico (solución extensible al error de tratamiento) que sólo surge responsabilidad "cuando él ha sido grave e inexcusable, por cuanto, como lo relativo al mismo

versa prima facie sobre cuestiones puramente científicas a debatirse entre médicos, no puede dar nacimiento a causas de responsabilidad civil, ni caer bajo el examen de los tribunales..." (Conf. Zavala de González, Matilde, Doctrina Judicial, Solución de Casos 4, pág. 75/76, Cba., 2001).- Por ello es que al aplicarse en el caso el argumento que la responsabilidad del establecimiento asistencial, que debe ser del mismo grado que la del profesional médico que actúa bajo su subordinación, porque aquella no ha producido nada extraño para que se produzca el hecho sostenido en demanda, y por ello no resulta la aplicación de los dictados de la ley 24.240, sino las normas del Código Civil, frente a la especialidad de la profesión que nos convoca, y de la que no se ha probado que haya ocurrido alguna omisión o error inexcusable al tratar la paciente. Ni el médico ha cometido un error inexcusable, ni el establecimiento ha provocado con el servicio-por deficiente o inapropiado- un proceder dañoso, por lo que al haber procedido con discrecionalidad científica dentro de lo habitual, no resulta generador de responsabilidad. No se ha arrimado prueba en contrario.- La Sentenciante concluyó en torno a los mismos, que la diligencia de los profesionales que elaboraron el diagnóstico quedó respaldada, con las constancias de la historia clínica ofrecida como prueba por ambas partes. Y en función al informe pericial presentado por el Comité Consultivo se expidió en el sentido que "La conclusión del idóneo luego de analizar las constancias de la historia clínica es que la actuación del médico que produjo el diagnóstico se ajustó a las reglas del arte. Conforme las fuentes consultadas, expone en el dictamen obrante a fs. 294/295, que el diagnóstico primario de la fibrosis quística se basa en una combinación de criterios clínicos y análisis de los valores de Cloro en el sudor, utilizando con idoneidad en el medio local, siendo la prueba más importante para confirmar o descartar la sospecha clínica de la enfermedad, no utilizándose para ello el análisis de D.N.A. debido al elevado número de mutaciones que presenta la enfermedad. Bajo esta óptica, y analizadas las constancias de la historia clínica, precisa que ese diagnóstico se basó en tres test de sudor con resultado positivo, como recomienda la buena praxis médica. Estas conclusiones descartan que el diagnóstico haya sido fruto de una actividad negligente del profesional que lo realizara, desde que no se trató de un diagnóstico apresurado o imprudente, por los que su accionar no genera responsabilidad (fs. 330/331 vta). Agrega además que de la publicación aportada por la parte actora (fs. 94/130) surge que el test del sudor es la prueba de laboratorio más importante para confirmar o descartar la sospecha clínica de la enfermedad diagnosticada.- El diagnóstico en orden a los análisis y estudios llevados a cabo, y no es motivado en una desprolijidad o descuido, y así es que no se le debe exigir una diligencia extrema en su actuar, sino la denominada común y responsable, y tampoco puede éste adelantarse a los hechos, sino que se actúa de acuerdo a la evolución ó involución del paciente, en los tiempos que marca la prudencia, los conocimientos y la experiencia sobre la materia tratada.- La responsabilidad del establecimiento en el caso del diagnóstico se deriva de la responsabilidad del médico, y debe tener el mismo norte, ya que la responsabilidad del establecimiento se debe aplicar cuando este no ha procurado los medios para que el paciente tenga la solución a su caso, en orden al diagnóstico, según lo analizado por el médico actuante. Esto no ha sido motivo de análisis en los presentes. - Reitero, el experto convocado expresa en su informe pericial - citando estudios dirigidos por el Dr. Edgardo Segal- que el estudio en secreción sudoral continúa siendo la prueba más importante para confirmar o descartar la sospecha de la enfermedad (fs. 295vta), y de él se extrae que se debe repetir la prueba siempre que sea positivo (cfr. fs. 99).- Teniendo en mira que nos encontramos frente a la profesión del médico y a un modelo elástico que se corresponde con la culpa leve, y que se refiere al profesional diligente medio, que no es lo mismo que mediocre, ni tampoco llega a ser la responsabilidad del hombre común, y en algunos casos llega a ser la del médico especialista. Por ello, el modelo único se concretará en cada uno de los casos que muestra la práctica judicial. No hay, entonces, grados de culpa, sino una distinta integración de la diligencia profesional en atención a las circunstancias involucradas. Y así como no hay una pluralidad de modelos (no hay graduación), tampoco existen apreciaciones estrictas o menos estrictas, rigurosas o menos rigurosas. Este es el criterio que impera en la doctrina nacional, que ha sido plasmado en sucesivos congresos y jornadas, y que se resume en el siguiente: La culpa del profesional es la culpa común o corriente que surge en su esencia de los artículos 512, 902 y 909 del CC. El tipo de conducta para su comparación será el de aquel profesional diligente, prudente, que condiga con la categoría en la cual deba encuadrarse la conducta del encartado en cada caso particular.- De lo relacionado es que el médico frente a la conclusión que le mostraban los estudios, no tenía otro camino para indicarle a su paciente que aquel que tomó.- En relación a la conducta profesional a seguir por el médico tratante, renombrados autores han escrito sobre el tema que nos ocupa, y resulta ilustrativo conocer que: "Son numerosos los autores que, al tratar de la responsabilidad del médico, estiman que deba hacerse una distinción capital. O bien el médico ha faltado a las reglas de prudencia que se imponen a toda persona; en ese caso es responsable según el derecho común: toda culpa en que haya incurrido le obliga a reparación. O bien ha faltado a las reglas de orden científico trazadas por el arte médico: su culpa se denomina 'profesional'; entonces, no responde sino de su culpa lata.- "Aún admitiendo que esa teoría sea exacta, presenta un inconveniente mayor: la dificultad de distinguir la culpa ordinaria de la culpa profesional. Ciertamente, se descubrirá una culpa ordinaria en el hecho de que un cirujano se entregue a una operación cuando se halle en estado de ebriedad, mientras que se calificará de culpa profesional un error de diagnóstico. Pero existen casos límites: el cirujano que intenta una

operación peligrosa con la única finalidad de hacer que desaparezca una imperfección física que no posea ninguna influencia sobre la salud, ¿incurrir en una culpa ordinaria o en una culpa profesional? El Tribunal del Sena ha visto en eso una culpa ordinaria; sin embargo, para apreciar el peligro de la operación, ¿no es necesario ser versado en el arte médico? Con la corte de Nancy, ¿debe verse una culpa ordinaria en el hecho de que un médico no disponga a tiempo el traslado al hospital?; al menos es discutible; porque, ¿no es la aplicación de reglas de orden científico las que le indican al médico la gravedad del estado de su enfermo??- ¿Por otra parte, se le puede dirigir una crítica más seria a semejante distinción. No sólo es huidiza, sino que nada la justifica. En efecto, ¿sobre qué cabe basarla? ¿Por qué el médico, en la aplicación de las reglas médicas, no podría comprometer su responsabilidad sino por una culpa lata? Se responde generalmente: porque hay que dejarle gran libertad de acción, porque es necesario que no sienta el temor constante de comprometer su responsabilidad. Sin duda; pero interesa también proteger a los enfermos, no dejarlos a merced de los médicos torpes e imprudentes; y, por otra parte, infundirles confianza en la medicina y no desalentarlos para llamar al médico afirmándoles que éste no responde sino de sus culpas graves. En todo problema de responsabilidad, se encuentra un conflicto de esta índole. (Conf. Mazeaud Henry y León ? Tunc André, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, T° 1, V° 2, págs. 166 y ss, Bs. As., 1962).ñ- De autos se concluye que no hubo una omisión violatoria de los deberes de atención del paciente, y por ende no hubo responsabilidad que requerirle al establecimiento.- VOTO POR LA NEGATIVA.- A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA. MARÍA ROSA MOLINA DE CAMINAL DIJO:- 1. Los arts. 14 y 75 inc. 22 CN y tratados internacionales (arts. 3 y 8 Declaración Universal de Derechos Humanos ONU 1.948; arts. 4 y correl. Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales) protegen el derecho a la salud, derecho humano fundamental, cual lo hace el art. 19 inc. 1 de la Constitución Provincial. El Estado es garante del derecho a la salud y debe abstenerse de concretar actos que resulten atentatorios al mismo. En posición que se comparte, se ha expresado "Pero incluso, más allá de tal reconocimiento expreso, es un lugar común que el derecho a la salud es un sustratum indispensable para el ejercicio de otros derechos, es una precondition para la realización de valores en la vida y en el proyecto personal. Al respecto, y en sentido coincidente, expresamos nuestro convencimiento de que "...la salud no sólo debe ser garantizada porque es un derecho que está positivizado...sino porque es antes que ello, un objetivo de derecho natural confiado a la custodia del Estado. Huelga decir que es tal: derecho natural; por ser sin más el mismo, una clara extensión ? prolongación, derivación o corolario- del mismo derecho a la vida. El derecho a la salud en definitiva no puede ser pensado disociadamente del derecho a la vida; la ausencia de salud es primero enfermedad y finalmente no-vida; obviamente que también entre nacer y morir, el mencionado derecho a la salud se interrelaciona con una totalidad de otros derechos, que hacen seriamente pensar que sin salud ? aunque ontológicamente es antes siempre la vida- resulta inaccesible de gozar de otros derechos? (Conf. ANDRUET, Armando S., Bioética, Derecho y Sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia, Córdoba, 2004, Ed. Conjunta de EDUCC y Alveroni, p. 107)" (Voto de los Dres. Andruet y Blanc de Arabel en TSJ en pleno, Sent. 1 del 12/4/05, autos "ROJO ROUVIERE, ROGELIO ENRIQUE C/ CAJA DE SEGURIDAD Y PREVISIÓN SOCIAL DE ABOGADOS Y PROCURADORES DE LA PROVINCIA - AMPARO ? RECURSO DE CASACIÓN"). En el caso, también es de aplicación la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 24 señala el reconocimiento del disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades y rehabilitación de la salud.- 2. La relación jurídica base de autos se encuentra alcanzada por las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), siendo consumidor la actora y el prestador de servicio la demandada. Por ende, son totalmente aplicables a la causa los principios tuitivos de los consumidores establecidos en tal ley. Ante ello, la interpretación de los hechos y el derecho se debe hacer a la luz de tales principios. El art. 3° Ley 24.240 reza "...En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor." La norma impone pautas interpretativas a considerar cuando existan dudas sobre la cuestión, mas adelanto mi opinión respecto de que el caso no plantea dudas sino certezas sobre la procedencia del recurso.- De lo reseñado resulta que el plexo normativo aplicable contempla y garantiza los derechos de índole superior comprometidos, por lo que las normas y pruebas deben interpretarse de manera favorable a los intereses de la niña afectada.- 3. El art. 40 LDC regula la responsabilidad por daños derivada de vicio o riesgo de las cosas o de la prestación de servicios, la que es objetiva, prescindiéndose por ende de la idea de culpa a fin de su determinación. Y como en todo caso de responsabilidad objetiva, solo se enerva -de resultar ello posible- acreditando la interrupción del nexo causal, lo que opera por culpa de la víctima, de un tercero ajeno, caso fortuito o fuerza mayor. Como toda eximente de responsabilidad, a su vez, es de interpretación restrictiva y debe ser señalada y acreditada por quien siendo por la ley sindicado como responsable, pretende liberarse de la presunción de causalidad que sobre él pesa. - Establecido que la responsabilidad es de tipo objetiva, resulta necesario determinar el factor de atribución de la misma, esto es, la razón suficiente que justifica que las consecuencias disvaliosas de un hecho -o de un conjunto de hechos- se trasladen económicamente al patrimonio de una persona, en el caso, de la demandada. Y en esa dirección, compartiendo lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámaras, tenemos que el fundamento legal de la responsabilidad se encuentra en el art. 1.112 Cód. Civil, motivado en

el cumplimiento o ejecución irregular de su función. Se comparte y hace propia también la cita de la SCMza. de fs. 386 vta., en el sentido de que la falta de servicio por hechos u omisiones traduce responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público. En esa dirección se ha sostenido que "La evolución jurisprudencial de la Corte... reconociendo que el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado debe abordarse desde una concepción del derecho público, prescindiendo de las normas del derecho privado." "Para (Cassagne)... la norma del art. 1112, a pesar de hallarse en el Código Civil, es una norma del derecho público, puesto que consagra la responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular de la función pública -falta de servicio-, sin interesar la noción de culpa. Es siempre una responsabilidad directa y objetiva, que halla su primer fundamento en la necesidad de mantener la igualdad ante las cargas públicas (art. 16 C.N.), porque sería injusto que un particular deba soportar de un modo desigual la actividad administrativa dañosa." (Agüero Piñero, Juan Pablo, "Responsabilidad del Estado: una reseña de su evolución y situación actual", en Foro de Córdoba Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional N° 3, p. 19).- 4. La falta de servicio consiste en el irregular cumplimiento por parte de la demandada de su función. Alude a la actividad de la demandada -a través de todos, o cualquiera de sus agentes- y no a la conducta de solo un médico particular, cual erróneamente parece haber interpretado la accionada. No analizamos de manera exclusiva y excluyente la puntual conducta de un médico, sino todos los actos relativos a la prestación del servicio de salud relacionados con M.D., los estudios hechos, la atención que le fuera dispensada por los distintos profesionales que la atendieron, de manera directa o indirecta (incluidos los bioquímicos que analizaron sus muestras) y que derivaron en el diagnóstico equivocado y sus consecuencias disvaliosas. Así las cosas, no es la regularidad del accionar puntual del Dr. Carballo, ni su culpa -o ausencia de ella- lo que va a determinar la responsabilidad o irresponsabilidad del Estado Municipal, no estamos ante un supuesto de mala praxis médica seguida contra el profesional de la salud, supuesto en el cual puede entrar a incidir el tipo de obligación que el mismo ha asumido (si de medios o de resultado) y la diligencia puesta en su desempeño profesional, sino que encontrándonos en el ámbito de la responsabilidad objetiva, será la demandada la que deberá demostrar que ha habido una interrupción del nexo causal determinante del -sin lugar a dudas- error médico habido. - No obstante ello, la defensa de la demandada se ha fundado en la falta de negligencia, imprudencia o impericia médica en el diagnóstico fundado en los tests del sudor, sin referirse puntualmente a estos y a las razones por las que dieron falsos positivos, más allá de su afirmación de que la menor quedó dentro del escasísimo margen estadístico en que pese a los síntomas y resultados positivos, no poseía FQ. Recién a fs. 172 vta. reconoce que los pacientes con FQ no mejoran físicamente en cuanto a su salud, y que como M. aumentaba de peso, no tenía tantas deposiciones, entre otras "tantas" mejoras, los médicos sospecharon que no tenía la enfermedad. Obiter dictum, si se analiza la Historia Clínica, el aumento de peso ha sido casi permanente (desde 2002) y no se ha preocupado la demandada siquiera en demostrar que ese aumento -mencionado luego como indicativo de la inexistencia de la enfermedad- estaba dentro de los rangos propios de la enfermedad considerando la edad de la paciente, o sea, tampoco queda demostrada cabalmente la diligencia argüida por el Municipio.- 5. De la prueba rendida resulta que, efectivamente, el diagnóstico médico se fundó en la existencia de varios tests de sudor que dieron positivos, indicativos, en apariencia, de la presencia de Fibrosis Quística (FQ). Mas en modo alguno la demandada se ha encargado de dilucidar cuál ha sido el o los motivos que justificaron la existencia de los falsos positivos. No estamos en presencia de una patología menor: conforme las constancias de autos, se trata de una enfermedad letal, crónica, incurable, y los índices muestran, conforme pericia de fs. 294, que solo un 13% sobrevive después de los 30 años, lo que patentiza su gravedad. Además, es un hecho probado que la enfermedad exige medidas de profilaxis y de conducta permanentes, que debieron ser observadas, por indicación médica, a pesar de que la niña M.D. no padecía la patología diagnosticada.- La gravedad y seriedad del cuadro diagnosticado exigían extremar las precauciones a fin de evitar tanto falsos positivos cuanto falsos negativos. Y conforme consta en el expediente, existen estudios médicos que posibilitan ratificar o descartar el diagnóstico que no se realizaron a la paciente sino hasta el año 2.006. No resultaba, entonces, imposible efectuar un diagnóstico correcto, además de que no se ha demostrado -itero- por qué dieron positivos los tests efectuados. Lo que sí está debidamente acreditado es que a M. se le efectuó un diagnóstico errado y se le impusieron tratamientos innecesarios (v., entre otros, fs. 26, 28, 29, 35, 145 y ss.), a más de atribuírsele una discapacidad que no adolecía. De todas maneras, cual se señala supra, no es el obrar diligente lo que determina la falta de responsabilidad, sino solo la interrupción del nexo causal, la que no fuera probada en autos.- 6. Al tratarse la FQ de una enfermedad incurable, no puede pensarse que la misma ha remitido, sino que por el contrario queda acreditado que se trató de un error de diagnóstico. Y si bien está apuntocado en estudios médicos (tests de sudor) no debemos soslayar que ellos fueron realizados por la misma institución dependiente del Estado Municipal demandado, al menos no se ha mencionado ni demostrado lo contrario, sino que se reconoce expresamente a fs. 171 que la niña fue sometida a pruebas del sudor, y allí se indica que tuvo seis positivos. Así las cosas, es siempre la deficiencia del servicio prestado la causa del daño padecido (a fs. 295 la pericia señala que "las principales fuentes de error que originan resultados falsos positivos o falsos negativos, son generalmente debidas a metodologías no estandarizadas y a errores técnicos"). No ha demostrado el Municipio que el resultado de los tests haya obedecido a culpa de la

víctima, de un tercero ajeno, caso fortuito o fuerza mayor, por lo que habremos de atribuir las consecuencias de su inexactitud a la demandada. Y por ende, resulta responsable de los daños padecidos por tal motivo.- 7. En autos no se ha probado la existencia de eximentes de responsabilidad. No hay culpa de la víctima, ni se ha señalado que pueda imputarse ella o a un tercero ajeno; no se ha configurado caso fortuito ni fuerza mayor, puesto que no se acreditó el acaecimiento de un hecho extraordinario imprevisible e inevitable. No se puede sostener tampoco que se haya tratado de un hecho inevitable, ya que los daños fueron consecuencia de un error de diagnóstico basado en estudios hechos -no se ha indicado lo contrario- en la Institución de la propia demandada y no se ha acreditado la corrección en la elaboración de esos estudios y que el resultado erróneo obedeciera a hechos por los que la demandada no deba responder: insisto, debió demostrar que una causa ajena y no otras cuestiones atribuibles a actos de su personal (propias) han sido la verdadera causa de los daños reclamados, lo que no hizo. Se advierte en autos que no se ha interrumpido el nexo causal, por lo que debe establecerse la atribución de responsabilidad en persona de la demandada.- 8. En conclusión, ni la diligencia del personal médico exime de responsabilidad a la demandada, ni tampoco se ha acreditado la existencia de un hecho ajeno, interruptor del nexo de causalidad adecuada, por lo que la Municipalidad de Córdoba debe asumir las consecuencias disvaliosas derivadas del diagnóstico equivocado de que fuera víctima M.D.- VOTO POR LA AFIRMATIVA.- A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA. CRISTINA ESTELA GONZÁLEZ DE LA VEGA DIJO:- DAÑOS RECLAMADOS:- 1) Establecida la responsabilidad de la demandada, cabe determinar si han sido acreditados los daños reclamados y si los mismos guardan relación de causalidad con el error de diagnóstico.- 2) Medicamentos y gastos de farmacia no cubiertos por la obra social: Reclaman los actores por este concepto la suma de pesos ... (\$...). Aducen que tuvieron que afrontar numerosos gastos como consecuencia de la supuesta enfermedad que le diagnosticaron a su hija. Expresan que si bien obtuvieron, luego de engorrosos trámites, la cobertura de la obra social OSPRERA, ello no fue de inmediato, ni tampoco la obra social cubrió todos los gastos. ? Cuadra señalar respecto a la procedencia de los gastos farmacológicos, que si bien es cierto no se acreditaron los gastos denunciados, como bien lo señalan los actores, son gastos que no pueden dejar de ser reconocidos.- Al respecto se ha señalado: "La necesidad de efectuar tales erogaciones constituye un hecho público y notorio, de modo que al respecto se admite la pretensión, incluso en defecto de prueba directa de los desembolsos (que por la propia situación lesiva no se busca acreditar). Y si ellos no revisten entidad, su monto debe establecerse prudencialmente por el juez, en correlación con la importancia de las lesiones y el tratamiento requerido por la afección." (Zavala de González, Matilde, Doctrina Judicial - Solución de Casos 1 ? Alveroni- 1998 - págs. 185/186).- En este sentido, cuadra tenerlos por causalmente vinculados a la reparación del daño, por derivar del orden normal y ordinario de las cosas, criterio que es el del Superior (T.S.J. Sala Civ. y Com. in re ?Segovia, Alberto c. Juan Pablo Farfán y Otra ? Ord.?, sent. n° 113 del 7.9.98 et in re ?Ceballos, Rubén Elvio y Otra c/ Efraín Marcelo Ardiles, Ordinario - Recurso de Revisión?, sent. 57 del 26.11.97), de esta Cámara in re ?Bruno de Jorge, Josefina c. Carrefour Argentina S.A. ? Ordinario ? Daños y Perj. - Otras formas de respons. Extracontractual - Recurso de apelación?, sent. n° 174 del 24/11/2005, (en su actual integración) y de la doctrina (Trigo Represas, Félix A., ?La prueba del daño emergente y del lucro cesante? en Revista de Derecho de daños, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, n° 4, pág. 57).- En el caso de autos, en atención al diagnóstico dado a la menor, resulta evidente que tales gastos se debieron erogar.- De la historia clínica surge que se le recetó a la menor -en las distintas oportunidades en que concurrió a la Clínica- enzimas, vitaminas y otros medicamentos (fs. 144 vta, 145, 145 vta., 146, 146 vta., 149, etc).- No se me escapa que, como lo pone de resalto la contraria en oportunidad de contestar la demanda (fs. 174), existen gastos que han efectuado los padres de M. que resultaron necesarios y útiles para su salud, porque coadyuvaron al mejoramiento integral de la menor, pero lo cierto es que la demandada, no ha demostrado que los gastos que denuncian los padres de la menor, no hayan tenido su origen en la enfermedad diagnosticada.- De este modo, el rubro procede por el monto peticionado de pesos ... (\$...) por ajustarse a derecho.- 3) Gastos por traslados para los controles periódicos en Córdoba y para los trámites en la obra social. - Afirman los actores en demanda que como era necesario controlar periódicamente el estado clínico de M., debían viajar constantemente al Hospital Infantil, situación que les resultaba complicada, en atención a que vivían en la localidad de Rafael García, que es una zona rural y carecían de medio de movilidad propio, transportándose en colectivo.- En dicha oportunidad solicitaron la suma de \$..., que fue ampliada en los alegatos a la suma total de pesos ... (\$...)- Soy de la opinión que este rubro debe ser acogido parcialmente.- Doy razones. Si bien es cierto que los actores debieron trasladarse a la ciudad de Córdoba para controlar la enfermedad de su hija M., no es menos cierto que muchas de esas visitas a la Ciudad de Córdoba obedecieron a cuestiones distintas a la patología erróneamente diagnosticada, eran porque M. se enfermaba. Y esta situación es independiente del diagnóstico equivocado recibido. Lo real es que los actores no han probado que a consecuencia del erróneo diagnóstico dado a la menor, ésta hubiera sufrido alguna enfermedad o complicación a más de la que tenía.- Tal como se pone de manifiesto en la demanda, la menor sufría de problemas respiratorios, habiendo consultado con varios médicos, sin obtener respuestas concretas o satisfactorias.- De la historia clínica surge que no solo frecuentaba el hospital para control de su enfermedad, sino por las

reiteradas enfermedades que ésta padecía, quien había estado ya internada en el hospital de Alta Gracia, cuando comienza a ser tratada por el Dr. Carballo (fs. 144). Constancia de ello, surge de dicha historia clínica, que da cuenta que concurría a dicho Nosocomio porque se encontraba con un estado febril, decaída, se alimentaba poco, vómitos, bronquitis, (fs. 145 vta., 146, 148, 149 vta., 150, 151, 152, 153, 154, 155, 159).- Se sigue de lo hasta aquí dicho, que el no todo el gasto de transporte obedeció a la enfermedad diagnosticada, sino a las distintas patologías que padecía M.- Ello así y en atención a la cláusula del art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, debe entenderse que algunos de aquellos viajes obedecieron al diagnóstico erróneo. Ante la duda, y a fin de no frustrar la pretensión resarcitoria cabe estar a un criterio de equidistancia aceptando los gastos al valor del 50% de lo reclamado. En consecuencia, el rubro prospera por la suma de pesos ... (\$...).- 4) Fisioterapia y Kinesiología: Solicitan los actores la suma de pesos ... (\$...) en razón de los gastos de tratamiento de kinesiología y fisioterapia efectuado a M. durante el período de tiempo que transcurrió desde el 2002 hasta el año 2005, así como el valor de los viajes para concurrir a cada sesión.- Considero que este rubro no puede prosperar. Doy razones.- El primero encuentra su fundamento en el origen del tratamiento. De la historia clínica surge que las sesiones de fisioterapia no guardan relación de causalidad adecuada con el reclamo de autos, es decir, por error en el diagnóstico.- Si bien es cierto que se prescribieron sesiones de fisioterapia, no es menos cierto que se solicitaron a los efectos de aliviar los distintos cuadros respiratorios que padecía la menor y en virtud de lo cual concurría al Hospital.- Surge de la historia clínica acompañada que M. repetía cuadros de tos productiva constantemente, infección pulmonar, secreciones blancas, bronquitis (fs. 144 vta., 145/145 vta., 146, 147/147 vta., 148, 149 vta., 150/150 vta., 151 vta, 152, etc).- De otro lado, aún en caso de considerarse que constituye una terapia derivada del diagnóstico erróneo, cabe advertir que no hay prueba sobre el monto reclamado.- En consecuencia, este rubro no puede prosperar.- 5) Viaje a Buenos Aires. En este punto los actores solicitan la suma de pesos ... (\$...) como consecuencia del gasto ocasionado con motivo del viaje efectuado por la madre de la menor a Buenos Aires el día 29 de noviembre de 2005, a un Congreso de Neumonología pediátrica. Extremo que se acredita con el certificado de fs. 36, el que no ha sido impugnado en la contestación de la demanda.- Rubro que a mi juicio debe prosperar atento que la asistencia ha sido en el interés exclusivo de la menor, con motivo de la enfermedad erróneamente diagnosticada. Si no hubiera existido la afirmación médica positiva en tal sentido, conforme el curso natural de las cosas, dicho viaje no hubiera sido llevado a cabo.- Ahora bien, con relación a los gastos de Terapia psicológica para M., pizarrón especial para el colegio, nebulizador y el costo del traslado para reuniones a la ciudad de Córdoba, no será tratado en atención que el actor ha desistido de los mismos, en oportunidad de alegar (confr. fs. 218 vta) con fundamento en la dificultad probatoria, salvo en lo atinente a los gastos futuros de la terapia psicológica por el espacio de un año y por la suma de pesos ... (\$...).- En este punto se advierte que no se ha llevado a cabo prueba alguna a los fines de acreditar la terapia psicológica solicitada, por lo que cabe su rechazo.- 6) Daño moral. Este rubro ha sido solicitado por los padres de la menor, por derecho propio, y en nombre de sus hijas M. y P.- En primer lugar analizaré el rubro solicitado en relación a M., víctima del daño.- Aducen los actores que el diagnóstico de fibrosis quística significó una profunda alteración de la existencia de M. Durante todos los años que pensó que tenía la enfermedad, debió vivir en función de ella. Sostienen que no tuvo la misma vida que una niña sana. Reclaman como monto la suma de pesos ... (\$...).- Cuadra recordar que el daño moral ha sido caracterizado como la lesión cierta sufrida en los sentimientos más íntimos de un individuo, que determina dolor o sufrimiento en afecciones legítimas. Es decir, el daño moral constituye la modificación disvaliosa del espíritu? (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Ponencia presentada a las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil).- Conforme a ello, no constituye daño moral cualquier inquietud o perturbación del ánimo sino aquellas que suscitan un estar diferente antes del hecho. Así, es claro que el erróneo diagnóstico de una enfermedad terminal, más allá de la corta edad de la menor, torna aplicable la regla del art. 1078 C.C. desde que perturba el desarrollo de la niñez.- En relación a su cuantificación, han de seguirse los precedentes que configuran una orientación para el juzgador a los fines de tarifar el daño moral (en este sentido Peyrano, Jorge, ?De la tarifación judicial ?juris tantum? del daño moral, en JA 1993-I-877). La jurisprudencia se ha expedido en un caso en el cual a la víctima le diagnosticaron cáncer erróneamente, situación que fue rectificadora a los 23 días, otorgándose la suma de pesos ... (\$...)(Cámara 6° Civil y Com., ?Bruni, María Angélica Inés c/ Mazzoni, Alfredo N.- Ordinario - Daños y Perj., Sent. N° 158 de fecha 19/08/05). En tales condiciones estimo que la suma de pesos ... (\$...) para la víctima se ajusta a derecho.- Al efecto tengo en cuenta que se trata de una menor de edad que escasamente pudo haber comprendido el tipo de enfermedad diagnosticada y que los remedios y tratamientos kinesiológicos suministrados, fueron fruto de los distintos malestares y cuadros respiratorios que la menor padecía, y que algunos tenían relación con la enfermedad diagnosticada, pero otros no. Por otro lado, no se acreditó en autos, que los medicamentos suministrados le hubieren provocado algún tipo de lesión o secuela para un futuro. - Daño moral solicitado por los padres de la menor.- Expresan los progenitores de la menor que, dadas las características de la enfermedad diagnosticada, el hecho ha ocasionado en sus vidas una verdadera conmoción; sostienen que han sufrido un daño grave, cierto y real.- Alegan que sufrieron un tormento espiritual al pensar durante todos esos años que la expectativa de vida de su hija estaba seriamente comprometida,

debiendo elaborar un duelo anticipado, al saber que M. iba a morir antes de lo normal. Aducen que debieron aprender lo que era la enfermedad y cuáles eran los cuidados que requería, como así también cambiar todo su plan de vida.- Solicitan por este rubro la suma de pesos ... (\$...) para M.V.P. (madre) y la suma de pesos ... (\$...) para S.D. (padre). - Con relación al resarcimiento por daño moral, el art. 1078 del Código Civil adoptó un sistema cerrado de los legitimados activos habilitados para reclamar la reparación del daño, pues solo faculta a los damnificados directos a reclamar el perjuicio ocasionado.- Los demandantes, al tiempo de formular su reclamo, a modo subsidiario plantearon la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C. Sobre el particular hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos a favor de la tesis amplia, en lo que hace a la locución herederos forzosos de la víctima, y en reconocer legitimación a los padres para su reclamo pese a que la víctima no había fallecido, en el entendimiento que no puede interpretarse o limitarse el derecho al resarcimiento, sin que ello importe una discriminación injusta al excluir la resarcibilidad del daño moral indirecto (Esta Cámara en ?EL GANAME SANTIAGO Y OTRO C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA ? ORDINARIO ? DAÑOS Y PERJ.- MALA PRAXIS ? RECURSO DE APELACION- EXPTE. N°1536118/36?, sentencia n° 234, del 27.11.12). - Nadie puede poner en tela de juicio que el anociamiento de la existencia de una enfermedad tan grave en un hijo, provoca un menoscabo espiritual, más allá de alterar ?además- el desenvolvimiento cotidiano de los progenitores. - Es evidente la trascendencia que en la vida de una persona implica un diagnóstico de este tipo, más, tratándose de la enfermedad en un hijo de tan corta edad con limitada expectativa de vida. Resultan ilustrativas las testimoniales del vecino, de la enfermera y de la maestra de la niña (confr. fs. 203, 204, y 205, respectivamente). Cabe poner de resalto que existió un considerable lapso de tiempo entre ambos diagnósticos, el de la enfermedad terminal y la ausencia de ésta.- Así, la suprema Corte de Buenos Aires enuncia argumentos que apoyan la inconstitucionalidad del sistema, argumentos que comparto y que se sintetizan del siguiente modo: - a) La arbitraria discriminación de los damnificados indirectos morales (art. 1078), en comparación con los patrimoniales (art. 1079), transgrede la directiva de trato igual para los iguales (art. 16, Const. Nacional). - b) La violación del principio que prohíbe dañar injustamente a terceros (art. 19 Const. Nacional) debe aparejar, como lógica derivación, una reparación plena o integral.- c) A tal efecto, basta un perjuicio cierto y en relación causal adecuada con el hecho lesivo, sobre todo en supuestos de especial gravedad.- d) La protección de la integridad de las personas y el pertinente derecho resarcitorio encuentran respaldo en tratados que integran el sistema constitucional (art. 75, inc.22, Const. Nacional y, entre otras normas internacionales, las de la Convención Americana de Derechos Humanos).- e) Las leyes reglamentarias del ejercicio de los derechos no pueden alterarlos (arts. 14 y 28, Const. Nacional), lo cual deja de respetarse si las restricciones son irrazonables, infundadas o arbitrarias, y carentes de validez axiológica en las circunstancias del caso.- f) Dichas conclusiones armonizan con atribuciones judiciales para jueces evitar desbordes litigiosos: constatando rigurosamente los presupuestos de la responsabilidad, marginando abusos (art. 1071, Cód. Civil), y en su caso, morigerando equitativamente las indemnizaciones en consideración a la situación patrimonial del deudor (art. 1069, segundo párrafo). (DJ 2007-II, 678, LA LEY 07/09/2007, 4, LA LEY 2007, 334, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo III, 229).- La Dra. Matilde Zavala de Gonzalez, en comentario a las razones antes expuestas, sostuvo que ?Atendiendo al primer motivo de inconstitucionalidad, se advierte el absurdo de que los padres ?así como cualquier damnificado indirecto? puedan demandar por gastos efectuados para la curación de la víctima o su atención posterior, el posible lucro cesante personal y otros rubros patrimoniales, y no por su descalabro existencial a raíz de la agresión al hijo.- En definitiva, hay desigualdad respecto de daños materiales: los espirituales tienen superior o igual jerarquía que los económicos, pues no atañen al "tener" sino al "ser" de las personas; sin embargo, se admite en los segundos una amplia legitimación (art. 1079) que es restringida para aquéllos (art. 1078). Hay inconsecuencia en conferir acción a todos los damnificados indirectos, si se trata de perjuicios patrimoniales y negarla o circunscribirla ?según que la víctima inmediata sobreviva o hubiera fallecido? cuando el menoscabo es moral, máxime ante afectados que pueden haber sufrido serios males existenciales a partir de una muy intensa relación con aquélla?.- ?Atendiendo a otro argumento expuesto por la Corte: según lo normado en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, las acciones de los hombres que perjudiquen a un tercero están sometidas a la autoridad de los magistrados. En su virtud, los hechos que dañan injustamente son reprobados por el Derecho y deben generar consecuencias resarcitorias.- ?Del voto del doctor De Lázari fluye una idea que debe ser enfatizada: no se respetaría el principio de plenitud de la reparación, ?si el daño quedara subsistente en todo o en parte?. Observamos que, habitualmente, dicha regla es aplicada con respecto de un ?determinado' perjudicado: debe resarcirse integralmente el perjuicio que se le haya inferido, no más, pero tampoco menos. Pero, y desde otro enfoque, igualmente justifica que se reparen los desmedros de ?todos' los efectivamente dañados.- ?Existen razones adicionales para la inconstitucionalidad. De tal modo, el art. 1078 también viola la igualdad entre damnificados directos e indirectos moralmente, si sufren un perjuicio personal y eventualmente más grave en el segundo supuesto.- ?La solución del Código es disparatada: una persona puede pedir indemnización de daño moral por heridas o mutilaciones causadas a su mascota (es damnificada directa) y no por las inferidas a su hijo o cónyuge, debido a que los padres o el consorte de la víctima inmediata son

damnificados indirectos! Insólitamente, resulta tutelado el amor hacia perros y gatos, que pueden acompañar o alegrar (al margen de que aquéllos puedan servir de lazarillos); pero no hacia personas cuya existencia se encuentra estrechamente ligada con la propia.?-
?El absurdo se intensifica atendiendo a daños morales por pérdida o menoscabo de objetos inanimados a los que se ligaban intereses afectivos.?- ?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.?- En este orden de ideas, como señalé, comparto los argumentos esbozados por la Suprema Corte de Justicia y los expuestos por la Dra. Zavala, considerando que en el caso de autos, amerita la declaración de inconstitucionalidad de la mentada norma. - En suma, la norma en análisis resulta limitativa de la legitimación para el reclamo de los padres por daño moral, cuando la víctima no ha fallecido, y tal limitación luce inconstitucional por ser irrazonable (arg. de los arts. 16 y 28 C.N.).- Es que a la luz del principio constitucional de "razonabilidad" la limitación impuesta -siendo éste un criterio que provee a la interpretación y aplicación de los contenidos constitucionales en orden a la hermenéutica constitucional- resulta irracional frente al derecho de la reparación integral del daño (arg. del art. 19 de la C. Nacional) y de la garantía de la igualdad.- Así, se ha sostenido que: "El artículo 19 de la C. Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, el alterum non laedere. Ese arraigo constitucional ha sido reconocido por la Corte Suprema de la Nación. La violación de este principio naturalmente depara como consecuencia una reparación, que debe ser plena o integral, vale decir justa, porque no sería acabada indemnización si el daño quedara subsistente en todo o en parte. Pero con independencia de este sustento constitucional y paralelamente, esta garantía se encuentra consagrada por los Tratados Internacionales. Por la vía de lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75 de la C. Nacional con fuerza y jerarquía superior a las leyes, contamos por de pronto con lo que estatuye el artículo 21 pto. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa. Paralelamente, el art. 5 del mismo cuerpo suprallegal ampara el derecho a la integridad ?psíquica y moral'. Incluso, el derecho privado se ocupa del llamado ?derecho de daños'. Constitucionalmente no es errado hablar de un derecho al resarcimiento y a la reparación del daño e incluirlo entre los derechos implícitos; el art. 17 lo ha previsto en materia de expropiación y surge asimismo ahora del art. 41 en materia ambiental, a más del caso específico de la reparación por el error judicial, que cuenta con normal resarcimiento en tratados de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional..." (SCBA, 30-09-09, causa c. 97144, "M., E. N. y otros c/ Municipalidad de Tres Lomas - Daños y perjuicios", JUBA, B31835. Cit. por Medina, Graciela y García Santas, Carlos, "Revista de derecho de Daños 2009 - 3", Daños a la Persona).- Ahora bien, con relación al quantum y en confrontación con el fijado para la damnificada directa, con un sentido de congruencia, cabe establecerlo en la suma de pesos ... (\$...) para cada progenitor.- Tengo en cuenta para esto, que si bien se trata de una enfermedad terminal la diagnosticada a su hija menor de edad, el tratamiento no ha dejado secuela alguna.- En relación al rubro daño moral solicitado para P.M.D.- Solicitan para la menor la suma de pesos ... (\$...). Aducen que se vio afectada por la supuesta enfermedad diagnosticada a su hermana y la forma en que esa noticia impactó en el grupo familiar. En este sentido, considero que el rubro resulta improcedente respecto de la menor. Esto es así porque la menor al momento del erróneo diagnóstico era muy pequeña (6 años aproximadamente) para comprender la trascendencia de la enfermedad que, por cierto y aún en el mejor de los casos, esto es, si hubiere sido anoticiada, dada la protección natural de sus padres para con la misma, no posee la misma significación.- 7) Intereses.- Con relación a los intereses que integran la reparación del daño causado, denominados moratorios, que tienen por fin resarcir integralmente el perjuicio ocasionado, en virtud de la responsabilidad objetiva atribuida a la demandada, se computarán en la Tasa Pasiva Promedio del BCRA, con más el 2% mensual como plus adicional, para todos los rubros acogidos.- Ahora bien, para el rubro correspondiente a gastos de medicamentos y farmacia, y el correspondiente a daño moral, deben calcularse desde la fecha del hecho, esto es, del diagnóstico equivocado, individualizado el día 10 de junio de 2002, hasta su efectivo pago.- En cambio, con relación a los daños acordados por el viaje a Buenos Aires, los intereses se computan a partir de la fecha de la certificación de fs. 32, esto es, a partir del 30 de noviembre de 2005, hasta su efectivo pago.- Y, en relación a los intereses por la suma acordada por los viajes a la ciudad de Córdoba, llevados adelante por el período que va desde el 10 de junio de 2002 al 30 de noviembre de 2006, debe estarse a una fecha promedio que se fija en el 4 de septiembre de 2004. Es que cuando se trata de daños progresivos que se devengan con cierta periodicidad y que no guardan coincidencia temporal con el hecho dañoso (diagnóstico errado), cabe fijar los intereses resarcitorios y moratorios en atención a las particularidades de la causa, que se define en una fecha equidistante.- 8) Costas: - Esta Cámara ha señalado con anterioridad lo siguiente: "La doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas principalmente en tres posiciones contrarias: a) una primera que entiende que las costas deben ser siempre asumidas por el demandado responsable, aún cuando la demanda prospere parcialmente; en esta corriente de pensamiento se enrolan, entre otros, Orgaz (El daño resarcible, ps. 156, 157) y Farina (Enciclopedia Jurídica Omeba, voz ?costas?.

T. IV. P. 106). Para esta tesis las costas deben ser asumidas ?por un principio de justicia- por quien con su conducta hizo necesario el juicio; b) una segunda posición entiende que no es posible atribuir las costas por un sistema automático o matemático sino que en definitiva la determinación ha de ser prudencial y circunstanciada del magistrado y c) finalmente una tercer corriente de opinión sostiene que las costas deben ser distribuidas proporcionalmente atendiendo a los vencimientos recíprocos de los litigantes. De este modo, la condena al demandado no resulta suficiente para reputarlo vencido e imponerle las costas, sino que deben confrontarse los rubros de la demanda con el resultado económico obtenido en la sentencia y de esa ecuación matemática resultará la proporción de costas que corresponde cargar a cada una de las partes. Esta es la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Conf. CSJN 09-02-89, ED 134-853) y por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, Sala C. y C. in re ?Ponce, Víctor c/ Ubaldino José Rodríguez ? Recurso de Revisión?, 14-09-89, Sent. 37, et in re ?Alice, Mario D. C/ Mary Iñiguez de Peña- Ejec. Hipotecaria - Recurso Directo?, Sent. del 27-02-02, en Zeus Córdoba n° 5, pág. 134 y sgtes. Aplicable mutatis mutandi; TSJ Cba. Sala Penal, in re ?Palacios, Roque Sebastián. p.s.a., Homicidio Culposo ? Recurso de Casación?, Sent. N° 2 del 9-03-04, Zeus Córdoba, T. 4, 2004. 484 y sgtes.).- Nuestro Código Procesal contiene el principio objetivo del vencimiento y la pauta del vencimiento no opera in abstracto sino en concreto (art. 132 del C.P.C.); sin embargo, es de advertir que del mismo modo que sucedía con el art. 356 ter. del C.P.C.C. antes vigente, esta pauta objetiva encuentra además la posibilidad de morigeración en función de un parámetro de índole subjetivo que alude a la prudencia del juzgador. En suma, dos son los parámetros a tener en cuenta, por una parte la proporcionalidad matemática, por la otra la prudencia del juzgador (conf. esta Cámara in re ?Bruno de Jorge, Josefina c. Carrefour Argentina S.A.- Ordinario? - Daños y Perjuicios - Otras formas de Resp. Extracontractual - Recurso de Apelación - Sentencia n° 174 del 24-11-05, Sem. Jur., T. 92, 2005-B, pág. 883 y sgtes., entre otros; Cam. 2da. in re ?Bernahola, Mario Rubén c. Aguas Cordobesas S.A.- Ordinario- D. y P. - Otras formas de Respons. Extracontractual - Recurso de Apelación?, Sent. N° 10 del 23.02.06, Sem. Jur., T. 93, 2006-A, pág. 729 y sgtes.).? (Del voto del Dr. Raúl E. Fernández, Cámara 4° C y C en "POGOSTKIN, IRENE ESTHER C/ CAMPAGNOLI, ALBERTO ENRIQUE- GIROTTI DE CAMPAGNOLI Y OTROS.- ORDINARIOS - OTROS - RECURSO APELACION ? EXPTE. N° 2084/36?, Sent. N° 129 del 26/10/07).- En el caso se verifica el acogimiento parcial de la demanda y, a la vez, el desistimiento de los rubros señalados precedentemente. Así, al tiempo de alegar, el actor señala las dificultades probatorias en orden a la documentación de ciertos gastos, que por menores o bien por ser continuos, se ha visto impedido de acreditar.- Conforme la sana crítica, la circunstancia apuntada concurre para atemperar la proporcionalidad en el cargo de las costas por la diferencia entre lo demandado y lo efectivamente acordado siendo que se trata de una responsabilidad declarada.- En tal sentido, el monto reclamado por los actores ha sido la suma de \$... (\$... por gastos de medicamentos y farmacia, \$... por gastos de traslado a Córdoba, \$... por fisioterapia y kinesiología, \$... viaje a Buenos Aires, \$... por terapia psicológica futura, y \$... de daño moral), en tanto que lo acogido mediante la presente asciende a la suma de \$... (\$... gastos de medicamentos y farmacia, \$... de gastos por traslado a Córdoba, \$... viaje a Buenos Aires, y \$... daño moral). Si bien el acogimiento representa un 18,97% del total reclamado, en atención a los parámetros aludidos ? atemperamiento de las costas- y siendo que ha existido razón en demandar ?responsabilidad declarada-, las costas de primera y segunda instancia se establecen en un 60% al demandado y en un 40% al actor (arg. del art. 132 del C.P.C. y C.).- 9. Honorarios:- En virtud del nuevo resultado corresponde dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada a los letrados intervinientes en primera instancia, estableciéndolos de la siguiente manera: - a) Para el letrado de la parte actora, Dr. Rodolfo M. González Zavala (monotributista, fs. 232), se regulan en la suma de pesos ... (\$...)- Ello deviene de tomar como base regulatoria el monto de la sentencia (\$... ? art. 31 inc. 1, 1° sup., ley 9459) actualizado conforme los intereses mandados a pagar en la presente (\$... ? art. 33). Concepto

| Descripción | Desde | Hasta | Tipo | Cálculo |
|--------------------------|--------------|-------------|-------------|-------------------------|
| Tasa Actualización | Tasa Interés | Monto | Capital | |
| GASTOS DE MEDIC. Y FARM. | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Capital | Monto |
| 0,00% | 0,00% | \$... | Capital | GASTOS DE |
| MEDIC. Y FARM. | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Tasa Pasiva | |
| 146,10% | 0,00% | \$... | Capital | GASTOS DE MEDIC. |
| Y FARM. | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Interes | 0,00% |
| 262,49% | \$... | Capital | | GASTOS TRASLADO CORDOBA |
| 04/09/2004 | 15/05/2013 | Monto | | 0,00% |
| 0,00% | \$... | Capital | | GASTOS TRASLADO CORDOBA |
| 04/09/2004 | 15/05/2013 | Tasa Pasiva | | 82,13% |
| 0,00% | \$... | Capital | | GASTOS TRASLADO CORDOBA |
| 04/09/2004 | 15/05/2013 | Interes | | 0,00% |
| | | | | 208,77% |

| \$... | | Capital | GASTOS VIAJE A BS AS | | 30/11/2005 |
|---|----------------------|---------------|----------------------|---------------|-----------------|
| 15/05/2013 | Monto | 0,00% | 0,00% | \$... | |
| Capital | GASTOS VIAJE A BS AS | 30/11/2005 | 15/05/2013 | \$... | 15/05/2013 |
| Tasa Pasiva | 76,08% | 0,00% | \$... | 15/05/2013 | Capital |
| Capital | GASTOS VIAJE A BS AS | 30/11/2005 | 15/05/2013 | 15/05/2013 | Monto |
| Interes | 0,00% | 179,05% | \$... | Capital | DAÑO MORAL |
| DAÑO MORAL | 10/06/2002 | \$... | Capital | DAÑO MORAL | 146,10% |
| 0,00% | 0,00% | 15/05/2013 | Tasa Pasiva | 146,10% | 10/06/2002 |
| 10/06/2002 | \$... | Capital | DAÑO MORAL | 10/06/2002 | 10/06/2002 |
| 0,00% | 15/05/2013 | Interes | 0,00% | 262,49% | 10/06/2002 |
| \$... | Capital | Total Capital | Total | Total General | El monto |
| | \$... | \$... | Total | Total General | \$... |
| total se ubica en la primera escala del art. 36 (... UE), por lo que teniendo en cuenta el trabajo desarrollado y las reglas del art. 39, estimo justo y equitativo fijarlos en el punto medio de aquella (...).- b) Para la letrada de la parte demandada, Dra. Ana Carolina Terré Sesin (monotributista, fs. 235), los honorarios se establecen en la suma de pesos ... (\$...).- En este caso, el monto proviene de fijar la base regulatoria en el ...% del monto demandado (\$... ? art. 31 inc. 2, 2º sup.) actualizado (\$... x ...% = \$...). | | | | | |
| Concepto | Descripción | Desde | Hasta | Tipo | Cálculo |
| Tasa Actualización | Tasa Interés | Monto | Capital | | |
| GASTOS DE MEDIC. Y FARM. | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Capital | | |
| Monto | 0,00% | 0,00% | \$... | Capital | |
| GASTOS DE MEDIC. Y FARM. | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Tasa Pasiva | | |
| 146,10% | 0,00% | \$... | Capital | | |
| GASTOS DE MEDIC. Y FARM. | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Interes | | |
| 0,00% | 262,49% | \$... | Capital | | GASTOS |
| TRASLADO CORDOBA | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Monto | | |
| 0,00% | 0,00% | \$... | Capital | | GASTOS TRASLADO |
| CORDOBA | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Tasa Pasiva | | |
| 146,10% | 0,00% | \$... | Capital | | GASTOS TRASLADO |
| CORDOBA | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Interés | | 0,00% |
| 262,49% | \$... | Capital | FISIOTERAPIA Y | | |
| KINESIOLOGIA | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Monto | | |
| 0,00% | 0,00% | \$... | Capital | | FISIOTERAPIA Y |
| KINESIOLOGIA | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Tasa Pasiva | | |
| 146,10% | 0,00% | \$... | Capital | | FISIOTERAPIA Y |
| KINESIOLOGIA | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Interes | | |
| 0,00% | 262,49% | \$... | Capital | | VIAJE A BS AS |
| 30/11/2005 | 15/05/2013 | Monto | 0,00% | | |
| 0,00% | \$... | Capital | VIAJE A BS AS | | 30/11/2005 |
| 15/05/2013 | Tasa Pasiva | 76,08% | 0,00% | | |
| \$... | Capital | VIAJE A BS AS | 30/11/2005 | | 15/05/2013 |
| Interes | 0,00% | 179,05% | \$... | | Capital |
| DAÑO MORAL | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Monto | | |
| 0,00% | 0,00% | \$... | Capital | | DAÑO |
| MORAL | 10/06/2002 | 15/05/2013 | Tasa Pasiva | | |
| 146,10% | 0,00% | \$... | Capital | | DAÑO MORAL |
| 10/06/2002 | 15/05/2013 | Interes | 0,00% | | |
| 262,49% | \$... | Capital | Total Capital | | |
| | \$... | Total | Total | | |

Total General

\$... La suma representa ... unidades económicas. Ubicándose ? entonces- en la primera escala del art. 36 y teniendo en cuenta la actividad desarrollada, estimo justo aplicarle el punto medio (...%) haciendo, además, la reducción del ...% del art. 45 inc. 3, por cuanto no hubo diligenciamiento de prueba por parte de la letrada beneficiaria. Siendo ello así, los cálculos arrojan la suma mencionada supra (... x ...% = ... - ...% = ...).- Finalmente, los honorarios de segunda instancia deben establecerse de acuerdo a la norma del art. 40, ley 9459. En consecuencia, la base regulatoria a tener en cuenta lo constituye lo que ha sido motivo de agravio para el apelante, que ?en el caso- se concreta en el monto reclamado en la demanda y alegato (\$... - más intereses \$...) rechazado totalmente por la Iudicante.- La suma se ubica en la 2° escala del art. 36 (... UE). Sobre ella, atento las reglas del art. 39 y el trabajo desarrollado en esta Sede, estimo justo y equitativo aplicar los mínimos correspondientes (...% -...%) para la Dra. Ana Carolina Terré Sesin, y el ...% del ...% para el Dr. Rodolfo M. González Zavala. De tal manera, corresponden pesos ... (\$...) para la primera letrada, y ... (\$...) para el segundo.- ASÍ VOTO.- A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR VOCAL DR. MIGUEL ÁNGEL BUSTOS ARGAÑARÁS DIJO:- En orden a la respuesta negativa a la primera cuestión, deviene en el rechazo de la demanda, pues no se ha acreditado un actuar negligente de los médicos, por lo que los daños requeridos por los recurrentes no merecen recibo.- El daño resarcible es en orden a los efectos de la lesión, y al haberse rechazado la demanda instaurada en contra de los profesionales actuantes, se carece de sustento para reclamar el daño que pretende resarcirse. Solamente si el daño resulta producto de una lesión, se cuenta con la materia que es objeto de reparación, lo que está ausente en estos actuados, ya que el resarcimiento que representa una consecuencia jurídica condicionada, exige en orden a la causalidad jurídica, un supuesto de hecho condicionante que no puede ser otro que el perjuicio mismo. Si el accionar no ha resultado impropio de su profesión, se carece de elementos para configurar el daño reclamado.- Al no receptarse el planteo frente al pedido indemnizatorio requerido por el accionante ante la conducta de los profesionales actuantes, se colige que el extremo constitutivo de la acción resarcitoria es el daño, e incumbe al actor que éste sea probado, de lo que se infiere que la falta de probanza del hecho productor del daño recae en contra del afectado, y en consecuencia no se puede resarcir un daño no determinado. Así, los Tribunales han resuelto con solvencia que es imperioso que el daño debe ser probado por quien lo alega, y que el daño improbadado carece de existencia para el derecho (Confr. en similar sentido: CNCom, Sala C30.09.91, LL 1992 ?A- 44; e ídem en Zavala de González Matilde, Resarcimiento de Daños, T° 3, pág 177, Bs As, 1993).- Continuando con el análisis, es aceptado que constituyendo el daño un presupuesto de la responsabilidad civil, y la falta de comprobación apropiada del mismo conspira contra las pretensiones de la accionante.- En caso que se hubiere probado el hecho generador, debe acreditarse el daño, o -de otro modo- ?...el resarcimiento del daño supone que se conozca que éste existe, pero también cómo existe...? (cfr. autora y obra citadas, pág. 181).- Así, resulta que la conclusión a que se arriba es el rechazo del reclamo resarcitorio.- VOTO POR LA NEGATIVA.- A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA. MARÍA ROSA MOLINA DE CAMINAL DIJO:- 1. El que resulte responsable la demandada en los términos reseñados, en manera alguna implica que proceda disponer la indemnización de la totalidad de los daños reclamados, sino que es menester establecer cuáles de los mismos se encuentran en relación causal adecuada con el deficiente diagnóstico a fin de disponer su abono. En esa dirección, comparto los argumentos y resolución a que arriba la Sra. Vocal de primer voto.- En cuanto a los medicamentos y gastos de farmacia reclamados, de las constancias de autos surgen debidamente acreditados el erróneo diagnóstico y tratamiento consecuente que se indicara a M.D., y los gastos que se reclaman en la demanda aparecen como causalmente adecuados respecto de aquellos, no siendo imprescindible el aporte de prueba precisa. Se presume que la situación evidenciada ha requerido la concreción de tales erogaciones, ponderando particularmente la Historia Clínica. Así, los gastos reclamados en autos pueden mandarse a pagar aún a falta de prueba específica y concreta sobre los mismos, por aplicación de presunciones hominis. La presunción "se configura cuando un conjunto de hechos conocidos y verificados (por cualquier medio probatorio) indican la existencia de otro hecho desconocido." (Schröder, Carlos, comentario al art. 315 CPC, en Ferrer Martínez, Rogelio (Director), Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba - Tomo I, Advocatus, 2000, pág. 566). En autos, partiendo del hecho conocido y acreditado -estado de salud de la actora, diagnóstico equivocado y tratamiento consecuente- se deriva como existente y necesaria la concreción de los gastos reclamados.- Existe importante jurisprudencia -que se comparte- coincidente con lo expresado: "No se requiere la efectiva prueba de los desembolsos realizados por los gastos médicos y de farmacia cuando por la índole de las lesiones sufridas en el accidente de tránsito es evidente que estos desembolsos se han debido realizar." "Los gastos de asistencia médica y de farmacia resultan razonables teniendo en cuenta la naturaleza de las lesiones sufridas por la víctima y el tiempo que pudo durar su curación, aun en ausencia de pruebas." (Cám. 1ª Civ. y Com. de San Isidro, sala I, 12-12-96, causa 70.169, Villalba, Antonio Pablo c/Americana de Publicaciones SA y otro s/Daños y perjuicios, RSD 404); "Teniendo en cuenta que las erogaciones en concepto de gastos médicos, de farmacia y traslados deben ser resarcidos, aun en el supuesto de que no se hayan aportado las pruebas precisas de su entidad, desde que su existencia se presume en la medida que lo justifique el daño

sufrido, quedando librado al prudente arbitrio judicial la determinación de su importancia, y que en el particular se ha probado con la historia clínica del Hospital Cullen (fs. 87/91), informe médico policial de fojas 6 del expte. correccional y con la pericia médica del doctor Héctor de Azcuénaga (fs. 106/111) las lesiones sufridas por el actor, tiempo de internación, tratamiento recibido, etcétera, parece justo y razonable acoger este ítem..." (Trib. Coleg. Resp. Extrac. de Santa Fe N° 4, 2ª Sec., 31-3-98, Faría, A. R. c/Fanjul, C. s/Indemnización daños y perjuicios, res. 14, fo. 22, t. 9) "Los gastos de farmacia deben ser resarcidos, aun en el supuesto de que no se hayan aportado las pruebas precisas de su entidad, desde que su existencia se presume en la medida que lo justifique el daño sufrido, y la circunstancia de que la actora pudiera ser afiliada de alguna obra social no es óbice para el reconocimiento del rubro resarcitorio pretendido." (Trib. Coleg. Resp. Extrac. de Santa Fe N° 4, 1ª Sec., 30-10-98, Moreyra, M. c/Quaini, S. s/Indemnización daños y perjuicios, res. 48, fo. 22/26, t. 9).- Así las cosas, el monto reclamado resulta razonable a tenor de las constancias de autos, por lo que debe proceder el rubro por el mismo, que asciende a pesos ... (\$...).- En cuanto a los gastos por traslados para controles y trámites, resulta de las constancias de autos que la niña tenía una patología (alguna, aunque no fuera FQ), que justificaba ciertos viajes por consultas médicas; otros traslados, sin lugar a dudas, han obedecido a que estaba mal diagnosticada, lo fueron solo para control (véase en la HC que en algunas consultas se refiere la existencia de tos que justificaba algún tipo de atención, en otras se menciona que la tos era esporádica -v. por ejemplo, fs. 146, 147 vta.-, lo que de suyo pareciera indicar que, si no hubiese habido un diagnóstico de una enfermedad tan grave como la FQ no habría merecido una consulta médica). El art. 3º Ley 24.240 reza "...En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor.". La norma impone pautas interpretativas a considerar cuando existan dudas sobre la cuestión, que deben aplicarse al análisis de los hechos de la causa. En el caso, no es un dato menor que la demandada, de considerar que la pretensión resarcitoria de la accionante en este rubro no debía prosperar, debió arbitrar los medios para demostrar que, de todas maneras aun se la hubiera diagnosticado correctamente, con la enfermedad que en realidad la niña padecía, los traslados, consultas y controles igualmente se hubieren concretado. Esta falta de prueba concreta, sumado a que resulta imposible extraer de la HC los traslados que fueron innecesarios o solo derivados causalmente del diagnóstico equivocado, lo que tampoco ha sido demostrado por la accionante, contemplando que si bien el daño debe ser demostrado por quien lo alega, en el caso por el estatuto consumeril esa regla se desdibuja y se impone una carga concreta a la parte demandada -que no ha observado en la especie- parece justo y adecuado conforme la pauta prudencial que debe aplicarse en casos como el que nos ocupa (art. 335 CPC), se determine la procedencia de la pretensión en un 50% del monto reclamado, punto equidistante de la posición de ambas partes, también influido por un criterio de equidad, cual señala el primer voto cuyas razones comparto.- Respecto de los gastos por kinesio y fisioterapia, es real lo que señala la Dra. Cristina E. González de la Vega en orden a que no se ha demostrado en forma alguna el monto de las pretendidas erogaciones. Además, la niña ha sido atendida, principalmente, en servicios de salud públicos. La declaración testimonial de fs. 200 resulta insuficiente para tener por acreditado que hacía fisioterapia en Córdoba, Alta Gracia y Rafael García, porque la testigo señala que sabe ello por los padres, no por su propio conocimiento de tales hechos. En la declaración de fs. 205, se reconoce que M. se hizo "masajes" en el dispensario, que había que pagarlos, pero afirma ello indicando que la Comuna no los atendía, lo que no impide en forma alguna que los abonara la obra social con que contaba M.D., a más que ninguna referencia existe respecto de cuántas veces ello ocurrió en Rafael García (único lugar sobre el cual declara la testigo en el que supuestamente se pagaba), ni ningún elemento de prueba se acompañó que demostrara que efectivamente se abonó algún importe, en su caso cuál y cuántas veces, siendo que la propia declarante reconoce que se habría tratado en otros lugares. Y si bien por aplicación de la LDC en caso de duda debe estarse a favor del consumidor, en este rubro ni siquiera alcanza la actividad probatoria para ese "piso" de duda necesario, ya que por ejemplo a fs. 145 vta. se consigna que se hacía fisioterapia domiciliaria tres veces por semana (25/9/02), hay en la HC distintas menciones a fisioterapia que deben conjugarse con el reclamo de fs. 4 vta. para hacer trámites en la obra social OSPRERA. Es un hecho notorio que las obras sociales no siempre cubren el 100% del costo de los medicamentos, y ello mereció que se contemplaran las presunciones hominis en ese rubro. Ahora bien, habiendo contado con obra social, no se conoce cuántas sesiones, en su caso, debió hacerse y cuántas de ellas admitió la obra social. Si se advierte, se menciona en la demanda (fs. 4 vta.) que la obra social cubría las sesiones necesarias y así lo hizo, y recién en el año 2004, supuestamente, fue tratada por una profesional que no atendía por la misma, mención similar a la relativa al tratamiento desde mayo del 2005. Frente al reconocimiento de cobertura total del tratamiento indicado por parte de la obra social -respecto de algunos profesionales- era a cargo de la parte actora el demostrar que la niña fue atendida por quienes no efectuaban prestaciones por esa obra social. Y ninguna prueba, ni siquiera indiciaria, que pudiera generar un estado de duda al respecto, han acompañado. Lo mismo puede decirse con respecto a los viajes para recibir fisioterapia, ya que, además, la falta de acreditación relativa a dónde se hacía la prestación impiden aplicar presunciones en este rubro en particular, lo que amerita su rechazo, cual propicia el primer voto.- El viaje a Buenos Aires se justificó en interés de la niña M., por el error del diagnóstico, ya que resulta atendible que, de lo contrario, un particular no habría tenido interés ni necesidad de concurrir a un Congreso de Neumonología Pediátrica en cuyo marco se brindaba un curso de FQ para

padres (v. certificado de fs. 36), por lo que debe abonarse el monto reclamado de pesos ... (\$...), importe que puede advertirse adecuado considerando la distancia recorrida a tal efecto. - El costo de la terapia psicológica futura -único rubro de los restantes daños patrimoniales no desistido en el alegato- no es de recibo. Para su procedencia debió acreditarse que la niña tenía secuelas disvaliosas de orden psicológico que requerían un tratamiento específico, así como determinar en qué consistía éste, con apoyatura en profesionales y no meras conjeturas en orden a la necesidad que - supuestamente- se evidenciaría de acudir a las prestaciones mencionadas. Ello impide que se ordene el abono de un daño que no supera el carácter de conjetural, a tenor de las constancias de autos.

2. El daño moral reclamado para M.D. debe prosperar, aunque en un monto inferior del pretendido. Surge diáfano que ha existido un error de diagnóstico, que la niña ha padecido innecesarias restricciones en su vida de relación, dan cuenta de ellos los testimonios rendidos y la HC acompañada. Si bien es clara la existencia de daño moral frente a ello, la presunción no alcanza al quantum pretendido por la parte accionante, superior al que se estima que corresponde. ¿Valorar el daño moral significa esclarecer su sustancia y dimensión: dónde recae el menoscabo, en qué consiste y qué intensidad reviste. Partiendo del hecho lesivo, se examinan sus disvaliosas repercusiones espirituales para la víctima ¿grado de desmérito del daño a resarcir-? (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Tomo 5A, Hammurabi, pág. 80). ¿No basta la mera mención de los daños corporales y la incapacidad, sino que tales parámetros pueden operar como indicios que permitan inferir la existencia del perjuicio moral y su magnitud, bajo la óptica de la sensibilidad del hombre medio, pero sin descuidar al hombre real, ya que la apreciación de todo daño debe hacerse en concreto, no en abstracto.? (TSJ, Sala C. y C., Sent. 127 del 4/11/03, cit. por Zavala de González, Matilde, Doctrina Judicial Solución de caso 6, Alveroni, 2.004, pág. 64). Continúa la autora expresando que ¿La valoración del daño moral parte de la gravedad objetiva del menoscabo y de las circunstancias de la víctima. Correlativamente, puede hablarse de un perjuicio espiritual común (intensidad del desmedro para personas en similar situación) y particular (examinando factores singulares del damnificado)? (pág. 65). El daño moral debe individualizarse, y a efecto de que se acuerde una indemnización por el monto reclamado en la demanda, insisto, la actora debió demostrar la incidencia espiritual que el hecho lesivo y sus consecuencias le deparara. Si bien los magistrados cuantifican el daño moral en ejercicio de sus facultades discrecionales, éste se encuentra condicionado a que la prudencia pueda ser objetivamente verificable, y que la conclusión que se estime como razonable no aparezca absurda respecto de las circunstancias de la causa, extremo éste demostrativo de un ejercicio arbitrario de aquellas potestades (Cfr. TSJ, Sala Penal, Sent. n° 3, 11/2/00, ¿Villacorta?; AI N° 193, 14/5/01). En este estado, no resulta un dato menor que la parte actora no ha demostrado que la totalidad de tratamientos y medicación suministrada a la niña fueran innecesarios o improcedentes. Si bien es real e indudable que de haber contado con el diagnóstico correcto, muy probablemente el tratamiento habría sido más prontamente superador de la patología que sí tenía -que está claro, no era FQ- M. ha padecido accesos de tos frecuentes, problemas digestivos, etc., y no ha habido en autos una pericia que demostrara que la totalidad de las prácticas y medicación indicadas fueran inconvenientes o innecesarias para ella. Ante tal situación, no se cuenta con elementos que permitan fijar la indemnización en el monto pretendido en la demanda, advirtiéndose como adecuado establecerlo en la suma de pesos ... (\$...). Es real también que, tratándose de una niña de escasa edad, no tuvo cabal comprensión de la gravedad de la enfermedad erróneamente diagnosticada y que no se ha acreditado en autos que hayan quedado en su salud secuelas derivadas del error de diagnóstico.-

3. En cuanto al daño moral de los padres, quienes reclaman son damnificados indirectos a los que la ley no le reconoce legitimación en forma expresa (art. 1.078 Cód. Civil.). No obstante, no puede aceptarse la constitucionalidad de este límite legal, cuando obra debidamente acreditado el daño padecido. Los jueces tenemos la obligación de analizar el plexo normativo aplicable a las relaciones jurídicas; al decidir la aplicación de una norma jurídica, el magistrado lo hace porque la misma ha superado con éxito el test de constitucionalidad: la norma aplicable será la que corresponda conforme la jerarquía normativa del art. 31 CN y según la adecuación que las normas inferiores tengan con las normas de jerarquía superior a tenor del texto constitucional. En este orden de ideas, cuando una norma inferior se presenta como contradictoria o violatoria de normas de jerarquía superior, se torna viable su declaración de inconstitucionalidad, aún en defecto del planteo de parte en ese sentido. No puede considerarse a la norma en cuestión como un valladar insuperable para este tipo de reclamos, ya que limitar la indemnización del daño moral del damnificado indirecto a los supuestos en que del hecho ilícito hubiere resultado la muerte de la hija no resulta razonable ni equitativo. Según art. 1.078, solo pueden reclamar daño moral el damnificado directo, y el indirecto los herederos forzosos, en caso de que derivare del hecho la muerte de aquel. La constitucionalidad de la norma está condicionada, por una parte, a la circunstancia de que los derechos afectados sean respetados en su sustancia y, por la otra, a la adecuación de las restricciones que se les impone, a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias, sino razonables, esto es, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas (Fallos, 200:450). Si bien se comprende que pueda haberse pretendido limitar la indemnización del daño moral porque no todo, no cualquier perjuicio extrapatrimonial es resarcible, y resulta innegable que no toda persona que transita un pesar por un evento del que resulta víctima otra puede ser resarcida, ello es porque el daño moral, como cualquier daño, debe

encontrarse en relación causal adecuada con el hecho generador, lo que implica que debe ser previsible. Ahora bien, sin ánimo de ampliar ilimitadamente el espectro de legitimados activos, la reparación de aquel daño que cumpla con los presupuestos legales no puede ser denegada en casos como el que nos ocupa, frente al que es indudable que los padres, ante un diagnóstico a su hija de enfermedad incurable, que puede ser letal y exige importantes cuidados y tratamientos de por vida, tienen un padecimiento que, incluso para algunos, puede equipararse o superar al del damnificado directo. Así, la arbitrariedad de la norma en su aplicación al caso de autos es diáfana, ya que se niega a los padres el daño moral que sufren por el error de diagnóstico de su hija y consecuencias de ello, cuando de por sí tal situación -cuanto menos por una patología como la de autos- les produce un serio trastorno espiritual. Ha de conjugarse, también, la norma con el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho a la integridad física, psíquica y moral. El reconocimiento de este derecho, además, se enrola en la obligación de protección a la familia (art. 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 16 inc. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Y ello, porque la protección de la familia no se limita a propiciar su constitución y mantenimiento, sino que también exige el reconocimiento del valor de los vínculos familiares y, fundamentalmente, en el caso, la necesidad de atención de las consecuencias disvaliosas en el espíritu derivadas o motivadas en tales vínculos (el daño se reclama por la existencia de un vínculo paterno-filial que es su razón y fundamento). Se comparte que "Hay incongruencia y desigualdad en negar acción por daño moral a los familiares lesionados en su integridad física (art. 1.078) y conferirla cuando lo menoscabado es el honor (art. 1.080). No obstante, a la luz de una sana axiología jurídica debe preferirse limitar la norma injusta (art. 1.078) en lugar de vaciar la norma justa (art. 1.080)." "En efecto, en el sistema legal actual resulta altamente inequitativo que se admita la reclamación de los damnificados indirectos en su patrimonio (art. 1079) y se le vea a los damnificados indirectos en su integridad espiritual (art. 1078, con la salvedad de los herederos forzosos de la víctima de homicidio." (Zavala de González, Matilde, en Bueres, Alberto (Dirección), Highton Elena (Coordinación), Código Civil y Normas Complementarias, Tomo 3 A, Hammurabi. 1.999, pág. 233). De todo lo mencionado resulta que la limitación del art. 1.078 Cód. Civil, en su aplicación al caso, resulta inconstitucional y por la jerarquía normativa del art. 31 CN, así debe declararse.- El dolor de los padres que ven sufrir a una hija, la angustia derivada del -supuestamente- luctuoso destino que le espera, resulta un hecho normal, corriente, es decir, naturalmente el sufrimiento de los hijos repercute en el espíritu de sus padres. La causalidad que contempla el Código Civil al disponer la extensión del resarcimiento derivado de actos ilícitos es una causalidad adecuada, no fenomenológica. Esto significa que no todo o cualquier afección, material o moral, se encuentra amparada por el derecho, sino solo aquella que conforme los arts. 901 y 906 resulta adecuada. En el caso, resulta indudable -y previsible- que tratándose de una niña de escasa edad, quienes estarían encargados de su tratamiento, velarían por su estado de salud, se preocuparían por el -supuesto- futuro desafortunado que le esperaba a la niña, quien a ese momento había vivido escasos años, eran sus padres.- Tenemos como parámetros objetivos en la valoración de este daño el tiempo transcurrido desde el diagnóstico erróneo hasta que fuera descartado el mismo, la edad de la niña que exigía la dedicación constante de sus padres, el hecho de que la FQ es una enfermedad incurable, en algunos casos letal y la incidencia negativa que ello tiene -indudablemente- en los progenitores de quien fuera diagnosticada con tal patología, a más del sacrificio que han exigido los permanentes cuidados. Pero no debemos soslayar las circunstancias apuntadas al tratar el daño moral de M.D., en orden al desconocimiento de cuál habría sido el tratamiento que sí ameritaba su estado de salud, y cuánto de lo hecho ha sido innecesario, inconducente o incluso, perjudicial. Y las cuestiones objetivas que se ponderan en la cuantificación del rubro se extienden a ambos padres en forma similar, no pudiendo presumirse un perjuicio patrimonial diverso, el cual, en su caso, debió ser motivo de prueba que permitiera al Tribunal así acordarlo.- Las constancias del proceso permiten concluir que las consecuencias sufridas por los padres de M.D. revisten la entidad necesaria para producir el sufrimiento, angustia o afección a intereses extrapatrimoniales jurídicamente tutelados que conforman el daño moral. La situación evidenciada en autos muestra una hija que ha sido erróneamente diagnosticada, impedida de desenvolverse sola personalmente dado su escasa edad, cuyo cuidado implicó la alteración de la rutina diaria laboral y familiar, y la consiguiente incertidumbre con relación a su futuro. El daño reclamado surge de la lesión a un interés jurídico de los Sres. S.F.D.y M.V.P., y se encuentra en relación causal con el hecho base de autos, esto es, que conforme las reglas de previsibilidad que consagran los arts. 901 y ss. Cód. Civil resulta consecuencia previsible del error habido.- Así las cosas, procede la indemnización del daño moral, en la suma de pesos ... (\$...) para cada progenitor. Es de destacar que el monto del daño moral se está fijando a la fecha del diagnóstico erróneo (10/6/02), al igual que se hiciera con el que se concede a M.D.- 4. Respecto del daño moral por P.M.D., la apelación no es de recibo. Como bien señala la Sra. Vocal de primer voto, no surge acreditada la lesión espiritual que la misma habría supuestamente sufrido. Si se advierte su escasa edad al tiempo del diagnóstico erróneo, la falta de conciencia que en la infancia puede tenerse sobre el carácter de gravedad de una patología, no permiten aseverar que la misma ha sufrido un menoscabo en los términos de su reclamo. Si bien es cierto que la rutina familiar en alguna medida pudo verse alterada y que su hermana estuvo enferma durante cierto tiempo, nuevamente se insiste en que el desconocimiento de la patología que realmente ha padecido M. y de

determinación de cuáles habrían sido los tratamientos adecuados, y tiempo de recuperación real que hubo necesitado en orden a la enfermedad que padecía (contaba con algún desorden en su salud que le generaba distintos síntomas particularmente respiratorios y gástricos, aunque no fuera FQ y no se haya demostrado cuál era), impide afirmar que la totalidad de las molestias habidas en el seno de la familia D. -que alcanzaban a P.M.- fueran producto del error de diagnóstico. Los padres han tenido conocimiento, y dolor y temor ante una patología que es irreversible y tiene un final inexorable, mas la hermana no tuvo conocimiento y conciencia real de ello como para ameritar que se indemnice por un daño que no resulta claro de las constancias de autos, por lo que no reviste el carácter de daño cierto. O, cuanto menos, esta es la presunción derivada de la edad de la menor, y si en la realidad la situación hubiere sido diversa, debió ser ello acreditado y no se hizo.- 5. Los intereses por los gastos en medicamentos y daño moral deben aplicarse desde la fecha del hecho, diagnóstico errado (10/6/02) hasta su efectivo pago. Adhiero al criterio fijado por el TSJ a partir de la Sent. N° 39 del 25/6/02, autos "HERNANDEZ JUAN CARLOS C/ MATRICERIA AUSTRAL S.A. - DEMANDA - REC. DE CASACION" y por los fundamentos establecidos en el mismo, el interés se fija en la Tasa Pasiva Promedio del BCRA con más un 2% mensual.- Respecto del viaje a Buenos Aires, el interés debe fijarse desde el 30/11/05, fecha de inicio del Congreso respectivo.- En cuanto a los gastos de traslados, procede fijar una fecha o término medio entre el hecho lesivo (10/6/02) y -en el caso- el conocimiento del yerro en el diagnóstico (30/11/06 - cuatro años, cinco meses, veinte días), ya que resulta imposible determinar la fecha exacta del daño. Ese término medio se fija en el cuatro de septiembre de dos mil cuatro, día a partir del cual se calculan los intereses de este rubro.- En esta materia rige el principio de la mora ex re. Sobre el dies a quo de los intereses, dadas las particularidades del caso, resulta justo aplicar la pauta de intereses establecida por el TSJ para los daños progresivos, ya que lo que se pondera en este punto es exclusivamente la dificultad en fijar en el tiempo el acaecimiento de cada daño (en nuestro caso, cada traslado innecesario). Así, ha sostenido que "Siendo los intereses resarcitorios, intereses verdaderamente ?moratorios?, aparece necesario que ?en oportunidad de establecer el dies a quo de su cómputo- el juzgador efectúe una cuidadosa determinación del momento de producción de cada detrimento.- Ello así por cuanto sólo una vez producido cada débito resarcitorio surge la obligación de indemnizarlo y, consecuentemente, la eventualidad de que exista demora en el cumplimiento de aquella.- Tal labor viene impuesta por el principio de reparación integral y plena, principio según el cual la indemnización no debe ser inferior a lo que se debe, pero tampoco superior al daño efectivamente causado.- En consecuencia, conceder los intereses moratorios desde cualquier momento anterior o posterior, sin atender al momento en que se produjo efectivamente el daño, importaría afectar por exceso o por defecto el postulado de la reparación plena, que constituye el punto de vista fundamental en la materia.- VIII.2. En su mérito, los intereses resarcitorios se computarán desde la fecha de comisión del hecho ilícito sólo cuando la consecuencia dañosa que se indemniza coincida temporalmente con el hecho que la engendró.- Si ello no es así, porque?vgr., el daño apareció temporalmente con posterioridad al hecho generador, o si ?por ejemplo- se trata de un daño sucesivo o progresivo (que determina débitos resarcitorios diferenciables, cronológicamente y autónomos en su cuantía) los intereses (que, reitero, son moratorios) no pueden devengarse desde la fecha del hecho ilícito, sino que deberá discriminarse la fecha real de su acaecimiento y recién desde allí computarse." (Sent. N° 230 del 20/10/09, autos ?Navarrete Eduardo Raúl c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba ? Ordinario ? Daños y Perjuicios ? Recurso Directo (N 01/06)?. En tal inteligencia, obra justificado el establecer la fecha real y, en caso de imposibilidad, una fecha que se compadezca en la mayor medida posible con la fecha real de producción de los daños, cual se propicia al fijarla en el término medio apuntado. - 6. La imposición de costas en su totalidad a la demandada resulta violatoria de lo dispuesto en el art. 132 del CPC, dado que la pretensión resarcitoria no ha prosperado totalmente y, por consiguiente, la distribución debe ser proporcional al éxito obtenido por cada parte, aunque sin desconocer la pauta prudencial que debe seguir el juzgador a la hora de establecer el modo de la distribución de las costas en caso de vencimientos recíprocos, y sin que quepa efectuar una interpretación exclusivamente matemática de la cuestión, valorando que la demandada ha sido vencida en lo sustancial del litigio, con relación a su responsabilidad. Aparece adecuado establecer prudencialmente que las costas para la primera instancia se fijan en un 40% a cargo de la parte actora y un 60% a la demandada. Cuadra añadir que lo que determina la imposición en costas a la actora son la improcedencia del reclamo por daño moral para P.D. y de los rubros tratamiento psicológico, fisioterapia y kinesiología, así como la procedencia solo parcial de los gastos de transporte.- En esta Sede, existiendo también vencimientos recíprocos, se impone la aplicación de igual norma (art. 132 CPC) y, en consecuencia, conforme la pauta prudencial que la misma consagra, deben establecerse las costas por las labores en esta Sede, y sobre la base de los discutido en la Alzada, en un 60% a cargo de la parte demandada y en un 40% a la parte actora.- A LA TERCERA CUESTIÓN LA SEÑORA VOCAL DRA. CRISTINA ESTELA GONZÁLEZ DE LA VEGA DIJO:- Atento las consideraciones vertidas propongo:- 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocar la sentencia reurrida en todas sus partes.- 2) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 C.C. con relación a los coactores, señores S.F.D.y M.V.P. - 3) Acoger parcialmente la demanda y condenar a la Municipalidad de Córdoba al pago de la suma de pesos ... (\$..) más los intereses establecidos en los considerandos

respectivos, en el plazo de diez días y bajo apercibimiento de ley.- 4) Imponer las costas de ambas instancias en un 40% a cargo de la parte actora y en un 60% a la demandada.- 5) Regular los honorarios de primera y segunda instancia para el letrado de la parte actora, Dr. Rodolfo M. González Zavala, en la suma de pesos ... (\$...) y en la de pesos ... (\$...), respectivamente.- 6) Para la letrada de la parte demandada, Dra. Ana Carolina Terré Sesin, los honorarios de primera y segunda instancia se establecen en la suma de pesos ... (\$...) y pesos ... (\$...), respectivamente.- ASÍ VOTO.- A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. MIGUEL ÁNGEL BUSTOS ARGAÑARÁS DIJO:- Dejando a salvo mi opinión, corresponde que se resuelva como lo propone la mayoría (art. 382, CPCC).- A LA TERCERA CUESTIÓN LA SEÑORA VOCAL DRA. MARÍA ROSA MOLINA DE CAMINAL DIJO:- Adhiero a los fundamentos y conclusiones a que arriba la señora Vocal del primer voto, en consecuencia, voto en idéntico sentido.- Por ello y por MAYORÍA,- SE RESUELVE:- 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida en todas sus partes.- 2) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 C.C. con relación a los coactores, señores S.F.D.y M.V.P. - 3) Acoger parcialmente la demanda y condenar a la Municipalidad de Córdoba al pago de la suma de pesos ... (\$...) más los intereses establecidos en los considerandos respectivos.- 4) Imponer las costas de ambas instancias en un 40% a cargo de la parte actora y en un 60% a cargo de la demandada.- 5) Regular los honorarios de primera y segunda instancia para el letrado de la parte actora, Dr. Rodolfo M. González Zavala, en la suma de pesos ... (\$...) y en la de pesos ... (\$...), respectivamente. 6) Regular los honorarios de primera y segunda instancia a la letrada de la parte demandada, Dra. Ana Carolina Terré Sesin, en la suma de pesos ... (\$...) y pesos ... (\$...), respectivamente.- PROTOCOLÍCESE, INCORPÓRESE COPIA, HÁGASE SABER Y BAJEN.

Correlaciones: ["Massa, Eduardo Raúl c/Clínica Privada Haedo SA y otro s/responsabilidad médica"](#) - Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. - Sala III - 17/06/2011 Smaldone, Natalia: La inconstitucionalidad del artículo 1078 - Erreius on line - Setiembre 2013 - Cita digital: