------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de noviembre del año dos mil once, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"C., H. A. c/ C. M. S.R.L. y otros s/ Daños y Perjuicios"*** (Expte. N° 83/11 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 463 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del DJP –CPCC–, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT – FLASS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 416/421vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo:-

------1. Llegan los presentes autos a esta Alzada, en virtud del recurso de apelación intentado por la actora a fs. 428 –así lo entiendo pese al involuntario error material en que incurriese el letrado apoderado al tiempo de indicar su representación– y concedido a fs. 429, enderezado contra la sentencia definitiva de la instancia inferior que luce agregada a fs. 416/421, la que en lo sustancial decidió: I.- No hacer lugar a la demanda; II.- Imponer las costas del proceso a la actora vencida y regular los honorarios de los profesionales que asistieron a las partes.--

------2. Los agravios de la actora apelante fueron expresados en la pieza procesal de fs.443/454 y conforme al traslado ordenado mediante providencia de fs. 455, sólo merecieron la réplica de la codemandada "*C. M. S.R.L.*" (v. fs. 456/458) y de la citada en garantía "*E. P. S. S.A.*", que adhirió a la presentación de fs. 456/458 (v. fs. 459).----------

---

------En su libelo, la apelante refiere dos agravios que podría denominar genéricos: ellos son: a) El que le provoca el llano rechazo de la demanda; y b) La consecuente condena en costas, que se deriva del anterior (v. fs. 443 Los agravios). A continuación (v. fs. 444 y ss) formula la crítica concreta y razonada de la sentencia en crisis, conforme a la exigencia de la ley ritual.----------

------Al expresar sus quejas menciona como agravio la exigencia del judicante en el sentido que era la propia actora quien debía acreditar que la imagen que surgía de la placa era producida por la liga de cabello. Insiste la quejosa en que ello constituyó una afirmación en su escrito inaugural de la instancia y que no fue puntualmente negado por los demandados, por lo que tal circunstancia no constituyó un hecho controvertido que necesitase acreditación de su parte. En tal sentido, califica de innecesaria la prueba indicada, como así también a la carga impuesta de preguntar en oportunidad de absolver posiciones los demandados. Insiste así mismo que la existencia de aquella liga de cabello no fue desconocida por los codemandados de autos. Menciona y desarrolla su agravio por la imposición de las costas, para concluir solicitando de esta Alzada revoque la sentencia apelada, con expresa imposición de costas. A fin de apuntalar su crítica, expone una serie de argumentos (v. fs. 444/454) los que en homenaje a la brevedad tengo por transcriptos.----------

------3.1. Dispuesto a abordar el tratamiento del primer agravio deducido por la actora apelante, se impone advertir que yerra la quejosa al realizar las afirmaciones que referí. En efecto, la actora sólo mencionó –a mi juicio, tangencialmente– que "*…solo fuera de la clínica se pudo determinar que el único mal que aquejaba a mi representada era una 'liga, toto o elástico" que se usa para atarse el cabello*." (v. fs. 17 últ. párr. y vta.), y su afirmación fue negada puntual y específicamente por la codemandada C. M. S.R.L. (v. negativa N° 12 de

fs. 45) y por la citada en garantía E. P. S. S.A. (v. negativa Nro. 12 de fs. 144) y negada de manera genérica por los codemandados F. N. T. B. (v. fs. 61 y vta.) y R. G. G. (v. fs. 71 y vta.). En función de lo dicho, la circunstancia mencionada de la "*liga, toto o elástico*" que mencionó la actora en su demanda inaugural, constituye un hecho controvertido en los términos en que los menciona el art. 381 de la Ley XIII Nº 5 DJP (en adelante: CPCC), y en su consecuencia incumbía a la actora acreditar aquél extremo, lo que no aconteció en los presentes autos.----------

------En este punto, y en primer término, debo señalar que desde antiguo vengo sosteniendo que quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, se expone al riesgo de no formar la convicción del juez y a la perspectiva de una sentencia desfavorable. Y tal regla surge de la tradicional adscripción de nuestra ley de rito al sistema dispositivo con más lo dispuesto puntualmente en el precitado art. 381 del CPCC. En la inteligencia descripta, las reglas procesales referidas a la carga de la prueba permiten, en caso de no haberse acreditado los debidos extremos invocados en ocasión de trabarse la litis, saber cuál de las partes será la que deba sufrir las consecuencias de aquella ausencia probatoria (cfr. CNCiv., Sala F; sent. 26.04.79, Rep. LL XLI, J-Z, 2392, Sum. Nro. 11).----------

------Así las cosas, la recurrente no se hace cargo de desarticular los argumentos de suficiente solidez ni los detallados fundamentos legales dados por el sentenciante para explicar la decisión adoptada al fallar y que se hallan expuestos y suficientemente desarrollados en los *considerandos* del decisorio hoy puesto en crisis. En atención a lo dicho, y concluyendo esta consideración, entiendo que este primer agravio vertido por la quejosa ha consistido en una discrepancia con el razonamiento desarrollado por el judicante que no alcanza la entidad

necesaria que habilite su viabilidad impugnaticia en esta instancia. Por ello, su primera queja no podrá prosperar en esta sede, y así lo voto.----------3.2. Conforme lo llevo dicho, y no prosperando la queja impetrada en primer término, corresponderá confirmar la sentencia apelada, y siendo la imposición de las costas una derivación de aquélla decisión, el tratamiento de su segundo agravio deviene abstracto. Así lo voto.----------4. Tal y como propondré al Pleno se resuelva la apelación traída al conocimiento de esta jurisdicción, entiendo que las costas de esta instancia deben imponerse a la apelante vencida (art. 69 CPCC), no advirtiendo motivos para exceptuar de ellas, ni aún parcialmente, a la quejosa vencida. Así lo voto también.----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------Habiendo el Dr. Früchtenicht reseñado con suficiente detalle los hechos, antecedentes y pretensiones obrantes en la causa, corresponde analizar los agravios expresados.----------

------La actora pretendió indemnización de daños y perjuicios derivados de una mala praxis médica consistente en haberle diagnosticado erróneamente un tumor. Relata que se extrajo una radiografía, donde aparecía una opalescencia y que dicha mancha no era otra cosa que un sujetador de cabello.----------

------El a quo rechaza la demanda pues entiende que no quedó demostrada la culpa médica. Explica que conforme pericia practicada en autos, el diagnóstico se fundó en tres medios distintos y coincidentes: radiografía, ecografía y palpación. Agregada que según el experto, ellos fueron adecuados conforme a los síntomas.----------

------En su expresión de agravios, el recurrente plantea muchas quejas entremezcladas y que, en virtud del criterio amplio sostenido por este Tribunal, trataré de desentrañar.----------

------Según el recurrente, se exige a su parte que pruebe un hecho imposible tal cual es el de que, al tomársele la radiografía, no se le

extrajo el sujetador de cabello. Sostiene que la descripción de los hechos efectuada por el a quo es incorrecta, pues fue por la imagen de la placa que se le ordenaron nuevos estudios. Entiende que la prueba de la negligencia médica es el hecho de que la paciente fue dada de alta sin ningún tratamiento y sin que se observen opacidades sospechosas paravertebrales, según informe del Dr. C. Se queja de que no se hubieran tenido en cuenta los testimonios de los Sres. S., W. y A., según los cuales, los médicos le habrían informado a la paciente, que la opacidad radiográfica obedecía a un sujetador de cabello. Sostiene que ninguno de los demandados negó la existencia de tal liga de cabello y que la confesión ficta del representante legal de la clínica demandada viene a corroborar sus dichos.----------

------Voy a comenzar diciendo que según sostengo, no existen las llamadas obligaciones de medio, sino que por el contrario todas son de resultados, caso contrario nos encontraríamos con obligaciones sin objeto cuyo pago se resolvería por la sola prestación, independientemente de que se satisfaga o no el crédito. Abona lo dicho el hecho de que las llamadas obligaciones de medio no tienen sanción positiva en nuestro derecho y sólo responden a una creación doctrinaria. Dicho lo precedente y tratándose de una obligación de naturaleza contractual, corresponde al acreedor probar el incumplimiento mientras que el deudor sólo podrá exonerarse demostrando la no culpa. Ahora bien, todos los que sostienen la inexistencia de las obligaciones de medio, admiten que en ciertas relaciones obligacionales donde la contingencia en la consecución del resultado es amplia, se debe valorar también con un criterio mucho más amplio que el habitual, la posibilidad de interrupción causal por caso fortuito o fuerza mayor. Nuestro Superior Tribunal de Justicia reconoce la existencia de obligaciones de medio pero sostiene a su vez que en casos como el que nos ocupa se debe aplicar la teoría de las

cargas probatorias dinámicas, exigiendo mayor actividad probatoria a aquél que en mejores condiciones se encuentra para ello. Es así como, por vías distintas se llega a una solución coincidente.----------

------En el litigio que hoy llega a conocimiento de este Tribunal, el actor demanda por mala praxis médica. Es necesario determinar cuál era, en el caso concreto, la obligación que el contrato imponía a los profesionales.----------

------Es claro para mí que cuando un particular concurre a la consulta de un médico, la primera obligación que éste tiene es de efectuar un diagnóstico para recién abordar la terapia adecuada.----------

------En el caso que nos ocupa es precisamente el incumplimiento, o mas precisamente, el defectuoso cumplimiento de esa obligación contractual, donde el actor cifra la conducta antijurídica que haría procedente el resarcimiento y lo primero que debemos analizar, entonces, es si hubo tal incumplimiento, o, dicho de otra forma, si se incurrió en error de diagnóstico.----------

------Según el diccionario de la Real Academia Española de las Letras, el diagnóstico es el *"arte o acto de conocer la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas y signos"* (2ª acepción) o *"calificación que da el médico a la enfermedad según los signos que advierte"* (3ª acepción). Diagnosticar no es un acto único, sino la culminación de un proceso de recolección de datos, investigación, estudios, comprobación de resultados, etc. Todo proceso de indagación científica se resuelve mediante errores y rectificaciones que llevan a una conclusión más o menos certera. Se ha dicho *"El error de diagnóstico no es imputable si se han tomado todas las medidas para evitarlo y no se ha puesto de manifiesto una ignorancia de la materia" (CNCiv., sala A 29/7/77 ED 74-563),* pero lo cierto es que en el sub iudice, ni siquiera se produjo un error de diagnóstico pues sólo corresponde llamar tal a la conclusión arribada después de realizarse

todos los estudios (radiografía, ecografía, palpación y punción). Dijo la experta *"Ninguna de las tres instancias puede dar un diagnóstico de certeza de lipoma, ya que a este sólo se puede arribar mediante la visualización del tipo de células presentes en una biopsia*" Es claro que ninguno de los estudios realizados constituye por si mismo diagnóstico, sino que a ello sólo se llega después de haber transitado las distintas etapas o instancias como la llama la experta. De las constancias de autos surge que el diagnóstico fue ausencia de tumor y ello fue correcto, en consecuencia no hubo error de diagnóstico que se traduzca en conducta antijurídica.----------

------Queda por plantearnos si hubo algún error en el trámite de la investigación encaminada a producir el diagnóstico y a este respecto dijo la experta *"Por lo que a mi leal saber y entender, frente a los síntomas oportunamente descriptos por la actora, son prudentes y correctos los estudios realizados"*.----------

------Es claro que la obligación principal derivada del contrato médico se cumplió. Corresponde analizar ahora si existió incumplimiento de deberes accesorios de conducta que pudieran ocasionar daños resarcibles, en concreto si se transgredió el deber de seguridad que todo contratante tiene para con su contraparte.----------

------Son dos las imputaciones que a este respecto contiene la demanda y ambas se encuentran correlacionadas, de forma tal que la ausencia de una de ellas quita virtualidad a la otra. Ellas son, primero, la negligencia al tomar la radiografía sin los recaudos suficientes y segundo, el dictamen apresurado en que habría incurrido el Dr. T. B. al afirmar la existencia de un tumor sólo con la observación de la placa radiográfica. Digo que ambas se encuentran concatenadas pues de su conjunto surgió la desazón en que la actora cifra el daño padecido. Dicho de otra forma fue la placa mal tomada y el apresuramiento del médico lo que creó en la actora el temor a padecer una enfermedad

grave –todo ello siguiendo el relato de la demanda, claro está–.----------
---

------Ahora bien, aun desde la teoría que afirma la inexistencia de las obligaciones de medio –con la cual coincido–, se sostiene unánimemente que al acreedor le corresponde probar el incumplimiento mientras que será el deudor el que acredite la falta de imputabilidad de dicho incumplimiento. Queda claro que, cualquiera sea la orientación teórica desde la cual abordemos la cuestión, correspondía a la Sra. C. acreditar el incumplimiento de los deberes de conducta accesorios de la obligación principal de diagnosticar. Todo ello sin perjuicio de la carga que corresponda a la contraparte en caso de que, por aplicación de la distribución dinámica, se encontrara en mejor situación para probar.----------

------Afirma la recurrente que el error, al tomar la placa radiográfica, fue aceptado por los demandados al no negarlo expresamente. Se equivoca. En la contestación de fs. 44/53 se negó incumplimiento de las reglas del arte (negativa nº 7) así como también que se le hubiera indicado a la actora que el mal que le aquejaba era una liga toto elástico que se usa para atarse el cabello. En la contestación de fs. 61/64 y 71/74 también se niega expresamente la existencia de impericia, negligencia o responsabilidad profesional y en forma genérica *"todos los hechos que pretenden cargar una responsabilidad profesional que no ha existido"*. En la contestación de demanda no se requieren formas sacramentales, basta con que se exprese, clara y contundentemente la oposición a la pretensión actoral a través de la negativa de las circunstancias en que esta última se funda.----------

------También pretende la recurrente tener por probado el incumplimiento de los deberes accesorios de conducta con los testimonios rendidos en autos, sin embargo, en cuanto se analizan los mismos se advierte que ambos resultan testigos *ex auditum*, es decir

sólo declaran lo escuchado de boca de la propia actora o de su marido. Bajo ningún punto de vista pueden considerarse prueba suficiente.-----

------Tampoco puede afirmarse que los demandados estaban en mejores condiciones de probar pues a ellos le hubiera cabido la prueba de un hecho negativo, es decir que la actora NO tenía puesto un sujetador de cabello y que el médico NO le dijo que tenía un tumor al momento de ver la radiografía.----------

------Entiendo que de las constancias de autos, no surge la antijuridicidad en la conducta que se imputa a los demandados y en consecuencia no corresponde la condena a indemnizar. Es por lo expuesto que debe confirmarse la sentencia de la anterior instancia y así lo voto.----------

------Resta referirme a las costas de la presente instancia las que entiendo deben imponerse a la actora recurrente conforme al principio objetivo de la derrota (art. 69 Ley XIII N° 5 DJP, CPCC). Así lo voto.----

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo:-

------Atendiendo a lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia definitiva N° 35/2011, de fecha 21/03/2011 y que obra a fs. 416/421vta.; **II.- IMPONER** las costas de esta instancia a la apelante de fs. 428 (art. 69 CPCC); **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. G. S. como letrado apoderado de “C. M. S.R.L.” en la suma de $1.130; de los Dres. G. H. U. y G. S., en conjunto y proporción de ley como letrados apoderado y patrocinante, respectivamente, de la citada en garantía “E. P. S. S.A.” en la suma de $550, y los del Dr. O. S. G. en la de $1065, en base a la disposiciones arancelarias de los arts. 6, 7 y 13 de la Ley XIII N° 4 y su modificatoria Ley XIII N° 15 DJP, por la labor desarrollada en esta Alzada.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------Conforme lo expuesto al analizar la primera cuestión voy a votar por: **I.- CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia definitiva N° 35/2011, de fecha 21/03/2011 y que obra a fs. 416/421vta.; **II.- IMPONER** las costas de esta instancia a la apelante de fs. 428 (art. 69 CPCC); **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. G. S. como letrado apoderado de "C. M. S.R.L." en la suma de $1.130; de los Dres. G. H. U. y G. S., en conjunto y proporción de ley como letrados apoderado y patrocinante, respectivamente, de la citada en garantía "E. P. S. S.A." en la suma de $550, y los del Dr. O. S. G. en la de $1065, en base a la disposiciones arancelarias de los arts. 6, 7 y 13 de la Ley XIII N° 4 y su modificatoria Ley XIII N° 15 DJP, por la labor desarrollada en esta Alzada.----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

------**Y VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***--

------I.- CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia definitiva N° 35/2011, de fecha 21/03/2011 y que obra a fs. 416/421vta.----------

------**II.- IMPONER** las costas de esta instancia a la actora vencida (art. 69 Ley XIII N° 5 DJP, CPCC).----------

------**III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. G. S. como letrado apoderado de "C. M. S.R.L." en la suma de $1.130; de los Dres. G. H. U. y G. S., en conjunto y proporción de ley como letrados apoderado y patrocinante, respectivamente, de la citada en garantía "E. P. S. S.A." en la suma de $550, y los del Dr. O. S. G. en la de $1065, por la labor desarrollada en esta Alzada (arts. 6, 7 y 13 de la Ley XIII N° 4 y su modificatoria Ley XIII N° 15 DJP).----------

------**IV.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del DJP) y encontrarse excusado de actuar el Dr. Claudio Alejandro Petris.---------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT GÜNTHER ENRIQUE FLASS

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIA DEFINITIVAS DEL AÑO 2011. CONSTE.