



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

**"ISMAEL NIEVES ANGELICA C/ FARMACIA
CENTRAL MORON S.R.L. S/ DAÑOS Y
PERJUICIOS"**

Causa N° C9-63255 R.S. /2013

///la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, el 14 de Febrero de 2013, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, Doctores Jose Luis Gallo y Felipe Augusto Ferrari, para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"ISMAEL NIEVES ANGELICA C/ FARMACIA CENTRAL MORON S.R.L. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"**, Causa N° C9-63255, habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: **GALLO-FERRARI**, manteniéndose tal integración en la Sala sin perjuicio de la nueva composición de la misma (Acuerdo Extraordinario Nro.764) a tenor de lo establecido en el Acuerdo extraordinario Nro 692 de este Excelentísimo Tribunal con relación a los expedientes en trámite a la fecha del cambio de autoridades, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

V O T A C I O N

A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GALLO, dijo:

I.- Antecedentes

1) La Sra. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 9 Departamental a fs. 604/616vta. dictó sentencia haciendo lugar a la excepción de falta de legitimación activa planteada por Sancor Coop. de Seg. Ltda. y consecuentemente rechazando la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

citación en garantía que le cursara la demandada Farmacia Central Morón S.R.L., con costas a la perdidosa; haciendo lugar parcialmente a la demanda promovida por Nieves Angélica Ismael contra Farmacia Central Morón S.R.L., María Cristina Caraballo y Sancor Coop. de Seg. Ltda., esta última en la medida del seguro que la vincula con la demandada Caraballo; condenando a estos últimos a abonar a la actora la suma de pesos sesenta y tres mil trescientos con más los intereses fijados en el Considerando Sexto, dentro del décimo día de quedar firme la sentencia y bajo apercibimiento de ejecución; con la excepción de lo resuelto en el Punto Primero, decidió imponer las costas a los accionados que resultan vencidos y diferir la regulación de honorarios, hasta la oportunidad prevista por el art. 51 de la Ley 8904.-

2) Contra tal forma de decidir se alzaron a fs. 617, 622 y 623 la citada en garantía Sancor Cooperativa de Seguros Limitada, la co demandada Caraballo y la co demandada Farmacia Central Moron SRL interponiendo los respectivos recursos de apelación; los mismos fueron concedidos libremente a fs. 625 y 630 y se fundaron con las expresiones de agravios de fs. 646/669vta. (co demandada Farmacia Central Moron SRL), 672/674 (citada en garantía) y 676/680 (co demandada Caraballo).-

Las fundamentaciones recursivas fueron replicadas a fs. 689/704 y 710/711 (los de Farmacia Central Moron SRL). 718/719vta. (los de la citada en garantía) y 705/709 (los de la co demandada Caraballo).-

3) A fs. 730, previa resolución del replanteo se llamó **"AUTOS PARA SENTENCIA"**, providencia que al presente se encuentra consentida dejando las actuaciones en condición de ser resueltas.-

II.- Las quejas

a) **El recurso de la co demandada Farmacia**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Central Moron SRL

Luego de efectuar diversas -y extensas- consideraciones genéricas, introdujo la quejosa un replanteo probatorio.-

Posteriormente se refiere a la reparación y sus alcances, a los rubros y montos pretendidos como así también a la obligación de la aseguradora.-

A continuación reitera el alcance de las observaciones que formuló a la pericia médica y pasa a referirse a la inexistencia del nexo causal y culpa concurrente.-

Aquí comienza a señalar que la actora en el mismo momento en que le fue entregado el medicamento debió advertirlo y solicitar el cambio; que durante todo el tiempo jamás advirtió que ingería un medicamento que no le fue recetado en la dosis indicada, pretendiendo luego adjudicarle indebidamente responsabilidad a la demandada.-

Habla de la culpa de la víctima quien, a estar de la quejosa, no actuó con la debida diligencia; refiere que en todo el escrito de demanda no surge cuales serían realmente y en concreto los daños reales y efectivos que había sufrido ni cual es la incapacidad que aduce le produjo el medicamento cuestionado.-

Postula la inexistencia de nexo causal entre la venta del medicamento con gramaje erróneo y los daños reclamados por la víctima.-

Se refiere a la acción de la actora como interruptiva del nexo causal, señalando que el daño no hubiera sobrevenido si ella no se hubiera expuesto voluntariamente al daño potencial.-

Sostiene que la actora padece factores predisponentes y de base que no se condicen con la envergadura de los daños relatados en su reclamo, y que estos a lo sumo le causaron molestias, pruritos, etc.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

durante un lapso leve sin dejarle secuelas incapacitantes.-

Habla luego de las sumas de condena, de la prueba de la relación de causa a efecto, de la limitación de los daños presuntos a tenor de lo normado por el art. 520 del Código Civil, de la responsabilidad contractual y de la aplicación al caso de la ley de defensa al consumidor.-

En medio de su argumentación solicita la elevación del porcentaje de participación de la contraria, refiere que la actora, además de no revisar el producto al adquirirlo ni al ingerirlo, no ha probado en autos con qué diligencia consultó a un facultativo que seguramente de inmediato hubiera diagnosticado los síntomas y evitado el agravamiento de su estado; sostiene que esta negligencia ha sido determinante en el resultado.-

Vuelve, seguidamente, sobre la patología previa de la actora y postula que la sobredosis no fue tan severa ya que la dosis que le fue suministrada a la actora es inferior al límite de 80mgs.-

Habla luego de las pericias médicas, critica la decisión de la Sra. Juez de Grado al computar el salario mínimo vital y movil cuando por los hechos de que se habría visto impedida la oponente debería haber tomado las tablas salariales para el servicio doméstico, que no alcanza a \$1100, criticando posteriormente las sumas fijadas.-

Afirma que la magistrada basa su decisorio en una presunta existencia de hechos que particularmente no han sido acreditados pero que además no se revelan como eficaces para desencadenar los daños que se resarcen.-

Postula, mas adelante, la inexistencia de daño cierto, efectuando diversas consideraciones genéricas a este respecto.-

Cuestiona el monto fijado por incapacidad transitoria y mas adelante embiste contra la suma fijada en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

concepto de daño psicológico, cuya inexistencia postula.-

Alude a la personalidad de base de la actora, a la no evacuación del pedido de explicaciones formulado, a la responsabilidad concurrente de la actora por no haber hecho tratamiento psicológico durante ocho años, vuelve luego sobre la pericia psicológica y propugna el rechazo de la indemnización o la reducción del monto fijado en razón del costo de las sesiones.-

En cuanto al daño moral, critica la sentencia por haber acudido al art. 1078 del Código Civil, cuando se trata de daño moral contractual debiendo previamente analizar, con argumentos propios de una relación contractual, cuales elementos ameritaban reconocer a la oponente la existencia de un agravio de este tenor; sostiene que como la reparación ha sido sobre la base extracontractual, resulta claro que el concepto carece de fundamento jurídico suficiente y por ello debe revocarse.-

Subsidiariamente cuestiona el monto acordado, habla de la falta de acreditación de las condiciones personales de la actora y de las molestias sufridas, expresando que se desconoce el nivel del supuesto sufrimiento ya que las únicas pruebas aportadas son totalmente vulnerables.-

Tocante al rubro gastos por atención médica y de traslado, postula que los gastos que no se documentan son los de urgencia, no los posteriores, por lo que debe justificarse su erogación.-

Sostiene que resulta necesario que quien solicita el resarcimiento individualice las sumas que debió afrontar para que pueda evaluarse su verosimilitud no resultando suficiente una referencia genérica a la cantidad erogada; también cuestiona la sentencia en cuanto al reintegro de gastos médicos, haciendo alusión a la ausencia de prueba en tal sentido.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Habla, luego, de la liquidación final y crítica la imposición de costas, argumentando en cuanto a la medida del progreso de la demanda y de la existencia de culpa concurrente de la actora.-

Ataca, finalmente, las costas por el rechazo de la citación en garantía.-

Y efectúa, sobre el final, varias otras consideraciones genéricas y un corolario de lo sostenido a lo largo de su presentación.-

b) El recurso de la citada en garantía

Previo referirse a los alcances de su participación en el proceso, la aseguradora cuestiona la cuantificación del daño llevado a cabo por la magistrada.-

Se refiere a diversas circunstancias del caso y sostiene que la Sra. Juez de Grado hizo funcionar la indemnización cual si fuera un seguro de desempleo por los cuatro meses en los cuales la actora probablemente no pudo realizar sus tareas habituales de madre y ama de casa.-

Efectúa el cálculo que hubiera correspondido si la responsabilidad hubiera sido total de la demandada y divide ello por cuatro meses sosteniendo que se llega a una suma imposible de sostener, argumentando en tal sentido.-

Habla del abuso de derecho decretado en sede judicial, con el consiguiente enriquecimiento sin causa a favor de la actora que hace caer la sentencia en arbitrariedad.-

c) El recurso de la demandada Caraballo

Adhiriendo al recurso de la Farmacia, la apelante luego postula que la titular de un establecimiento farmacéutico no tiene directa participación en el expendio de productos que se venden al mostrador; agregando además que la dependencia de los empleados era de aquella otra co demandada.-

Habla del art. 34 de la ley 10.606 de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Provincia y efectúa diversas consideraciones en cuanto a su función, señala que la ley persigue que quien dirige la venta de medicamentos sepa de la ciencia pero no por esa vía hacer responsable a dicha persona por el mecánico y/o negligente episodio que protagonice algún empleado, al equivocar la entidad de un producto.-

Sostiene que la ley no impone que el farmacéutico deba ser quien asuma la conducción, hasta en sus mas mínimos detalles extracientíficos, por ejemplo la venta en el mostrador.-

Dice que el dispositivo legal enuncia una conducta cuya violación debe evidenciarse con la acreditación de hechos que hacen a su profesión, pero que no han sido evidenciados en el caso, hasta el punto de no haber siquiera sido enunciados.-

Habla del momento en que fue traída al proceso y dice que su responsabilidad viene desde la asunción de ella por la aseguradora, hipótesis que en nada encuadra ni en la responsabilidad contractual ni en la aquiliana.-

Habla de la relación de causalidad y de la responsabilidad de la víctima en la generación del resultado, efectuando mayores consideraciones en tal sentido.-

A los términos de las fundamentaciones recursivas cabe remitirse *brevitatis causae*.-

III.- La solución desde la óptica del suscripto

En orden a dar respuesta a las diversas cuestiones traídas, en tanto todas las expresiones de agravios satisfacen las exigencias del art. 260 del CPCC y dada la variedad de temas sometidos a nuestro conocimiento y decisión (art. 266 *in fine* del CPCC), he de fraccionar mi razonamiento en orden a dotarlo de toda la claridad expositiva que resulte menester.-

Ello no sin advertir el tenor de la expresión de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

agravios de la co demandada Farmacia Central Moron SRL, en la cual se plasman una multiplicidad de consideraciones genéricas, sin vinculárselas específicamente con el caso, a modo de argumentación que bien podría servir para este o cualquier otro caso que se plantee; por cierto, ello no hace mas que dificultar y complicar nuestra labor revisora (obligándonos a la lectura de varias fojas sin que aporte nada a la dilucidación de la controversia en esta instancia, con la pérdida de tiempo que ello implica), como así también la de la contraparte al replicarla (y esto lo resalta la actora) y, a mi modo de ver, nada aporta a la defensa de los intereses de la citada recurrente; a mas de engrosar, innecesariamente insisto, el expediente.-

Redactado de este modo con un proposito que no llevo a comprender, este tipo de escritos no hace mas que provocar un malgasto de recursos (materiales y humanos), circunstancia que -por cierto- no podía pasar por alto, luego de haber tenido que invertir tiempo en lectura de estériles frases prearmadas, tiempo que -por cierto- podía haber dispensado a la atención de otros temas jurisdiccionales; absteniéndome de prohiar reprimendas (art. 74 ley 5827) solo por el criterio estricto que, en tal sentido, entiendo que debe primar (arts. 18 Const. Nac., 15 Const. Pcial.).-

a) La responsabilidad de Farmacia Central Moron SRL

Abordando el punto, creo necesario esquematizar -siquiera someramente- la forma en que ha quedado trabada la litis, en lo que al punto interesa.-

La actora entabla su demanda reclamando los daños y perjuicios que dice haber sufrido como consecuencia de un incorrecto suministro de determinado medicamento que, sostiene, adquirió en la farmacia demandada.-

Relata, en tal sentido, que le había sido



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

recetado un medicamento denominado "Cortipyren B 8 mg.", que concurrió a adquirirlo en el comercio propiedad de la accionada, presentando la receta y tras pagar, se retiró con el medicamento que se le entregó, comenzando la ingesta conforme lo prescripto.-

Dice haber sufrido diversas alteraciones y que, ante ello, concurrió a consulta médica donde se advirtió -atento la sintomatología- la presencia de llamado "síndrome de Cushing", ordenándosele varios estudios; llegado determinado momento, el médico le consultó qué remedio estaba tomando, peticionándole la exhibición del mismo y fue cuando, de regreso a su hogar, advirtió que estaba consumiendo idéntico remedio al prescripto pero en proporción "40mg" (ver fs. 33/34vta.).-

Alude, a continuación, las consecuencias que le produjo el hecho de haber consumido este medicamento.-

Bilateralizado el reclamo, la demandada reconoce haber vendido el medicamento pero achaca negligencia a la actora por no haber mirado que medicamento estaba comprando ni su gramaje, ya que de haberlo hecho, hubiera advertido en forma instantánea tal situación; habla del tiempo transcurrido entre la aparición de la sintomatología y la consulta médica y de la actitud del Dr. Sepúlveda; dice además que el medicamento estuvo mal prescripto por cuanto el prospecto dice que tiene que ser ingerido por la mañana; habla, también, del consumo total del medicamento por parte de la actora y de la falta de adopción inmediata, por parte de los profesionales que la atendieron con posterioridad, de las medidas del caso (ver fs. 56/58).-

En la sentencia apelada, la Sra. Juez de Grado distribuyó la responsabilidad por mitades: a la demandada por la errónea venta del medicamento y a la actora por ser negligente al no controlar adecuadamente que el medicamento entregado fuera el mismo que le había sido recetado (ver



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

fs. 608vta./610), lo que agravia a la co demandada apelante y es consentido por la actora.-

Comenzando a transitar el camino que desembocará en la propuesta que formularé, he de recordar que desde esta Sala hemos sostenido -anteriormente- que la Constitución Nacional en su Art. 42 establece que los usuarios de servicios tienen derecho en base a aquella relación de consumo a la protección de su salud y seguridad; y similar norma contiene el Art. 38 de la Const. de la Pcia. de Buenos Aires (causa nro. 11095 R.S. 142/12).-

Lo mismo, por cierto, se aplica a los consumidores.-

En tal sentido, hemos dicho que *"es bueno traer a colación, atento la temática en análisis, las previsiones de la ley 24.240. Su artículo 5 determina que las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en foma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. A su vez, el art. 40 determina que si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio; que la responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan y que sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. Todas estas normas debemos interpretarlas en clave constitucional: los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos (arts. 42 Const. Nac.)"* (causa nro. 58.317 R.S. 82/11).-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Un caso análogo al presente ha sido fallado por la jurisprudencia mendocina (C. 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 2/9/2010, "Pérez, Pablo David c. Ulloa de Rebollo, Viviana Marta", LLGran Cuyo 2010(diciembre), 1115-RCyS 2011-I, 209).

Se dijo allí, luego de analizar la cuestión desde la vertiente contractual y el tema de la responsabilidad por los hechos de los dependientes, que *"se hace necesario el abordaje del tema tratado en autos, desde la perspectiva de los Arts. 1, 3, 5, 40, 65 y cc de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y sus modificatorias, interpretada a la luz del Art. 42 de la Constitución Nacional; toda vez que la relación jurídica contractual que hoy nos atañe, también ingresa dentro del ámbito de la relación de consumo, donde además del cumplimiento de las obligaciones nucleares -precio y cosa-, se impone el cumplimiento de obligaciones accesorias, fundamentalmente la obligación de seguridad.*

Es decir, que al margen de la prestación principal debida entre las partes, el deudor debe velar por evitar causar algún daño a su contratante, ya sea en su persona, en su salud o en sus bienes; toda vez que la ley se ocupa expresamente, de la protección de la salud, la integridad física y en general de la seguridad de los consumidores y usuarios, definidos por el Art. 1 como todos aquellos que "sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquieren o utilizan bienes o servicios como destinatarios finales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera esté expuesto a una relación de consumo.

En el ámbito del Derecho del Consumo, está claro



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que la salud y la seguridad de las personas son valores absolutos, así se impone por el Art. 5° al proveedor, la tutela preventiva de la salud y seguridad de los consumidores mediante una normativa destinada a disminuir riesgos; dispositivo legal que debe ser interpretado en forma amplia, abarcando todas las situaciones en las cuales, durante el desarrollo del contrato, se pueda derivar algún daño para el consumidor, porque la ley está imponiendo al proveedor la obligación de garantizar, que a raíz de su prestación, o servicio, no sufrirán daño alguno en bienes distintos a los que conforman el objeto contractual.

Y en caso de producirse un daño, surgirá para el usuario o consumidor, el derecho a reclamar la indemnización pertinente recurriendo al Art. 40 de la ley 24.240, y a las normas de derecho común, sin perjuicio de aplicar al responsable las sanciones previstas en el capítulo pertinente de la ley.

c) Se trata, en definitiva, de un deber contractual de resultado, cuyo incumplimiento trae aparejada responsabilidad objetiva, ya que se considera que la relación de consumo, comprende no sólo la relación jurídica existente a partir de la celebración del contrato hasta su cumplimiento, como un modo normal de extinción del mismo; sino que muy por el contrario; desde una perspectiva interpretativa amplia, la relación de consumo, definida por el Art. 3 de la ley 24.240, modificado por la ley 26.361, engloba a toda relación jurídica existente entre el consumidor y el proveedor, e implica establecer un ámbito de protección a favor del consumidor, desde la etapa precontractual, hasta la etapa postcontractual inclusive.

Es decir, que el deber de seguridad que pesa sobre los proveedores puede ser exigido más allá del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

producto o servicio que adquiere el consumidor, en el íntegro trayecto en el que se desenvuelve la vinculación entre estos dos sujetos: antes, durante y después de la eventual contratación.

Por ello, Lorenzetti sostiene que la relación de consumo debe definirse de modo tal, que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido, antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual o cuando es sometido a una práctica de mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles. (Confr. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", pág. 74).

Así las cosas, a la hora de conceptualizar la obligación de seguridad, puede afirmarse que es aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a mantener indemne al otro contratante, ya sea en su persona, su salud, o en sus bienes, hasta la expiración del contrato. La que puede haber sido convenida expresamente por las partes, impuesta por la ley o surgir tácitamente del contenido del contrato a través de la integración, a la luz del principio de buena fe consagrado por el Art. 1198 del Cód. Civil.

Constituye generalmente una obligación de resultado e introduce un factor objetivo de imputación, por lo que produce la inversión de la carga de la prueba, quedando en cabeza del obligado a los fines de exonerar su responsabilidad, el acreditar el caso fortuito, el hecho de la víctima o de un tercero por el cual no deba responder".

Con esto dicho, pasemos ahora al caso concreto.-

Aquí la existencia de una relación de consumo entre la actora y la co demandada es indisputable (arts. 1



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

y 2 ley 24.240); aclaro aquí, y esto va en respuesta a algunas postulaciones que efectúa la co demandada apelante (ver fs. 660), que de ninguna manera la aplicación de la ley en cuestión se subordina solo a aquellos casos en que esté en juego la calidad de lo vendido.-

Por otro lado, hay una circunstancia (esencial para la resolución del pleito) que viene reconocida por ambas partes: **que el 30 de Septiembre de 2003 le fue vendido a la actora el medicamento "Cortipyren B 40";** incluso a fs. 4 tenemos la caja de dicho medicamento (aportado por la accionante) y a fs. 5 el ticket de compra.-

Es tiempo de referirme a otros datos probatorios que el expediente nos ofrece, con la advertencia que he de analizar los elementos de prueba de acuerdo a la regla de la sana crítica, haciendo mención o poniendo énfasis sólo en aquellos que sean esenciales para formar mi convicción (conf. arg. Art. 384 del Cód. Procesal), y/o como ha dicho nuestro mas Alto Tribunal que *"como regla el Juez tiene el deber de apreciar la prueba lo que no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, SINO SELECCIONARLOS A FIN DE FUNDAR EL FALLO en lo más fehaciente"* (conf. SCBA, DJBA, t. 36, págs. 393 y 471, autos "Emmi c/ Carnevale, Agosto/53).-

A fs. 502/507 tenemos la pericia emanada de médico legista.-

Antes de referirme a ella debo recordar que he compartido la opinión vertida antes de ahora en ésta Sala en expte. "Sandoval, Felipe y otra c/ Alemany, Juan y otro", publicado en la Rev. L.L., 1987-C, págs. 98/113, del 18/12/89 (y conf. entre otros: Hernán Devis Echandía" en su "Compendio de la prueba judicial", anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso), que señala en su t.II, pág. 132, como uno de los requisitos para la existencia jurídica del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

dictamen pericial, "...Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada "razón de la ciencia del dicho", en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, el dictamen carecería de eficacia probatoria y lo misma será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba, si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable; en ese caso debe ordenar un nuevo dictamen" "...El juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica. Lo ideal es dejar la valoración del dictamen al libre criterio del juez, basado en sus conocimientos personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, como se acepta en los modernos códigos de procedimientos y en todos los procesos nuestros. Es absurdo ordenarle al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos sea que lo convenzan o que le parezcan absurda o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle al conocimiento sobre hechos como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones"; así también la jurisprudencia ha dicho que "...los jueces pueden apartarse de las conclusiones periciales, dando los fundamentos de su convicción contraria (conf. entre otros: S.C.B.A., DJBA, t. 16, pág. 221; Rev. L.L., t. 42, p. 122); "...es que el dictamen de los peritos es sólo un elemento informativo sujeto a la aceptación y apreciación del juez" (S.C.B.A., A. y S., 1957-IV, p. 54; DJBA, t. 64, p. 153); "...las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

conclusiones a que arriba el perito no atan al juzgador de forma de sustituirse en sus facultades decisorias privativas" (Jofre-Halperín, "Manual", t. III, 396, nro. 28; Morello "Códigos...", t. V, p. 586; y causas de esta Sala nro. 31.320, R.S. 227/85 y 36.432, R.S. 522/96).-

Vayamos a la pericia.-

El experto, en base a los estudios aportados y constancias médicas compulsadas, relata -en lo que aquí interesa- que **tras la ingesta del medicamento erróneamente suministrado por la farmacia la actora padeció un cuadro de intoxicación por sobredosis de corticoides, cushing iatrogénico, acné corticoideo y parestesias.-**

Respecto a las secuelas por dicha sobredosis el perito señala que **la accionante ha sufrido una incapacidad transitoria para desarrollar sus tareas habituales durante un lapso de tres a cuatro meses.-**

Dice que **el tratamiento médico para esta patología, consiste en la supresión progresiva del fármaco y otras medidas tales como la gastroprotección.-**

Refiere que las secuelas relatadas en la demanda son compatibles con la ingesta de altas dosis de corticoides y que **las mismas, al momento de realizar el examen, han retrogradado** (agregando, luego, que la incapacidad actual se debe a su patología reumática).-

Indica también que la actora refiere haber realizado tratamiento adecuado para paliar los efectos de la ingesta de Cortypen B40, que los efectos adversos por sobredosis de corticoides desaparecen con la medicación pero lesiones por ejemplo en el tubo digestivo pueden persistir.-

Postula, además, cuando se le pregunta por los horarios de ingesta que **lo trascendente en la producción de un síndrome de Cushing iatrogénico o medicamentosos es la**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

sobredosis del corticoide.-

A fs. 538/vta. el perito responde el pedido de explicaciones formulado por la actora a fs. 510/511vta., refiriendo -en lo que al punto interesa- que la actora ingería **cinco veces la dosis indicada**, que se trata de una sobredosis respecto de la indicada aunque inferior a lo que se estima como dosis límite; agrega, además, que la actora presentaba cicatrices de acné y que, a ese momento, no se refieren secuelas de orden gastroenterológico; insiste, además, en que la incapacidad ha sido transitoria para el ejercicio de sus tareas habituales.-

Con relación a las presentaciones formuladas por las co demandadas y lo actuado a tal respecto (fs. 526/529vta.), el tema ya ha sido abordado en nuestro interlocutorio de fs. 721/722vta., hoy firme; ello, sin perjuicio de lo que en seguida diré en cuanto a la atendibilidad del dictamen.-

Y en tal sentido, advierto que el dictamen es claro, asertivo, fundado y, contrastado con el resto de las constancias de la causa, no veo mérito, razón ni fundamento para apartarme del mismo (arts. 384 y 474 del CPCC).-

En especial, destaco su total concordancia con lo que surge del informe evacuado a fs. 243/251 por CEPPEM, que fue donde la actora se atendió.-

Veó allí (fs. 244) la prescripción médica del corticoide por parte del Dr. Alvarez Sepúlveda el 26/9/2003 (recordemos, fecha en la cual la actora efectuó la reconocida adquisición).-

Vemos también la atención médica del Dr. Alvarez Sepulveda el 24/10 y la del Dr. Sandler el 27/10, asentándose en dicho informe ya la mención al síndrome de Cushing; en la atención del 5/11/2003 que estaba recibiendo una dosis elevada de corticoides y, ulteriormente, las diversas complicaciones posteriores que fue presentando la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

actora (ver fs. 246vta./250vta.).-

Respecto de este informe, las partes nada dijeron ni tampoco dinamizaron el mecanismo del art. 401 del CPCC.-

En este contexto, creo que han sido inmerecidas las "observaciones" de fs. 526/527vta. en cuanto a que el perito se apoyó en lo manifestado por la actora, por cuanto sus conclusiones operaron en base a concretas constancias médicas, totalmente coincidentes con la Historia Clínica anteriormente aludida; agrego a ello -y aquí me voy refiriendo a los temas planteados por la quejosa que resultan relevantes en el análisis de este punto- que la cuestión de las dosis máximas y mínimas (fs. 526vta. punto a) ha sido claramente explicada por el experto; que lo tocante a la entidad de las secuelas es tema ajeno a la atribución de responsabilidades; que las atenciones médicas y los tratamientos realizados (fs. 527 punto l) surgen referenciados de la Historia Clínica antes aludida; que el perito descartó la existencia de trastornos gastrointestinales (fs. 527 punto m); que el tema de los efectos adversos a dosis habituales (fs. 527 punto r) es una posibilidad y no una certeza (y la certeza aquí es que el remedio vendido tenía dosis muy superiores a las prescriptas) y que el síndrome de Cushing (fs. 527 punto u) fue diagnosticado no solo por el experto sino también por los facultativos que atendieron inicialmente a la accionante.-

Así entonces, por tales razones y como lo adelantaba, no veo mérito ni razón para apartarme del dictamen pericial, ni tampoco para ordenar ninguna medida en los términos de los arts. 36 y 473 del CPCC.-

Por otra parte, tenemos a fs. 285/vta. la declaración del testigo Sandler, de profesión médico, quien refiere haber atendido a la actora en consultas que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

tuvieron relación con su especialidad.-

Cuando se le pregunta si la ingesta de Cortipyren puede producir Cushing responde que *"sí, depende del tiempo y de la cantidad. La mepremisona, que es el coripuren y cualquier otro tipo de mepremisona en usar el tiempo suficiente puede ocasionar la enfermedad de cushing. Aun en dosis terapéuticas, es decir que en dosis de uso habitual, mundialmente aceptadas sin necesidad de dosis excesivas se puede producir el cushing. El cushing se caracteriza como cara de luna llena con espalda de bufalo"*.

Agrega, en la siguiente pregunta, que *"el cushing se produce por cortisona en general, endógena o exógena"*.

Al preguntársele cuales son los efectos físicos o psicológicos que puede producir en el paciente la enfermedad de Cushing responde que *"trastornos psiquiátricos, obesidad, trastorno gastrointestinales"*, que la cura de estos efectos secundarios puede durar *"nueve meses"*, y que la prolongación de estos efectos secundarios *"se puede atenuar con cuidados generales"*.-

La testigo Muller se refiere al estado físico de la actora (*"yo la vi con toda la cara hinchada, colorada, como un sarpullido y muy demsejorada"* -fs. 237vta.-) y, en este aspecto, no hacen mella en la atendibilidad de sus dichos las consideraciones que se formularan a su respecto a fs. 520/521: resalto, en este sentido, que la testigo dijo que *"eran"* vecinas, usando el tiempo pasado (punto a); que es clara en cuanto a la frecuencia de las visitas (punto b) y que el tema de la medicación está acreditado con las conclusiones periciales, no siendo necesario acudir a los dichos de la testigo (punto c).-

Coincidentemente el testigo Salice nos habla de que la actora *"se había hinchado, tenía granos en la cara y*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

había cambiado de carácter" (fs. 240); tampoco resienten su eficacia acreditativa las consideraciones que efectúa la demandada a su respecto (fs. 521): en cuanto a la forma en que el testigo se enteró de la audiencia, bien podía habersele preguntado al respecto (punto a) y en cuanto a la relación de amistad, ello no excluye al testigo sino que amerita su apreciación con estrictez (esta Sala en causa nro. 44.410 R.S. 26/02, entre otras) y aun apreciándola estrictamente, aquí la declaración es coincidente con las demás pruebas que venimos ponderando.-

La testigo Pujadas (fs. 260/1) dice haberla visto "hinchada"; en cuanto a las objeciones de la demandada (fs. 520), la deponente da explicaciones acerca de como la vio y habla de una relación pretérita de vecindad (punto a); el tema de las labores no es tópico que estemos tratando aquí (punto b) y la cuestión de cuantas veces la vio con la cara hinchada (punto c) es tema sobre el que no podemos exigirle al testigo una memoria fotográfica (esta Sala en causa nro. 63372 R.S. 306/11) dado el tiempo pasado y la índole de los hechos por los que se le preguntaba.-

El testigo Torres (fs. 262/vta.) también dice haberla visto hinchada y envejecida; único dato que rescato de su declaración y sobre el cual no hacen mella las cuestiones que introdujera la demandada a fs. 519vta.-

Son estos los elementos convictivos que, a mi modo de ver, resultan dirimientes para la solución de la controversia, a la luz de los agravios traídos.-

Resumiendo: **tenemos por cierto que la farmacia vendió un medicamento con una dosis superior a la médicamente prescrita, que la actora lo ingirió sin constatar previamente la identidad de lo prescripto y lo vendido y que la ingesta del medicamento por determinado lapso de tiempo generó a la actora complicaciones de**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

salud.-

Partamos, ahora, de una base: hay un deber esencial del farmacéutico (o quien lleve a cabo esta actividad) que implica la obligación de seguir las prescripciones del médico cuando expende medicamentos en base a una receta (LORENZETTI, Ricardo, Responsabilidad civil del farmacéutico y del vendedor de medicamentos no fabricante en AA.VV. Responsabilidades profesionales, LEP, 1992, p. 368; MADIES, Claudia V. El farmacéutico y los medicamentos en AA.VV. Responsabilidad profesional de los médicos, La Ley, 2002, p. 922).-

En tal contexto recordemos que, tal lo dicho anteriormente, conforme lo establece la ley de defensa al consumidor (24.240) en su artículo 40 **si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio; que la responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan y que SOLO se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.-**

Entiendo que, un medicamento como el aquí suministrado, es efectivamente riesgoso (ver informes de fs. 293/317 y 340/352); que la actora es una consumidora y que, con motivo del uso de dicho medicamento, le sobrevino un perjuicio (cuyos alcances y extensión luego abordaremos).-

Con lo cual, el vendedor para eximirse de responsabilidad, ha de demostrar que la causa del daño le ha sido ajena.-

Y estimo que, conforme lo que surge de las constancias de autos, la co demandada apelante no lo ha



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

logrado (al menos en su totalidad).-

El nexo causal, hemos dicho, es la necesaria relación que debe existir entre el hecho que se atribuye y los daños que se reclaman (causa nro. 45.291 R.S. 402/02).-

Desde esta Sala se ha sostenido que *"es necesaria una conexión causal entre un acto y un resultado, y ello se registra cuando el primero ha contribuido al hecho de producir el segundo, o sea cuando ha sido una de las condiciones "sine qua non" de él y además debía normalmente producirlo de acuerdo con el orden natural y ordinario de las cosas -art. 901 del Cod. Civ-, y agregaba que la investigación sobre el nexo entre la conducta y sus resultados es una cuestión de hecho, supeditada a la apreciación del juez quien debe establecer a través de los medios de prueba que se aporten, si la relación de causalidad ha existido o no, rigiéndose la carga probatoria de las normas procesales básicas -arts. 375 del C.P.C.C.-"* (esta Sala en causas nro. 39.071 R.S. 15/02; 44.775 R.S. 510/02; 56.869 R.S. 80/10; entre otras).-

Recordábamos también los conceptos del más Alto Tribunal Provincial, cuando dice que para establecer la causa de un daño es necesario hacer un juicio de probabilidad, determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito o sea que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural ordinario de las cosas -art. 901 del Código Civil -, pues el vínculo de causalidad requiere una relación efectiva y adecuada y normal entre una acción u omisión y el daño (conf. S.C.B.A., Ac. 44.440 del 22/12/92, J.A. 14/7/93 n° 5837, pág. 57/59; esta Sala causas 25.993 R.S. 136/91 y 24.698 R.S. 183/93, entre otras).-

Pues bien, en el caso la vinculación causal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

entre el erróneo suministro del medicamento y la afección a la postre sufrida por la actora como consecuencia de la ingesta del mismo es, a mi modo de ver, indisputable.-

Hay algo que resulta obvio: **si no se hubiera equivocado el dependiente de la co demandada en la venta, la actora no hubiera ingerido la medicina equivocada.-**

Con todo, la Sra. Juez de Grado (en parcela que la accionante consiente) ha entendido fracturado parcialmente el nexo causal, en base a la falta de diligencia de la actora.-

Coincido con la interrupción solo parcial: es que ambas negligencias convergieron en la génesis del resultado.-

Y, a mi modo de ver, no hay razón ni fundamento para considerar que el aporte de la actora hubiera sido mayor que el de la co demandada.-

Es cierto que la actora no verificó que se tratara del medicamento correcto (como ella misma lo reconoce, fs. 34vta.), pero no menos cierto es que **quien generó toda la problemática fue la co demandada al vendérselo incorrectamente.-**

Tengo también que señalar que, atento la índole de las cuestiones involucradas (derecho a la salud del consumidor), cabe ser particularmente severo en cuanto a la exigencia del cumplimiento correcto, por parte de las farmacias, de los deberes y obligaciones a su cargo e igualmente estricto en la ponderación de las eximentes legales.-

Considero que quien se apersona a un establecimiento encargado de la venta de medicamentos debería poder, razonablemente y conforme el curso normal y ordinario de las cosas, confiar en que lo expedido se condice a la perfección con lo recetado.-

Mas aún cuando el establecimiento lucra con tal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

actividad y, atento el tenor de la misma, ha de adoptar todos los medios idóneos para desarrollarla correctamente.-

E, incluso, hay otro dato relevante mas: el nombre del medicamento suministrado era el mismo, lo diverso era el gramaje.-

Obviamente no se trata del mismo medicamento, pero considero que es mas entendible (situándonos en el lugar del consumidor) el error al ingerirlo.-

Cierro diciendo que, conforme el curso normal y ordinario de las cosas (art. 901 C. Civil), quien adquiere un medicamento lo ingiere, lo que patentiza la existencia de la vinculación causal a la que me vengo refiriendo.-

En tal contexto, no niego la negligencia de la actora en no haber revisado el medicamento (está fuera de nuestro alcance revisor determinar si el porcentaje es menor que el 50%, pues la accionante consiente la sentencia), pero admitir la tesis revisionista de las co demandadas implicaría restar toda virtualidad a la (gravísima) negligencia de la demandada o sus dependientes (por cuyo accionar, obviamente, responde).-

Concretamente: para mi, y en igual sentido lo ha opinado la Sra. Juez de Grado, la conducta de la actora y la co demandada convergieron a la causación del resultado, por lo que -si mi tesis es compartida- deberá confirmarse la sentencia apelada en cuanto distribuye la responsabilidad como lo hace entre actora y co demandada.-

b) La responsabilidad de la co demandada Caraballo

La Sra. Juez de Grado ha consagrado la responsabilidad *in solidum* de la farmacéutica María Cristina Caraballo, lo que agravia a este última.-

Respecto de las obligaciones *in solidum* cabe recordar que las mismas se caracterizan por la existencia de un solo acreedor, un mismo objeto, pero distintas causas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

en relación a cada uno de los deudores (esta Sala en causa nro. 39.241, R.S. 198/04).-

Yendo al caso, está probado (y nadie lo discute) que **la nombrada es Directora Técnica de la farmacia** (ver fs. 587).-

Pues bien, es evidente que el origen de la responsabilidad de esta co demandada es totalmente diverso que el de Farmacia Central Moron SRL por cuanto no existió entre actora y esta co demandada relación de consumo.-

No obstante lo cual, tengo para mi que su responsabilidad es indisputable.-

Bien ha advertido Lorenzetti que hay una evidente transformación desde el farmacéutico a la farmacia, desde la actividad profesional a la comercial, que es fuente de tensiones permanentes (aut. cit. Responsabilidad del farmacéutico y del vendedor de medicamentos en AA.VV. Código Civil, Bueres (Dir.) - Highton (Coord), T 4B, p. 541).-

En tal contexto, y dada la índole de la actividad que se lleva a cabo en el ámbito de las farmacias (art. 1 ley 10.606), en cada una de ellas debe existir un director técnico (farmacéutico matriculado) que será responsable del cumplimiento de las leyes, disposiciones y reglamentaciones que regulan el ejercicio de la actividad (art. 22 ley citada).-

La doctrina, sobre el particular, tiene señalado que el Director Técnico de la farmacia debe vigilar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su personal auxiliar y comprobar que los mismos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo solidariamente responsable si por insuficiente o deficiente control de sus actos resultare un daño para terceras personas (art. 33 ley 17.565, cfe. MAIDES, Claudia, op. cit., p. 924).-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

La jurisprudencia local ha dicho que el contralor del responsable de la farmacia, debe ser efectivo, personal y directo, por la seriedad profesional y su habilitación para el ejercicio funcional de la casa, agregando que el exceso de trabajo no puede ser admitido como descargo en el cumplimiento estricto de la expedición de productos destinados a la salud de la población (C. 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, 19/4/1979, "Barrera, Eduardo J.", La Ley Online Doc AR/JUR/1885/1979).-

El art. 34 de la ley 10.606 es por demás claro: **el Director Técnico está obligado a velar por la correcta y eficaz atención en la dispensación de los medicamentos.-**

Pues bien, en el caso, hemos concluido que en la farmacia donde la co demandada Caraballo se desempeñaba como Directora Técnica le fue vendido a la actora un remedio con 5 veces mas gramaje que el prescripto.-

¿Por qué sucedió esto?

Relamente no lo sabemos.-

¿Es responsable la co demandada?

Pienso que sí, a tenor de las obligaciones legalmente impuestas por las normas precedentes y en los amplios términos del art. 1066 y 1109 del Código Civil (obligación genérica de no dañar, pues entre la farmacéutica y la actora no hay vínculo convencional alguno).-

La co demandada (como responsable profesional del establecimiento) debía velar por la correcta dispensación de los medicamentos y aquí, el resultado está a la vista, ello no aconteció.-

Creo que, con eso y atento el tenor de las obligaciones en danza, quedó claramente demostrada su culpa.-

La co demandada debía velar para que, en las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

compraventas de medicamentos que se celebraran en el ámbito de la farmacia, se cumpliera estrictamente lo establecido en cuanto al objeto adquirido.-

Tal era su obligación.-

Y el hecho de que se hubiera vendido algo diverso a lo prescripto deja en evidencia el incumplimiento de la misma; por cierto, la demandada bien podía haber acreditado que -no obstante haber hecho todo lo necesario para que los medicamentos fueran correctamente dispensados- igualmente (por razones que escaparan a sus posibilidades de control) se hubiera efectuado un suministro en forma inadecuada, **lo que nunca intentó siquiera hacer.**-

Es mas, los agravios que ahora sostiene la quejosa se contraponen, abiertamente, con la postura que asumió al ingresar al proceso (Teoría de los Actos propios).-

Leemos a fs. 153 (cuando viene al proceso) lo siguiente: "**(...) todo accionar procedente de la farmacia, cuya dirección técnica ejerzo, está dentro de mi responsabilidad profesional.** La supuesta venta de un medicamento erróneo, tanto pudo haber sido hipotéticamente (extremo que desde ya niego) realizado por la suscripta como por personal a mi cargo y los efectos son similares, dado que en el primer caso se da la responsabilidad directa y en el segundo caso emerge la responsabilidad indirecta, **por lo cual sigo siendo responsable**" (el subrayado me pertenece).-

Posteriormente, se refiere a su designación como Directora Técnica y dice que viene a estar a derecho "**por ser la responsable del área de venta y entrega de los medicamentos**".-

Por cierto, quien así se expresó en los albores del proceso contradice flagrantemente sus propios actos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

cuando, al ser condenada, viene a procurar se la exima de responsabilidad; responsabilidad que, a tenor de todo lo expuesto en el punto, resulta indisputable.-

Luego, y por todo lo que vengo exponiendo, entiendo que la sentencia, en cuanto condena también a la co demandada Caraballo merece nuestra confirmación.-

c) La cuantía del resarcimiento

c1) Daño físico

La Sra. Juez de Grado, descartando la existencia de una incapacidad de corte permanente y también el daño estético, tarifa el perjuicio en la suma de \$9200, multiplicando cuatro meses de inactividad por el salario mínimo vital y movil.-

Ello agravia a las apelantes.-

A mi modo de ver, y por los fundamentos que paso a explicitar, les asiste razón.-

Es que si vamos al escrito de demanda, vemos que en ningún momento se reclamó por incapacidad transitoria sino que, en el punto, se reclamó por "daño físico" permanente en base a las múltiples secuelas que -según la actora- alteraron su vida, estimando una incapacidad del 30% (ver fs. 37/vta.).-

Es mas, así también lo consideró la Sra. Juez de Grado pues, al encabezar su argumentación relativa al rubro expresa que "*la actora ha reclamado la reparación de la incapacidad parcial y permanente originada en el daño físico y estético sufridos*" (ver fs. 61lvta.).-

Luego, no es posible otorgar incapacidad transitoria -como se lo ha hecho en la sentencia apelada- cuando al respecto **no medió concreto y específico reclamo de parte** (arts. 34 inc. 4, 330, 163 inc. 6 y, para nosotros, 272 CPCC).-

Prohijaré, en base a lo dicho, se revoque la sentencia en cuanto reconoce un resarcimiento por esta



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

parcela.-

c2) Daño psicológico

La Sra. Juez de Grado fijó, en el punto, la suma de \$50.000 por incapacidad y \$10.400 por tratamientos, lo que ha merecido objeciones de parte de la co demandada Farmacia Central Moron SRL en los términos ya descriptos.-

En el punto hemos dicho que el daño psicológico es la lesión del funcionamiento cerebral.-

Las alteraciones o secuelas en dicha esfera, sean totales o parciales, son indemnizables cuando derivan en una incapacidad, pues toda disminución de la integridad humana es materia de obligado resarcimiento, dentro del cual debe incluirse, a la merma de las aptitudes psíquicas del individuo, lo que por sí constituye un daño resarcible (el suscripto en causa 28.511 R.S. 89/1.992, entre muchas otras).-

Cuadra ahora poner de manifiesto, atento lo singular del discurso que basamenta este aspecto de la sentencia, que la Sra. Juez de Grado ha señalado -respecto del dictamen pericial- que el mismo se encuentra "escasamente fundado en tanto se basa únicamente en el relato de la actora, sin discriminar que incidencia ha tenido en la depresión diagnosticada la artrosis preexistente y sus naturales secuelas y que porcentaje corresponde atribuir al Síndrome de Cushing padecido en el año 2003 y del cual curó sin secuelas al cabo de cuatro meses"; además considera que no habiendo sido reclamado por la interesada los supuestos daños derivados de la interrupción del tratamiento de la artritis ni habiéndose acreditado tal consecuencia, el agravamiento de su condición psíquica atribuible a este hecho no puede ser ponderado (ver fs. 614 primer párrafo).-

Pero, en seguida, señala que los hechos motivos de autos concurren concausalemnte con las secuelas de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

artritis preexistente a formar el cuadro depresivo que presenta la actora, debiendo distinguirse cuidadosamente las secuelas psicológicas de los padecimientos espirituales que serán resarcidos al tratar el daño moral.-

Y es así como la a quo "partiendo de una incapacidad psíquica del 25%" dice asignar a las secuelas psicológicas de los hechos motivo de autos una incapacidad parcial y permanente del 12,5% de la total obrera (ver fs. 614, tercer párrafo).-

Destaco, de todo comienzo, que no comparto este enfoque del tema.-

Entiendo que la eventual existencia de secuelas psíquicas como consecuencia de algún hecho es tema que, a no dudarlo, cae dentro de la esfera de la prueba pericial: es un experto quien debe ilustrar al magistrado sobre el particular (arts. 376, 384 y 457 CPCC).-

El juez, a la postre, podrá valorar el dictamen en orden a formar su convicción; podrá -tal lo ya dicho- ceñirse a sus términos o apartarse de él si no le resulta convincente.-

Pero lo que, en mi concepción, no puede hacer el magistrado es apartarse de los términos del dictamen (si no lo considera convincente) y proceder, por sí, a determinar la existencia de un perjuicio vinculado causalmente con ciertos hechos, cuando la dilucidación de estos temas se adentra en el terreno de determinado saber científico.-

Podrá, a lo sumo, acudir a otros medios probatorios o, como mucho, disponer lo conducente en orden a clarificar los hechos (art. 36 del CPCC), pero nunca "asignar" determinado porcentaje de incapacidad de acuerdo a lo que a él le parezca o considere (ver, en igual sentido, esta Sala en causa nro. C9-65128, R.S. 297/12).-

Sobre este piso de marcha, y con los parámetros ya expuestos acerca de su eficacia probatoria, es tiempo de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ir al dictamen pericial.-

El mismo obra a fs. 550/555vta. y emana de perito psicóloga; a fs. 574/576vta. la experta evacúa las explicaciones que se le solicitan.-

La perito habla de las técnicas administradas y sus resultados pero el problema es que, como bien lo señala la Sra. Juez de Grado, la experta va articulando lo que surge de las técnicas con lo que la actora le relató.-

Así, por ejemplo, la perito habla de las consecuencias físicas que la actora la refirió; de cómo la accionante habría tenido que dejar estudio y trabajo; de sus problemas sociales y estéticos y de su problemática conyugal (ver fs. 554/vta.).-

De este modo, la experta opera en base a hechos y consecuencias que no han sido objeto de prueba en el proceso sino que, como acertadamente lo ha considerado la sentenciante, se basa en los propios dichos de la accionante; incluso de las declaraciones de los testigos antes aludidos las menciones a pérdidas laborales o académicas son solo referenciales, reproduciendo los deponentes dichos de la actora u otras personas, lo que les resta toda eficacia acreditativa (arts. 384, 456 CPCC; esta Sala en causa nro. 41.780, R.S. 643/99, 48.046, R.S. 449/04, entre otras).-

Agrego, de mi parte, que -tal como ha sido expuesto anteriormente- según lo ha entendido el perito médico (y la accionante no ha objetado este aspecto del dictamen ni tampoco la sentencia en cuanto así lo consideró) la reclamante no posee secuelas físicas actuales, habiendo revertido el cuadro provocado por la ingesta del medicamento y habiéndole provocado una incapacidad temporaria de tres a cuatro meses.-

En tal contexto, no parece demasiado razonable, convincente ni acorde a las reglas de la experiencia y sana



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

crítica, que una persona en esta situación padezca una incapacidad del 25% derivada de un cuadro psíquico y necesite terapia por mas de dos años, dos veces por semana, como lo ha puesto de manifiesto la perito psicóloga (arts. 384, 472 y 474 CPCC).-

Y todavía hay mas.-

Desde esta Sala, y en reiteradas ocasiones, hemos reconocido el valor probatorio de la conducta procesal de las partes (arts. 163 inc. 5 CPCC; ver esta Sala en causa 45.627, R.S. 363/01, entre infinidad de otras; Kielmanovich, Jorge L. La conducta procesal de las partes y la prueba en L.L. ejemplar del 4-6-2001; Peyrano, Jorge W., Valor probatorio de la conducta procesal de las partes, L.L. 1979-B, Secc. doctrina).-

Y entre las conductas a las que le hemos asignado este tipo de peso convictivo está la conducta mendaz (esta Sala en causa nro. 35.809, R.S. 177/11; C12 49043, R.S. 251/12; entre otras).-

Luego, tenemos que la actora inició el juicio hablándonos del padecimiento de un daño físico permanente, refiriendo la existencia de una incapacidad del 30% (fs. 37) y a la postre, a través del medio procesal específico, se corroboró que las secuelas solo pudieron haberse prolongado por tres o cuatro meses y que no hay menoscabo permanente.-

Ante ello, y aquí la virtualidad probatoria de la conducta procesal actoril, es claro que si la accionante exageró (o mintió) al así reclamar, perfectamente puede haber exagerado (o mentido) también en sus entrevistas con la perito psicóloga; y, justamente, **el problema es que la perito psicóloga opera tomando las afirmaciones de la actora como hechos ciertos.-**

Por lo dicho, comparto la tesis de la Sra. Juez a quo en cuanto desconoce eficacia convictiva al dictamen.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Y en ausencia de otros datos objetivos e idóneos al efecto que demuestren la existencia de un menoscabo psíquico derivado de los hechos aquí en debate (pues los dichos de los testigos no son eficaces en este sentido, arts. 384, 457 CPCC), estimo que también debe revocarse la sentencia en cuanto reconoce una indemnización por el particular, debiendo rechazarse el reclamo en este sentido (arts. 375, 384, 457 CPCC).-

c3) Daño moral

Los \$50.000 fijados por el *a quo* han merecido el embate de las co demandadas.-

Es hora de recordar que el daño moral resulta de una lesión a los sentimientos, en el padecimiento y las angustias sufridas, molestias, amarguras, repercusión espiritual, producidos en los valores más íntimos de un ser humano; que, probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferida por la ley al soberano criterio del Juez, y éste -a falta de pautas concretas resultantes de las constancias del proceso- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. entre otros: S.C.B.A., Ac. y Sent., 1992, t. I., pág. 99; 1974, t. I., pág. 315; 1975, pág. 187; ésta Sala en causas 21.247, R.S. 128 del 3/8/88, idem causa 21.946, R.S. 192 del 9/8/88, causa 29.574, R.S. 45 del 9/3/93).-

Además, reiteradamente hemos venido señalando que daño psicológico y daño moral son partidas resarcitorias que responden a diversos conceptos, integrando el primero el "daño material" y el segundo el "daño moral", pudiendo bien existir un padecimiento espiritual -dolor- sin verificarse un daño material relacionado con la esfera psíquica del reclamante (causa nro. 44.116, R.S. 621/01; entre otras), distingos que (incluso) se trasladan al régimen probatorio por cuanto el daño psicológico requiere de prueba específica, mientras



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que el moral -tal lo dicho más arriba- si la víctima ha sufrido padecimientos físicos se tiene por demostrado "*in re ipsa*".-

Aquí se han tenido por demostrados los padecimientos físicos que ha sufrido la actora y que si bien su cuadro se ha revertido y no ha quedado incapacidad permanente, los mismos pudieron haberse extendido por tres o cuatro meses; también nos ha ilustrado el perito acerca de las consecuencias físicas que la ingesta del medicamento inadecuado pudo haber provocado en la actora coincidiendo con lo dicho por el testigo (técnico) Sandler.-

Ello, razonablemente apreciado, goza de innegable aptitud para instalar en su persona molestias, intranquilidades, desasosiegos y amarguras, notas típicas configurativas del daño moral, aun observadas desde el lente típicamente contractual.-

Decíamos al respecto, hace ya un tiempo, que si se trata de daño moral contractual, rigen las pautas del art. 522 del Código Civil deviniendo el mismo de interpretación restrictiva y necesitando ser expresamente demostrado; aquí el daño no es "*in re ipsa*" pero el Juez "puede" acogerlo de acuerdo a las circunstancias del caso; ello nos indica a través de la letra y del espíritu de la norma que no se debe descartar "*a priori*" la existencia del daño moral en las relaciones contractuales; el tema depende de las circunstancias del caso y de la prueba que se produzca; va de suyo que tal apreciación debe efectuarse con criterio estricto pues no cualquier incumplimiento contractual genera daño moral (esta Sala causas N° 45718/02, R.S. 19/02; 47.718, R.S. 580/02, 58160, R.S. 9/11; 58.494, R.S. 304/11).-

Y aquí, aun empleando un criterio estricto, las ya reseñadas circunstancias me convencen en cuanto a la existencia de un daño moral resarcible pues, por mas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

restrictivo que sea el enfoque, es innegable que quien se encuentra en una situación como la de la accionante ha de haber sufrido un menoscabo con los ya descriptos alcances.-

En la faena de dar con un monto resarcitorio razonable (y acorde con el tenor del perjuicio) debemos detenernos en sus circunstancias personales: la actora tenía al momento de los hechos 38 años (fs. 244), era de estado civil casada, empleada y madre, de la condición socio económica que surge de fs. 5/6, 14/17vta. del beneficio de litigar sin gastos.-

Por otro lado, la testigo Müller (fs. 237vta./238) nos habla del estado anímico de la actora, en dichos de los que no encuentro mérito para descreer (arts. 384 y 456 del CPCC); lo propio surge de la deposición de Salice (fs. 240) y también de los dichos de Torres (fs. 262vta.); la declarante Pujadas (fs. 260/1), en cambio, nada ilustra acerca del estado anímico de la accionante.-

Sobre este piso de marcha, teniendo en cuenta la índole del menoscabo sufrido, el tiempo que duró la sintomatología instalada por el uso de un medicamento inadecuado, el tenor de los hechos en análisis, las ya reseñadas circunstancias personales y los dichos de los testigos aludidos, entiendo que la suma fijada (\$50.000) es excesiva, por lo que prohiaré su reducción a la de **\$30.000 (treinta mil pesos)**, de la que -obviamente- responderán las co demandadas y la aseguradora en proporción a la responsabilidad atribuida.-

c4) Gastos

Los \$3.000 fijados por la sentenciante como resarcimiento para este rubro (de los que las co demandadas deben responder por la mitad) merecen la objeción de las co demandadas.-

Sobre el punto hemos dicho que los gastos por tratamientos médicos, farmacéuticos, traslados y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

erogaciones análogas, deben ser reparados aun sin haberse demostrado documentadamente su existencia; pero ese concepto dista mucho de ser absoluto y de resultar una graciosa concesión de los jueces, sino que encuentra su fundamento en la naturaleza del perjuicio que hace sumamente dificultosa su prueba, y en la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas y carácter de ellas, y todo ello sí debe ser probado, no pudiendo derivar solamente de la voluntad o comodidad de la víctima o sus familiares.-

Es menester referir que ha dicho esta Sala, con anterioridad, que corresponde presumir las erogaciones por tal concepto a cargo de la víctima aunque no esté demostrado cabalmente su importe -S.C.B.A., T 117, pág. 127- (Conf. Causas de esta Sala N° 20.745, R.S. 63/88; N° 24.973 R.S. 165/90; N° 41.649, R.S. 607/99).-

Sobre este piso de marcha, tenemos acreditadas -con las constancias de la ya reseñada Historia Clínica (ver fs. 244/250vta.)- las diversas atenciones médicas a las que debió someterse la accionante luego de la instalación del síndrome como consecuencia de la ingesta del medicamento en cuestión; el perito médico, como ya lo hemos visto, ha referenciado cual es la estrategia terapéutica a seguir para revertir el cuadro, cuadro que -tal lo dicho también por el perito- ha revertido en la actualidad.-

Así entonces, probadas las atenciones médicas (fs. 244/250vta.), con los consecuentes gastos que ello ha de ocasionar a quien debe someterse a las mismas (por mas que goce de afiliación a medicina prepaga u obra social -esta Sala en causa nro. 47.713 R.S. 498/09-), entiendo que el rubro es procedente.-

No obstante lo cual, teniendo en cuenta la índole de los menoscabos, el tiempo por el cual se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

prolongaron, la cantidad de atenciones de las que da cuenta la ya referida Historia Clínica, la ausencia de comprobantes que den cuenta de los gastos realizados y, especialmente, lo indicado por el perito como solución al problema (supresión del remedio y, a todo evento, gastroprotección) entiendo que la suma fijada por la a quo (\$3000) es excesiva y por ello prohiaré su reducción a la suma de **\$1.500 (un mil quinientos pesos)**, debiendo -por cierto- responder las co demandadas y la aseguradora en proporción a la responsabilidad atribuida.-

c4) Los montos resarcitorios: liquidación final

A tenor de todo lo dicho, el monto del perjuicio ascenderá a la suma de \$31.500, de la que responderán las co demandadas y la aseguradora en proporción a la responsabilidad atribuida (50%), prosperando en definitiva la demanda por la suma de **\$15.750 (quince mil setescientos cincuenta pesos)**.-

d) Costas

Se alzan la co demandadas contra la imposición de costas que porta la sentencia en crisis.-

Al respecto tiene dicho este Tribunal que:

"La Suprema Corte de Justicia Provincial siguiendo el pensamiento chiovendano consagra la teoría objetiva de la condena en costas, atribuyendo a estas el carácter de una indemnización debida a quien se ha visto obligado a litigar, para obtener el reconocimiento de su pretensión jurídica (Chiovenda, La condena en costas, Madrid, 1928, p. 232; La Ley v. 66, p 202).-

En otras palabras, las costas son las erogaciones que necesariamente deben hacer los sujetos del proceso, para obtener la actuación de la ley mediante la resolución judicial que pretenden siendo principio general en la materia que el objetivamente derrotado debe resarcir



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

integramente las mismas al vencedor (Podetti, Tratado de los actos procesales, p. 111, n° 30).-

Este principio general prescinde de toda idea subjetiva de buena o mala fe, la condena en costas al vencido es la regla, pues quien hace necesaria la intervención del Tribunal por su conducta debe cargar con los gastos efectuados por quien ha debido iniciar una demanda justa, o defenderse de una injusta, para obtener el reconocimiento de su derecho.-

Por su parte, la facultad judicial para eximir de costas al vencido reviste caracter excepcional y no esta condicionada por la temeridad, mala fe o culpa del litigante, sino inspirada en razones de equidad ajustables a cada caso..." (esta Sala en Causa n° 27.140, R.S. 219/92, sent. del 29-11-1992, entre muchas otras).-

Por otro lado, el hecho de que la pretensión haya prosperado por montos menores que los reclamados no le quita a la accionada su carácter de objetivamente derrotada en los términos del artículo 68 del Código de Procedimientos pues su carácter de vencido en la litis no se modifica aún cuando los montos pretendidos fueron admitidos, en definitiva, por un monto menor al pretendido (ver esta Sala en causa 44.258, R.S. 126/01; 47.634 R.S. 515/03).-

Y en cuanto a la distribución proporcional de las costas en sintonía con la atribución proporcional de responsabilidad, he venido sosteniendo que en tales casos las costas deben igualmente ser soportadas por la parte demandada vencida; ello, en virtud de lo normado por el artículo 68 de la ley adjetiva que receptara el criterio objetivo resarcitorio de la derrota; este ha sido el criterio adoptado por mí al votar en primer término en la causa nro. 46.128 (R. S. 638/02) pues, en definitiva, la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

demanda ha prosperado en el porcentaje de responsabilidad adjudicado trasladándose ello a las costas del proceso; resulta así, que el demandado estará obligado al pago del monto de condena y de las costas aludidas únicamente en el porcentaje de responsabilidad que se le adjudicara, sin necesidad de una nueva distribución de las costas de acuerdo al éste último (mi voto en minoría en la causa nro. 50.970 R.S. 438/05).-

Criterio al cual se ha plegado el Dr. Ferrari al votar en la causa nro. 57.355, R.S. 21/10, en sintonía incluso con la jurisprudencia de la SCBA (AC. 87938 del 5/8/2009).-

Tampoco convergen las circunstancias como para hacer funcionar el instituto de la plus petición, consagrado por el art. 72 de nuestro código de forma.-

Así entonces, no veo razón, mérito ni fundamento como para exonerar a las co demandadas vencidas de las costas causídicas ni por el principal, ni tampoco -a la co demandada Farmacia Central Moron SRL- por la citación en garantía que pretendiera materializar y se desestimara, no -como ella lo sostiene- en base a una interpretación (fs. 666vta.) sino por la sencilla razón de que no existía seguro contratado y vigente al tiempo de los hechos (ver fs. 610/611) con lo cual la imposición de costas por esta incorrecta citación en garantía es, a mi modo de ver, adecuada y no existe ninguna razón para adjudicarlas de modo diverso.-

d) Costas de Alzada

Atento el resultado de los recursos y lo que vengo proponiendo, entiendo que las costas de Alzada deberán quedar impuestas, por el de las co demandada Farmacia Central Moron SRL en un 50% a la actora y en el restante 50% a esta; por el de la co demandada Caraballo en un 50% a la actora y en el restante 50% a esta, en ambos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

casos ponderando su éxito solo parcial; y por el de la aseguradora, a la actora en su totalidad, dado su completo progreso (arts. 68 y 71 del CPCC).-

IV.- CONCLUSION

Si mi propuesta es compartida se deberá confirmar la sentencia apelada en cuanto a la atribución de responsabilidad, revocarla en cuanto admite los rubros daño físico y daño psicológico, los que se desestiman, modificarla en cuanto a las sumas fijadas por daño moral y gastos, reduciendolas a las de \$30.000 (treinta mil pesos) y \$1.500 (un mil quinientos pesos), respectivamente; consecuentemente, y teniendo en cuenta la distribución proporcional de responsabilidad, deberá dejarse establecido que la demanda progresa por la suma de \$15.750 (quince mil setecientos cincuenta pesos); finalmente habrá de confirmarse la sentencia apelada en cuanto a la imposición de costas.-

Atento el resultado de los recursos las costas de Alzada deberán quedar impuestas, por el de las co demandada Farmacia Central Moron SRL en un 50% a la actora y en el restante 50% a esta; por el de la co demandada Caraballo en un 50% a la actora y en el restante 50% a esta, en ambos casos ponderando su éxito solo parcial; y por el de la aseguradora, a la actora en su totalidad, dado su completo progreso (arts. 68 y 71 del CPCC).-

Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta por

PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA

A la misma cuestión, el Señor Juez Doctor **FERRARI**, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Dr. Gallo.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

AUTOS Y VISTOS: **CONSIDERANDO:** Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE CONFIRMA** la sentencia apelada en cuanto a la atribución de responsabilidad, **SE LA REVOCA** en cuanto admite los rubros daño físico y daño psicológico, los que **SE DESESTIMAN, SE LA MODIFICA** también en cuanto a las sumas fijadas por daño moral y gastos, **REDUCIENDOLAS** a las de **\$30.000 (treinta mil pesos)** y **\$1.500 (un mil quinientos pesos)**, respectivamente; consecuentemente, y teniendo en cuenta la distribución proporcional de responsabilidad, **SE DEJA ESTABLECIDO** que la demanda progresa por la suma de **\$15.750 (quince mil setecientos cincuenta pesos)**; finalmente **SE CONFIRMA** la sentencia apelada en cuanto a la imposición de costas.-

Costas de Alzada, **por el recurso de las co demandada Farmacia Central Moron SRL** en un 50% a la actora y en el restante 50% a esta; **por el de la co demandada Caraballo** en un 50% a la actora y en el restante 50% a esta; **y por el de la aseguradora,** a la actora en su totalidad (arts. 68 y 71 del CPCC).-

SE DIFIERE la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 Dec. Ley 8904/77).-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA SE.-

Dr. JOSÉ LUIS GALLO
Juez

Dr. FELIPE AUGUSTO FERRARI
Juez

Ante mí: Dr. GABRIEL HERNAN QUADRI
Secretario de la Sala Segunda de la
Excma. Cámara de Apelación en lo Civil
y Comercial del Departamento Judicial
de Morón