

En la Ciudad de San Salvador de Jujuy, capital de la provincia de Jujuy, República Argentina, a los 22 días del mes de septiembre del año dos mil once los señores Vocales de la Sala Primera de la Cámara en lo Civil y Comercial, doctores MARIA ROSA CABALLERO DE AGUIAR, MARÍA VIRGINIA PAGANINI y VÍCTOR EDUARDO FARFÁN, vieron el Expte. N° B-104.351/03, caratulado: ORDINARIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS: C.V. por sí y su hija menor V.D.M., C. J. F. C/ ESTADO PROVINCIAL, en el cual:

LA DRA. MARIA ROSA CABALLERO DE AGUIAR, dijo:

I. A fs. 10/16 comparece la doctora MARÍA ELENA ZARIF DE MASSACCESI, en representación de V.C., quien comparece por sí y su hija menor D.M.V. (hoy mayor de edad) y de J.F.C., promoviendo juicio ordinario por daños y perjuicios en contra del ESTADO PROVINCIAL, aclarando que las actoras comparecen por derecho propio para obtener la reparación del daño moral producido por el temor a contraer SIDA, temor generado por el contacto directo y permanente que tuvieron con el paciente transfundido de HIV en el Hospital Pablo Soria, derivado de la inobservancia de los deberes generales del derecho, como el deber de indemnidad, el deber de información, del deber de garantía, del deber genérico de no dañar, así como por el riesgo creado. En cuanto al actor J.F.C., en su calidad de único heredero forzoso, reclama la reparación del daño moral derivado de la transfusión de sangre infectada con virus HIV practicada a su hijo V. C. en el referido hospital público.

En cuanto a los hechos relata que en fecha 3 de diciembre de 2001, el señor V. C., hermano, tío e hijo respectivamente de los actores, fue internado con un cuadro de hemorragia digestiva en el Hospital Pablo Soria de nuestra Ciudad, donde permaneció hasta el 4 de marzo de 2002, fecha en que falleció.

Dice que durante su paso en el hospital el paciente fue asistido en la curación de sus heridas, en su higiene personal y de su indumentaria por su hermana V. y la hija de ésta M. V., modalidad corriente en dicho hospital. Por el diagnóstico del paciente de hemorragia digestiva alta, tenía como característica más sobresaliente el sangrado permanente y la dificultad en la coagulación. El 5 de diciembre de 2001 el personal médico del hospital le transfundió sangre infectada al paciente, por lo cual éste contrajo HIV, con lo cual se sumó una patología mortal a la enfermedad originaria – encefalopatía alcohólica grado 4- y su cuadro se agravó. La serología

positiva fue confirmada por laboratorio central entre el 12 o 14 de diciembre, razón por la cual el día 15 de ese mes se decidió iniciar tratamiento de SIDA con DUT y DDI, pero dichos hechos fueron celosamente silenciados. No informaron al paciente ni a la familia que le habían transfundido sangre infectada con el virus HIV.

De tales hechos dice surge el daño moral en cabeza de los actores y cuya reparación reclama por esta vía. A partir de que las actoras toman conocimiento del dato del que paciente al cual asistieron había adquirido SIDA, les surge el miedo patológico de haber contraído el virus y se les representan recurrentemente los episodios en que lavaban la sangre de las heridas y de las ropas del enfermo infectado y toman conciencia de su nivel de exposición.

Por sendos capítulos describe la patología originaria del paciente, la patología adquirida por transfusión, el daño ocasionado al mismo y la conducta asumida por el personal del Hospital. Por ello destaca que dicho personal no cumplió con el deber de información al paciente ni a la familia e incumplió las normas de bioseguridad.

Como hechos generadores del daño destaca la exposición de las actoras al virus HIV, los que le trajo como consecuencia el daño moral cuya reparación reclaman por esta vía.

Sostiene en derecho la responsabilidad del Estado Provincial, ofrece pruebas y concluye peticionando que se haga lugar a la demanda en todas sus partes, con costas.

II. Sustanciado el traslado de ley comparece a fs. 26/27 la doctora MARÍA JIMENA BERNAL en su carácter de Procurada Fiscal, solicitando la citación de tercero obligado a la doctora IDA GUDIELA SEVERICH y a fs. 29/43 contesta la demanda incoada en contra del Estado Provincial.

En su responde formula negaciones genéricas y puntuales de todos los hechos expuestos por la contraria, para luego exponer su versión de los mismos.

Así reconoce que tal como surge de las constancias de la Historia Clínica el paciente V. C. tuvo un segundo ingreso al Hospital Pablo Soria en fecha 3 de diciembre de 2001, derivado desde el Hospital de Maimará, con un cuadro grave, en estado soporoso (coma) sin respuesta a estímulo. Una vez asistido se diagnostica coma metabólico, encefalopatía alcohólica grado 4, hepatopatía alcohólica, cirrosis, hemorragia digestiva alta. El día 4 de diciembre se le realizó la primera transfusión de plasma de las siete que se aplicaron, presentando un severo compromiso de su estado general. El día 5 del mismo mes ante un pedido de transfusión del Dr. Santiago Cheli, se

liberó sangre que se encontraba sin la correspondiente inscripción en el registro de serología y se le colocó en stok. Esta sangre fue transfundida al paciente C. el día 6 de diciembre, determinándose días posteriores, a través de las pruebas sexológicas confirmatorias que la misma era positiva para HIV.

Reconoce que la Dra. Ana María Carabajal de Alcoba, Jefe del Departamento de Infectología no le informó al paciente expresamente que había sido transfundido con HIV, sino con un germen para evitar un impacto emocional que ello podía causarle. Reconoce que la conducta de la citada profesional no responde a los mandatos de la ley 23.798, pero ello no obedeció a negligencia sino a una cuestión de humanidad. Seguidamente ordenó el tratamiento del caso e informó al Director del Hospital Carlos García, relatando lo sucedido y dejando a su criterio los aspectos administrativos y legales del caso, quien ordenó la instrucción del sumario administrativo correspondiente. Dice que luego el paciente se mantuvo estable, hasta que se le practicó una nueva transfusión el 3 de marzo de 2002, produciéndose su deceso el día 4 de ese mes y año. De lo expuesto dice que si bien el paciente fue transfundido con el virus HIV, éste no tuvo incidencia en el fatal desenlace, quien fallece por su grave estado genera, por alcoholismo crónico de larga data.

Por capítulo aparte desconoce que las actoras hubieran tenido que asistir al paciente, curándole las heridas, bañándolo, dándole de comer, lo que no fue acreditado en el sumario penal. Por otra parte sostiene que el riesgo de que la gente que trabaja en los entornos de salud se contagie por el HIV es muy bajo. Por todo lo expuesto sostiene que el temor que manifiestan las actoras es infundado ya que las mismas en ningún momento se encontraron en una situación de riesgo de ser infectadas. Destaca las formas de transmisión del virus de HIV, y que no son los supuestos a los cuales estuvieron sometidas aquéllas, por todo lo cual concluye en que el planteo de las actoras es improcedente.

En lo que se refiere al reclamo del señor F. C., afirma que la transfusión del virus del HIV fue la causa de la muerte del paciente, sin perjuicio de lo cual destaca que el actor reclama por el daño moral sufrido por la víctima al haber sido transfundido de dicho virus con fundamento en el art. 1078 del C.Civil, y afirma que siendo éste un daño directo, el actor carece de legitimación activa para reclamar su resarcimiento.

IV. A fs. 53 se tiene al Estado Provincial por desistido de la citación de tercero formulada oportunamente y receptadas las pruebas ofrecidas por las partes, oídos sus alegatos en la audiencia de vista de causa pertinente, estos obrados han quedado en estado de

resolver, por lo que cabe entrar a considerar las cuestiones en debate.

IV.1. No fue desconocido por la demandada que en fecha 3 de diciembre de 2001, el señor V. C., hermano, tío e hijo respectivamente de los actores, fue internado con un cuadro de hemorragia digestiva en el Hospital Pablo Soria de nuestra Ciudad(por una enfermedad originaria, encefalopatía alcohólica grado 4), donde permaneció hasta el 4 de marzo de 2002, fecha en que falleció, así como que durante su internación el personal del hospital le transfundió sangre infectada al paciente, por lo cual éste contrajo HIV. No se discute que la serología positiva fue confirmada por laboratorio central, razón por la cual, si bien se le inició tratamiento específico, estos hechos no fueron informados.

La parte demandada reconoce expresamente la obligatoriedad que impone la Ley 23.798, pero dice que por razones de humanidad no se informó del cuadro infeccioso ni al paciente ni a su familia.

Más allá de aquel reconocimiento expreso de los hechos, la Sala Primera de la Cámara en lo Penal, en el Expte. N° 24/2005: S. I. G. y G. M. G.: s.a. propagación de enfermedad peligrosa de tipo culposa, declaró a las procesadas autoras penalmente responsables en los términos del art. 45 del C.Penal, del delito previsto y penado por el art. 203 en función del art. 202 del citado cuerpo legal.

IV. 2. Si ello es así, no cabe duda de la responsabilidad civil de las dependientes del Estado Provincial, condenadas en sede penal, de conformidad a los términos del art. 1109 del C.Civil, lo que hace extensiva dicha responsabilidad al demandado, en los términos del art. 1112 y ccs. del ibídem.

Es que, habiendo recaído sentencia condenatoria en sede penal, no es posible contestar en este juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa de su autor, de acuerdo a lo estatuido por el art. 1102 del C.Civil. Por consiguiente parece claro que sobre la materialidad del evento dañoso y de la culpabilidad del agente que la provocó, existen cosa juzgada (conf. Freytas, Esboso, arts. 836; Salvat, Tratado, T. VII; Colombo, Culpa Aquiliana, T. II; Lafaylle, Obligaciones, T. II, pag. 364; Camarota, Responsabilidad extracontractual, T. II, pag. 778).

En atención a lo expuesto, y entendiendo que las dependientes del Estado Provincial actuaron en el momento desencadenante del suceso que nos ocupa en la forma y del modo que se plasma en la sentencia penal aludida, es que no cabe poner en duda ni la autoría ni la culpabilidad de las condenadas criminalmente, debiendo declararse,

en esta sede civil, la responsabilidad del Estado Provincial, conforme fundamentos legales antes citados.

El incumplimiento por parte del Estado Provincial de las expresas disposiciones de la ley nacional nacional N° 23.798, compromete seriamente su responsabilidad, en tanto y en cuanto la conducta desaprensiva de sus dependientes implica la violación de normas tutelares de derechos fundamentales de la persona humana, como en el caso, evitar la propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa. El Estado Provincial tiene entonces la obligación de resguardar el orden público que trae aparejado el supremo interés de la salud pública. Así lo exigen las garantías expresamente consagradas tanto por la Constitución Nacional (arts. 16, 33, 42) como Provincial (arts. 21, 25 y ccs.), así como las normas supranacionales.

A su vez la obligación de brindar la información adecuada surge expresamente prevista por el art. 8° de la citada ley, cuando dispone que "Los profesionales que detecten el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o posean presunción fundada de que un individuo es portador, deberán informarle sobre el carácter infecto-contagioso del mismo, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada.

Sabemos que toda omisión de las clínicas, hospitales y establecimientos de salud en su atención, debe ser valorada a la luz de lo que la doctrina ha dado en llamar "obligación tácita de seguridad" de los entes que prestan este tipo de servicios, conforme el cual, su responsabilidad, en caso de daños es de carácter objetivo, lo que debe ser analizado en autos con mayor rigor, si tenemos en cuenta que se encuentra comprometida la salud pública.

Dicha obligación juega cuando la entidad asistencial se ha obligado a dar asistencia médica a través de los profesionales de su cuerpo médico y demás auxiliares. En este caso el hospital o sanatorio, no solamente es responsable de que el servicio se preste sino también de que se preste en condiciones tales en cuanto a la intervención del profesional y servicios auxiliares, que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida (conf. Bustamante Alsina, Responsabilidad Civil y otros Estudios, ed. Abeledo Perrot, 1984, pag. 452).

Es decir que esta obligación tácita de seguridad nace cuando el establecimiento se compromete a cumplir una prestación médico-asistencial, siendo responsable no sólo por la mala praxis del profesional médico y sus colaboradores, sino por las deficiencias de alojamiento, suministro de medicamentos, servicios paramédicos, etc. (conf. Bueres Alberto, Responsabilidad Civil de las clínicas y establecimientos médicos, ed. Abaco, 1981, pag. 30).

Al respecto ha dicho la Jurisprudencia que "el nosocomio público se encuentra obligado constitucionalmente a organizar el servicio de salud, y frente a un deficiente funcionamiento del mismo, el Estado responde directa y objetivamente. De tal modo, si el servicio no funcionó o funcionó mal o tardíamente, queda atrapada la responsabilidad del Estado, pues parte de una situación objetiva de falta o deficiencia del servicio que el Estado pro mandato constitucional debe garantizar, pues constituye uno de los fines esenciales del Estado que justifica su propia existencia (conf. Weingarten, Celia y Gheri Carlos A. La discrecionalidad de la estrategia terapéutica. La responsabilidad del Estado por la seguridad de los "pacientes en hospitales, J.A. 1997-11-429). Así el Estado tiene el deber jurídico de realizar prestaciones positivas dirigidas, sustancialmente, a la prevención de la enfermedad, y a la asistencia - médica y terapéutica- de los pacientes. En consecuencia nacerá la responsabilidad del Estado por falta de servicio, si éste no cumple de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos -de modo expreso o implícito- a sus órganos por el ordenamiento jurídico (comprensivo de la Constitución, los tratados, la ley, el reglamento, y los principios generales del derecho) o, simplemente por el funcionamiento irregular del "servicio" en el caso, el sistema a la salud de la población (conf. Jeannette de Pérez Cortés María, "Responsabilidad del Estado en materia de salud pública" en obra colectiva "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público". Ed. Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, págs. 311 y ss)" (SCBA, Alba, A. E. c/ Municipalidad de Trenque Lauquen s/ Daños y Perjuicios, 27/10/04, cit. en Gheri- Weingarten Revista Nova Tesis, Doctrina y Jurisprudencia, julio 2005, IV, pag. 55 y ss.).

Por todo ello, y con fundamento en los arts. 43, 902 ss. y ccs., 1112, 1113 y ccs. de C.Civil, concluyo en que debe declararse la responsabilidad del Estado Provincial en el hecho que nos ocupa, y entrar a considerar los daños reclamados.

IV.3. En primer lugar corresponde analizar el reclamo del señor J.F.C., quien demanda la reparación del daño moral derivado de la transfusión de sangre infectada con virus HIV practicada a su hijo Víctor C. en el referido hospital público.

Sobre el particular el Estado Provincial ha planteado la falta de legitimación activa de este actor, con fundamento en las disposiciones del art. 1078 del C.Civil.

Sobre este punto le asiste razón al Estado demandado, en tanto y en esta pretensión encuentra una valla insalvable en el texto legal, atento que el art. 1078 del Cód. Civil dispone que: "la acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo...". En el caso en estudio, el damnificado directo del daño

moral por la transfusión del virus del HIV, fue la propia víctima, quien falleció antes de poder ejercitar cualquier derecho al respecto, con lo cual se extinguió su derecho. El hijo, no puede entonces reclamar el rubro solicitado, pues carece de legitimación al respecto, lo que así debe declararse, haciendo lugar a la defensa de falta de legitimación activa del señor J.F.C., con costas por el orden causado, toda vez que el actor pudo creerse con derecho y litigar de buena fe (art. 102 in fine del C.P.C.).

IV.4. Con relación al reclamo de las señoras V.C. y D.M.V., debemos considerar que estas actoras demandan por el daño moral propio, soportado como consecuencia del miedo que les sobrevino de contraer la enfermedad contagiosa que adquirió el causante y a quien asistieron durante su internación en el hospital.

Al respecto el Estado Provincial niega que las demandantes hubieran limpiado las heridas del enfermo, o que lo hubieran asistido de la manera que lo denuncian, pues dice éstas son tareas del personal del hospital.

En tal sentido es irrelevante entrar a considerar puntualmente cada modalidad de atención que las actoras brindaron al paciente. Surge de la causa penal que las mismas tuvieron contacto con el enfermo, que los visitaron, lo cual implica cierto grado de atención al paciente. Sabemos porque la experiencia así lo delata que todo enfermo hospitalizado, aún en instituciones privas, requiere de cuidados y atención de sus familiares, mínimamente en la ayuda de su aseo, ingesta de alimentos y cuidado y limpieza de su ropa particular. Si ello es así, no cabe duda que las actoras tuvieron contacto directo con la sangre del paciente, habida cuenta de su cuadro hemorrágico.

Así lo corroboró la prueba testimonial brindada por José Luis Cañari, quien contestó afirmativamente a las preguntas uno a cinco del pliego respectivo, precisando la razón de sus dicho en el hecho de que el declarante también visitaba al enfermos, por ser vecino. A la pregunta seis afirmó que no usaban protección alguna. A la pregunta siete dijo que él tampoco sabía nada de la enfermedad del paciente. A la pregunta nueve contestó que al paciente no le decían nada, para responder afirmativamente a las preguntas diez a doce del pliego.

La otra defensa que opone el Estado Provincial para desconocer el daño reclamo, es el hecho de que el SIDA no se contagia por el mero contacto, brindando todos los fundamentos científicos del modo de propagación y contagio de esta enfermedad. Este argumento no puede imponerse a las actoras, pues no corresponde dar por sentado que conocimientos científicos sean conocidos e internalizados por personas profanas, que no tienen obligación de estar imbuidas de dichas informaciones.

Aquellos datos tampoco liberan de responsabilidad al personal del Hospital por haber ocultado este hecho a los parientes que visitaban al enfermo, quienes tenían derecho a saber el estado de salud de su pariente -a quien asistían- y decidir por sí mismas que precauciones tomar o hacerse asesorar al respecto por personas idóneas. Así lo exige el art. 4º de la Ley Nº 23.798, que en su inciso f) dispone que "El Poder Ejecutivo arbitrará medidas para llevar a conocimiento de la población las características del SIDA, las posibles causas o medios de transmisión y contagio, las medidas aconsejables de prevención y los tratamientos adecuados para su curación, en forma tal que se evite la difusión inescrupulosa de noticias interesadas".

Esa conducta omisiva de los dependientes del Estado Provincial, sumada a la conducta activa juzgada en sede penal, indica que las actoras estuvieron expuestas al contacto del enfermo infectado sin poder tomar ningún recaudo, lo cual indudablemente les genera el daño moral por el cual piden reparación. Es que el miedo y temor al contagio de una enfermedad como el SIDA, instalado en la psique humana, produce inquietud, zozobra, miedo, temores, angustias que más allá de que tengan un fundamento certero de contraer la enfermedad, dicho temor ya causa en sí mismo el daño moral cuya reparación se reclama. De ningún modo puede minimizarse esos sentimientos que hacen a la intranquilidad espiritual y psíquica de la persona. Es contrario al respeto que merece la dignidad de la persona, sostener que dicho temor es infundado o genérico, cuando las actoras tuvieron contacto directo con el paciente infectado por personal del propio hospital sin tener conocimiento sobre la situación, siendo entonces impedidas de tomar decisiones al respecto libre y en base a un consentimiento informado.

Si ello es así, el daño moral reclamado procede, ya que conforme se ha dicho reiteradamente, esta indemnización debe compensar el cúmulo de padecimientos, psíquicos como espirituales, como los referidos precedentemente. Por ello, conforme las circunstancias del caso, establecemos este rubro conforme el prudente arbitrio judicial (art. 46 del C.p.C.), en la suma de PESOS CUARENTA MIL (40.000), para cada una de las actoras.

v. Por todo lo hasta aquí expuesto, voto para que lugar a la defensa de falta de legitimación activa del señor J.F.C., rechazando la demanda promovida por su parte, con costas por el orden causado, toda vez que el actor pudo creerse con derecho y litigar de buena fe (art. 102 in fine del C.P.C.).

Asimismo voto para que se haga lugar a la demanda promovida por V.C. y D.M.V., condenado al Estado Provincial a pagar, en el término de diez días la suma total de PESOS CIEN MIL (\$ 100.000), -PESOS

CINCUENTA MIL (\$ 50.000) a favor de cada una de ellas- en concepto de total y única indemnización y con criterio actual.

Las costas deben imponerse, conforme el principio objetivo de la derrota, al vencido (art. 102 del C.P.C.), proponiendo que los honorarios de la doctora MARÍA ELENA ZARIF DE MASSACCESI sean regulados en la suma de PESOS VEINTIDÓS MIL (\$ 22.000) para lo que se tiene en cuenta mérito y eficacia de la labor cumplida, montos por los que progresa la acción, incluidos los intereses calculados a la fecha, etapas procesales desplegadas, todo de acuerdo a las disposiciones de los arts. 2, 4, 6, 10 y ccs. de la ley 1687).

Tal, mi voto.

Los doctores MARÍA VIRGINIA PAGANINI y VÍCTOR FARFÁN dijeron que comparten en un todo los fundamentos del voto de la Vocal preopinante, tanto en lo que hace a la relación jurídico sustancial, como lo referente a las costas, por lo que adhieren a su voto.

Por todo ello, la Sala Primera de la Cámara Civil y Comercial;

R E S U E L V E

1º) Hacer lugar a la defensa de falta de legitimación activa del señor J.F.C., rechazando la demanda promovida por su parte, con costas por el orden causado, toda vez que el actor pudo creerse con derecho y litigar de buena fe (art. 102 in fine del C.P.C.).

2º) Hacer lugar a la demanda promovida por V.C. y D.M.V., condenado al Estado Provincial a pagar, en el término de diez días la suma total de PESOS CIEN MIL (\$ 100.000), -PESOS CINCUENTA MIL (\$ 50.000) a favor de cada una de ellas- en concepto de total y única indemnización y con criterio actual.

3º) Imponer las costas al vencido (art. 102 del C.P.C.).

3º) Regular los honorarios de la doctora MARÍA ELENA ZARIF DE MASSACCESI en la suma de PESOS VEINTIDÓS MIL (\$ 22.000) (arts. 2, 4, 6, 10 y ccs. de la ley 1687).

4º) Regístrese, agréguese copia en autos, notifíquese por cédula, dese intervención a C.A.P.S.A.P. y Dirección Provincial de Rentas.