

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Hospitales. CONTAGIO DE HIV MEDIANTE UNA TRANSFUSIÓN SANGUÍNEA. Fallecimiento del joven. Responsabilidad del centro médico. FACTOR DE ATRIBUCIÓN OBJETIVO. Deber tácito de seguridad frente al paciente. Art. 7 de la Ley 23798. Presunción de la relación de causalidad. Ley 22990. Vulneración de las normas del debido cuidado. Responsabilidad del Jefe del Departamento de Oncología-Hematología. Defectos de supervisión. Indemnización del DAÑO MORAL. Procedencia**

Causa 16.015/96 - "A. H. C. s/ sucesión c/ Estado Nacional Armada Argentina y otros s/ daños y perjuicios" - CNCIV Y COMFED - SALA II - 08/06/2010

"Las clínicas y los hospitales asumen frente al paciente el deber tácito de seguridad, que los obliga a utilizar materiales y productos no viciados. Justamente dicha obligación de seguridad en orden al suministro de sangre, le impide a los demandados limitarse a señalar que de su parte no hubo culpa (ver Sala I de esta Cámara, 26/09/2005, "Desulovich c/ Obra Social de los Aeronavegantes y otros"). En consecuencia, la responsabilidad del centro médico que organiza, supervisa y administra su banco de sangre debe ser enfocada desde la óptica de un factor de atribución objetivo y genérico. Ello se extrae, además del régimen de responsabilidad emergente del Código Civil, del art. 7 de la Ley N° 23.798, que establece como obligatoria la detección del virus y de sus anticuerpos en la sangre humana destinada a transfusión. Cualquier falta de diligencia, tanto en la previsión del hecho como en las medidas necesarias para evitarlo, imputable a los demandados, y de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, excluirá la alegación de un hecho imprevisto o invencible para eximirse del deber de responder (arg. arts. 512, 514 y 902 del Código Civil)."

"Encuentro acreditado que la adquisición por parte del infortunado joven del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (en adelante S.I.D.A.) fue causada por la transfusión sanguínea practicada en el Hospital..."

"En la especie opera un factor de atribución objetivo, y más allá de esas respuestas del C.M.F., lo cierto es que aún de haberse acreditado un accionar sin reproches por parte del Hospital -aspecto que planteo por hipótesis, pues encuentro en las constancias de autos severas deficiencias en el proceder del nosocomio que luego individualizaré-, ello no aparejaría que no deba responder por las consecuencias perjudiciales de la transfusión de sangre infectada. Lo que me interesa dejar en claro es que no estoy contradiciendo las opiniones médicas del C.M.F., sino que les estoy dando el encuadre jurídico, tal mi tarea de Magistrado."

“Por cierto, la patología que presentaba el actor que derivó en el trasplante de su médula ósea (enfermedad de Hodgkin, tratada con quimioterapia), aunque pueda ocasionar deficiencia en la inmunidad celular, dificultando la reacción inmunológica, ello no se relaciona con una propensión del ingreso del virus del S.I.D.A. al organismo (que es lo que se debate en autos), sino con su multiplicación una vez ingresado.”

“No existiendo ninguna otra evidencia que el causante contrajo S.I.D.A. de otra fuente y siendo la transfusión sanguínea una de las formas más corrientes de transmisión, si no se comparte mi percepción acerca de que se encuentra acreditado con claridad el origen del contagio, de todos modos la sentencia condenatoria debe confirmarse, pues cabe presumir la relación de causalidad entre el acto médico y la adquisición de la enfermedad.”

“Si bien cierto es que la Ley N° 23.798 (publicada en el Boletín Oficial del 20/09/1990) no impone un determinado método para la detección del virus -lo que por otra parte sería imposible ante las dificultades en la información sobre la enfermedad a la época de su sanción-; sí exige a las demandadas no transfundir sangre infectada, requerimiento que percibo como una obligación de resultado.”

“La no utilización de los cuestionarios y la omisión del examen clínico de los donantes, que podrían haber permitido, por ejemplo, determinar la pertenencia a un grupo de riesgo, exigidos por la ley de sangre 22.990 y el decreto reglamentario 375/89 y 702/93; así como por las normas técnicas y administrativas para los servicios de hemoterapia e inmunología y bancos de sangre, implica la vulneración de las normas del debido cuidado que hacen al arte de la medicina, constituyendo una conducta de grave negligencia. La entrega de un papel para que el donante lea y se autoexcluya, no cumple con los requisitos de bioseguridad mínimos, que devienen de la anamnesis y control médico exigidos por la ley de sangre (esta Sala, expte. 45.393, fallo del 20/12/2005).”

“Aún cuando la sangre donada al causante hubiese sido bien testeada, el álea de que aún así pueda transmitirse el S.I.D.A. debe ser asumida por el nosocomio, pues se trata también de un supuesto en que no puede llevarse a cero la probabilidad de contagio, y tampoco tenerse la seguridad de que la prueba serológica según el método Elisa hubiese sido efectuada con absoluta corrección y sin margen de error. Insisto en que la realidad es que el paciente fue a hacerse una delicada operación de trasplante de médula ósea y egresó del Hospital enfermo de S.I.D.A. (Sala III del fuero, expte. 5670/93).”

“La ineficacia de un reactivo, durante los llamados períodos “ventana”, no parte el nexo causal por fuerza mayor o caso fortuito, pues para obrar éstos como eximentes es preciso que resulten extraños al riesgo del servicio (conf. Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, págs. 305/306), supuesto que en el caso no se presenta.”

“Es de recordar que el médico coaccionado puede ser enjuiciado por la responsabilidad que le incumbe como Jefe de Departamento, por el hecho de otros auxiliares y médicos dependientes; pues tiene deberes de supervisión que corresponden a su función, que lo hacen responsable. Y el defecto de supervisión es un hecho propio imputable a título personal (conf. Lorenzetti, Ricardo, “La Empresa Médica”, págs. 283 y 286).”

“A la hora de la cuantificación, tampoco es un dato menor para reparar el daño moral el enorme gravamen que significa estar infectado con el virus del S.I.D.A., lo que conlleva, entre otras dificultades, a una severa limitación al goce de una vida sexual plena. Además dicha enfermedad en los hechos frustra la sublime posibilidad de la procreación, lo cual también es un agravante del daño moral.”

### **Texto completo**

En Buenos Aires, a los 8 días del mes de junio de dos mil diez reunidos en acuerdo los señores Jueces de la Sala 2 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, para conocer en el recurso interpuesto en autos:

"A.- H. C. s/SUECESIÓN C/ ESTADO NACIONAL ARMADA ARGENTINA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", respecto de la sentencia de fs.- 1983/1989, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: Se ajusta a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía ser efectuada en el siguiente orden: señores Jueces de Cámara doctores Alfredo Silverio GUSMAN, Ricardo Víctor GUARINONI y Santiago Bernardo KIERNAN.//-

A la cuestión planteada, el señor Juez de Cámara doctor ALFREDO SILVERIO GUSMAN dijo:

I. El Sr. H.A. el 22 de mayo de 1996 interpuso demanda de daños y perjuicios procurando el resarcimiento de los daños padecidos como consecuencia del contagio del virus H.I.V., que aduce se produjo en el HOSPITAL NAVAL, dirigiendo su acción, además de dicho nosocomio, contra la DIRECCION DE BIENESTAR DE LA ARMADA –D.I.B.A.- y el ESTADO MAYOR GENERAL DE LA ARMADA –

ESTADO NACIONAL-. A fs. 670 incluyó en su demanda al Dr. A. J. R., en su calidad de Jefe del Departamento de Oncología-Hematología.-

Lamentablemente, a fs. 1063, en escrito presentado el 16/09/98, se informa el deceso del actor, acaecido el 31 de agosto de 1998. A fs. 1104 se presenta la Sra. M. C. M. A., en su calidad de administradora provisoria del sucesorio, prosiguiendo el curso de las presentes actuaciones.-

El Sr. Juez "a quo" hizo lugar en forma parcial a la demanda, con costas, a fs. 1983/1989, condenando a las accionadas a abonarle a la parte actora la suma de \$ 250.000 en concepto de daño moral. Para así resolver, ponderó el sentenciador la opinión del Cuerpo Médico Forense –en adelante C.M.F.- que determinó que el Sr. H.A. se infectó como consecuencia de una transfusión de sangre llevada a cabo en el Hospital Naval, proveniente de una donante portadora del virus H.I.V. No admitió el daño patrimonial, al no () advertir actividad económica o laboral demostrables en torno al título terciario que el actor obtuvo.-

II. Dicha sentencia fue materia de apelación por parte del codemandado Dr. R. (fs. 1992)), por el restante accionado Estado Nacional (fs. 1993) y por la actora (fs.- 2000). También merecieron impugnaciones los honorarios regulados por el Sr. Juez, me refiero a los recursos interpuestos por los letrados de una de las codemandadas que estima reducidos los estipendios asignados (fs. 1991) y altos los determinados a favor de la totalidad de los beneficiados (fs. 1992);; por la representación letrada de la actora que también considera elevados los emolumentos fijados (fs. 2000) y escasos los que resultan a su favor (fs. 2006/2006 vta.); y presentaciones de fs.- 2028/2028 vta., 2068 y 2073.-

A fs. 2081/2120 el codemandado R. expresa agravios; y en resumen, sostiene: a) El "a quo" desconoció la prueba más conducente e importante (se refiere al dictamen del Cuerpo Médico Forense), efectuando una interpretación irrazonable del cúmulo probatorio aportado a autos y se apartó de la regla de la sana crítica; b) La sentencia carece de argumentos, se sustenta en afirmaciones dogmáticas y con fundamentos tan sólo aparentes; c) El Dr. R. no incurrió en mala praxis.-

Se lo condena por su mera condición de Jefe del Departamento Oncología Hematología, siendo que para la época era Jefe de Departamento y no detentaba la función de Jefe de Servicio de Hematología ni de Jefe del Servicio de Hemoterapia; d) Se ha presumido el nexo causal, cuando surge a todas luces claro que el mismo no se evidencia respecto de este codemandado; e) No corresponde que su parte sufrague las costas del proceso; f) En subsidio se agravia del monto indemnizatorio fijado por el Magistrado y la tasa de interés a aplicar, que debe computarse desde el momento que la sentencia quede firme.-

A fs. 2123/2133 expone los agravios que le originó la sentencia la representación del hospital; argumentando, en sustancia, que: a) En realidad el Juez se apartó del dictamen del C.M.F., que descarta la culpa de la institución médica; b) Sin embargo, el "a quo" consideró a los demandados incursos en culpa, pero no mencionó cuál es el reproche

que se les puede formular, siendo que el Hospital Naval cumplió con todas las normas de medicina transfusional; c) No está probada la causa del fallecimiento del actor; d) No está acreditado que el Sr. A. se haya contagiado a través de la transfusión recibida de la donante P.G.; e) El juzgador ni siquiera analizó la posible existencia de caso fortuito o fuerza mayor que eximiera a las demandadas de responder; siendo que la ciencia médica no proporciona método alguno para sortear el llamado "período de ventana" en cuanto al contagio del S.I.D.A.-

También la actora expuso sus agravios en término (fs. 2134/2151), que se basan en: a) La arbitraria determinación del monto indemnizatorio, que ha soslayado la capacitación profesional adquirida por H.A. y el sufrimiento padecido como consecuencia del obrar de las demandadas; b) La aplicación de la ley de consolidación 25.344 y su decreto reglamentario desconoce la norma supraconstitucional del derecho a la vida y a la salud.-

La expresión de agravios de la actora fue replicada por el Estado Nacional a fs. 2155/2156 y por el galeno a fs.- 2157/2163, en la que, entre otras cosas, solicita la deserción del recurso; y por la obra social a fs. 1234/1237, que también propone idéntico temperamento. La actora también hizo uso del derecho de contestar agravios a fs. 2164/2201.-

III. Antes de comenzar a analizar las quejas expuestas, creo primordial realizar una breve cronología de lo sucedido.-

3.1. H.A. padecía mal de Hodgkin desde 1989, enfermedad que venía siendo tratada por medio de quimioterapia y radioterapia, llegando a la remisión del tumor. Durante junio de 1994 el actor padeció una recaída, diagnosticándose como única posibilidad de curación la realización de un transplante de médula ósea.-

3.2. A tal fin, es internado en el Hospital Naval el 26 de diciembre de 1994. El transplante de médula ósea se concreta el 4 de enero de 1995, y al día siguiente se practica el transplante de células periféricas.-

3.3. El paciente permanece internado en la institución naval hasta el 10 de febrero de 1995, fecha en que es dado de alta. Sin perjuicio de lo cual concurría varias veces en la semana para control. La evolución de la enfermedad de Hodgkin es favorable (ver informe del Cuerpo Médico Forense a fs. 592 del expte. de diligencias anticipadas que tengo a la vista).-

3.4. El 20 de marzo de 1995, al concurrir al hospital a raíz de un estado febril, se detectó la presencia de citomegalovirus, que es tratada con antibióticos, recibiendo transfusiones de sangre. Permanece internado hasta el 14 de abril de ese año.-

3.5. Del 18 al 27 de abril realiza tratamiento ambulatorio, concurriendo todos los días al nosocomio. Como su alta fiebre no disminuye, recurre a otra institución (FUNDALEU). El 16 de mayo es internado por disposición de ese centro. Al día siguiente se le practica

un estudio serológico, oportunidad en que se le detecta el virus del H.I.V. Permanece internado hasta el 30 de mayo (ver fs. 1219 de autos, informe de FUNDALEU).-

3.6. Como ya he señalado, durante el transcurso del proceso, el actor falleció el 31 de agosto de 1998 (ver fs.- 1061).-

IV. Luego del relato de algunos de los aspectos de hecho esenciales, es necesario hacer una aproximación al marco jurídico y las reglas probatorias que servirán de sustento para la decisión del caso:

4.1. Las clínicas y los hospitales asumen frente al paciente el deber tácito de seguridad, que los obliga a utilizar materiales y productos no viciados. Justamente dicha obligación de seguridad en orden al suministro de sangre le impide a los demandados limitarse a señalar que de su parte no hubo culpa (ver Sala I de esta Cámara, 26/09/2005, "Desulovich c/ Obra Social de los Aeronavegantes y otros").-

4.2. En consecuencia, la responsabilidad del centro médico que organiza, supervisa y administra su banco de sangre debe ser enfocada desde la óptica de un factor de atribución objetivo y genérico. Ello se extrae, además del régimen de responsabilidad emergente del Código Civil, del art. 7 de la Ley N° 23.798, que establece como obligatoria la detección del virus y de sus anticuerpos en la sangre humana destinada a transfusión.-

4.3. Cualquier falta de diligencia, tanto en la previsión del hecho como en las medidas necesarias para evitarlo, imputable a los demandados, y de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, excluirá la alegación de un hecho imprevisto o invencible para eximirse del deber de responder (arg. arts. 512, 514 y 902 del Código Civil).-

4.4. Habré de analizar si en la causa la actora pudo acreditar la negligencia del funcionamiento del servicio médico en sentido abstracto, que contribuye a favorecer la convicción acerca de la existencia del nexo causal entre el obrar riesgoso y el daño, si éste fue precedido por la creación de un riesgo injustificado (Sala III de este fuero, expte. 5.670/93, fallado el 26/9/2005).-

V. Comienzo por señalar que luego de analizar en forma exhaustiva las respuestas que brindó el Cuerpo Médico Forense, no comprendo cómo las partes demandadas realizan una descalificación tan enfática de la valoración que del dictamen hizo el Juez de grado. Antes bien, estoy persuadido que, de acuerdo a la pauta suministrada en el art. 477 del Código Procesal, y al margen de la recolección de otras constancias probatorias, el parecer pericial brinda sustento suficiente a la condena dispuesta en autos.-

Adelanto que encuentro acreditado que la adquisición por parte del infortunado joven del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (en adelante S.I.D.A.) fue causada por la transfusión sanguínea practicada en el Hospital Naval el 11 de enero de 1995.-

Pese a lo que sostienen las demandadas, al responder el interrogante 14 del cuestionario de la actora ("Informará el perito si el actor pudo haberse contagiado de la enfermedad

de SIDA debido a una transfusión de sangre o por uso de material contaminado por el virus") el C.M.F. señala que al actor se le transfundió sangre infectada por el H.I.V., proveniente de la donante P.G. Esta conclusión no fue observada por parte de las demandadas, sino que el Dr. Q., consultor técnico de una de ellas, responde en parecido sentido (ver fs. 716 vta. del cuerpo de diligencias preliminares, respuesta 16).-

Carece de mayor relevancia que el Cuerpo Médico Forense al dictaminar en la diligencia preliminar haya indicado que los procedimientos a los que fue sometido el paciente se ajustaron a las reglas de la práctica médica correcta y habitual respecto de la infección por H.I.V. (ver fs. 596 de esas actuaciones) o la respuesta 28 de estos autos en donde se manifiesta que se cumplieron con las normas de medicina transfusional de la Asociación Argentina de Hemoterapia e Inmunohematología referente a la detección de H.I.V. (fs. 1292). Sin desmedro de las atendibles impugnaciones de la actora a esa opinión (ver fs. 1317); cierto es que en definitiva, más allá de las cuestiones técnicas sobre las que puede ilustrar el C.M.F. al Tribunal, el encuadre jurídico acerca de si corresponde o no la imputación de responsabilidad o la detección del nexo de causalidad es una labor propia del sentenciante. Como ya lo señalé (en el Considerando anterior), en la especie opera un factor de atribución objetivo, y más allá de esas respuestas del C.M.F., lo cierto es que aún de haberse acreditado un accionar sin reproches por parte del Hospital Naval –aspecto que planteo por hipótesis, pues encuentro en las constancias de autos severas deficiencias en el proceder del nosocomio que luego individualizaré-, ello no aparejaría que no deba responder por las consecuencias perjudiciales de la transfusión de sangre infectada. Lo que me interesa dejar en claro es que no estoy contradiciendo las opiniones médicas del C.M.F., sino que les estoy dando el encuadre jurídico, tal mi tarea de Magistrado.-

VI. Insisto en este punto: el contagio de H.I.V. se concreta a raíz de la transfusión de sangre infectada proveniente de la dadora P.G. el 11 de enero de 1995. La relación de causalidad entre la sangre de esa donante portadora de H.I.V. –sumado a los graves incumplimientos acreditados en el nosocomio en el testeo de sangre previo a transfundir, que detallaré luego en el Considerando VIII- y la inoculación de S.I.D.A. al transfundido me parece notoria.-

Al margen de que ello está demostrado, voy hacer de cuenta que este pleito no cuenta con un elemento de juicio tan convincente como la respuesta del C.M.F. al interrogante 14 de la actora. Por la vía de las presunciones (art. 163 inc. 5 del C.P.C.C.N.) la sentencia del proceso también sería adversa a las demandadas.-

En efecto, H.A. ingresó a tratamiento en el Hospital Naval sin encontrarse infectado por el virus del S.I.D.A., pues de otro modo no hubiese sido posible efectuarle un trasplante de médula ósea con un resultado exitoso (ver respuesta 39 del dictamen del C.M.F. a fs. 1297; en igual sentido ver informe de FUNDALEU a fs. 1220, punto 5). Además, el hecho de que haya pacientes portadores de H.I.V. a los que se sometió a un trasplante de médula (como se informa al responder la pregunta 8 del médico

demandado sobre una versión científica a fs. 1268) que no hayan fallecido nada aporta para el tema a resolver.-

Asimismo del protocolo de serología del 10/11/94 -folio 26 de su historia clínica- al que se hace referencia en el dictamen del C.M.F. (fs. 593 de la causa de diligencias anticipadas) surge que las pruebas de H.I.V. sobre H.A. resultaron negativas; repitiéndose luego con similar resultado.-

Por cierto, la patología que presentaba el actor que derivó en el trasplante de su médula ósea (enfermedad de Hodgkin, tratada con quimioterapia), aunque pueda ocasionar deficiencia en la inmunidad celular, dificultando la reacción inmunológica, ello no se relaciona con una propensión del ingreso del virus del S.I.D.A. al organismo (que es lo que se debate en autos), sino con su multiplicación una vez ingresado (respuestas del C.M.F., 3° al cuestionario de la demandada a fs. 597 de las diligencias anticipadas y 2° al cuestionario del Dr. R. en autos, fs. 1265/1266).-

Advierto que soslayo las respuestas del Cuerpo Médico Forense sobre la posibilidad de que el actor se encuentre en "período de ventana" (lapso en el que los únicos marcadores posibles de infección del virus son las pruebas directas, ver respuesta 8 a fs. 598 del expte. 12.721/96) a la fecha del trasplante de médula ósea y si pudo contagiarse de H.I.V. en FUNDALEU o bien encontrarse en período de ventana previo al trasplante (puntos 3 y 6 del cuestionario propuesto por R., fs. 1266 y 1268). Lo hago dado que ante la generalidad, ambigüedad y carencia de fundamentación (por cierto, llamativas dado que provienen del C.M.F.), esas respuestas nada aportan a la hora de formar convicción.-

Pongo de manifiesto que para la época de la infección el único lugar donde se le realizaron transfusiones fue en el Hospital Naval; no se le efectuaron múltiples transfusiones en distintos hospitales que pudieran hacer dudar cual de ellas fue la que causó la enfermedad (Sala III, fallo del 26/09/2005, expte. 5670/93). En cuanto a si H.A. pudo encontrarse en período de ventana, al margen de que quedó acreditado que no pertenecía a ningún grupo de riesgo, a fin de no continuar haciendo mella de la intimidad y del recuerdo del infortunado joven, me remito a las consideraciones expuestas por la demandante al responder agravios (ver fs. 2175 vta./2177, que comparto en plenitud), que cuentan con fundamentado respaldo científico en el informe del consultor médico de esa parte Dr. L. (ver fs. 650/651 de las diligencias preliminares), acerca de lo improbable que resulta sostener que durante el cuadro que presentaba el actor antes y después del trasplante de médula ósea pueda haber llevado a cabo una vida sexual activa.-

En ese contexto, no existiendo ninguna otra evidencia que H.A. contrajo S.I.D.A. de otra fuente y siendo la transfusión sanguínea una de las formas más corrientes de transmisión, si no se comparte mi percepción acerca de que se encuentra acreditado con claridad el origen del contagio, de todos modos la sentencia condenatoria debe confirmarse pues cabe presumir la relación de causalidad entre el acto médico y la adquisición de la enfermedad.-



Parfraseando a la Jueza MEDINA en su voto en la ya citada sentencia recaída en el expediente 5670/93, resultar enfermo de S.I.D.A. después de una transfusión sanguínea no es una consecuencia normal de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas. Sí lo es cuando, como se ha acreditado en autos, la sangre recibida se encontraba infectada con H.I.V.-

VII. Si bien cierto es que la Ley N° 23.798 (publicada en el Boletín Oficial del 20/09/1990) no impone un determinado método para la detección del virus –lo que por otra parte sería imposible ante las dificultades en la información sobre la enfermedad a la época de su sanción-; sí exige a las demandadas no transfundir sangre infectada, requerimiento que percibo como una obligación de resultado.-

El hospital y el responsable del servicio han intentado ampararse en la carencia de exigencias respecto de otras pruebas y exámenes, aduciendo que llevaron a cabo respecto de la sangre transmitida "...la detección serológica del VIH por los medios de uso habitual en los bancos de sangre de la República Argentina ..." (contestación de demanda del Hospital Naval, fs. 863 y el responde de R. a fs. 900 vta.).-

Según surge de libros de serología y fichas del Hospital Naval, se habría realizado el test de ELISA a P.G., cuya sangre infectada se transfundió al actor. Advierto a fs. 131/132 del libro de serología que en este acto tengo a la vista (y en donde se registran las bolsas aplicadas a H.A., a quien incluso se lo menciona en la tercera columna) que en las pruebas de H.I.V. se consigna, con marcador rosa, "Vironostika (nr) no confiable Rep." y a fs. 133 se anota que el equipo Serodia para confirmaciones fue prestado por el Laboratorio Central (luego figura una palabra que parece ser "agotado").-

La realidad arroja que respecto del actor, el empleo del test ELISA a los donantes no fue suficiente. Y bien pudo haberse llevado a cabo la detección a través de una vía más confiable (sin desconocer que tampoco puede aspirarse a una certeza apodíctica), como es la prueba directa del antígeno p24, que agota la posibilidad de acceso al conocimiento por parte del hospital responsable, test que como el propio consultor técnico de la demandada dice a fs. 596 del expediente de diligencias preliminares, está indicado para el diagnóstico precoz de la infección del H.I.V. El hecho de que sea más cara (ver respuesta del C.M.F. a fs. 693 a una impugnación del actor) no es razón valedera para no utilizarla. Además permite detectar H.I.V. antes de que se formen anticuerpos y es más específico que el test de ELISA, aunque su desventaja es su baja sensibilidad (ver dictamen pericial del C.M.F. obrante en la causa a fs. 1284).- En esa misma respuesta, el C.M.F. señala ciertas deficiencias de este método, para luego eximir a los demandados de responsabilidad por su no uso aduciendo que recién a fines de 1996 fue recomendada su utilización por la Sociedad Argentina de Hemoterapia, mientras que la transfusión de H.A. fue en enero de 1995. Lo que en lo personal, como lego en medicina, asumo no comprendo, es cómo es posible que ante las deficiencias que presenta el antígeno p24, indicadas en ese punto (además de las críticas hacia dicho método del Dr. Z. a fs. 596 y la explicación ampliatoria que el C.M.F. brinda a fs. 688, siempre del expediente de diligencias anticipadas, ver opinión ratificatoria en la

respuesta 15 de estos autos a fs. 1272) la Sociedad Argentina de Hemoterapia se anime a recomendarlo.-

De todos modos, no es exigente que la práctica de dichos tests no son obligatorios para los centros de transfusión o que la Ley de S.I.D.A. o su reglamentación no impongan un determinado mecanismo de prueba –aunque sí, como señalé, obligan a detectar la sangre infectada para evitar la transmisión del virus-; lo importante es que había pruebas más eficientes a los fines perseguidos, conocidas por la comunidad científica. Además, como ya sentenció este fuero, no es óbice para imputar responsabilidad que la conducta médica se ajuste a las prescripciones legales o reglamentarias, pues el saber y la prudencia médicas no surgen de los reglamentos administrativos.- Imprudencia no necesariamente es sinónimo de infracción reglamentaria (conf. Sala III, 2/06/2005, "Chaves c/ Navarro y otros s/responsabilidad médica").-

VIII. Además de los hasta aquí señalados, existen otros factores que permiten presumir un obrar negligente de las partes demandadas:

8.1. Son de interés los testimonios brindados por los dadores de sangre que en su momento ofreció el paciente a la clínica a los fines de la transfusión, que son coincidentes en deponer que en el Hospital Naval no se cumplieron las exigencias previas a la donación tendientes a detectar posibles vicios en el material sanguíneo. D. N. dijo que no se le formularon interrogatorios, no se le hicieron controles biológicos para prueba, ni le tomaron muestras de sangre (ver declaración obrante a fs. 1206/1207, pregunta 7 y respuestas ampliatorias).-

A D. S. (ver fs. 1209 y siguiente), si bien "... le entregaron un papel para su lectura ...", que contenía tanto preguntas acerca de anteriores enfermedades como otras relativas a si había tomado aspirina o desayunado (respuesta 7 y primer repregunta de la demandada), no se lo entrevistó para indagar si se encontraba en algún grupo de riesgo (ampliación de interrogatorio pregunta 4). Siquiera se le hizo firmar dicha declaración (pregunta ampliatoria 2), sin tampoco interrogarlo sobre sus datos filiatorios ni realizársele controles biológicos (repreguntas 3 y 4). Asimismo, como consecuencia de la ampliación de las preguntas formuladas por las propias demandadas, surge la escasa cantidad de personal y profesionales al momento de la extracción (una sola persona). No hace falta mayor esfuerzo para comprobar que la práctica de extracción llevada a cabo a esos testigos contradice en un todo al proceso requerido en el art. 45 de la Ley N° 22.990. Es de recordar que la norma obliga al establecimiento a proceder a una anamnesis –a fin de que se denuncie toda enfermedad padecida o presente-, con carácter de declaración jurada; para luego verificar si la persona exhibe un estado de salud que permita descartar la existencia de algunas de las patologías obrantes en el listado, determinantes de su exclusión como donante.-

A su vez el C.M.F. no pudo hallar documentación que constate la práctica de interrogatorio previo a los donantes (ver respuesta 40 a fs. 1287).-

También se advierte incumplido lo regulado en el punto B.1.2.6.3. de las Normas de Medicina Transfusional, aprobadas por el Ministerio de Salud y Acción Social a través de la Resolución N° 702/03, que prescribe que: "Se deberá informar a todos los donantes acerca de los grupos o actividades de alto riesgo para el SIDA, debiéndose rechazar a quienes pertenezcan a los mismos. El interrogatorio al donante deberá incluir preguntas vinculadas a los síntomas y signos del SIDA, complejo relacionado al SIDA y sarcoma de KARPOSI". Asimismo el art. B.5.5.1. exige: "Se realizarán en una muestra de sangre de cada donante investigaciones serológicas para... síndrome de inmunodeficiencia adquirida (anti-HIV-1)..." (conf. dicha reglamentación a fs. 1351/1363 de autos).-

Advierto que los testimonios indicados no han sido cuestionados por las demandadas.-

Sin perjuicio de las dudas existentes acerca de que la sangre infectada provenga de un banco externo al del Hospital Naval (ver al respecto declaración testimonial del Dr. S., en especial ampliación de interrogatorio respuestas 28, 29, 30 y 31, fs. 1645, cuando relata las recriminaciones del Dr. C. por la transfusión recibida por su padre); lo cierto es que en el propio nosocomio el tratamiento previo a las transfusiones transgrede lo prescripto en las normas legales y reglamentarias indicadas.-

La no utilización de los cuestionarios y la omisión del examen clínico de los donantes, que podrían haber permitido, por ejemplo, determinar la pertenencia a un grupo de riesgo, exigidos por la ley de sangre 22.990 y el decreto reglamentario 375/89 y 702/93; así como por las normas técnicas y administrativas para los servicios de hemoterapia e inmunología y bancos de sangre, implica la vulneración de las normas del debido cuidado que hacen al arte de la medicina, constituyendo una conducta de grave negligencia. La entrega de un papel para que el donante lea y se autoexcluya, no cumple con los requisitos de bioseguridad mínimos que devienen de la anamnesis y control médico exigidos por la ley de sangre (esta Sala, expte. 45.393, fallo del 20/12/2005).-

8.2. La sangre de P.G., infectada con virus H.I.V., contenida en la bolsa 5385 (tal como surge de fs. 47 de la carpeta de cotejo serológico 1994/1995 que estoy leyendo) fue transfundida no sólo al actor sino también al paciente O.C. (ver planillas de fs. 630/631 de autos). Dicho enfermo también resultó infectado de S.I.D.A. (ver fs. 632), y la parte actora menciona que, al igual que H.A., falleció como consecuencia de la enfermedad (ver fs. 634). Ambas constancias, así como el deceso del paciente aludido, no fueron objeto de una negativa específica de las accionadas.-

8.3. Aún cuando la inspección llevada a cabo por el Ministerio de Salud y Acción Social se llevó a cabo el 28/12/95 –luego de casi un año de la infección con la sangre transmitida-; aunque es cierto que concluye que en general el estado de las distintas áreas es satisfactorio, los actuantes detectan deficiencias. Recomiendan llevar el registro que marca el art. 80 de la Ley N° 22.990 y observan un número inadecuado de personal administrativo en relación con las donaciones que se producen en el área (aspecto coincidente con lo declarado por el testigo S., como lo acabo de valorar). También se repara en que los libros no se llevan cronológicamente, debiéndose confeccionar en el

orden que manda la ley (ver fs. 41 de la carpeta de cotejo serológico 1994/1995, que tengo a la vista). Entonces a casi un año de los episodios que sufrió H.A. –y también O.C., que relaté en el punto anterior- el Departamento de Hemoterapia del Hospital Naval continuaba con dificultades, lo cual, desde mi parecer, es inconcebible.-

Por lo demás, no es ocioso recordar que las deficiencias en los registros operan en contra del establecimiento sanitario (Sala I de este fuero, expte. 8700/93, del 24/11/98).-

8.4. Aún cuando la sangre donada a H.A. hubiese sido bien testeada, el álea de que aún así pueda transmitirse el S.I.D.A. debe ser asumida por el nosocomio, pues se trata también de un supuesto en que no puede llevarse a cero la probabilidad de contagio y tampoco tenerse la seguridad de que la prueba serológica según el método Elisa hubiese sido efectuada con absoluta corrección y sin margen de error. Insisto en que la realidad es que H.A. fue a hacerse una delicada operación de trasplante de médula ósea y egresó del Hospital enfermo de S.I.D.A. (Sala III del fuero, expte. 5670/93, ya citado).-

IX. Con lo expuesto en el anterior Considerando creo que he dejado explicitado que para nada abono el pretendido amparo de los demandados en las reglas del caso fortuito o fuerza mayor, dado los reproches subjetivos que encuentro en su accionar y en sus omisiones.-

En tren de mayor abundamiento, al argumento esbozado el punto 4.1. de este voto añadido que la obligación de seguridad en orden al suministro de sangre le impide al Hospital Naval escudarse en la supuesta ausencia de culpa de su parte, porque la falta radica en el suministro de sangre contaminada.-

La ineficacia de un reactivo, durante los llamados períodos "ventana", no parte el nexo causal por fuerza mayor o caso fortuito, pues para obrar éstos como eximentes es preciso que resulten extraños al riesgo del servicio (conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", págs. 305/306), supuesto que en el caso no se presenta.-

Por lo demás, las irregularidades apuntadas en el anterior Considerando al no testear debidamente la sangre de los donantes excluyen la exoneración de la responsabilidad por los daños provocados.-

Otro argumento que refuerza que no se puede absolver de responsabilidad por el efecto ventana, radica en que éste sólo genera una imposibilidad de bajísimo porcentaje de prever la existencia de sangre contaminada (Sala III, expte. 5670/93, ya citado).-

X. Corresponde a esta altura que me adentre en el análisis de la responsabilidad que le cabe al Dr. A. R. por el hecho. El galeno procura desentenderse en virtud de su cargo en el hospital (Jefe de Departamento de Oncología – Hematología).-

No estoy de acuerdo con su defensa:

10.1. Del organigrama (acompañado por el mismo codemandado) al que alude el apelante se desprende que el Dr. R. era el titular –y por ende, responsable- del Departamento Oncología –Hematología, del cual dependía la División Hemoterapia y Banco de Sangre (ver, en especial, fs. 475 del expte. de diligencias preliminares). Entre sus funciones, según el mismo informa en su presentación en dicha causa obrante a fs. 519/520, se encuentra coordinar las actividades del Departamento "a su cargo" (sic), así como controlar la asistencia a los enfermos de las cinco divisiones (entre las que, obviamente, se encuentra la de Hematología) y elaborar normas de atención médica en el ámbito del Departamento Oncología – Hematología.-

Por cierto, nada incide lo señalado en el agravio de esta codemandada en cuanto a que R. no era ni Jefe de División ni Jefe de Servicio de Hematología o de Hemoterapia; pues ocupaba un cargo de mayor jerarquía todavía –y paralelamente de mayor responsabilidad- y que englobaba a todas esas áreas.-

Ante el pedido de la parte actora para que el Hospital Naval informe las personas que se encontraban a cargo del servicio de hemoterapia al momento del contagio (fs. 562 de autos), el restante codemandado Hospital Naval, a través de la respuesta obrante a fs. 663, indica "El jefe del Departamento Operativo – Hematología en el período mencionado era el Señor Capitán de Fragata Cuerpo Profesional Médico Hematólogo D. A. R., siendo sus funciones las de supervisión y dirección de dicho Departamento, que estaba conformado por las Divisiones Oncología, Hematología, Hemoterapia y Bancos de Sangre, Terapia Radiante y Trasplante de Médula Ósea" (no cuestionada por el Dr. R.). Queda claro, quien debía supervisar y dirigir el funcionamiento de la dirección de Hemoterapia y Bancos de Sangre era R..-

10.2. La relación de subordinación de los jefes de división hacia el Jefe de Departamento también puede extraerse del testimonio del Dr. S. (ver segunda ampliación del cuestionario de la actora, fs. 1641). Y sin eufemismos, cuando la demandante le pregunta a otro testigo, el Dr. V. G. (consultor en hematología del Hospital Naval), quién era el responsable del área hematología y hemoterapia del Hospital Naval, el testigo contesta que era el Dr. A. R. (ampliación cuarta, fs. 1633). Se trata de testimonios ofrecidos por el galeno codemandado y que no se encuentran cuestionados.-

10.3. Por lo demás, de ser el caso el Dr. R. debió intentar traer a juicio al titular de la División Hemoterapia y Bancos de Sangre (Dr. G., subordinado del Dr. R.); y si no lo hizo ahora no puede pretender desentenderse de la responsabilidad que se le atribuye en su calidad de jefe del departamento donde sucedió la transfusión, cuando al asumir su cargo se comprometió a cumplir con las funciones atinentes al mismo, ya detalladas; entre las que se encontraba velar por el correcto funcionamiento de la División Hemoterapia y Bancos de Sangre. Aclaro que no resulta oponible ante el Tribunal como explicación suficiente lo manifestado a fs. 906 acerca de los motivos para no solicitar la citación del Dr. G.-

Es de recordar que R. puede ser enjuiciado por la responsabilidad que le incumbe como Jefe de Departamento por el hecho de otros auxiliares y médicos dependientes; pues tiene deberes de supervisión que corresponden a su función, que lo hacen responsable. Y el defecto de supervisión es un hecho propio imputable a título personal (conf. LORENZETTI, Ricardo, "La Empresa Médica", págs. 283 y 286).-

Los argumentos defensivos del Dr. R. en gran medida fueron comunes a los del Hospital Naval o bien se limitaron a negar la responsabilidad en el hecho basado en la posición administrativa que ocupaba, pero del cúmulo de cuerpos obrantes en la causa, no he podido advertir alegaciones o actividad probatoria de su parte tendiente a acreditar su falta de culpa en el suceso que provocó la transfusión de H.A.-

10.4. Si mi propuesta llegara a ser compartida por mis colegas, no quisiera que se considere que la sentencia que condene al Dr. R. se base sólo en aspectos objetivos formales en cuanto a la responsabilidad que le incumbía en su carácter de titular del área. He podido hallar en autos constancias probatorias acerca de que el Jefe de Departamento tenía incidencia en las decisiones que se adoptaban en la División Hemoterapia o en las situaciones que allí se suscitaban: a) En tal sentido, el Dr. S. relata en su testimonio las discusiones sucedidas entre el Dr. R. y el médico residente Dr. C. (cuyo padre se encontraba internado en el Hospital Naval), cuando éste último le recriminó el ingreso de plaquetas de sangre provenientes de bancos de sangre externos al Hospital (ver ampliación del cuestionario de la actora, respuestas 24 y 28, 1644/1645); b) Asimismo, he observado que es el Dr. R., en su calidad de Jefe de Departamento Oncología Hematología, en representación de las autoridades del Hospital Naval (de conformidad con las leyes 22.990 y 23.798), quien figura informando a la donante P.G. los tests para confirmar la detección del virus H.I.V. (conf. carpeta de serología 1994/1995, folio 36); c) Es a R. a quien se informa los resultados de la fiscalización llevada a cabo por la Dirección de Inspecciones Sanitarias del Ministerio de Salud y Acción Social; seguramente por ser el responsable del área y quien, de estimarlo pertinente, puede adoptar las medidas correctivas del caso (ver memorándum 1/96 obrante al folio 37/37 vta. de la carpeta de serología).-

XI. Habiendo coincidido con el "a quo" en que la acción debe prosperar contra ambos codemandados, ha llegado el turno de abordar los agravios en cuanto al "quantum" de la indemnización reconocida en la anterior instancia.-

En primer lugar la parte actora cuestiona que no se haya dispuesto resarcimiento alguno por daño material.-

Al iniciar el pleito, el actor reclamó daño patrimonial y lucro cesante. Concretamente, para evitar equívocos, voy a transcribir en forma textual la pretensión del actor: "El Sr. A., de profesión mecánico dental ha visto frustrada su actividad laboral producto de la infección por H.I.V. causada por el Hospital Naval, en consecuencia corresponde indemnizar este rubro ..." ver fs. 620 de autos).-

Es evidente que más allá de la designación del rubro requerido, lo que el actor pretendía era una indemnización por pérdida de la chance. Lo que H.A. procuró, de acuerdo a lo expresado en el escrito inaugural, es el resarcimiento que la doctrina describe en términos similares a los usados por esa parte: "... en todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero (sea o no contratante con aquél), generando, de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, una probabilidad de una ventaja patrimonial" (conf. MAYO, Jorge, "La pérdida de la "chance" como daño resarcible", pub. en L.L. 1989-B, 102, con cita de CAZEAUX, Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de una chance", en "Temas de Responsabilidad Civil. En honor al doctor Augusto M. Morello", pág. 23).-

Manteniendo congruencia con lo peticionado en la anterior instancia, el actor esgrime ante la Cámara "... a poco que se analicen las fechas en las cuales el actor concluyó sus estudios; la fecha del contagio y su fallecimiento, resultaba materialmente imposible que éste, a raíz de la grave enfermedad contraída por causas imputables a los demandados, pudiera efectivamente comenzar a trabajar en la profesión mencionada" (fs.- 2139). Es más, en supuestos de reparación de daño patrimonial también respecto de la transfusión de sangre infectada con H.I.V., esta Cámara consideró que lo que cabía indemnizar es la pérdida de la chance (Sala I, expte. 8700/93, fallo del 24/11/ 98).-

Se advierte entonces que el Magistrado de la anterior instancia no comprendió en forma acabada la índole del reclamo; pues conforme al estado de H.A., y a tenor de su pretensión, no le era exigible demostración acerca de su actividad laboral o rentable; en la medida que lo que peticiona que se le indemnice es la chance de haber sido privado de ejercer la profesión en la que se graduó.-

A fin de disipar cualquier eventual duda, dejo en claro que al propiciar resarcir la pérdida de la chance no me estoy desentendiendo del principio de congruencia procesal, que se refiere al caso en que la sentencia se aparte de los capítulos del litigio; o en forma más precisa, cuando la parte dispositiva de la resolución no encuentre correlato en las pretensiones deducidas. Mas tal arbitrariedad no se produce cuando el juzgador lo que hace es modificar tan sólo el "nomen iuris" del objeto pretendido para adecuarlo a la calificación jurídica que corresponde. Tal actuación es una facultad que encuentra basamento en el proloquio "iura novit curia"; en la medida que no propongo alterar la pretensión. En el caso, en ambas instancias, el actor fue prístino al explicitar lo que pretendía que el Tribunal le reconociera –la frustración de ejercer actividad laboral rentada conforme a su capacitación-; aunque no haya empleado la designación con que la doctrina habitúa denominar el rubro en cuestión.-

De todos modos, es verdad que no obran en el expediente constancias que permitan al Tribunal estimar el nivel de ingresos que H.A. se encontró privado de obtener. Por ejemplo, no se encuentran constancias acerca de la remuneración de las tareas de

técnico en prótesis dental, si son aranceladas en forma tarifada, el costo de los aparatos que el actor podría haber confeccionado, etc. La pericia actuarial ofrecida fue desistida a fs. 1231. Lo único concreto es que el diploma habilitaba a H.A. para realizar aparatos ortodónticos y prótesis dentales, colaborando con los odontólogos (ver título de la Facultad de Odontología, fs. 648).- Tal carencia probatoria no pasa desapercibida a la propia actora, que en su escrito de expresión de agravios requiere que el Tribunal haga uso de las atribuciones que le confiere el art. 165 de la ley adjetiva a la hora de fijar la indemnización, y como la misma parte lo dice, con prudencia (ver fs. 2141/2142).-

Asimismo he de tener en cuenta que lo que propicio indemnizar no son los ingresos que el actor no percibió, sino la chance pérdida de obtenerlos, lo cual, va de suyo, se reflejará en la cuantía de la indemnización.-

Por lo tanto, ponderando los factores antedichos, juzgo equitativa reconocer a la demandante en concepto de pérdida de la chance la suma de \$ 94.000, monto al que arribo como resultado del ejercicio de las atribuciones que me otorga el art. 165 del Código Procesal.-

XII. Antes de continuar, aclaro que me parece inoficioso el análisis del agravio de la parte demandada (Hospital Naval) en cuanto a que no se acreditó que el motivo del deceso del actor guarde causalidad con la infección de H.I.V. Ello es así dado que el trágico desenlace de la enfermedad de H.A. aconteció una vez trabada la litis y la parte demandante no requirió ampliación incorporando pretensiones diferentes a las expuestas en el escrito inicial.-

Aprovecho para señalar que lo resuelto por el Magistrado de la anterior instancia respecto del rechazo de otros rubros indemnizatorios contenidos en la demanda (gastos de tratamiento médico, daño psicológico) devino firme atento a la ausencia de agravios sobre lo decidido en la sentencia apelada (arg. arts. 265 y 266 de la ley ritual).-

XII. En lo que atañe al daño moral, corresponde tener en cuenta los siguientes elementos: a) La indemnización de este rubro tiene carácter resarcitorio; b) Atiende a los sufrimientos psíquicos y afectivos del actor; c) No es necesario que guarde relación con el daño material (en sentido coincidente, ver Sala III, expte. 5.670, ya citado).-

Ante todo deseo destacar que el presente caso tiene ribetes particularmente sensibles y singulares. El actor fue un joven hipoacúsico, afectado de una enfermedad terminal ("mal de Hodgkin"), que le produjo severas limitaciones. A pesar de ello, emprende estudios a fin de capacitarse y tener una habilitación laboral. A raíz de su padecimiento, se procede a una delicada intervención quirúrgica (transplante de médula ósea), la que en definitiva resulta exitosa. Es de situarse en el estado de H.A., que luego de los padecimientos previos y concomitantes a la intervención quirúrgica, se le informa el resultado favorable del transplante, tendiente a sanar su gravísimo mal. Va de suyo que ello habrá provocado una gran alegría y expectativas para el futuro, ante el panorama de una mejoría sustancial en su calidad de vida y poder llevar a cabo sus planes personales, familiares, laborales, etc. Pero, de pronto, y al poco tiempo; una noticia más terrible aún



que la de su enfermedad original: la infección del virus de S.I.D.A.; padecimiento que para la época era mortal y que además significaba un estigma social; y que iba acompañado por un progresivo deterioro físico y estético. Y ello a raíz de una transfusión de sangre infectada en el mismo hospital donde se trataba su padecimiento inicial.-

La transmisión del virus H.I.V. le debió ocasionó al actor ingentes afecciones íntimas y espirituales. Obran pruebas en el expediente para acreditar ese estado. Al respecto el testigo N., al responder la pregunta 9, manifiesta que encontró al actor "... con insuficiencia, dificultad para respirar, a la vista muy grave. El Sr. A. se encontraba postrado, manifestaba tener dolor, etc." (fs. 1206 vta.), coincidentes con las del testigo S., al evacuar el mismo interrogante ("... recuerda que "vivía con temperatura", estaba muy delgado, su boca llena de llagas, tenía problemas para respirar ...", fs. 1209). Un testimonio más científico es el del Dr. R., que trató al actor por su patología de origen y luego de encontrarse enfermo de S.I.D.A., quien expone el calvario de H.A.- como consecuencia del virus: "la más importante fue una fibrosis pulmonar, múltiples bullas de enfisema, lo que le limitaba mucho su capacidad respiratoria –como se ve declaración coincidente con la de los otros testigos-. Posteriormente desarrolló el síndrome de diarrea crónica, lo que en realidad lo llevó a la muerte en un tiempo prolongado, deteriorando su estado general progresivamente" (fs. 1226 vta., respuesta a la cuarta pregunta). Recuerdo que ninguno de esos testimonios fue observado por las codemandadas.-

En otro orden, es útil lo que ha detectado la pericia psicológica, que nos transcribe el relato en vida del infortunado actor, luego de enterarse de su contagio: "Refiere que se sintió muy decepcionado y defraudado, así como con mucha "furia y bronca", no sólo por su enfermedad sino por la manera en que había sido engañado ..." (fs. 606 del cuerpo de diligencias preliminares). La experta pudo apreciar a H.A. "... tenso y algo exaltado al referirse a su contagio del HIV, exteriorizando un evidente y comprensible enojo y resentimiento por lo sucedido" (fs. 607).-

A la hora de la cuantificación, tampoco es un dato menor para reparar el daño moral el enorme gravamen que significa estar infectado con el virus del S.I.D.A., lo que conlleva, entre otras dificultades, a una severa limitación al goce de una vida sexual plena. Además dicha enfermedad en los hechos frustra la sublime posibilidad de la procreación, lo cual también es un agravante del daño moral.-

Ante las circunstancias expuestas, luce como insuficiente la ponderación que ha establecido el "a quo". No se me escapa que no hay modo real para apreciar en pesos una lesión espiritual, por lo tanto son comprensibles las divergencias de criterios que puedan existir a la hora de traducir en un monto dinerario un perjuicio extrapatrimonial, mas esa dificultad no puede ser excusa para que el rubro quede parcialmente resarcido.-

Por lo tanto, estimo como un monto adecuado para reparar los dolores espirituales de H.A., la suma de \$470.000.-

XVI. En cuanto al agravio que pretende excluir la indemnización reconocida del régimen de consolidación de la deuda pública establecida en la Ley N° 25.344, que apunta incluso a la validez constitucional de éste, no debe ser admitido.-

En primer lugar, es de destacar que el control de constitucionalidad que ejercen los jueces presenta como característica que debe ser llevado a cabo de conformidad con las características del caso en concreto. Así lo estableció la Corte Suprema en un asunto en el que se había puesto en tela de juicio una norma similar a la cuestionada en autos (caso "Iachemet", pub. en Fallos: 316:779, citado por la parte actora, pero cuya plataforma fáctica es bien diversa del "sub iudice").-

Este expediente presenta como particularidad que –lamentablemente- la indemnización que se reconoce nunca va a ser gozada por quien padeció el perjuicio, en atención a su fallecimiento; siendo que la sentencia condenatoria que estoy postulando en este voto, de ser admitida en el Acuerdo, será a favor de su sucesión. Por ende, no puede sostenerse como se hace a fs. 2153 que la indemnización pretendida en autos sea de aquéllas que por razones de salud o cuestiones humanitarias requiere urgente solución.- Frente a este contexto, es evidente que las afirmaciones que vuelca la actora en su expresión de agravios acerca de que la reparación debida llegue de algún modo en tiempo útil para facilitarle las cosas a H.A. se desentienden de la realidad de este proceso. Tampoco son apropiadas para fundamentar la exclusión de la consolidación en este caso concreto las invocaciones de los Tratados Internacionales que tutelan el derecho a la salud, a la integridad física y el derecho a la vida. Del mismo modo no resulta aplicable el fallo de la Sala III de esta Cámara citado, pues en el supuesto de este proceso la reparación del damnificado no exige la atención inmediata de las secuelas de orden psíquico y su correspondiente tratamiento y medicación.-

La solución que postulo de consolidar la deuda que reconozca la sentencia, no es contradictoria con el criterio sentado por esta Sala en los autos "Rodríguez" (expte. 8904/ 2002, fallo del 22/12/2009), ni con los fallos de instancias supranacionales y del más Alto Tribunal federal que allí se citan, pues en esta causa no se persigue una indemnización sustitutiva del derecho a la vida.- Por lo demás, la sucesión de H.A. no ha alegado ni mucho menos acreditado razones de urgencia que justifiquen apartarse – sea en forma total o parcial- del régimen de la Ley N° 25.344 para la satisfacción de créditos contra el Estado Nacional, posibilidad prevista en la misma norma (ver su art.- 18). Asimismo, es de tener en cuenta que la condena que propicio también alcanza a un codemandado respecto del cual la actora, si así lo decide, podrá ejecutar la sentencia soslayando el trámite establecido en la normativa que impugna.-

Por lo tanto, estimo que en este caso en particular, el régimen de consolidación de la deuda pública resiste airoso el control de constitucionalidad y de convencionalidad, debiendo descartarse el agravio articulado por la actora en tal sentido, incluyendo las quejas acerca del cómputo de intereses resuelto por el Magistrado de la anterior instancia.-

XV. No pueden prosperar los agravios del Dr. R. acerca del cómputo de los intereses y la tasa dispuesta por el "a quo". En materia de intereses esta Cámara ha dicho en numerosos precedentes que el daño moral y el daño patrimonial, habida cuenta del objeto del resarcimiento, deben comenzar a correr desde la fecha del evento dañoso, resultando de aplicación la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días. El Magistrado fijó en el día 31 de marzo de 1995 la fecha en que deben comenzar a correr los intereses; y esa decisión no mereció agravio por parte de la actora. Por lo tanto debe confirmarse lo decidido en la anterior instancia.-

XVI. Con relación a los accesorios del pleito, a diferencia de lo que plantea la representación letrada del galeno y del Hospital Naval, no veo razón para apartarme del principio general en la materia, debiendo confirmarse entonces la imposición de costas resuelta en la anterior instancia (art. 68 del C.P.C.C.N.). Si bien es cierto que en definitiva la demanda prospera por una suma inferior a la reclamada, lo cierto es que en lo sustancial la actora triunfa en su pretensión; siendo que por otra parte, en procesos como el de estos obrados, la condena en costas también integra la indemnización que se reconoce.-

Por lo tanto las de ambas instancias deberán ser pagadas por las accionadas.-

En atención a que se modifica el monto de la condena, quedan sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas por el "a quo". Se difiere el tratamiento de las apelaciones interpuestas por los profesionales contra los estipendios reconocidos hasta tanto obre en autos liquidación de conformidad con las pautas de esta sentencia.-

XVII. En mérito a lo expuesto voto por:

17.1. Desestimar los recursos de apelación interpuesto por las codemandadas, con costas.-

17.2. Hacer lugar en parte a la apelación interpuesta por la actora, condenando a las codemandadas a abonarle la suma de \$ 564.000. Dicho monto devengará los intereses dispuestos por el "a quo" y deberá cumplirse también del modo establecido en la sentencia apelada para cada uno de los responsables.-

17.3. Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios y diferir el tratamiento de las apelaciones contra los estipendios estimados por el "a quo" hasta tanto medie liquidación de acuerdo a esta decisión.-

Los señores Jueces de Cámara doctores Ricardo Víctor Guarinoni y Santiago Bernardo Kiernan, por razones análogas a las aducidas por el doctor Alfredo Silverio Gusman, adhieren a las conclusiones de su voto.- Con lo que terminó el acto.-

ALFREDO SILVERIO GUSMAN - RICARDO VÍCTOR GUARINONI - SANTIAGO BERNARDO KIERNAN

Es copia fiel del acuerdo original que obra en las páginas n° a n° del Libro de Acuerdos de la Sala 2 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.-

Buenos Aires, de junio de 2010.-

Y VISTOS: por lo que resulta del acuerdo que antecede, se hace lugar en parte al recurso de apelación de la actora, modificándose la sentencia de fs. 1983/1989 vta., condenando a las demandadas a abonarle a la sucesión de H.A. la suma de \$ 564.000, de conformidad a los intereses y en los plazos establecidos por el "a quo" a cada uno de los accionados.-

Con costas (art. 68 C.P.C.C.).-

Quedan sin efecto las regulaciones de honorarios y se posterga el tratamiento de las apelaciones hasta tanto medie liquidación de acuerdo a esta sentencia.-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.//-

Fdo.: ALFREDO SILVERIO GUSMAN - RICARDO VÍCTOR GUARINONI -  
SANTIAGO BERNARDO KIERNAN