

Transfusion De Sangre Contagio De Hiv Cargas Dinamicas De La Prueba Principio De Colaboracion Conducta Procesal De Las Partes

JURISPRUDENCIA

ACUERDO: En la Ciudad de Buenos

Aires, Capital de la República Argentina, a los trece días del mes de noviembre de dos mil veinte, reunidos de manera virtual los señores jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y para conocer en los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada en los autos "P. M. P. c/ A. A. C. s/ daños y perjuicios", expte. n°: 19.988/2015, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía hacerse en el orden siguiente: Dra. Paola Mariana Guisado, Dra. Patricia E. Castro y Dr. Juan Pablo Rodríguez. Sobre la cuestión propuesta la Dra. Guisado dijo: I. La sentencia dictada a fs. 852/859 acogió parcialmente la demanda incoada por M. P. P. contra "A. A. C." y la condenó a pagarle la suma de Pesos Dos Millones Doscientos Cuarenta Mil (\$2.240.000) con más sus intereses y las costas del juicio. Asimismo, hizo extensivo el pronunciamiento a "TPC Compañía de Seguros S.A.", en los términos de la ley 17.418. Contra ese fallo se alzan la parte actora, quien expresó agravios el 6 de octubre de 2020, los que fueron respondidos el 19 de octubre, tanto por la demandada, como por la citada en garantía; la accionada hizo lo propio, en virtud de los argumentos expuestos en la última fecha mencionada, contestados el 21 de octubre y el 30 de octubre; y, finalmente, se cuenta con las quejas de la aseguradora, quien fundó su apelación el 19 de octubre, lo que ameritó únicamente la réplica presentada el 30 de octubre. De acuerdo al relato brindado en el escrito inaugural (ver aquí), la Sra. P. fue internada en A. el 1° de septiembre de 2005, a fin de que se le practicara una operación para reparar las consecuencias de un accidente que le dejó secuelas en uno de sus pies. Según explica allí, su médico la trataba en forma particular y decidió que dicha operación se podía realizar en el establecimiento de la demandada.

Sostiene la Sra. P., que de la historia clínica surge que durante el post operatorio, el 4 de septiembre de 2005, su médico indicó transferir una unidad de sangre GR, lo que se llevó a cabo ese mismo día. Agrega que en los días siguientes y hasta su externación, debió recibir tres transfusiones más, que también surgen de la historia clínica. Indica que el 29 de septiembre recibió el alta y que de acuerdo a las facturas que adjunta con su escrito inicial, la accionada le cobró por la transfusión de las 4 unidades de sangre derivadas de la precitada operación. Luego de ello, narra que a comienzos de 2006, frente a una situación de cansancio consultó a su médico, indicándosele la realización de estudios dentro de los cuales se encontraba previsto el de HIV. Con el resultado de los mismos se encontró que era portadora del citado virus, lo que fue confirmado por el estudio denominado "Western Blot" el 14 de febrero de 2006. En virtud de ello, atribuyó el contagio a la accionada que le transfundió sangre indebidamente controlada. El juez que intervino en la instancia anterior, luego de caracterizar como contractual la relación entre las partes, se dedicó a analizar el informe pericial médico llevado a cabo en autos, en el que el experto concluyó que se puede inferir con un alto porcentaje de seguridad que hubo una infección producto de la transfusión realizada en ALPI y que no existe en la documentación aportada registro alguno de testeo de la muestra de sangre transfundida a la actora en los registros de hemoterapia, teniendo en cuenta que dichos servicios son los responsables de la fiscalización y control de la seguridad de la sangre. También ponderó el a quo el dictamen coincidente de la perito bioquímica, que requirió que A. entregue todos los libros y planillas de la fecha del evento para poder ser examinados y poder contestar con menor incertidumbre todas las preguntas, ya que en caso contrario, las respuestas constituirían meras conjeturas. La experta explicó que dicha documentación es de uso y guarda obligatoria, de acuerdo a la ley de sangre 22.990 y normas administrativas y técnicas que rigen la actividad. El sentenciante valoró el incumplimiento de la demandada en cuanto a la carga de aportar la documentación que debería estar en su poder, de conformidad con la ley ya indicada, extremo con el que no dio cumplimiento al contestar la demanda, como así tampoco luego de las solicitudes e intimaciones que en ese sentido se le cursaron durante el proceso. En ese marco de consideración, se puso especial énfasis en la sentencia, en que la existencia de esa documentación no sólo le fue negada a la perito cuando compareció a la entidad, sino que ello surge también de lo asentado por el oficial de justicia que procedió al secuestro de la historia clínica y de las demás constancias que se requirieron en el marco del expediente iniciado a dichos fines como diligencias preliminares. Por ello y bajo la óptica establecida por el art. 53 de la ley de defensa al consumidor que impone al proveedor la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando la colaboración necesaria para la dilucidación de los hechos, concluyó que aquella omisión constituye una presunción en contra de la demandada, dado que no consta en los registros médicos que la actora fuera portadora del virus HIV previo a la intervención quirúrgica realizada en el establecimiento de la accionada. En suma, por cuanto A. no cumplió con la carga que sobre ella pesaba de demostrar el fiel cumplimiento del servicio de salud involucrado, concluyó que era indudable que se

encontraba comprometida su responsabilidad sin que se hubiese aportado elemento probatorio alguno para rebatirla, por lo que decidió la procedencia de la acción incoada. El fallo fue apelado por la totalidad de los intervinientes. La parte actora cuestiona el monto adjudicado por ¿incapacidad sobreviniente? por resultar reducido y el rechazo del reclamo por ¿pérdida de chance?. La demandada, por su lado, objeta lo decidido en materia de responsabilidad. Finalmente, las quejas de la citada en garantía también se dirigen a reprochar la responsabilidad que se le adjudicó a su asegurado. Añade a ello las críticas relativas a las sumas fijadas por ¿incapacidad sobreviniente? y ¿daño moral? por entender que resultan elevadas y la tasa de interés estipulada. II. ¿Ante todo cabe destacar que por imperio del art. 7 del nuevo Código, la normativa aplicable para el tratamiento de las quejas relativas a la responsabilidad resulta aquella vigente al tiempo de la ocurrencia del hecho. Ello es así porque es en esa ocasión en la que se reúnen los presupuestos de la responsabilidad civil, discutidos en esta instancia (conf. Aída Kemelmajer de Carlucci, ¿La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, ed. Rubinzal Culzoni, doctrina y jurisprudencia allí citada). III. Por cuanto lo que se decida respecto a las quejas introducidas en materia de responsabilidad, tornará procedente o no el tratamiento de las demás críticas, comenzaré por analizar este tópico. La demandada se queja de la responsabilidad que se le adjudicó, ya que entiende que es producto de una valoración parcial e incompleta por parte del a quo del informe pericial médico, en tanto a partir de ese elemento probatorio no se logró acreditar de modo concluyente la relación de causalidad entre el contagio y las transfusiones sanguíneas que se llevaron a cabo dentro de su establecimiento. Afirma la accionada que existen otras vías de contagio, entre las cuales se encuentra, en especial, la transmisión sexual -siendo esta la principal-. En este sentido, hace hincapié en que la actora ocultó de modo malicioso al iniciar esta demanda que su pareja estable era portadora del virus y que, incluso, negó ello ante el perito médico, aunque finalmente pudo saberse a partir de las manifestaciones formuladas ante la psicóloga designada para intervenir en estos autos, de modo que esa pudo ser la vía de contagio. Concluye en este sentido que se la condenó en base a una mera conjetura o probabilidad, ya que no hay certeza de que haya contraído la enfermedad por la vía que aquí se debate y que la prueba de ese extremo se encontraba a cargo de la accionante, quien no logró ese cometido. Destaca que, incluso, el perito sostuvo que el tratamiento que brindó fue de acuerdo a la *lex artis* de la especialidad médica. Considera que a través de la aplicación del art. 53 de la ley de defensa al consumidor y de la teoría de las cargas dinámicas probatorias, se pone en su cabeza la obligación de aportar una prueba que no posee. Según su interpretación de la ley 22.990, de conformidad con lo que surge de los arts. 22 y 23, quien tiene la obligación de fiscalizar y realizar los estudios previos inmunohematológicos es el Banco de Sangre, debido a que no contaba su establecimiento con Servicio de Hemoterapia. Argumenta que, entonces, no sólo carece de la obligación de fiscalizar la sangre, sino que se le pide una documental que corresponde aportar a una entidad distinta. Por su parte, la citada en garantía también critica la relación de causalidad, puesto que entiende que con la prueba obrante en autos no se ha logrado comprobar que la actora se contagió el virus HIV a raíz de la transfusión sanguínea que se desarrolló en el establecimiento de su asegurada. Explica que las dos pericias que se llevaron a cabo no lograron comprobar ello, sino que se trata de meras suposiciones. En ese escenario, cuestiona que el juez haya utilizado para paliar esa ausencia probatoria el art. 53 de la ley de defensa al consumidor, por cuanto la presunción que surge de dicho artículo fue producto de la reforma introducida a esa norma por la ley 26.361, que resulta posterior al hecho que dio origen a este pleito. Concluye a partir de ello que la carga probatoria que pretende ponerse en cabeza de la demandada no resultaba exigible. Desestima, entonces, la construcción de una presunción en su contra a partir de dicho indicio, que es el único elemento a partir del cual se la condena. Luego de ello, señala que nada aporta lo que dice el perito médico en cuanto a la inexistencia de constancias de que la actora fuera portadora del virus al momento de la operación, ya que ello no permite descartar que lo pudiera haber contraído entre ese momento y su detección. Al igual que la demandada, señala que la actora omitió informar en su demanda que su pareja era portadora del virus. Se queja de que este último aspecto que resulta sumamente relevante, fue completamente ignorado en la sentencia, sobre todo porque del dictamen pericial médico surge que las relaciones sexuales con una persona contagiada constituye la causa del contagio en el 90% de las oportunidades. Concluye, finalmente, que los indicios en que se funda la sentencia, no se presentan precisos ni concordantes, tampoco fundados en hechos reales y probados, de modo que generen convicción de acuerdo a las reglas de la sana crítica, lo que sirve de sustento a su proposición de revocatoria de lo decidido. Establecidos los alcances de las quejas de las accionadas, y a los fines de abordar la temática propuesta a estudio en torno a la responsabilidad que aquí se discute, debo decir que ya he tenido oportunidad de expedirme en un caso de similares características al tiempo de desempeñarme como magistrada en la instancia de grado a cargo del Juzgado n° 42 del Fuero, en los autos ¿Pereyra, Jorge Rafael c/ Municipalidad de Morón s/ daños y perjuicios?, expte. n°: 24.010/2004 (sentencia dictada el 15/12/2008). Allí sostuve que no es tarea fácil efectuar el encuadre jurídico de la cuestión, por lo que hice un racconto de la legislación relevante con relación a la utilización de la sangre. Expliqué que en nuestro país la ley 22.990 regula las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes y derivados y es de aplicación en toda la República Argentina (art. 1ero), siendo su autoridad de aplicación el Ministerio de Salud Pública y Medio ambiente (art. 2 do), que actualmente dentro del

organigrama del Poder Ejecutivo Nacional, resulta el Ministerio de Salud de la Nación. Dentro de sus principios fundamentales se enuncia la prohibición de la intermediación comercial y el lucro en la obtención, clasificación, preparación, fraccionamiento, producción, almacenamiento, conservación, distribución, suministro, transporte, actos transfusionales, importación y exportación y toda forma de aprovechamiento de la sangre humana, sus componentes y derivados, salvo excepciones expresamente previstas (art. 4 to). Este cuerpo legal dispone que la donación de sangre o sus componentes constituye un acto de disposición voluntaria, solidaria o altruista, mediante el cual una persona acepta su extracción para fines exclusivamente médicos no estando sujeta a remuneración o comercialización posterior ni cobro alguno. En este orden de ideas el art. 45 de la citada ley establece que cumplidas las exigencias relacionadas con la edad, el donante deberá someterse obligatoriamente a un examen, consistente a saber, en: a) interrogatorio (anamnesis) con denuncia inexcusable de toda enfermedad o afección padecida o presente, la que tendrá carácter y alcance legal de declaración jurada; b) verificación del estado de salud normal mediante el examen clínico-biológico que permita descartar la existencia de alguna de las patologías del listado establecido por la vía reglamentaria determinantes de su exclusión como tal. En forma paralela la ley 23.798 de Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida sancionada el 16-8-90 y publicada en el Boletín Oficial el 20-9-90 establece en su art. 7mo ?Declárese obligatoria la detección del virus y de sus anticuerpos en la sangre humana destinada a transfusión, elaboración de plasma y otros de los derivados sanguíneos de origen humano para cualquier uso terapéutico. Declárase obligatoria, además, la mencionada investigación en los donantes de órganos para trasplantes y otros usos humanos, debiendo ser descartadas las muestras de sangre, hemoderivados y órganos para trasplante que muestren positividad?. También sostuve allí que la sangre reviste de una importancia vital dada su utilización y necesidad en los casos indicados médicamente. En este sentido ésta es un componente del cuerpo humano que hasta ahora no ha podido ser sustituida por otro tipo de sustancias sintéticas o provenientes de otros seres vivos. Y en su ágil y eficiente provisión siempre se encuentra involucrado el interés público dado que la salud de la población requiere de un sistema organizado y controlado que depende siempre de una materia prima que se obtiene de los donantes, que en nuestro país no reciben remuneración por el servicio que prestan, dado el espíritu que generalmente inspira dichas donaciones. En consecuencia, indiqué que en razón de lo expuesto la doctrina venía trabajando la cuestión relativa a las enfermedades producidas mediante el empleo de cosas, interpretando que la sangre transfundida, no sometida a las pruebas serológicas correspondientes, podría ser considerada una cosa ?viciosa? o ?riesgosa?, dando lugar a una responsabilidad objetiva para algunos de los sujetos que participaron en su provisión. Independientemente que el factor de atribución objetivo de responsabilidad se funde en una obligación de seguridad o de garantía, ello implica la existencia de una relación contractual que vincula a los interesados, basada en lo dispuesto por el art. 1113 párrafo 2 supuesto segundo del Código Civil -como responsabilidad del dueño o guardián de la cosa por haber puesto el riesgo en acción-, y en el ámbito extracontractual la responsabilidad objetiva dará lugar a que el demandado se libere de su obligación de reparar sólo en casos de hecho de la víctima, caso fortuito o culpa de un tercero por quien no se debe responder. De allí que en una situación planteada por daños derivados de una transfusión de sangre contaminada deberá hacerse la siguiente distinción a) contaminación debida a hechos evitables que refiere a una amplia gama de situaciones que van desde el error humano hasta la falta de utilización de los medios y recaudos disponibles y exigibles actualmente para el debido control y tratamiento de la sangre transfundida; b) contaminación debida a hechos inevitables, es decir cuando la infección con sangre contaminada, tuvo lugar en circunstancias en que se interrogó adecuadamente al donante y se analizó debidamente el fluido, pero por una respuesta inadecuada aunque posible al reactivo -falso negativo- o por encontrarse la sangre en cuestión durante un período de ventana serológica, o por tratarse de una infección con virus desconocidos al momento de la transfusión, o con cepas no diagnosticables de virus conocidos (esto producirá un hecho dañoso a pesar de haberse tomado todos los recaudos exigibles para evitarlo). No obstante la distinción realizada, no sería posible aplicar un factor de atribución distinto en uno y otro supuesto, pues en ambos casos, la infección del paciente habrá ocurrido por la administración de sangre contaminada. Además en la práctica ello dependerá de la prueba que se aporte a la causa. Por ello si bien la responsabilidad de las instituciones en las cuales se practica una transfusión dañosa (sanatorios, clínicas, hospitales) y de las que dieron lugar a tal infortunio, puede parecer como objetiva en el derecho actual, deben efectuarse ciertas precisiones en cuanto a las eximentes de responsabilidad que podrán aplicarse en los casos en que la contaminación de la sangre se haya debido a hechos inevitables. En el caso particular que ocupa ante una demanda por daños derivados de la transfusión de sangre contaminada, como aquí se alega, contra un ente hospitalario, ya sea éste público, privado, clínica o sanatorio y bancos de sangre, el mismo presenta un elemento común, esto es la posibilidad cierta que se les juzgue en base a un factor de atribución objetivo de responsabilidad basado en la transgresión a un deber implícito de garantía y seguridad, que importará necesariamente la inversión de la carga de la prueba y la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas según la cual la prueba debe colocarse en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla, resultando ello ser un recurso útil para quien reclama, que tendrá la finalidad de alejarlo de una prueba diabólica para el mismo por la ignorancia que pudiera tener sobre el tema. En el marco

descripto a quien se le imputa haber utilizado sangre contaminada, deberá acreditar que procedió al interrogatorio para la selección de dadores o que proveyó de la información necesaria para que éstos se autoexcluyan, además de practicar los test correspondientes. Y para ello se cuenta con recursos necesarios para determinar si cumplió con dicha obligación, así la utilización de planillas en las que debe consignarse la fecha, número, nombre y apellido del donante y la identificación del lote de reactivo utilizado para cada prueba con más la fecha de vencimiento de tal reactivo, elementos a los que se adjuntarán las facturas de compra de reactivos correspondientes. Es decir, deberá dar cuenta que utilizó todas las diligencias necesarias a los fines de garantizar en la mayor medida posible que la sangre a transfundir no se halla infectada. Como puede apreciarse, lo que allí sostuve resulta de plena aplicación al caso bajo estudio y de acuerdo a esas directrices es que entiendo debe evaluarse la cuestión sometida a este tribunal. Por otro lado, más allá de que, tal como señalé en el acápite II de este voto, la normativa aplicable al caso resulta el código velezano, lo cierto es que la óptica bajo la cual analicé esta cuestión en aquél momento, fue la tesitura adoptada sobre el tema por el legislador al sancionar la nueva normativa de fondo. El art. 1768 del Código Civil y Comercial, luego de establecer como pauta general que la responsabilidad de los profesionales liberales está sujeta a la reglas de la obligaciones de hacer y que debe juzgarse a partir de un factor de atribución subjetivo, señala dos excepciones. La primera se refiere a aquellos casos en que el profesional prometió un resultado, aspecto que no resulta de aplicación cuando de profesionales dedicados a la medicina se trata, ya que ello se encuentra expresamente prohibido (conf. art. 20 de la ley 17.418, que establece las reglas para el ejercicio de la medicina). El otro supuesto se vincula a que la obligación de hacer se preste con cosas. En este caso, si se causa un daño derivado de su vicio, la responsabilidad se encuentra comprendida en la Sección 7° del Título V, del Libro Tercero de la nueva norma, que se refiere a la ?Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades?. En este sentido se ha dicho que ?en la responsabilidad de los profesionales liberales, sólo hay responsabilidad derivada de la intervención activa de cosas en la producción del resultado, cuando se utilizan cosas con vicios que las tornan peligrosas para terceros? (Pizarro- Vallespinos, ?Tratado de Responsabilidad Civil, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo II, pág. 574). En ese trabajo académico se cita, a renglón seguido de lo transcripto, la transfusión de sangre con HIV a modo de ejemplo concreto de cosa viciosa. En consecuencia, en ese marco de consideración, la inversión de la carga probatoria se impone aun sin necesidad de acudir a la regla sentada por el art. 53 de la ley de defensa al consumidor que a amén de resultar dudosa, tal como señala la aseguradora en su memorial, no resulta de aplicación en la especie, ya que su redacción del modo en que pretendió hacerse valer en la sentencia es producto de la reforma que se introdujo mediante la ley 26.361, publicada en el Boletín Oficial el 7 de abril de 2008, es decir, con posterioridad a los hechos que aquí se discuten. Pero incluso sin acudir a la inversión de la carga probatoria en virtud del tipo de responsabilidad de que se trata, teniendo en consideración las particulares circunstancias del caso aquí analizado y la conducta desplegada en el proceso por la demandada, dan cuenta de que este es precisamente el tipo de situaciones en que resulta de aplicación la teoría de las cargas dinámicas probatorias, sin que para ello deba echarse mano -reitero- a la norma aludida. La necesidad de aplicar la teoría de las cargas dinámicas probatorias en determinados casos fue primeramente señalada en nuestro país por Peyrano quien ?señaló que hay que aspirar a un Derecho ?posible? y que hay que olvidar los sistema ?pétreos?. Sugiere entonces que hay que pasar a un sistema de cargas dinámicas que pueden recaer en cabeza del actor o del demandado según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes? (Peyrano, Jorge. W., ?El derecho probatorio posible y su realización judicial, en ?Tácticas en el proceso civil, en coautoría con Julio O. Chiappini, Rubinzal - Culzoni, Santa Fé 1990, t. III, p. 39, citado en Ricardo Luis Lorenzetti, en ?Responsabilidad Civil de los Médicos?, Rubinzal- Culzoni editores, segunda edición ampliada y actualizada, t. II, pág. 338). El concepto bajo estudio determina ?con carácter excepcional, apartarse de los parámetros corrientes en materia de distribución de la carga probatoria para hacerla recaer sobre la parte que se encuentre en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba correspondiente. Como se dijo en algún fallo, conforme a dicho sistema la rigidez de los preceptos es reemplazada por la búsqueda de la solución justa según las circunstancias del caso concreto? (Lino Enrique Palacio, ?Derecho Procesal Civil?, Abeledo Perrot, cuarta edición, Actualizado por Carlos Enrique Camps, tomo II, págs.. 1584/1585). Es más, el favor probationis o la teoría de las cargas probatorias dinámicas se inclina, más allá de todo elemento presuncional, por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que ésta en mejores condiciones de hacerlo (CNCiv sala D, mayo 24.1990, voto de Bueres, LL 1991-D-469). Fijados como fueron los parámetros con que se debe evaluar el tema, me dedicaré en primer lugar a resumir las conclusiones de los expertos designados de oficio y, luego, a analizar las demás constancias probatorias que resultan relevantes para la dilucidación del caso. Ello permitirá el posterior tratamiento de las críticas formuladas a lo decidido por el juez de grado. Pues bien, el médico designado de oficio para dictaminar en autos sostuvo que ?puede ... inferir con un alto porcentaje de seguridad que hubo una infección producto de la transfusión previa a la cirugía realizada en A. exponiendo los motivos que NO EXISTE EN LA DOCUMENTAL APORTADA registro alguno de testeo de la muestra de sangre transfundida a la actora en los registros de hemoterapia teniendo en cuenta que dichos servicios son los responsables de la fiscalización y control de la seguridad de la sangre de los donantes? (cfr. fs. 719, último

párrafo, la mayúscula corresponde al original). Explicó allí el Dr. Echevarría ante la requisitoria de la aseguradora respecto a si se controlaba la sangre para detectar HIV que se realizaban controles de detección de HIV, específicamente el AGP24. A partir de 1991 es obligatorio para los bancos de sangre de Argentina el tamizaje de anticuerpos contra el virus HIV? (ver fs. 718, antepenúltimo párrafo, lo que reiteró a fs. 733, punto I, a), al responder la impugnación de la parte actora). La impugnación que la demandada formula a ese informe a fs. 729 se concentra en cuestionar la relación de causalidad ante el carácter de portador del virus de la pareja de la accionante, aspecto que será tratado más adelante dentro de este acápite. Por su parte, la perito bioquímica, cuyo dictamen se encuentra agregado a fs. 737/741, explicó que los estudios inmunohematológicos son de carácter obligatorio según ley 22990, art. 21, los mismos deben ser asentados en el LIBRO VI: libro de pacientes, receptores, tipificación de grupo sanguíneo, prueba de compatibilidad, componente seleccionado (tipo mezcla, o inspección visual y transfusión?). Son de archivo permanente y de cumplimiento obligatorio por Servicios de Transfusión Hospitalaria? (fs. 737, punto a, segundo párrafo). La experta puso de manifiesto a lo largo de toda su presentación la necesidad de contar con los libros para inspeccionarlos, de modo de poder contestar con menor incertidumbre todas las preguntas formuladas, sin los cuales son sólo meras suposiciones, señalando que éstos son de uso y guarda obligatorios de acuerdo a la ley de sangre 22990 y normas administrativas y técnicas de la especialidad. Específicamente, luego de indicar que entre los marcadores serológicos que indica la ley 22990 se encuentra el HIV (Ac. Y AG 024), solicitó el libro de serología para poder responder cuáles fueron las serologías practicadas sobre la sangre transfundida. Pese a que una actitud de colaboración, hubiera llevado a la demandada a poner los libros a disposición de la perito, o incluso a señalar que no era el sujeto obligado a llevarlos y conservarlos - cuestión sobre la que volveré en breve-, se limitó ésta a impugnar la pericia indicando que en el año 2005 los métodos para detectar el virus en el período ventana no eran muy difundidos (fs. 749). Con el fin de obtener los mentados registros pedidos por la perito bioquímica, el tribunal ordenó a fs. 763 el libramiento de oficio dirigido a A., para que pongan a su disposición los libros de serología. Ante la falta de respuesta, a fs. 783 se intimó a la demandada a que presente esa documentación. A fs. 784 la parte demandada puso a disposición el contacto para acceder a los mismos y coordinar una fecha para su revisión. Pese a ello, de acuerdo a lo manifestado por la perito bioquímica a fs. 805, al momento en que se constituyó en el establecimiento de la demandada junto con la representación letrada de la parte actora y su consultor técnico, fueron recibidos por el Sr. Gabriel Gómez, DNI 20838123, Gerente Administrativo de la entidad. La Dra. Belén Novella, jefa del Servicio de Hemoterapia no se encontraba presente. El Sr. Gabriel Gómez manifiesta no tener los libros de guarda obligatoria?. Asimismo, en dicha pieza la profesional indicó que no habiendo existencia de los mismos no podemos realizar trazabilidad de las unidades transfundidas, estudios realizados, donantes, ni serología de las mismas?. Ahora bien, al expresar agravios la parte demandada sostuvo que su establecimiento no contaba con Servicio de Hemoterapia y que, por ello, en virtud de lo que disponen los arts. 22 y 23 de la ley 22.990, no se encontraba obligada a la confección y guarda de los libros que se le requieren, como así tampoco a fiscalizar la sangre. Sin embargo, al contestar demanda (ver aquí), esa circunstancia no fue un extremo alegado como defensa. Esta es una cuestión que recién introduce ante esta alzada, ya que no fue motivo de mención siquiera al momento de alegar (ver fs. 847/848). Por ello, al no haber sometido esa cuestión a debate en la etapa postulatoria, no puede pretender la apelante que se lo valore a esta altura del proceso, ya que en caso de admitirse ello se afectaría gravemente el derecho de defensa en juicio de la accionante, quien no tuvo oportunidad de expedirse al respecto en la instancia de grado. Es que no corresponde apartarse de una directiva esencial del Código de rito ligado estrechamente a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso, como es la que expresa que es un deber de los jueces fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria bajo pena de nulidad, respetando la garantía de las normas vigentes y el principio de congruencia (art. 34 pto. 4 CPCCN) el que se encuentra conceptualizado en el art. 163 inc. 6 del citado Código al establecer que la sentencia definitiva deberá contener: la decisión expresa de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio calificadas según corresponda por ley? (conf. CNApel. Civ. y Com. Federal, Sala II, expte. 4489/99 del 22-11-2008). De allí también que el juez al dictar sentencia únicamente deba atenerse a las alegaciones de hecho y las peticiones formuladas por las partes en sus postulaciones iniciales, de modo tal que, como consecuencia del principio dispositivo, le está limitada la posibilidad de verificar la existencia de hechos no afirmados por ninguno de los litigantes, así como el esclarecimiento de los hechos afirmados por una de las partes y expresamente admitidos por la contraria (Palacio, Lino Enrique, Manual de derecho procesal civil?, 12° ed. Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 65). Pero lo cierto es que aun cuando tuviéramos en cuenta la cuestión, de acuerdo a la normativa aplicable, ese extremo del que pretende valerse tampoco se ajusta a las obligaciones impuestas por la normativa vigente para la época. En primer lugar porque el decreto 1338/2004, reglamentario de la ley 22.990, de aplicación en aquel momento, establecía en el art. 25, inc. b de su anexo I que los Servicios de Transfusión Hospitalaria (STH) son los que realizan los procedimientos de transfusión, las investigaciones inmunohematológicas en pacientes, embarazadas, puérperas y recién nacidos, la transfusión autóloga y la aféresis y que deben ser independiente funcionalmente de otros servicios asistenciales del mismo establecimiento. A su vez, el Anexo I de la Resolución

58/2005 del Ministerio de Salud y Ambiente -autoridad de aplicación de la ley, tal como ya fuera puesto de relieve-, promulgado el 21/01/2005 establecía la obligación de los establecimientos sanitarios que asistan partos, emergencias y cirugías derivados de ella u otras, de poseer en su estructura el Servicio de Hemoterapia en la categoría de STH (Servicio de Transfusión Hospitalaria). Más adelante se explica el funcionamiento del sistema del siguiente modo: ?Deberá observarse que la estructura que posibilitó la habilitación de los Servicios de Hemoterapia, se corresponda en un todo con el funcionamiento adecuado de los mismos. Todos los STH deberán poseer convenio escrito con el CRH (Centro Regional de Hemoterapia) proveedor de hemocomponentes. Dicho convenio debe contar con dos partes: una legal, normativa firmada por Autoridad Competente Jurisdiccional y otra técnica, de procedimiento, firmada por ambos Jefes de Servicio. Cuando el CRH provincial / jurisdiccional abastezca STH dependiente de su misma jurisdicción, deberá poseer sólo el convenio técnico firmado por los Jefes de Servicio. La solicitud y cesión de hemocomponentes fuera de convenio deberá realizarse, en el marco de la Red de Servicios de cada área programática, sólo en el caso de extrema urgencia y debidamente registrada. Cuando la red no pueda satisfacer la demanda en la oportunidad requerida, el STH podrá recibir hemocomponentes de otras instituciones fuera de la misma. En todos los casos será obligación el registro de los movimientos de los hemocomponentes en los libros de ingreso y egreso?. También se establece que los Servicios de Hemoterapia tendrán un sistema de registro específico que permita trazar la unidad de sangre, componente o derivado sanguíneo, desde su obtención hasta su destino. Asimismo, allí se explica que se debe llevar ?Libro de pacientes, receptores o no, prueba compatibilidad y transfusión? de cumplimiento para los Servicios de Transfusión Hospitalaria, de archivo permanente por 10 años. Por lo demás superada incluso dicha obligatoriedad de contar con esas unidades y la necesidad de recurrir a un tercero para la provisión de los lotes, ello no la releva siquiera de la responsabilidad que pueda acarrear la circunstancia de no poder acreditar el cumplimiento de la normativa por la idea básica del deber de garantía que le corresponde debido a su función. En el mismo sentido un mínimo cumplimiento de esos recaudos hubiera permitido establecer la trazabilidad de la muestra sanguínea utilizada para la transfusión de la accionante. Sin embargo, sólo se cuenta con registros absolutamente incompletos de dicho acto, que no permiten identificar el lote del que provino la sangre que se le transfundió a la accionante. Véase que en la historia clínica -secuestrada en el marco de las diligencias preliminares, expte. n°: 85.399/2007-, en la parte denominada ?evolución en consultorio externo? surge que el 4 de septiembre de 2005, su médico de cabecera decide transfusión sanguínea. Luego, el 8 del mismo mes se realiza otra transfusión más y, finalmente, el 14 de septiembre se realiza una última transfusión. Estas constancias se corresponden también con lo que se asentó en la ?hoja de enfermería?. Sin embargo, en ninguna de estas dos piezas se identificó de modo alguno las unidades de sangre que fueron objeto de transfusión, y ya quedó claro que no cuenta ese establecimiento con ningún tipo de libro o registro de la especie pese a que, reitero, resultaba obligatorio, en virtud de la normativa ya desarrollada, lo que hubiera permitido eventualmente identificar el lote y verificar el resultado de los estudios serológicos practicados sobre ese elemento. Tampoco surge que de los estudios prequirúrgicos que se le requirieron a la actora y fueron realizados en el Sanatorio Mitre se le hubiera practicado el correspondiente al test HIV (ver estudio de la historia clínica correspondiente al 10 de agosto de 2005). Mención aparte merece el examen pretransfusional a la paciente. Si bien la perito bioquímica dice que no es obligatorio, por lo que depende de cada institución (ver fs. 740, respuesta a la pregunta identificada como ?ñ?) y que la accionada haya sostenido que no resulta obligatorio, no puede soslayarse a mi criterio que se trata de una cuestión de buena práctica médica y no cabe más que sostener que esa era la postura al respecto de la demandada, ya que incluso figuraba en el formulario predispuesto que hizo las veces de consentimiento informado previo a la operación y que dice expresamente en cuanto al paciente que: ?también prestan su consentimiento para que se le efectúen al paciente transfusiones sanguíneas y los estudios serológicos pretransfusionales para enfermedades transmisibles y todas aquellas pruebas diagnósticas que se consideren adecuadas para la detección directa o indirecta de, entre otros, el virus de, inmunodeficiencia humana (HIV) y sus anticuerpos en el organismo? (se puede consultar este contenido en la historia clínica reservada en las diligencias preliminares). Resulta así insostenible dicha postura, de manera que al momento de practicarse esas transfusiones fue dable esperar para la paciente que eventualmente resultó damnificada por el accionar del establecimiento médico, que el proceso se llevara adelante con esos mínimos recaudos sobre los que, precisamente, su consentimiento informado le fue requerido. Ahora bien, es justamente la imposibilidad de determinar la trazabilidad de la sangre, extremo que podría haberse evitado mediante el debido registro en los libros pertinentes que resultaba una práctica obligatoria, lo que permite establecer la responsabilidad de A. y hacer extensivo el pronunciamiento a su aseguradora, en base a la grave presunción en su contra que genera el incumplimiento de ese mandato legal. Ya sea que se considere que aportar esa documentación se encontraba a su cargo en virtud de la inversión de la carga probatoria producto de encuadrar la responsabilidad en el caso en base a un factor de atribución objetivo, o bien, como derivación de la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas probatorias, ya que claramente se trata en la especie de la parte que se encontraba en mejor posición para ello, la conclusión a la que se arriba es la misma. En definitiva, lo determinante es la ausencia de registro de realización de pruebas serológicas a la sangre transfundida y ninguna duda cabe, no sólo de que ello resultaba

obligatorio, sino que resulta exigible a la demandada aportar ese elemento probatorio, al margen del lugar que hubiere ocupado en el sistema de sangre, cuestión que, por otro lado, recién introduce al momento de expresar agravios y que ya fue desestimada con dicho motivo. Sin embargo, queda aún por abordar la vía de contagio que, de acuerdo a la postura de las accionadas, fue la causa por la cual la actora contrajo la infección, esto es, el hecho de que su pareja también fuera portadora del virus. Lo que parece perder de vista la parte demandada al argumentar ello, es que, tal como ha sido señalado, esa vía de contagio se hubiera podido descartar de haberse realizado exámenes prequirúrgicos donde se evalúe en ese sentido a la actora, o bien, con el examen pretransfusional o mediante el adecuado registro de los lotes de sangre utilizados, lo que insisto hubiera permitido determinar si la sangre estaba infectada con el virus de que se trata. Por otro lado, la posibilidad de haberlo adquirido luego de la cirugía realizada en A. y hasta el momento de su detección, con que hace cuestión la citada en garantía, parece descartar de plano la posibilidad cierta de que la pareja de la actora pudo haberse contagiado del virus de ella y no al revés y que, ello pudo haber encontrado su causa en la transfusión sanguínea que aquí se debate, dada la probabilidad de que ese haya sido el motivo del contagio. En conclusión, la circunstancia de que su pareja sea portadora del virus y a partir de ello una posible vía de contagio hacia la actora, no descarta que efectivamente la realización de las transfusiones hubieran sido también una vía de contagio pues como vengo sosteniendo ello no la relevaba de acreditar que las mismas se hubieran realizado bajo los estrictos protocolos del caso. Y en este sentido es la conducta omisiva de la demandada la que no permita descartarla de la escena, pues de haber procedido del modo en que se encontraba obligada legalmente, podrían haberse confirmado las hipótesis que plantean las accionadas como vía de contagio. Claro está que no se puede establecer de modo terminante que la accionante se haya contagiado por la transfusión, pero ¿el juzgador no ha de buscar la certeza absoluta al ponderar la prueba, sino la certeza moral de características muy diferentes porque lo que se aprecia es el grado de probabilidad acerca de la verdad de la proposición de que se trata, de tal suerte que superada la mera opinión pueda el juez fundar su pronunciamiento (Sala 3ª de esta Cámara Civil, en autos 7G., M. S. y Otro c/ Clínica La Esperanza y Otros s/daños y perjuicios?, sentencia del 15/02/2012, elDial.com AA7478?). En ese marco de consideración los incumplimientos de la demandada y su falta de colaboración a lo largo del proceso, no hacen más que robustecer la convicción de que no puede descartarse a las transfusiones realizadas a la actora como una posible fuente de contagio según la Sra. P. indicó en su demanda. Por lo expuesto aunque por estos fundamentos, es que los agravios no conmueven la decisión final adoptada en este acápite, de allí que propongo al Acuerdo confirmar este aspecto de la sentencia y desestimar así las quejas de la parte demandada y de la citada en garantía. IV. En concepto de ¿incapacidad sobreviniente? el juez de grado otorgó la suma de Pesos Seiscientos Mil (\$600.000). La parte actora se queja de la cifra adjudicada por cuanto entiende no se corresponde con el deterioro ocasionado a su integridad psicofísica, a su vida de relación, a su proyecto de vida en pareja, de formar una familia, de desarrollar una vida sexual plena y la modificación en su vida cotidiana que le provocó el hecho bajo estudio, poniendo especial énfasis en los trastornos que constantemente padece a raíz del tratamiento antirretroviral al que debe someterse, repercutiendo incluso en sus hábitos alimenticios, como así también en la necesidad de realizarse a controles médicos de modo permanente, por lo que requerirá pedir permisos especiales a esos efectos, en caso de poder conseguir un trabajo, lo que no sólo afecta su privacidad ya que su empleador tomaría conocimiento de su enfermedad, sino también un posible despido encubierto, atento el carácter estigmatizante del virus de que se trata. En definitiva, argumenta que en la sentencia no se ponderó adecuadamente los efectos que provocó el hecho en su vida de relación. La citada en garantía sostiene que no se encuentran elementos para fijar una suma tan elevada, ya que ni siquiera se cuenta con ingresos acreditados y que el juez no ha establecido cuáles fueron los elementos valorados para arribar a esa cifra. Esgrime también que la condición de portadora del HIV no configura en la actualidad ni en el futuro un impedimento para trabajar. Según su criterio, más allá del porcentaje de incapacidad que se le asignó, se admitió que ninguna limitación le producirá de tomar las medicaciones antirretrovirales correspondientes. Considera que la presencia de la enfermedad, controlada como está, en nada la limita desde ningún punto de vista. En primer término debo señalar que participo del criterio de quienes consideran que bajo este rubro se indemnizan los diversos aspectos del daño a la persona, consistentes en la disminución de sus aptitudes en tanto se traducen indirectamente en un perjuicio de índole patrimonial (art. 1068, Cód. Civil). Tal como de modo reiterado ha dicho este Tribunal, a fin de determinar el resarcimiento debido a título de incapacidad sobreviniente, las secuelas deben ponderarse en tanto representen indirectamente un perjuicio patrimonial para la víctima o impliquen una minusvalía que comprometa sus aptitudes laborales y la vida de relación en general y, de ese modo, frustren posibilidades económicas o incrementen sus gastos futuros, lo cual, por lo demás, debe valorarse atendiendo a las circunstancias personales, socioeconómicas y culturales de aquélla. Entiendo que ello comprende no sólo las secuelas físicas, sino también las psicológicas. Pese a ello, el juez consideró que los hallazgos de la perito psicóloga debían tratarse dentro del reclamo por ¿daño moral? y pese a que no comparto esa decisión, la falta de agravio al respecto me impide su modificación. Pues bien, el perito médico explica que ¿el Virus de Inmunodeficiencia Humano (VIH o HIV, por sus siglas en inglés) es un virus que afecta al sistema de defensas del organismo, llamado sistema inmunológico. Una vez debilitado

por el VIH, el sistema de defensas permite la aparición de enfermedades. La etapa avanzada de la infección por VIH es la que se denomina Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (S.I.D.A.). Esto quiere decir que es un conjunto de síntomas (síndrome) que aparece por una insuficiencia del sistema inmune (inmunodeficiencia) causada por un virus que se transmite de persona a persona (adquirida). Por eso, no toda persona con VIH tiene sida, pero sí toda persona que presenta un cuadro de sida, tiene VIH. Una persona con VIH no necesariamente desarrolla síntomas o enfermedades. Sin embargo, puede transmitirlo? (cfr. fs. 709 último párrafo/709 vta.). Señala el experto que la persona que tiene HIV debe usar preservativo en las relaciones sexuales para no transmitir el VIH y evitar el riesgo de re-infección, es decir, que otra cepa diferente del VIH ingrese en el organismo y que en caso de que una persona quede embarazada, debe tomar los recaudos necesarios para evitar la transmisión al bebé (fs. 716 vta.). Asimismo, del resultado de la anamnesis practicada sobre la accionante sólo resulta relevante que refirió fatiga. Concluyó el experto que la actora tiene HIV en etapa I y le otorgó por ello una incapacidad permanente, parcial y definitiva del 10% de acuerdo al Baremo Altube- Rinaldi. Considero que debo explayarme en cuanto al porcentaje en cuestión, ya que, por un lado, la actora impugnó el mismo en la instancia de grado por resultar bajo (ver fs. 725 vta.), mientras que la aseguradora entiende en sus agravios que ser portadora de HIV no le producirá ninguna limitación, en caso de tomar las medicaciones antirretrovirales correspondientes, considerando que la presencia de la enfermedad, controlada como está, no la limita desde ningún punto de vista. Al margen de señalar que el perito médico ratificó el porcentaje adjudicado al responder la impugnación a su dictamen que formuló la actora (ver fs. 733 vta.), resulta necesario recordar que los percentiles que otorgan los expertos no atan necesariamente al juzgador, ya que lo relevante es la incidencia que la secuela incapacitante tiene en la vida de la víctima, más allá del número que se fije, de acuerdo al índice que utilicen los expertos para ello. De más está decir que luce francamente improponible la postura de la aseguradora, que pretende que el hecho que aquí se debate, que claramente implicó una novedad negativa en la salud de la accionante, no se considere como incapacidad por no generarle impedimento alguno. En definitiva, si adoptáramos esa tesitura, deberíamos concluir que el contagio de una enfermedad crónica - atento los avances científicos y de la industria farmacéutica, hoy puede calificarse al portador de HIV + de ese modo- implicaría un estado de salud equivalente al de quien no la padece, lo que luce como un criterio restrictivo no sólo inaplicable, sino inadecuado. Asimismo, lo que parece perder de vista la citada en garantía es que bajo este rótulo debe ponderarse también la afectación patrimonial indirecta producida en la vida de relación de la víctima y que las limitaciones que emergen del hecho para una persona que es portadora del virus de que aquí se trata, han quedado debidamente explicadas en la transcripción de los conceptos explicados por el perito, ya que tienen particular incidencia en el plan de vida de la accionante, que encuentra protección constitucional en el art. 19 de nuestra carta magna. En consecuencia, teniendo en especial consideración los porcentajes de incapacidad habitualmente informados por los peritos médicos para secuelas de menor orden que la que aquí se discute, es que no cabe más que concluir en que la enfermedad que contrajo la actora tiene una incidencia mayor en su vida, y por ello se considerará esta cuestión para el cálculo que se propone a continuación. Sentado ello, a los fines de cuantificar este rubro, buscaré determinar una suma que represente la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables como consecuencia del accidente. En este sentido, comparto el criterio al que viene acudiendo esta Sala al tomar como pauta orientativa criterios matemáticos para tal determinación, aunque considere los valores que arrojan esos cálculos finales como indicativos, sin resignar las facultades que asisten al órgano judicial para adecuarlos a las circunstancias y condiciones personales de la damnificada a modo de arribar a una solución que concilie lo mejor posible los intereses en juego. Sin embargo he descartado, por ejemplo multiplicar los ingresos de la víctima por el número de años, con sustento en que tal cálculo soslaya que sumar directamente cada uno de los importes - aún parcialmente- que se devengarían como salarios, importa ignorar que el fijarse la indemnización en una prestación única y actual, tal procedimiento conducirá a un enriquecimiento ilegítimo en beneficio de la víctima que lesiona el principio sentado en el art. 1083 del C. Civil (Fallos 322:2589; esta sala, expte. 54613/99 del 14/06/97, entre otros). Del mismo modo he desechado el temperamento de computar un valor al punto de incapacidad, pues tal procedimiento se desatiende de las circunstancias de la víctima que sumadas al grado de incapacidad, habrán de determinar la concreta existencia de secuelas y su incidencia tanto en el ámbito de su capacidad productiva como el que corresponde al desenvolvimiento familiar, social, etc. (ver, por ejemplo, expte. 41.090/2009 del 7 de mayo de 2015; 112.748/2006 del 24 de abril de 2012; 60.440/2008 del 11 de julio de 2003, entre muchos otros). Las directrices sobre las que se asienta la nueva normativa en la materia (arts. 1745, 1746) a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se orientan en tal sentido, por lo que parece útil -en sintonía con esos nuevos postulados- explicitar las bases objetivas y variables en juego que se toman en cuenta para arribar a los montos indemnizatorios. Ello aún cuando -como lo adelanté al comienzo de este voto- en el caso de autos esa nueva normativa no sea aplicable. Antes de entrar al análisis de las variables de la cuantificación y si bien es una cuestión sobre la que la citada en garantía discute al contestar el traslado por el rechazo del reclamo por ?pérdida de chance?, entiendo que esa argumentación debe tratarse aquí, en orden al tipo de cálculo que aquí se practica. Pues bien, la falta de acreditación efectiva de ingresos con la que

aquella parte hace cuestión, no puede ir en desmedro de la accionante, no siendo posible otra variante que considerar ese ingreso como el piso mínimo a partir del cual debe analizarse la afectación patrimonial indirecta que aquí se trata. En razón de lo expuesto hasta aquí teniendo en cuenta 1) que al momento del hecho el actor tenía 32 años (de acuerdo a la fecha de nacimiento que surge del informe psicológico -12 de julio de 1973-), 2) que a la fecha de la sentencia (13/02/2020) el Salario Mínimo, Vital y Móvil ascendía a \$16.875 (conf. Res. 6/2019 del Consejo Nacional del Empleo, la Producción y el Salario Mínimo, Vital y Móvil), 3) la entidad y naturaleza de la secuela incapacitante de que aquí se trata, 4) una tasa de descuento del 5 % anual que en la actual coyuntura económica entiendo adecuada y que representaría el adelanto por las sumas futuras, equivalente a la que se podría obtener de una inversión a largo plazo y 5) el período a computar que estaría dado hasta la edad productiva de la víctima (75 años). Teniendo en cuenta esas variables es que entiendo que la suma adjudicada por el juez de grado luce adecuada y por ello propongo al Acuerdo la confirmación de esta partida indemnizatoria y el rechazo de los agravios de la parte actora y de la citada en garantía.

V. Para indemnizar el ?daño moral? el colega de grado fijó la suma de Pesos Un Millón Seiscientos Mil (\$1.600.000). Bajo este acápite incluyó las consecuencias psíquicas que el hecho aquí debatido le generó a la accionante. La aseguradora se queja del monto aludido por resultar abultado e injustificado. Argumenta que una cifra tan alta para esta partida deriva en la consagración de una satisfacción compensatoria, omitiendo la naturaleza estrictamente resarcitoria que debiera tener, agregando que en ningún caso puede constituir una suma con carácter ejemplificador o punitivo. Nuevamente hace cuestión aquí el recurrente con la ausencia de la explicitación de las pautas tenidas en consideración para la fijación de la cifra de que se trata. Sostiene que se consagra un enriquecimiento incausado. En suma, entiende que la partida es excesiva, aun cuando se considere el daño psicológico, máxime cuando se recomendó un breve tratamiento de la especie, dirigido, precisamente, a paliar las consecuencias de las repercusiones en esa esfera, lo que lleva a dudar al apelante sobre el carácter permanente de la incapacidad informada por la experta. Si bien como ya adelanté en el punto anterior, no comparto que deban incluirse aquí las secuelas psicológicas, ya que a mi criterio se trata de conceptos autónomos, la ausencia de agravio al respecto me impide su modificación. Me dedicaré entonces a analizar en primer lugar el informe pericial sobre esa especialidad. La experta luego de un detallado relato de la entrevista personal y los hallazgos producto de los test practicados concluyó que ?es posible establecer que la Sra. P., como reacción al impacto traumático ha desarrollado conductas de aislamiento y evitación, sentimientos distímicos, perturbaciones en su autoconcepto y autoestima, y perturbaciones en el aprovechamiento de la energía psíquica; elementos todos que concluyen en una perturbación del equilibrio psíquico y su vínculo con el mundo exterior. Sus metas e intereses se encuentran restringidos a la preocupación en torno de su estado físico y emocional, en detrimento de otras dimensiones de despliegue vital. Presenta incapacidad para proyectarse en el futuro, denotando falta de interés, abulia y estado de ánimo distímico. Sus mecanismos defensivos son rígidos e ineficaces, por lo que sus maniobras defensivas han resultado inadecuadas para la tramitación psíquica de este impacto. Además es menester atender que tal como surge en las distintas técnicas implementadas, la Sra. P. se caracteriza por ser una persona que presenta escasa tolerancia a la frustración, manifestándose poco flexible a los cambios. El contraer una enfermedad crónica, como lo es el HIV, la enfrenta a una situación traumática que le provoca una afrenta narcisista de tal magnitud que dadas las características de su personalidad, resulta de difícil elaboración psíquica. Y por otro lado, es una persona que tiende a la introversión y a aislarse socialmente, el temor a la discriminación por parte de la sociedad por ser portadora de HIV, no hace más que acrecentar su alejamiento de los vínculos interpersonales. Por esto, y por todas las cuestiones mencionadas en el dictamen pericial, ha reaccionado ante esta situación con un cuadro psicopatológico, que conforme Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM IV) es compatible con un diagnóstico de F43.22 Trastorno adaptativo crónico mixto con ansiedad y estado del ánimo depresivo? (fs. 438 vta./439), con vínculo causal directo con el hecho debatido (fs. 439, tercer párrafo). Concluyó la perito que la actora presenta un cuadro de desarrollo reactivo de grado moderado, lo que representa un porcentaje del 15% de incapacidad psíquica, que está jurídicamente consolidado. Asimismo, recomienda tratamiento anual, con una sesión semanal -por lo menos-. Las impugnaciones formuladas por la citada en garantía a fs. 483, como por la actora a fs. 489, fueron contestadas con solvencia por la psicóloga a fs. 514 y 519/520, respectivamente, por lo que habré valorar el informe de conformidad con la pauta sentada por el art. 477 del ritual. Ahora bien, el cuestionamiento que la aseguradora formula en esta alzada por entender que el daño psicológico no sería permanente al haberse recomendado un tratamiento y dado el carácter breve del mismo, encuentra respuesta en el informe de la perito que no fue cuestionado con ese argumento en la etapa probatoria. La experta fue clara al indicar que el tratamiento tiene ?el propósito de propender a la elaboración psíquica del trauma sufrido y evitar el posible agravamiento del cuadro que presenta la actora? (fs. 439 in fine), luego de haber señalado que el daño se encontraba jurídicamente consolidado por haber transcurrido más de dos años desde el hecho al momento del examen (ver fs. 439, anteúltimo párrafo). De esta manera queda claro que no se pudo determinar la posibilidad concreta de remisión, siquiera parcial, por no cabe más que atender a la incapacidad informada por la perito. Aclarado el modo en que valoraré bajo este ítem indemnizatorio el daño psíquico, debo explicar que el daño moral se configura por todo

sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier reparación de orden patrimonial. Es el menoscabo en los sentimientos, consistente en los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser consecuencia del hecho perjudicial (conf. LLAMBIAS, J. J., Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, t. I, págs. 297/298, n° 243). Para su determinación no se requiere prueba de su entidad, pues se lo tiene por acreditado con la sola comisión del acto antijurídico, vale decir, que se trata de una prueba *in re ipsa*, que surge de los hechos mismos (conf. esta Sala en causas n° 35.064/06 del 27/8/13 y n° 109.053/00 del 15/4/14 entre otras). También, se ha dicho que el daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (conf. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, Tomo 2A, página 39). Así como también, que el daño moral es un daño jurídico, en la medida que lesiona los bienes más preciados de la persona humana. Es compatible que el daño moral es la lesión de razonable envergadura producida al equilibrio espiritual cuya existencia la ley presume y tutela y que atañe a una persona. (conf. CNCiv., Sala B, 6-12-99, *Mesa Gladys c/ La Cabaña s/ daños y perjuicios*). Caracterizado así el rubro, debo decir que no comparto los argumentos traídos a colación por el apelante que parece proponer ajustar las indemnizaciones a las peculiaridades de nuestra economía, por cuanto no puede supeditarse el derecho constitucional de la víctima a obtener una reparación integral, con sustento en argumentos que reducen la existencia del damnificado a una variable económica más. Mucho menos en este caso particular, en que la vida de una persona se vio atravesada por la falta de implementación de los cuidados mínimos con debe que prestarse cualquier servicio sanitario, y porque no puede omitirse que, lamentablemente, y tal como sostiene la propia damnificada, nos encontramos frente a una enfermedad que sigue siendo estigmatizada por la sociedad. Pareciera que a lo largo del planteo recursivo la aseguradora ha perdido una verdadera dimensión de la gravedad de la situación, llegando incluso a tenor de los argumentos expuestos en los memoriales, a entender que ante la eventualidad de la procedencia de la acción, ninguna suma debiera indemnizar las consecuencias del hecho que aquí se debate, con sustento en que no tendría ninguna consecuencia en la vida de la Sra. P., lo que luce desde mi óptica inentendible. Por último debo agregar que, tampoco advierto que la suma fijada haya constituido un enriquecimiento incausado o que la confirmación del fallo convalide el ejercicio abusivo de un derecho por parte de la reclamante, en los términos del art. 1071 del Código Civil, tal como sostiene el recurrente. Teniendo ello en consideración y valorando la afectación en la esfera espiritual que el hecho le produjo a la actora sin que resulte necesaria la prueba concreta de ello por lo ya explicado, como así también considerando las condiciones personales del accionante, en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal y considerando aquí también el daño que el hecho le provocó en el aspecto psíquico, entiendo que la suma resulta adecuada y por ello propongo que el Acuerdo la confirme. VI. La parte actora se queja también del rechazo del reclamo que formuló bajo el rótulo *¿pérdida de chance?*, que el juez fundó tanto en que lo peticionado por este concepto por el modo en que fue pedido corresponde a la indemnización que se otorgó por *¿incapacidad sobreviniente?*, como así también en la falta de prueba del perjuicio que se reclama. Sostiene el recurrente que en virtud de las *¿filtraciones?* que emanan de los tests ocultos en los exámenes preocupacionales y la consiguiente discriminación para acceder a empleos de las personas con HIV y teniendo en consideración que desde su último empleo en el año 2010 no pudo volver a conseguir trabajo, bajo este ítem debía indemnizarse la frustración de ingresos que eso genera. Para respaldar ese aserto, se funda en la prueba informativa dirigida al INADI que da cuenta de las situaciones de discriminación que sufren las personas que son portadoras del virus. Argumenta, además, que la prueba de las sumas que le hubieran correspondido percibir se encuentra en la pericia contable y arguye que debiera haberse tomado, por lo menos, el valor del salario, mínimo vital y móvil, durante el período en que perdió el trabajo y hasta la actualidad. Cabe señalar que la pérdida de una oportunidad o *¿chance?* constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades? (conf. Félix A. Trigo Represas, *¿Pérdida de chance de curación, daño cierto, secuela de mala praxis?*, LL 1986-C-34). Asimismo, se ha resuelto que atendiendo a la propia naturaleza jurídica de la pérdida de chance, para que proceda la reparación es preciso que la posibilidad frustrada no sea simplemente general o vaga, que no se trate de una mera posibilidad sino, en cambio, que la pérdida sea suficientemente fundada a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio. Se exige que sea un daño actual, de suficiente entidad y aunque su proyección sea futura, no sea meramente eventual o hipotética (cfr. SCMendoza, Sala 2°, 31/10/79, JA 1980 I 197). Ahora bien, dado el modo en que fue formulado este reclamo en el escrito postulatorio (ver fs. 170 in fine), no cabe más que concluir, tal como hizo el juez de grado, que el perjuicio que se reclamó bajo este rótulo se encuentra indemnizado bajo el ítem *¿incapacidad sobreviniente?*,

en que se ponderaron las afectaciones de orden patrimonial producidas por la disminución de las aptitudes de las que allí se dio cuenta. Véase que incluso el tipo de cálculo que requirió al perito contador para justificar el monto que pidió por esta partida, se relaciona con el modo que este tribunal utilizó para cuantificar en el apartado IV el monto en concepto de ?incapacidad sobreviniente?. Así, resulta claro que no existe en el caso una diferenciación entre lo que allí se indemnizó y el tipo de reclamo que aquí se pretende. No debe perderse de vista que lo relevante no es la etiqueta bajo la cual se indemnice las consecuencias lesivas del hecho de que se trata, sino que la sustancia de lo pretendido se corresponda con el tratamiento dado en la sentencia y por ello no puedo más que proponer al Acuerdo que se confirme lo decidido a este respecto en el pronunciamiento en crisis. VII. El juez que intervino en primera instancia dispuso que las sumas otorgadas devenguen intereses conforme la tasa activa, cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conforme fallo plenario ?Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes 270 S.A. s/ ds. y ps.), desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago, con excepción de la suma otorgada para tratamiento psicológico cuyo computo ordenó que comience a partir del pronunciamiento de grado por tratarse de una erogación por realizar. La citada en garantía arguye que su aplicación configura un enriquecimiento sin causa a favor del acreedor, ya que la aplicación de la tasa prevista por el plenario desde el hecho y hasta el dictado de la sentencia, vulnera los principios del mentado plenario, ya que consagra una repotenciación exponencial del capital admitido. Argumenta que al haberse fijado los montos a valores correspondientes a la fecha del fallo, corresponde la aplicación de un interés puro a fin de evitar esa situación. Por ende, pide que se aplique una tasa de interés pura del 6%. Cita para avalar su postura diversos fallos dictados por distintas salas de esta Cámara Civil. De conformidad con la doctrina establecida por la Cámara en pleno en los autos ?Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios? en los acuerdos del 14 de octubre y 11 de noviembre de 2008 y la inteligencia atribuida a esa doctrina por esta Sala en casos como el presente (cfr. ?Aguirre Lourdes Antonia c/ Transporte Automotores Lanús Este S.A. s/ daños y perjuicios? del 17 de marzo de 2009 y sus citas; ?Martínez, Eladio Felipe c/Díaz, Hernán Reinaldo s/ daños y perjuicios? del 15 de marzo del año 2013, entre otros), entiendo que desde la producción del perjuicio hasta el pronunciamiento apelado se fije la tasa del 8% anual, como tasa pura dado que resulta suficientemente compensatoria pues se está ante una deuda de valor cuya entidad se fijó a valores correspondientes a la sentencia de grado. Esa interpretación ha sido recientemente sostenida en doctrina (cfr. Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación, t. V, pág. 158, Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 2015). A partir de allí corresponderá, entonces, que se aplique la tasa activa fijada en la sentencia. Por último, debo dejar a salvo mi criterio en cuanto al inicio del cómputo de los intereses por el tratamiento psicológico, que entiendo debiera tener inicio en la fecha del hecho, pero que la falta de cuestionamiento al respecto me impide modificar. Propongo entonces al Acuerdo, modificar la tasa de interés de acuerdo a las pautas que aquí enuncié. VIII. Por último, es dable señalar que nada corresponde decidir con relación a la reserva efectuada a los fines de ampliar la pericia contable durante la etapa de ejecución, pues es una cuestión que excede el marco de jurisdicción de tratamiento del presente recurso. Por lo expuesto propongo al Acuerdo: 1) modificar la tasa de interés aplicable, de conformidad con lo que surge del considerando VII, 2) confirmar la sentencia en todo lo demás que fue materia de no atendibles quejas y 3) imponer las costas de Alzada a los accionados por haber resultado sustancialmente vencidos (art. 68 del Código Procesal), teniendo en consideración que la falta de uniformidad de criterios en materia de intereses impide considerar a la aseguradora vencedora en ese aspecto. La Dra. Castro y el Dr. Rodríguez votaron en igual sentido y por análogas razones a las expresadas por la Dra. Guisado. Con lo que terminó el acto. EZEQUIEL J. SOBRINO REIG SECRETARIO Buenos Aires, 13 de noviembre de 2020.- Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, el tribunal RESUELVE: I) modificar la tasa de interés aplicable, de conformidad con lo que surge del considerando VII, II) confirmar la sentencia en todo lo demás que fue materia de no atendibles quejas y III) imponer las costas de Alzada a los accionados por haber resultado sustancialmente vencidos (art. 68 del Código Procesal), teniendo en consideración que la falta de uniformidad de criterios en materia de intereses impide considerar a la aseguradora vencedora en ese aspecto. El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y la sentencia se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Regístrese, notifíquese y?devuélvase.? Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, 2º párrafo del Código Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.?

PAOLA MARIANA GUISTADO - JUAN PABLO RODRÍGUEZ - PATRICIA E. CASTRO JUECES DE CÁMARA

Correlaciones: C., C. E. c/ GCBA (Hospital General de Agudos ?Dr. Teodoro Álvarez?) y otros s/daños y perjuicios - Cám. Cont. Adm. y Trib. Bs. As. (Ciudad) - Sala I - 16/03/2009 - Cita digital IUSJU062619C

002760F