

En la ciudad de La Plata, a los 24 días del mes de febrero de dos mil quince, reunidos en acuerdo ordinario el Sr. Vocal de la Sala Tercera, doctor Andrés Antonio Soto y el Sr. Presidente de la Excma. Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial, Francisco Agustín Hankovits, por integración de dicha Sala (art. 36 de la ley 5827) para pronunciar sentencia en los autos acumulados caratulados: **“Cotignola, Nilda Beatriz c/ Verzini, Eduardo Antonio y otros s/ Daños y Perjuicios; Troniani de Tabone Silvia A. c/ Centro Modelo de Diálisis SRL y otros s/ Daños y Perjuicios; Emeri, Floro Antonio c/ Centro Modelo de Diálisis SRL y otros s/ Daños y Perjuicios; Gómez, Germán Godofredo y otros c/ Verzini, Eduardo y otros s/ Daños y Perjuicios; Ferreyra, Ester Susana c/ Centro Modelo de Diálisis SRL y otros s/ Daños y Perjuicios”**, se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los artículos 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, resultando de ella que debía votar en primer término el doctor SOTO.

LA EXCMA. CAMARA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1ra. ¿Es justo el decisorio único dictado a fs. 1843/1871, aclarado a fs. 1926 y vuelta en autos Cotignola, Nilda Beatriz c/ Verzini, Eduardo Antonio y otros s/ Daños y Perjuicios y sus acumulados Troniani de Tabone Silvia A. c/ Centro Modelo de Diálisis SRL y otros s/ Daños y Perjuicios; Emeri, Floro Antonio c/ Centro Modelo de Diálisis SRL y otros s/ Daños y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Perjuicios; Gómez, Germán Godofredo y otros c/ Verzini, Eduardo y otros s/

Daños y Perjuicios; Ferreyra, Ester Susana c/ Centro Modelo de Diálisis SRL

y otros s/ Daños y Perjuicios?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA EL DOCTOR SOTO DIJO:

I) En la sentencia cuestionada la Sra. Jueza de la anterior instancia: **1)** Admitió la demanda interpuesta en autos: “Cotignola, Nilda Beatriz c/ Verzini, Eduardo Antonio y otros s/ Daños y Perjuicios”; por Nilda Beatriz Cotignola (sus herederos María Cristina, Berta Noemí, Edelma Viviana, Nilda Susana, Sandra Beatriz y Oscar Alberto Montenegro y Cotignola), contra Centro Modelo de Diálisis SRL, Eduardo Antonio Verzini (su sucesión, presentando como herederos Pablo Eduardo, Andrea Daniela, Adriana Inés, Paula Carolina y Javier Eduardo Verzini y Lidia Alicia Massera), Pablo Eduardo Verzini, Leonardo Gabriel D’Angelo, Miriam Lidia Fernández y Horacio José Iroz-, y condenó a pagar la suma de ciento ocho mil pesos (\$ 108.000), con más los intereses fijados en el III Considerando desde el 19/4/93, hasta su efectivo pago. Rechazó la demanda entablada contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires y el Instituto de Obra Médico Asistencial provincial (IOMA). Extendió la condena a “Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa de Seguros Limitada”, “Compañía Argentina de Seguros Visión S.A., en liquidación; y la “Buenos Ares Compañía de Seguros S.A.”, con los alcances reconocidos en cada uno de los contratos y al acuerdo transaccional que respecto de esta última se arribara en autos. Impuso las costas por la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

demanda que prosperó a la parte demandada y citadas en garantía, y por su orden en la parte que fue desestimada. **2)** Admitió la demanda entablada en autos “Troiani de Tabone Silvia A. c/ Centro Modelo de Diálisis SRL y otros s/ Daños y Perjuicios” por Silvia Aurora Troiani de Tabone contra los mismos demandados por la suma de ochenta y cuatro mil pesos (\$ 84.000), con más los intereses fijados precedentemente, extendiendo la condena a las citadas en garantías ya señaladas y del mismo modo. Rechazó la demanda contra el Fisco provincial e impuso las costas en el mismo sentido. **3)** Admitió la demanda entablada en autos “Emeri, Floro Antonio c/ Centro Modelo de Diálisis SRL y otros s/ Daños y Perjuicios”, por Floro Antonio Emeri –hoy su heredera Susana Inés Emeri-, contra los mismos demandados por la suma de noventa mil pesos (\$ 90.000) con más los intereses fijados precedentemente, extendiendo la condena a las citadas en garantías ya señaladas y del mismo modo. Rechazó la demanda contra el Fisco provincial e impuso las costas en el mismo sentido. **4)** Admitió la demanda entablada en autos “Gómez, Germán Godofredo y otros c/ Verzini, Eduardo y otros s/ Daños y Perjuicios”, por Germán Godofredo (hoy sus herederos Marta Susana, María de los Angeles, María Esther y Gerardo Germán Gómez contra los mismos demandados por cincuenta y dos mil ciento cincuenta pesos (\$ 52.150); y por Marta Susana, María de los Angeles, María Esther y Gerardo Germán Gómez por la suma de nueve mil setecientos cincuenta pesos a cada uno (\$ 9.750), con más los intereses fijados precedentemente (a excepción de la suma de \$ 1150, que correrán desde el 20/6/93). Extendió



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

la condena a las citadas en garantías ya señaladas y del mismo modo.

Rechazó la demanda contra el Fisco provincial y la Obra Social OSTEL, e impuso las costas por la demanda admitida a los perdedores y por la demanda rechazada en el orden causado. **5)** Admitió la demanda entablada en autos “Ferreyra, Ester Susana c/ Centro Modelo de Diálisis SRL y otros s/ Daños y Perjuicios”, por Ester Susana Ferreyra (hoy sus herederos Osvaldo Juan Ferreyra y Ester Noemí Dospital contra los mismos demandados por la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000). con más los intereses fijados precedentemente, extendiendo la condena a las citadas en garantía “Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada de Seguros” y a “Compañía Argentina de Seguros Visión S.A” –en liquidación-, con el alcance de los contratos de seguros respectivos. Rechazó la demanda contra el Fisco provincial e impuso las costas en el mismo sentido. En todos los casos difirió la regulación de honorarios para su oportunidad.

A fs. 1926 se aclaró el decisorio, dejándose establecido que en el considerando V destinado a Citación en garantía, segundo párrafo, a continuación de “Compañía de Seguros Visión S.A”. –en liquidación-, debe incluirse el siguiente párrafo: y “Acuario Compañía de Seguros S.A.” –en liquidación-; así como en la parte dispositiva en los numerales 3), 7) y 11), incluyendo a continuación de “Compañía de Seguros Visión S.A”. –en liquidación-, debe incluirse el siguiente párrafo: y “Acuario Compañía de Seguros S.A.” –en liquidación-, haciendo extensiva la condena a dicha aseguradora en los autos “Cotignola...”, “Troiani de Tabone...”, y “Emeri...”.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

II) Contra esa forma de decidir apelaron: 1) Pablo Eduardo Verzini (fs. 1872); 2) Herederos de Eduardo Verzini y Centro Modelo de Diálisis S.R.L. (fs.1874); 3) Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa de Seguros Ltda. (fs. 1876); 4) Oscar Montenegro (fs. 1902); 5) HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. (fs. 1913); 6) Herederos de Nilda Beatriz Cotignola (fs. 1915). Todas las fojas citadas pertenecen a los autos “Cotignola...”.

A fs. 2003/2004, por falta de fundamentación, se declaró desierto el recurso interpuesto por la parte actora en los autos “Troiani de Tabone c/ Centro de Diálisis s/ Daños y Perjuicios”.

III) Expresiones de agravios:

- 1. Berta Noemí, Edelma Viviana, Nilda Susana Montenegro (fs. 2034/2048, autos “Cotignola...”).**

Sintéticamente, se agravian por la desestimación de la demanda contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud y IOMA); por considerar bajos los montos otorgados por los rubros de daño a la salud, incapacidad sobreviniente, daño psicológico, lucro cesante y pérdida de chance, que fueran tratados como si fueran un solo agravio. También se agravian por la cuantificación del daño moral.

Señalan, en orden al primero de los agravios enunciados, que el Estado es responsable, dado que ha incumplido con el deber de prevención y seguridad, al no fiscalizar al Centro Modelo de Diálisis. Citan en su apoyo precedentes de jurisprudencia, normas constitucionales y sustanciales.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Respecto del IOMA, afirman que conforme a su estatuto, la entidad cumple sus obligaciones como estipulaciones a favor de terceros (art. 504, Cód. Civil), y por tanto debe responder por el incumplimiento de la prestación debida. También aluden a que el sistema de contratación es prácticamente cerrado, y dado que se trataba de una clínica modelo, la libertad de elección del afiliado se encontraba totalmente restringida, por lo que la obra social debía ejercer un contralor sobre la calidad y eficacia del servicio.

Respecto de los rubros indemnizatorios, señalan que la a quo los trató en forma conjunta y que los montos asignados por daño a la salud, incapacidad sobreviniente, daño psicológico, lucro cesante y pérdida de chance no se corresponden a las prueba producidas. Por último se agravian por la cuantificación del daño moral.

2. María Cristina y Sandra Beatriz Montenegro (fs. 2048 y vta., autos “Cotignola...”).

La queja reposa, exclusivamente, en la cuantificación de los rubros indemnizatorios de daño a la salud, incapacidad sobreviniente, daño psicológico, lucro cesante, pérdida de chance y daño moral, remitiendo a los argumentos vertidos en la pieza recursiva precedentemente referenciada.

3. Oscar Montenegro (fs. 2049/2053, autos “Cotignola...”).

El primero de los agravios se dirige a cuestionar el monto de reparación establecido por daño patrimonial, al que considera exiguu, violando el principio de reparación integral. Fundamenta su queja en circunstancias fácticas que considera adecuadamente acreditadas.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

También estima reducida la indemnización fijada por el daño moral, aludiendo al quebranto espiritual padecido.

Por último, sostiene que debe modificarse el tipo de interés establecido (tasa pasiva), debiendo fijarse la tasa de interés activa que aplica el banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de descuentos.

4. Germán Godofredo, Marta Susana, María de los Ángeles, María Esther y Gerardo Germán Gómez (fs. 2054/2059 y vta., autos “Gómez...”).

Cuestionan la cuantificación de los montos asignados por los rubros valor vida y daño moral. Seguidamente pormenorizan acerca de la escasa cuantificación, formulando análisis sustentados en jurisprudencia y en consideraciones de orden económico.

También critican la desestimación de la demanda respecto de OSTEL, afincando la queja en que dicha entidad no acreditó que se tratara de un sistema asistencial abierto, y que, aún así, ello no es suficiente para excluir de responsabilidad a dicha obra social.

5. Pablo Verzini (fs. 2060/2064, autos Cotignola c/ Verzini y acumulados: “Troiani de Tabone...”; Gómez...”; “Emeri...”; “Ferreyra...”).

Se agravia por la falta de análisis individual de la responsabilidad atribuida. Señala que su actuación como médico careció de relación causal con los daños verificados; y puesto que no tenía nadie a cargo, no responde



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

por la conducta de los demás. Sustenta su afirmación en el examen de las pruebas confesional y pericial rendidas.

6. Centro Modelo de Diálisis S.R.L. y Herederos de Eduardo Verzini (autos “Ferreyra, Ester Susana...” fs. 2065/2072).

Funda su queja en la ausencia de nexo causal entre el hecho y perjuicio sufrido y la ausencia de consideración de la chance de curación en la cuantificación de condena.

En orden al primero de los agravios, sostiene no media entre el nosocomio demandado y el actor una relación fáctico jurídica que llevara a la producción del daño. En particular, si bien el perito médico indica que éste contrajo el virus HIV, no tuvo la enfermedad denominada SIDA. Asimismo, la sentencia atribuye al Dr. Eduardo Verzini el papel de Director del establecimiento y Jefe del equipo médico, no estando debidamente encuadrado jurídicamente el último rol referenciado. Sustenta la afirmación en que los médicos actuaban con cierta independencia, de manera que no se conformaba un equipo médico.

Respecto del segundo agravio, afirma que, dado que el paciente (Ester Ferreyra), padecía una enfermedad renal grave, la indemnización debe ser fijada en relación a la chance de curación, y no en base al perjuicio efectivamente sufrido, en el que ha influido su propia enfermedad.

7. Centro Modelo de Diálisis S.R.L. y Herederos de Eduardo Verzini (autos “Troiani de Tabone, Silvia Aurora ...” fs. 2073/2082).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Funda su queja en la ausencia de nexo causal entre el hecho y perjuicio sufrido; el efecto extintivo que produjo la transacción celebrada entre el ayer actor y la Aseguradora “La Buenos Aires Compañía de Seguros”; y la ausencia de consideración de la chance de curación en la cuantificación de condena.

En orden al primero de los agravios, sostiene que teniendo en cuenta los antecedentes del fallecido Sr. Tabone, quien se había jubilado por incapacidad, en razón de una insuficiencia renal que fue calificada como enfermedad terminal, no surge de la prueba producida que la causa de muerte radique en la atención prestada en la institución demandada.

Señala asimismo que la sentencia atribuye al Dr. Eduardo Verzini el papel de Director del establecimiento y Jefe del equipo médico, no estando debidamente encuadrado jurídicamente el último rol referenciado. Sustenta la afirmación en que los médicos actuaban con cierta independencia, de manera que no se conformaba un equipo médico.

Respecto del segundo agravio, señala que la parte actora celebró un acuerdo transaccional con la compañía de seguros HSBC La Buenos Aires Compañía de Seguros; que el recurrente oportunamente invocó lo dispuesto en el art. 853 del Código Civil y prestó adhesión a esa transacción, por ello considera que la obligación del sujeto plural se extinguió.

Por último, afirma que puesto que el Sr. Tabone, padecía una enfermedad renal grave, la indemnización debe ser fijada en relación a la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

chance de curación, y no en base al perjuicio efectivamente sufrido, en el que ha influido su propia dolencia.

8. Centro Modelo de Diálisis S.R.L. y Herederos de Eduardo Verzini (autos “Emeri Floro Antonio ...” fs. 2083/2091).

Los agravios son sustancialmente idénticos a los explicitados en el acápite precedente, por lo que en honor a la brevedad, allí se remite.

9. Centro Modelo de Diálisis S.R.L. y Herederos de Eduardo Verzini (autos “Cotignola Nilda ...” fs. 2092/2100)

Fundan su queja en la ausencia de nexo causal entre el hecho y perjuicio sufrido; el efecto extintivo que produjo la transacción celebrada entre el ayer actor y la Aseguradora “La Buenos Aires Compañía de Seguros”; y la ausencia de consideración de la chance de curación en la cuantificación de condena.

En orden al primero de los agravios, sostienen que no se acreditó en autos el vínculo causal configurativo de la responsabilidad. Señala asimismo que la sentencia atribuye al Dr. Eduardo Verzini el papel de Director del establecimiento y Jefe del equipo médico, no estando debidamente encuadrado jurídicamente el último rol referenciado. Sustentan la afirmación en que los médicos actuaban con cierta independencia, de manera que no se conformaba un equipo médico.

Respecto del segundo agravio, pormenorizan que la parte actora celebró un acuerdo transaccional con la compañía de seguros HSBC La Buenos Aires Compañía de Seguros; que el recurrente oportunamente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

invocó lo dispuesto en el art. 853 del Código Civil y prestó adhesión a esa transacción, por ello consideran que la obligación del sujeto plural se extinguió.

Por último, afirman que puesto que la Sra. Cotignola, padecía una enfermedad renal grave, la indemnización debe ser fijada en relación a la chance de curación, y no en base al perjuicio efectivamente sufrido, en el que ha influido su propia dolencia.

10. Centro Modelo de Diálisis S.R.L. y Herederos de Eduardo Verzini (autos “Gómez, Germán Godofredo ...” fs. 2101/2110).

Fundan su queja en la ausencia de nexo causal entre el hecho y perjuicio sufrido; el efecto extintivo que produjo la transacción celebrada entre el ayer actor y la Aseguradora “La Buenos Aires Compañía de Seguros”; y la ausencia de consideración de la chance de curación en la cuantificación de condena.

En orden al primero de los agravios, sostienen que no se acreditó en autos el vínculo causal configurativo de la responsabilidad. Agregan que la Sra. Miguez llevaba años sometiéndose al proceso de diálisis y no se ha probado que el deceso haya tenido causa en la atención prestada. Señalan asimismo que la sentencia atribuye al Dr. Eduardo Verzini el papel de Director del establecimiento y Jefe del equipo médico, no estando debidamente encuadrado jurídicamente el último rol referenciado. Sustentan la afirmación en que los médicos actuaban con cierta independencia, de manera que no se conformaba un equipo médico.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Respecto del segundo agravio, pormenorizan que la parte actora celebró un acuerdo transaccional con la compañía de seguros HSBC La Buenos Aires Compañía de Seguros; que tal negocio, dado que la condena impone que todos son obligados “in solidum”; que el recurrente oportunamente invocó lo dispuesto en el art. 853 del Código Civil y prestó adhesión a esa transacción, la obligación del sujeto plural se extinguió.

Por último, afirman que puesto que la Sra. Miguez padecía una enfermedad renal grave, la indemnización debe ser fijada en relación a la chance de curación, y no en base al perjuicio efectivamente sufrido, en el que ha influido su propia enfermedad.

11. Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada (autos Cotignola c/ Verzini y acumulados: “Troiani de Tabone...”; Gómez...”; “Emeri...”; “Ferreyra...”; fs. 2111/2115).

Esta recurrente se agravia por la extensión que -de la condena formulada en el decisorio en crisis- le fue impuesta.

Como sustento, refiere que lo ligaba un contrato de seguro con el Dr. Pablo Eduardo Verzini. Sin embargo, en cada uno de los casos acumulados resueltos, las previsiones contractuales excluyen la posibilidad jurídica de la extensión de los efectos de la responsabilidad atribuida al médico demandado.

12. HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. (autos “Cotignola c/ Verzini y acumulados: Troiani de Tabone...”; “Gómez...”; “Emeri...”; fs. 2116/2118)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Se agravia por la extensión de la condena a pesar de la existencia de acuerdos transaccionales celebrados, homologados y ejecutados en las causas citadas.

A partir de esta circunstancia, la recurrente desarrolla la crítica, puntualizando que la sentencia resulta contradictoria y arbitraria.

IV) A fs. 2135/2160; 2163/2164; 2168/2170; 2187/2193, fueron replicados los agravios enunciados en el acápite precedente.

V) Con el cometido de abordar adecuadamente los agravios vertidos en los cinco expedientes acumulados, se impone metodológicamente, principiar por las críticas referidas a las responsabilidades adjudicadas, el nexo de causalidad, la extensión de las condenas y la tasa de interés objetada, para luego ingresar a los aspectos cuantitativos de las condenas recaídas (arts. 168, 171, Constitución Provincial; 34, inc. 4º, 164, 266 C. Proc.).

A tales fines, los planteos formulados acerca de la insuficiencia técnica de las expresiones de agravios no serán compartidos (v. fs. 2135/2136 vta., 2138/2139, 2187/2188). Es que como reiteradamente ha decidido esta Sala, la existencia en torno al cumplimiento de los recaudos de la expresión de agravios no debe ser tan rigurosa y estricta como para arribar a la deserción cuando exista un mínimo de ataque a la sentencia que sirva para justificar la efectiva salvaguarda del principio constitucional de defensa en juicio (arts. 18 C.N.; 260 y 261 -texto y doctrina- C. Proc.; esta Sala, causas B-82.689, RSD. 121/96, B- 80.424, RSD 30/95; e.o.). Y,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

consectariamente, la sanción prevista por el art. 261 del código citado debe interpretarse con criterio restrictivo a fin de mantener intacta, en la medida de lo posible, la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18 C.N.; 15 C.P.B.A.; esta Sala causas B-80.228, RSD 84/95; B-78.321 del 27-5-94; 104.260, RSD 47/10, e.o.).

VI) Expresiones de agravios formuladas por el Centro Modelo de Diálisis S.R.L. y Herederos de Eduardo Antonio Verzini (puntos 6 a 10 del III acápite): Se presentan homogéneas y referidas a aspectos sustanciales de la responsabilidad atribuida por el decisorio apelado.

VI. a) En tal sentido, en autos caratulados “Emeri Floro Antonio ...” y “Cotignola Nilda ...”; el argumento que utilizan los apelantes, luego de exponer autorizada doctrina científica y jurisprudencial sobre el vínculo causal, es: *“En el supuesto de autos no surge que entre la sociedad “Centro Modelo de diálisis S.R.L, como propietaria del Establecimiento Asistencial, mediara relación fáctica jurídica con el actor que llevara a producir el daño.”* (v. fs. 2086 vta. in fine/2087, primer párrafo; 2096, segundo párrafo).

Sin embargo, la señora Jueza de la precedente instancia, pormenorizó que *“...teniendo para mí que la prestación médica asumida como obligación primaria por parte del equipo médico (...) bien puede ser conceptualizada como una actividad riesgosa –pues en el proceso de diálisis no hay una cosa identificada como tal pero sí un cúmulo de cosas y/o materiales cuya manipulación sin duda despliega el riesgo de contagio, máxime cuando existen expresas normas de bioseguridad tendientes a*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

acotar y prevenir tal riesgo-, lo cierto es que un detenido análisis de las historias clínicas secuestradas en la causa penal demuestran que los pacientes Cotignola, Emeri, Tabone, Miguez y Ferreyra al tiempo de iniciar su tratamiento de hemodiálisis no eran portadores de los virus HIV y HCV, o por lo menos el Centro Modelo de Diálisis omitió realizar los estudios pertinentes para descartar la presencia de ellos al tiempo de admitirlos como tales (...), en tanto que las serologías practicadas sobre los mismos incluso antes de aquellas que se efectivizaran con motivo de la intervención dispuesta por el Ministerio de Salud Provincial (...) arrojaron resultados positivos, circunstancia que de por sí sola evidencia el incumplimiento de aquella obligación de seguridad originariamente comprometida, máxime cuando el sector pasivo pretende exonerarse de responsabilidad sobre la base de hipótesis acerca de la vida íntima de los accionantes que lejos de hallar algún asidero, permanece indemostrada en la causa (...) a pesar del esfuerzo desplegado (...) no logra comprobarse que en el Centro Modelo de Diálisis (...) se observaban celosamente las normas de bioseguridad vigentes, ya que los testimonios logrados en sede penal (...) dan cuenta del uso de jeringas de vidrio sin encontrarse asignada a paciente alguno, como así el de guantes de látex que eran reemplazados recién cuando se rompían, incluso el Dr. D'Angelo (...) reconoce que no se cambiaba los guantes entre pacientes, sino que se lavaba las manos con ellos colocados (...) tampoco se encuentra acreditado que en dicho centro se adoptaran las más mínimas normas de profilaxis adecuada para el tipo de tarea que allí se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

desplegaba, ya que si bien tanto los médicos, como los técnicos, auxiliares, mucamas e incluso personal administrativo, son contestes en describir las mezclas y soluciones utilizadas para esterilizar los distintos elementos reutilizados en el proceso de diálisis, llama poderosamente la atención que ninguno de ellos y más aún su Director y Jefe del equipo médico, pueda decir a ciencia cierta, cuál es de los galenos era el encargado de controlar dichas mezclas y/o preparaciones cumplieran la finalidad para la cual eran realizadas y, a todo evento si ese control era realizado, tampoco se desprende de la causa con qué frecuencia se efectuaba el mismo (...) idéntica situación acontece con el control de esterilidad de los filtros pues si bien el director del Centro sostiene que el análisis de los mismos se efectuaba de manera periódica, no existe prueba documental que (...) pudiera comprobar con la certeza que el caso requiere, que en verdad dicho control era realizado (...) se suma que, el periodo de desinfección de las máquinas entre turno y turno –no más de media hora según los cálculos más favorables a la tesis de los accionados- no se condice con los tiempos que aconsejaba la praxis médica de aquella época –mínimo una hora (...)- forzoso es concluir en que la actitud negligente o al menos poco diligente de los galenos encargados de dispensar el tratamiento de hemodiálisis (...) encaminada al efectivo control de esterilidad de los elementos empleados en dicho proceso, o en la adopción de medidas de profilaxis tendientes a evitar un riesgo injustificado, ha sido la causa eficiente del resultado disvalioso objeto del reclamo...” (v. fs. 1858/1859)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Se evidencia ante la lectura propuesta que la crítica intentada se desvincula de las razones brindadas por el decisorio, puesto que pasa completamente por alto las medulosas explicaciones acerca de la causa adecuada del contagio de las graves enfermedades –HIV y HCV- padecidas por los accionantes.

Es desde tales explicaciones que se exponen razones suficientes, las cuales –se reitera- no son refutadas, en infracción a lo normado por el artículo 260 de la ley procesal.

En ese discurrir, recuérdese que el Tribunal de apelación tiene la función de contralor y de revisión, a partir de los puntos que le han sido sometidos por escrito de agravios, que debe ser una alegación fundada, demostrativa de los errores del fallo que se ataca, pues el juicio de apelación, comienza con esa pieza que hace las veces de demanda que se abre después de la sentencia (cfr. IBAÑEZ FROCHAM, "Los recursos en el proceso civil", p. 50; arts. 260 y 261 -texto y doctrina- C.P.C.C.; esta Sala, causa 89.388, reg.int. 460/99, e.o.); de allí que el ámbito objetivo de la apelación es el que le proporciona la pretensión del recurrente (SCBA, Ac. y Sent. 1961-IV-564; esta Sala, causas B-81.255, reg. sent. 209/95; B-82.815, reg. int. 166/96 y B-85.969, reg. int 256/97, e.o.).

Y si bien es cierto que el temperamento de falencias en su fundamentación ha de aplicarse con criterio restrictivo por hallarse en juego la garantía constitucional de la defensa en juicio (esta Sala, causas B-65.468, reg. sent. 278/88, B-69.954 reg. sent. 182/90 y B-84.768 reg. int.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

4/97 e.o), debiendo estarse aún en caso de duda por la consideración del mismo (esta Sala, causas B-69.425, reg. sent. 142/90 y B-69.804 reg sent. 176/90), no lo es menos que, el memorial de agravios como carga procesal y a efectos de que cumpla con su finalidad requiere de una articulación seria, fundada, concreta y objetiva que patentice el error o la injusticia de la decisión apelada (arts. 246 y 260, C. Proc.; conf. Morello, Sosa, Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Bs. As. y de la Nación, 2° ed., v. III p. 91; esta Sala, causas B-71.411 reg. sent. 90/91, B-79.291 reg. int. 563/94 y B-79.202 reg. int. 582/94).

Es que expresar agravios importa refutar y poner de relieve los errores de hecho o de derecho que a juicio del recurrente contiene la resolución atacada, y la impugnación que se intente contra esta última, debe hacerse de modo de rebatir todos los fundamentos esenciales que le sirven de apoyo (esta Sala, causas B-68.883 reg. sent. 27/90 y B-81.820 reg. int. 466/95).

Así, resulta insuficiente el memorial de agravios que no se hace cargo de los fundamentos o premisas conclusivas de la decisión apelada (esta Sala, causas B-69.399 reg. sent. 122/90 e.o.), o bien que transita por carriles distintos a los que vertebra el fallo y se desentiende de la estructura argumental y jurídica del mismo (SCBA, causas Ac. 35.483 del 14-I-86; Ac. 45.260 del 27-VIII-91 y Ac. 50.652 del 29-III-94) o bien que reitera lo expuesto en escritos anteriores sin aportar nada nuevo (SCBA, LL. 70 p.406;



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

esta Sala, causas B-70.627 reg. sent. 13/91; B-71.610 reg. sent. 168/92 y B-80.694 reg. int. 362/95; 105.539 reg. sent. 225/05).

Con el alcance que dan las razones expuestas, propongo la desestimación de estos agravios (arts. 260 y 266, C. Proc.).

VI. b) En los autos caratulados “Ferreira, Ester Susana...”, los apelantes, además de exponer sobre la ya señalada ausencia de relación fáctica-jurídica, sostuvieron: “*En particular, si bien la perito médico indica que la actora había contraído el virus HIV, la misma no tuvo la enfermedad denominada “SIDA”. Por lo cual no aparece el perjuicio derivado de dicho mal.*” (v. fs. 2068 vta., segundo y tercer párrafos).

Debe explicitarse, y sin perjuicio del alcance de las consideraciones del a quo que arriban firmes a esta instancia –tal lo dicho en el acápite **VI.a)**-, que la valoración del peritaje llevado a cabo por la perito médico Adriana E. Cucchetti (fs. 653/654 y ampliación de fs. 665 en autos “Ferreira...), conducen también a desestimar esta queja (arts. 384 y 474, C. Proc.).

Dictaminó la experta –en opinión que no fue oportunamente objetada-, que Ester Susana Ferreira era portadora de del virus HIV, y que también se hallaba infectada del virus de la hepatitis C. La presencia de ambos virus importaba una afectación a la salud de la infortunada Ferreira (fs. 653, puntos a) y b). En orden a la hepatitis C, explicó que quien se infecta con este virus adquiere una infección frecuentemente asintomática, y es una de las principales causas de enfermedad hepática crónica. La expectativa de vida estará condicionada al curso natural de esta enfermedad y la evolución



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

a diferentes patologías, como la cirrosis hepática, cáncer hepático hacia la hepatitis crónica persistente (fs. 654). Abundó, luego de examinar a Ferreyra (fs. 665) que se encontraba en regular estado general, sin interurrencias médicas relacionadas con su enfermedad de base.

Se infiere del relato pericial precedente, que –como fuera dicho en la sentencia en crisis-, además del virus HIV, se produjo la transmisión del virus de hepatitis C, lo que conduce a un grave padecimiento de secuelas múltiples. Este aspecto –inadvertido en la pieza recursiva-, constituye un elemento gravitante en la configuración del daño receptado por el a quo, por lo que, si mi opinión es compartida, deberá desestimarse esta crítica (arts. 260, 266, 384 y 474, C: Proc.; 901, Código Civil).

VI. c) En los autos “Troiani de Tabone, Silvia Aurora ...” afirmaron los apelantes que no se comprueba una relación fáctica jurídica que condujera al deceso del Sr. Tabone, resaltando la enfermedad terminal que fuera oportunamente calificada a fin de ser jubilado por incapacidad; y que, aún asumiendo por hipótesis el contagio de HIV, no se acreditó que ello se vincule con la muerte del Sr. Tabone (v. fs. 2077, segundo, tercer y cuarto párrafos).

También son pertinentes las consideraciones señaladas en el acápite **VI. a)**, sobre la materia decisoria que llega firme a esta instancia.

Asimismo, a fs. 854/864 de la causa penal nº 14.172 que tengo a la vista en este acto, se agrega el estudio de autopsia realizado sobre el cadáver de Ricardo Tabone. Las conclusiones que emergen de dicho



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

peritaje señalan que se verificó un fallo renal crónico, y como consecuencia un fallo cardiovascular y multiparenquimatoso, a resultas de lo cual se produce el deceso. Al elaborar la causa mediata o básica de la muerte, en base a los datos obtenidos de la diligencia de autopsia -entre lo que figura la extracción de sangre para detección de S.I.D.A.), se indican dos patologías posibles para esa respuesta: insuficiencia renal crónica y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.

Se extrae de este peritaje médico (autopsia), que el contagio de esta enfermedad fue ubicada, al menos, como factor concausal del deceso de Tabone, aspecto que no pasó por alto la Jueza de grado, puesto que -a fin de fijar las indemnizaciones-, explicitó la consideración de las enfermedades de base que presentaban las víctimas (fs. 1862, segundo párrafo; arts. 384, 474, C. Proc.; 901, Código Civil).

Las explicaciones vertidas permiten desestimar, como se evidencia, esta parcela de agravios, lo que así dejó propuesto al Acuerdo (arts. 260 y 266, C. Proc.).

VI. d) En los autos “Gómez, Germán Godofredo ...” afirmaron los apelantes que no se comprueba una relación fáctica jurídica que condujera al deceso de la Sra. Miguez, resaltando que llevaba varios años sometándose a diálisis, y que, aún asumiendo por hipótesis el contagio de HIV, no se acreditó que ello se vincule con la muerte de la causante (v. fs. 2105, segundo, tercer y cuarto párrafos).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Como se viene señalando, en primer lugar debe puntualizarse que la relación fáctica jurídica arriba firme a esta instancia, como fue dicho en el acápite **V. a)**.

Atendiendo a los demás agravios, se aprecia en el incidente de medida cautelar introducido en sede penal por los accionantes –que tengo a la vista en este acto-, que a fs. 13 y 14 se agregaron copias del diagnóstico seriológico para anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, con resultado positivo. A resultas de ello, el Juez Guillermo Labombarda señaló que “...de ameritar la edad de la víctima, la circunstancias de haber expuesto a su familia al contagio a partir de su seropositividad (HIV)...”, para luego admitir las medidas de embargo e inhibición contra los imputados, codemandados en autos (v. fs. 82, causa cit.), de donde se infiere también la incidencia perjudicial de la conducta médica en juzgamiento, sobre la salud de la infortunada paciente.

En otro orden, y si bien en estos autos no se llevó a cabo un informe pericial médico, ello no obsta a que las conclusiones de la experta médica referenciadas en el acápite **VI. b)**, en orden a que la presencia del virus importa un daño a la salud, sea de aplicación para el esclarecimiento de los hechos aquí introducidos, dado que se trata de una misma patología (arts. 384 y 474, C. Proc.).

En el mismo sentido se expidió la médica de policía Dra. Silvina Cabrera –al referirse a la autopsia de Tabone-, cuando respondió afirmativamente a la pregunta sobre si la existencia o portación del HIV sin



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

evidencias clínicas constituye una enfermedad o daño a la salud. Abundó indicando *“Que una vez que se toma contacto con el Virus los antígenos y anticuerpos comienzan a multiplicarse y permanecen durante tiempos variables hasta la aparición del cuadro Clínico, conforme a dicho razonamiento existe una contradicción afirmar que un portador asintomático es sano.”* (fs. 1206, causa penal). Coincidió con este punto de vista la médica legista Dra. María Andrea Noms, quien ante la misma pregunta sostuvo: *“Que la define como una enfermedad sub-clínica, como que en cualquier momento puede desarrollar la sintomatología de una enfermedad.”* (fs. 1208, causa penal).

Por consiguiente, dado la coincidencia de las opiniones médicas sobre que el contagio del virus del HIV constituye en sí mismo una enfermedad o daño a la salud, se verifica en la especie un factor concausal del deceso de Míguez, lo que fue contemplado por la Jueza de grado al fijar las indemnizaciones (fs. 1862, segundo párrafo; arts. 384, 456, 474, C. Proc.; 901, Código Civil).

Desde estas justificaciones propongo a mi distinguido colega el rechazo de los agravios tratados (arts. 266 y 272, C. Proc.).

VI. e) Permanece igualmente enhiesta la responsabilidad atribuida al ya fallecido Dr. Eduardo Antonio Verzini puesto que la sentencia en crisis le otorgó un doble papel -Director del establecimiento médico y Jefe del equipo-, y en virtud de tal adjudicación estableció su responsabilidad. Se agregan a las conclusiones decisorias consolidadas por falta de ataque



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

señaladas precedentemente, otras específicas sobre el doble rol explicitado:

“...el Dr. Eduardo Verzini, en su doble carácter de director del CMD y jefe del equipo, asumió en forma directa frente a los pacientes que concurrían al establecimiento codemandado, dos obligaciones básicas, una primaria o típica que se despliega en dirección a colmar el objeto del negocio jurídico concertado –brindar el tratamiento de hemodiálisis- y otra, anexa –expresa o tácita- del deber primario, pero independiente en relación al mismo, denominada de seguridad (obligación de resultados), por medio del cual el deudor garantiza al acreedor la indemnidad de su persona...” (v. fs. 1856 vta., segundo párrafo). Más adelante explicó el quo que “...Eduardo Verzini ocultó a sus pacientes y familiares, como así al Ministerio de Salud Provincial, en forma deliberada, la información sobre los contagios acaecidos (...) violando de esta manera expresa normas de la ley 23.798, revelan negligencia o desidia en el accionar del órgano directivo del Centro asistencial codemandado, pues su silencio lejos de poder ser conceptuado como una simple falta administrativa, agravó el riesgo de contagio de virus – HIV-1 y HIC- (...) la actitud observada por el Dr. Eduardo Verzini frente al HIV y las serologías positivas detectadas (...) llama poderosamente la atención (...) pues, su férrea convicción científica en torno a que el virus HIV-SIDA no era lo que afirmaba la mayoría de los círculos médicos autorizados, o la intención de evitarles a aquellos pacientes con tales resultados los padecimientos (...) que él mismo dice experimentó frente a un test que fuera falso positivo (...) no justifica en modo alguno, el no haber



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

dispuesto todas las medidas necesarias (...) como para confirmar dichos resultados de manera diligente (...) y mucho menos, omitir comunicar dicha situación tanto a los pacientes y/o familiares y a la autoridad de contralor...”

No obstante este orden de razones, los apelantes solamente desarrollan sus críticas acerca del asignado papel de Jefe del equipo médico (v. fs. 2069 último párrafo; 2078, tercer párrafo; 2087 vta., tercer párrafo; 2096 vta., tercer párrafo, y 2106 tercer párrafo).

Consecuentemente, es estéril el remedio intentado en esta parcela, puesto que al limitar sus esfuerzos a rebatir solamente los argumentos desarrollados acerca de la calidad del Dr. Eduardo Verzini como Jefe del equipo médico, eludiendo las indispensables objeciones en orden a la calidad de Director del establecimiento, el último concepto esbozado arriba firme a esta instancia, siendo por tanto aplicable la doctrina desarrollado en el acápite precedente, lo que así propongo al Acuerdo (arts. 260, 266 y 272, C. Proc.).

VII) Agravios de Pablo Eduardo Verzini.

Sustancialmente, la queja cuestiona la ausencia de análisis individual de su actuación como galeno.

En tal sentido, ciertamente la obligación contractualmente asumida por el médico aquí codemandado, consiste en una "obligación de medios", caracterización que cobra capital importancia en el terreno de la prueba, pues si la obligación es tan sólo la de conducirse con prudencia y diligencia, se torna necesario un examen de la conducta del deudor; en efecto, cuando



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

el resultado previsto no se ha obtenido, el acreedor, para demostrar que la obligación no se ha cumplido, debe probar que el deudor no se ha comportado con la prudencia y la diligencia a las que estaba obligado; la prueba de una imprudencia o negligencia del deudor está a cargo del acreedor (Mazeaud-Tunc, Tratado, I 1, nros. 103-102 y ss, p. 126 y ss; Mazeaud, Lecciones, II, 1, nro. 21, pág. 21; cit. por Belluscio-Zannoni, "Código Civil...", comentario de Jorge A. Mayo, T. II, p. 640, com. art. 512), solución que acepta la mayoría de la doctrina nacional (ob. cit., pág. 641, parág. 40; esta Sala, causas 106.586, RSD 203/06; 105.096, RSD 141/06; 113.437, RSD 42/12).

Sin embargo, este razonamiento no agota el caso en estudio, puesto que, tal como ha señalado la Sra. Jueza de la etapa precedente –en consideraciones que arriban firmes a esta instancia revisora, art. 272, C. Proc.-, se ha evidenciado en autos una numerosa serie de actos negligentes vinculados con las diferentes fases de los tratamientos, especialmente en lo relativo a los cuidados profilácticos de los elementos con que se practicaban las diálisis, así como el tiempo de desinfección de las máquinas con las que se llevaban a cabo dichos tratamientos.

A su vez, si bien no se ha determinado el grado preciso de participación de cada uno de los médicos demandados –aquí radica el agravio-, arriba firme a esta instancia la participación del galeno en la atención de las víctimas, lo que conduce en la especie a la configuración de la responsabilidad colectiva.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

En efecto, dado que no es posible establecer la precisa autoría del daño causado, la responsabilidad será de todos los médicos, a excepción de que alguno de ellos –en el caso Pablo Eduardo Verzini-, acredite que no ocasionó el perjuicio, lo que no ha sucedido (art. 375, C. Proc.; Alberto J. Bueres, citado por Ricardo Luis Lorenzetti, “La Empresa Médica”, ed. Rubinzal Culzoni, año 1988, p. 290).

La configuración de este especial supuesto de responsabilidad ha sido adoptado por la Corte provincial. Con voto del Dr. Francisco Roncoroni (causa C. 94.618, sent. del 11-IV-2007) al sostener que *“Es que, la otra alternativa, la irresponsabilidad de todos los participantes en la actividad riesgosa del grupo, dejaría lastimada y sin indemnización a la primera, por quedar el autor del daño oculto en el anonimato del conjunto. Cuando la prueba de la culpa es inexistente (art. 1109, Código Civil), corresponde la solución que nos brindan los arts. 95 del Código Penal y 1119 y 1121 del Código Civil ensamblados por las coordenadas del espíritu de la ley, la analogía jurídica y el principio general de justicia, normas que permiten estructurar un sistema de responsabilidad colectiva, que se actúa siempre que concurren los siguientes requisitos: a) falta de individualización del autor del daño o de la cosa dañosa; b) participación de los responsables en el accionar culposo o riesgoso del grupo; e) relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo; d) exclusión de responsabilidad para quien pruebe que aún participando en la acción del grupo no causó el daño. Al permanecer ignoradas y sin individualizar el arma dañina y la persona que*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

la empuñaba, el juicio de responsabilidad se está moviendo en un escaño anterior al de la culpabilidad, cual lo es la determinación y prueba de la relación causal, ya que uno de los extremos de tal relación (el que ocupa el arma o el autor del daño) se pierde tras el velo del anonimato. De allí que aquella sospecha sobre todos y cada uno de los integrantes del grupo no germina por la actuación de una presunción de culpabilidad sino de una presunción de causalidad o de autoría en contra de todos los integrantes del grupo, hasta tanto no se pruebe por uno o alguno de ellos que no participó en la producción del daño, o dicho de otra manera, que el mismo fue concretamente provocado por una determinada persona del grupo o por un tercero (doct. art. 1119, Código Civil)”.

Y continúa, con cita de Bustamante Alsina: *“en la responsabilidad colectiva el autor del daño no resulta individualizado y por ello deben responder todos los que participaron en el hecho o integraron simplemente el grupo de donde se originó el perjuicio. El hecho de su intervención en la acción del grupo resulta entonces suficiente para atribuir responsabilidad sin autoría material y por consiguiente sin imputabilidad moral. Su individualidad se pierde en el grupo que integra y la sola demostración de la relación causal del daño con la acción del grupo impregna a todos de la responsabilidad que colectivamente corresponde a éste. Su culpa, si alguna tiene, no es haber causado el daño que permanece anónimo, sino en haber formado parte del grupo de donde partió el perjuicio. Esta responsabilidad*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

colectiva de carácter objetiva halla fundamento en el riesgo creado por la acción del grupo, sea esta lícita o ilícita.”

Mutatis mutandis, la explicitada doctrina es aplicable a estos autos, puesto que los médicos demandados conformaban un grupo de galenos dedicados a la lícita actividad de curar, producto de la cual se han producido los ingentes daños que motivaran estos litigios. Vale decir que los hechos relevantes del supuesto citado y los de autos son compatibles entre sí, lo que permite, analógicamente, aplicar en la especie los argumentos utilizados por la Corte Provincial en el caso de responsabilidad colectiva citado (arg. art. 161, inc. 3.a, Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

VIII) Agravios vertidos en los puntos 7, 8, 9 y 10 del tercer acápite, respecto de los efectos extintivos de la transacción.

Otro de los agravios que en común emergen de las piezas recursivas elaboradas por Centro Modelo de Diálisis S.R.L. y Herederos de Eduardo Verzini en autos “Troiani de Tabone, Silvia Aurora ...”; “Emeri Floro Antonio ...”; “Cotignola Nilda ...”, y “Gómez, Germán Godofredo ...”, es el relativo al pretendido efecto extintivo que produjo la transacción celebrada entre los actores y Aseguradora “La Buenos Aires Compañía de Seguros”, hoy HSBC, La Buenos Aires Seguros S.A.

Como puede verse en cada uno de los expedientes (fs 841/842; 835/837; 1658/1660; 1058/1060, respectivamente), los accionantes y la mencionada compañía de seguros suscribieron un acuerdo transaccional por el cual, merced a una suma de dinero que pagara la citada en garantía,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

extinguieron las relaciones litigiosas pendientes en cada causa. Dicho negocio alcanzó igualmente a los médicos codemandados asegurados, Carlos D'Angelo, Horacio Iroz y Miriam Lidia Fernández. También se estipuló que los accionantes mantenían los reclamos contra los demás codemandados.

El acuerdo fue sustanciado con los restantes codemandados, a resultas de lo cual, el apelante expuso que el Dr. Eduardo Antonio Verzini (causante de los herederos que representa) era integrante del grupo de solidaridad pasiva demandado en autos, y en atención a lo normado por el artículo 853 del Código Civil, sus mandantes adherían a los términos de la transacción. Consecuentemente, el proceso debía concluir conforme lo establecido por el artículo 308 del Código Procesal Civil y Comercial.

La petición de adhesión a la transacción fue desestimada por el iudex a quo (v. fs. 958/959 vta.; 943/945 vta.; 1730/1732 vta., y 1136/1138, respectivamente), en sendos decisorios homologatorios que adquirieron firmeza. En los autos "Emery...", la decisión fue consentida por el recurrente; mientras que en los autos "Troiani de Tabone, Silvia Aurora ..."; "Cotignola Nilda ...", y "Gómez, Germán Godofredo ...", dichas resoluciones fueron apeladas, y a su turno confirmadas por este Tribunal, con distinta integración (v. fs. 999/1002; 1789/1792, y 1183/1186 vta.).

Los argumentos utilizados por la Sra. Jueza de la instancia precedente pueden explicarse del siguiente modo: **a)** el acuerdo constituye una *res inter alios acta* respecto de los demandados que no participaron en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

dicho negocio jurídico, y **b)** carece, asimismo, de incidencia dirimente en la acción o en la cuantía indemnizatoria respecto de los demás litisconsortes, puesto que si la obligación fuera solidaria, la remisión de la deuda por el acreedor fue sólo parcial; y si la obligación fuera concurrente o in solidum, dado que las deudas son independientes, las pretensiones no se afectarían recíprocamente.

Así señalados los argumentos sustanciales vertidos por el apelante y el sentenciante, sucesivamente, se destaca con nitidez que la materia del agravio está sometida a los efectos de la cosa juzgada.

Ello se puntualiza, por cuanto, como ya ha señalado esta Sala, el precepto de autoridad de la cosa juzgada responde a la necesidad que el orden y la paz reinen en la sociedad poniendo fin a los litigios y evitando que las partes renueven indefinidamente los debates. En consecuencia su aplicación es materia de orden público y los jueces pueden y deben declararla de oficio aún en la instancia extraordinaria, cuando se advierta que la jurisdicción pudo ser inducida a producir pronunciamientos contradictorios, ya que se trata de resguardar un instituto que tiene garantía constitucional, lo cual cabe contemplar también para aquellos supuestos en que los jueces tienen la certeza que una cuestión sometida a juzgamiento haya sido resuelta con anterioridad con carácter definitivo (arts.17 Constitución Nacional; 31 Constitución de la Provincia de Buenos Aires; cfr. S.C.B.A. causa L 59.425 del 27/12/96, L 79.719 del 11/4/2007, L 81.023 del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

19/4/06 e.o.; esta Sala causas; 90.781 Reg. Sent. 229/99; 93.845 Reg. Sent. 17/4/2000; 109.371 Reg. Sent. 83/08; 115.885 Reg. Sent. 115/14).

Asimismo, debe valorarse que el análisis de la normatividad del contenido de la sentencia deriva de si efectivamente ha habido negación o afirmación de la existencia o inexistencia de las consecuencias jurídicas pretendidas, para que trascienda su valor en otro pleito en el cual nuevamente se traigan las cuestiones para sí determinar la existencia efectiva del juzgamiento que ya ha mediado en otro proceso o que sus consecuencias en el que se avizora se ha producido el “anterior juzgamiento” tienen relevancia en el presente (Cfr. Palacio “Manual de Derecho Procesal Civil” págs. 28/29 citando a Rosenberg; esta Sala, causas 109.371 Reg. Sent. 83/08; 115.885 Reg. Sent. 115/14).

Este supuesto se verifica en la especie en atención a que las razones que bajo los puntos a) y b) precedentes fueron sumariamente reproducidas, abastecen sustancialmente los agravios traídos ahora a la decisión de este Tribunal. Y ello es así, puesto que tanto la condición de terceros en relación al negocio, como la naturaleza de la obligación nacida del ilícito civil – concurrente o in solidum, que admite el recurrente-, fueron aspectos zanjados expresamente por el decisorio firme que, se reitera, el apelante consintió oportunamente.

Lo mismo sucede en los demás acumulados donde esta Sala entendió en los recursos opuestos, ya que, como puede leerse en las citas resoluciones, “...la transacción extingue los derechos y obligaciones que las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

partes hubiesen renunciado y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada (arts. 850 y 724, Código .Civil) pues, por fuerza de ese convenio se agotan o se consumen las pretensiones que pudieran alegar las partes y a las que han renunciado, o sea que en virtud del efecto extintivo de la transacción no pueden las partes hacer valer luego los derechos renunciados por ese acto (Llambías, J.J., “Código Civil anotado”, T II A, p. 832, com. Art. 850, ar g. 1 y 2; autor cit. , “Obligaciones”, T-III, p. 116, n. 1839; Bueres-Highton, “Código Civil...”, T-2-B, p. 286, com. art. 850, par g.1). Y ello sin perjuicio de las determinaciones en torno a la responsabilidad de los consortes que resulte de la sentencia de mérito (...) Y, conseqüentemente, se echa de ver que, en el “sub exámine”, expresamente se ha mantenido la acción respecto de los codemandados que no han intervenido en el convenio y con ello una transacción que sólo involucra a éstos. Frente a los términos claros e inequívocos del objeto comprendido en el acuerdo de voluntades mencionado ut supra, la extensión que se postula es inadmisibile máxime cuando por su naturaleza la interpretación del contenido de toda transacción está presidida por un criterio estricto, que expresamente contempla el artículo 853 del Código Civil y este principio hermenéutico lleve a que, aún de verificarse un estado de duda que no concurre en el caso deba entenderse que los derechos no incluidos en el acto jurídico quedan fuera de los efectos extintivos de la convención liberatoria (CS, Fallos: 329:2314).”



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Los claros e inequívocos términos utilizados conducen a estimar, lo que propicio al Acuerdo, la confirmación de esta parcela de la sentencia atacada por aplicación del instituto de la cosa juzgada (art. 266, C. Proc.).

IX) Agravios vertidos en los puntos 6, 7, 8, 9 y 10 del acápite tercero, respecto de la pérdida de la posibilidad de curación o de la chance.

También es común la queja expuesta en las piezas recursivas elaboradas por Centro Modelo de Diálisis S.R.L. y Herederos de Eduardo Verzini en autos “Ferreyra, Ester Susana...; “Troiani de Tabone, Silvia Aurora ...”; “Emeri Floro Antonio ...”; “Cotignola, Nilda ...”, y “Gómez, Germán Godofredo ...”, cuando señalan que “...*la reparación que le puede corresponder debe ser calculada de conformidad a la pérdida de posibilidad de curación o de la chance, y no en base al daño efectivamente sufrido, en el cual ha influido la propia enfermedad del paciente.*” (v. fs. 2071 vta.; 2081 vta.; 2091; 2100, y 2109)

Los apelantes, al exponer las críticas indicadas, se han desentendido por completo de las razones dadas por la Sra. Jueza a quo, dado que a fs. 1862 segundo párrafo de los autos “Cotignola, Nilda...” –y del mismo modo en cada uno de los juicios acumulados-, explicitó “...*corresponde en la tarea decisoria emprendida abocarse al tratamiento de los daños en reclamo en cada una de las causas acumuladas; dejando establecido que al fijar el quantum indemnizatorio se ha tenido en cuenta que todos los actores portaban una patología de base como asimismo que al fijar la indemnización*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

pretendida en concepto de daño moral se ha hecho imperioso situarme en la época en que el contagio se produce, y tener en cuenta que recién en el año 1996 comenzaron a implementarse terapias antirretrovirales que mejoraron la calidad de vida de los infectados con una marcada disminución de las hospitalizaciones y morbimortalidad”.

La falta de valoración crítica de la consideración transcripta (art. 260, C. Proc.), impide el abordaje propuesto en este capítulo, puesto que, contrariamente a los esbozado por el quejoso, el decisorio contempló la aludida pérdida de chance debido a la enfermedad que cursaban los infortunados pacientes.

Consecuentemente, y siendo aplicable la ya desarrollada doctrina de la insuficiencia recursiva, el agravio debe ser desestimado, lo que así propongo a mi distinguido colega de Sala (arts. 260 y 266, C. Proc.).

X) Agravios expuestos en el punto 12 del tercer acápite por HSBC La Buenos Aires Seguros S.A., en autos “Cotignola c/ Verzini y acumulados: Troiani de Tabone...”; “Gómez...”, y “Emeri...”.

Como ya se dijo, sustancialmente la crítica remite a la extensión de la condena a su cargo, a pesar de la existencia de acuerdos transaccionales celebrados, homologados y ejecutados en las causas citadas.

Asiste razón al apelante.

Como ya fue señalado ut supra, sostuvo este Tribunal –con otra integración-, al conocer sobre los recursos interpuestos en estos autos contra el decisorio que homologó el acuerdo celebrado entre los accionantes



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

y el recurrente, que la transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada (arts. 850 y 724, Código Civil) pues, por fuerza de ese convenio se agotan o se consumen las pretensiones que pudieran alegar las partes y a las que han renunciado, o sea que en virtud del efecto extintivo de la transacción no pueden las partes hacer valer luego los derechos renunciados por ese acto (Llambías, J.J., “Código Civil anotado”, T II A, p. 832, com. Art. 850, ar g. 1 y 2; autor cit. , “Obligaciones”, T-III, p. 116, n. 1839; Bueres-Highton, “Código Civil...”, T-2-B, p. 286, com. Art. 850, par g.1; esta Sala, causas 113.763, RSD 36/11).

De modo que las partes cocontratantes de los acuerdos homologados han dado por concluido el debate en los términos que cada uno de los acuerdos estableció, siendo alcanzados por este particular modo de culminación del proceso (art. 308, C. Proc.).

Consecuentemente, propongo al distinguido colega que integra en esta oportunidad este Tribunal, admitir el recurso interpuesto por HSBC La Buenos Aires Seguros S.A., en autos “Cotignola c/ Verzini y acumulados: Troiani de Tabone...”; “Gómez...”; “Emeri...”, excluyendo a dicha aseguradora de la condena impuesta.

XI) Agravio expresado en el punto 3 del tercer acápite por Oscar Montenegro (autos “Cotignola...”), referido a que debe modificarse el tipo de interés establecido (tasa pasiva), debiendo fijarse la tasa de interés activa



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

que aplica el banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de descuentos, adelanto que no le asiste razón.

Es que conforme a la doctrina legal vigente del Superior Tribunal Provincial, a partir del 1º de abril de 1991, los intereses moratorios serán liquidados exclusivamente sobre el capital con arreglo a la tasa de interés que pague el Banco Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprometidos (SCBA, Ac. 101.774; art. 161, inc. 3.a, Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

En definitiva, siguiendo la doctrina –mayoritaria- de nuestro Máximo Tribunal Provincial, lo que es suficiente para dar respuesta en el sub lite, corresponde confirmar los intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósitos a treinta días “tasa pasiva” (SCBA C. 101.774 “Ponce” y L. 94.446 “Ginossi”).

De modo que dejo propuesto al Acuerdo la confirmación de este tramo de la sentencia atacada.

XII) Agravios vertidos por Berta Noemí, Edelma Viviana, Nilda Susana Montenegro (punto 1 del acápite tercero), en orden a la desestimación de la demanda contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) y la obra social IOMA.

XII. a) Reitero que, respecto al primer aspecto señalado, afirman que el Estado es responsable dado que ha incumplido con el deber de prevención y seguridad, al no fiscalizar al Centro Modelo de Diálisis. Citan en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

su apoyo precedentes de jurisprudencia, normas constitucionales y sustanciales.

Pormenorizan que el derecho a la salud es indelegable para el Estado y por ello debe tener un seguimiento meticuloso para que la salud esté garantizada, y más aún en caso de enfermedades infecto-contagiosas, como el SIDA. Citan en su apoyo jurisprudencia de la Corte Nacional.

Señalan que el Estado nada hizo en este caso, nunca fiscalizó ni controló, e intervino recién cuando el hecho ya había ocurrido.

Explicitó la Sra. Jueza de la instancia precedente que la función de policía sanitaria está regulada por la ley 11.175, y específicamente es la Dirección de Fiscalización Sanitaria, mediante el decreto 3280/90, la que ejerce el control sobre los establecimientos médicos. Sin embargo, tal contralor se limita a la fiscalización de los recursos humanos, la infraestructura sanitaria, el equipamiento, sin que tal fiscalización alcance a la práctica médica que en ellos se realiza (arts. 63 y ss., dec. 3280/90; fs. 1691 y sig., causa penal). Asimismo, se acreditó que el contagio se produjo en la sede del Centro Modelo de Diálisis sito en Boulevard 51, nº 323 de la ciudad de La Plata, establecimiento que se encontraba habilitado para funcionar conforme a las normas vigentes desde el 1-6-87. Por último, la sentencia en crisis explicita que no cabe extraer de las probanzas allegadas un actuar negligente u omisivo por parte del Estado, que permite establecer alguna relación de causalidad con los daños verificados (v. fs. 1860 vta./1861).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Los agravios vertidos, esencialmente, confrontan las razones expuestas por la Jueza a quo, especialmente en orden a los límites de los deberes del Estado, aludiendo al rango constitucional de la salud y a la indelegabilidad de dicha función.

En orden a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que trae en apoyo el apelante (Fallos: 322:1292), debe precisarse que dado que se trata de un supuesto fáctico diferente, es inaplicable en la especie.

Conforme lo votara el Dr. Hankovits en causa 90.938 -sentencia del 29-12- 2011- como integrante de la Cámara Civil y Comercial de Dolores “Si bien no he de desconocer la validez de tales precedentes como tampoco la autoridad de las citas doctrinarias realizadas, lo cierto es que la aplicación de los mismos en la presente causa lo será siempre y cuando sean concordantes con los hechos ocurridos en autos. En ese sendero, observo que los hechos acaecidos en la especie en nada se condicen con los de los fallos que invoca abstractamente el apelante.”

“Siendo la sentencia una norma individual que se dicta para resolver un caso –con sus ingredientes fácticos, jurídicos y valorativos- desprender abstractamente consideraciones de ella por fuera del contexto de su creación -sin ingresar por esto al debate sobre la jurisprudencia como fuente del derecho en el sistema continental europeo, lo que excedería el ámbito del dictado de un pronunciamiento judicial- podría conllevar efectos disvaliosos para la solución del asunto en tratamiento. ‘Una sentencia no se pronuncia sobre una situación hipotética. Lo hace teniendo presente un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

discreto número de hechos y circunstancias que le presentan partes opuestas. Quien dicta sentencia lo hace a la luz de esos hechos y circunstancias y no de otros. Resuelve el conflicto generado en torno de esos hechos y no de otros' (A. Garay, Los precedentes de la Corte y la importancia de los hechos en cada caso, 3 de agosto de 2011, Abeledo Perrot on line). '... parece obvio entonces que de lo que se resolvió en una sentencia respecto de una persona en un tiempo determinado y ante circunstancias determinadas, no puede saltarse sin más, a lo que debe resolverse respecto de una multiplicidad de casos, con relación a una multiplicidad de personas, en una multiplicidad de tiempos, agrupados según algún criterio de generalización. Lo primero parece una actividad típicamente judicial. Lo segundo se parece más a una claramente legislativa' (ídem). 'De aquí que cuando procuramos establecer qué resolvió la Corte Suprema en un caso – y mucho más allá si se trata del primer caso en su tipo- debemos guardar apego a sus hechos y, en principio, ceñir la solución estrictamente a los hechos relevantes. De lo contrario, si en tren de emplear el caso como precedente se generaliza excesivamente la particular situación decidida en él (como entiendo sucede en la especie; baste para ello leer el escrito que sustenta en planteo revisor de fs. 821/825 vta.) y se piensa que con esa sentencia la Corte habría resuelto todos los casos supuestamente semejantes, definidos en niveles de generalidad exagerados estaría interpretándose la sentencia 'como sí' fuera una ley o una suerte de declaración política abstrayéndosela de las específicas circunstancias que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

motivaron ese primer pronunciamiento y esa primera norma individual contenida en ella. Esto sería un error grave. Pues, como dice Genaro Carrió, los jueces no pueden desentenderse de los hechos del caso que les toca juzgar. Y si lo hicieran, se estarían atribuyendo una jurisdicción de la que carecen' (ibidem).”

“Cuando un caso es resuelto de forma diferente de uno anterior, si el sistema de justicia quiere ser respetado, no solamente el posterior asunto posterior debe ser diferente, sino que también debe ser visto así (Antonin Scalia, *The rule of Laws as a Laws of rules*, 56 U. Chi. L. Rev. 1175, 1175-81 (1989).”

“En tal sentido, resulta de utilidad destacar que por “precedente” podemos entender que existe una decisión judicial considerada un ejemplo para resolver un caso futuro. McCormick y Summers, al definir el concepto sostienen que son las decisiones anteriores que funcionan como módulos para decisiones posteriores. O en forma más limitada la regla de derecho existente en una decisión del pasado y vinculada con hechos determinados utilizada para resolver una nueva situación similar existente en un caso judicial posterior (McCORMICK D. N. y SUMMERS R. *Interpreting precedentes A. Comparative Study*. Ashgate Dartmouth 1997 pág. 1). Eduardo Oteiza ha señalado que la relación entre los hechos del caso y la decisión como pauta para resolver nuevos conflictos es coherente con la tendencia a la preservación a la búsqueda de soluciones por intermedio de la reproducción de respuestas concretas brindadas en el pasado. Pero la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

seguridad proviene de considerar que ante hechos similares la solución será la misma, evitando una tendencia a desentenderse de los hechos del caso y a asignar relevancia a las abstracciones que con mayor o menor atingencia son formuladas en la decisión a la que se le asigna cierto valor persuasivo (OTEIZA, Eduardo. “Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectiva desde la CSJN”).

“La relación entre el sentido del precedente desde su singularidad en la decisión de un caso concreto y su utilización en casos futuros, ha sido también destacada por Carrió. Sostiene que “en lugar de analizar los hechos de casos anteriores para verificar qué fue lo que realmente se decidió, preferimos deducir párrafos sueltos, muchas veces tomados fuera de contexto, para la solución del problema o del caso que tenemos que examinar. Hay una especie de atracción hacia lo abstracto, un deseo de superar los hechos del caso, utilizándolos como trampolín para saltar a construcciones de vasto alcance (...) La falta de reflexión y examen del material fáctico hace que la fuerza persuasiva, disminuya; es decir, la ausencia de una analogía directa entre el conflicto y la sentencia de la decisión hace que ella se debilite al no tener anclaje en la situación concreta” (CARRIO G. Recurso de Amparo y técnica judicial, Abeledo Perrot. Seg. Ed. 1987 pág. 176 a 179).”

“Los hechos juegan un papel central en la elaboración de la sentencia. Sin un análisis serio de los hechos y de su relevancia, no hay precedente válido” (A. Garay, opus cit.). En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

la Nación ha sostenido que un pleito puede ser resuelto a la luz de cierto precedente judicial, siempre y cuando las circunstancias de ambos, tales como los hechos, los planteos y las normas involucradas, sean análogos entre sí (Fallos 33:162; 242:73; 286:97), lo que no se advierte en la especie.” (voto cit.).

En efecto, en el razonamiento que exige la expresión de agravios, si bien no está vedado que se funde en uno o varios precedentes o bien en algún tratadista, necesariamente hay que integrarlo con el “raciocinio” del caso, obligación que tiene el letrado: que no es ni más ni menos que la de traducir todo aquello a las circunstancias particularísimas y concretas de la causa, extremo que no observo concretado en autos.

Conforme emerge del dictamen del Señor Procurador de la Nación, la clínica de diálisis donde se produjeron los contagios de HIV no contaba con habilitación para funcionar, de lo que se infiere la responsabilidad estatal *“...en la propagación de esa enfermedad, ya que cuando la Administración omite ejercer su poder de policía o lo hace en forma insuficiente, excesiva o abusiva, la conducta de sus agentes queda encuadrada dentro del campo de la ilicitud”*.

Ciertamente, como señala el recurrente, el derecho a la salud es parte del elenco de las garantías constitucionales, y en esa dirección también se expidió el citado dictamen del Procurador cuando dijo: *“La existencia y reconocimiento del derecho a la salud -garantizado implícitamente en el art. 33 de la Constitución Nacional y en los arts. 12, inc. c, del Pacto*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4º, incs. 1º y 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 6º, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adla, XLVI-B, 1107; XLIV-B, 1250) - es un requisito "sine qua non" para que el hombre goce de todos los demás derechos consagrados en la Ley Suprema".

Sin embargo –como se adelantó-, el citado supuesto difiere sustancialmente del *sub discussio*, dado que el establecimiento médico no se hallaba habilitado, y por ende, el dictamen indicó que “...*dicho pronunciamiento prescinde de las disposiciones de la ley 22.853 -régimen de habilitación y funcionamiento de las unidades de atención médica destinadas a la aplicación de diálisis corpórea y extracorpórea- así como del decreto 468/89 (Adla, XLIII-C, 2549; XLIX-B, 1507)*”.

XII. b) Las precisiones formuladas no impiden que la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal sean analizadas desde el prisma de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, que se encuentran en directa conexión con el derecho a la salud, protegido por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El artículo 10 del instrumento mencionado establece que toda persona tiene derecho a la salud, vale decir, el más alto nivel de disfrute en los planos físico, mental y social. Para lograr la efectividad del derecho a la salud, los Estados se comprometen a reconocerla como un bien público, adoptando las siguientes medidas: “*a. la atención primaria de la salud,*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujeto a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

La relevancia de este examen está dada por el rango constitucional que ostenta este plexo normativo, como edicta el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, así como el sostenido criterio emanado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la necesidad que la decisiones de los jueces, no obstante ceñirse a la legislación interna, también deban velar por el cumplimiento de las normas emanadas de los tratados suscriptos por el Estado en cada materia. En este orden de consideraciones, el Ministro de la Suprema Corte, Dr. Juan Carlos Hitters, ha puntualizado que *“...la Corte Interamericana ha precisado que una norma consuetudinaria generalmente aceptada apunta a señalar que el Estado debe adaptar sus normas locales para asegurar el cumplimiento de los tratados sobre la materia (caso "Cantos vs. Argentina", sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C., No.97, párr. 59; caso "Cinco Pensionistas vs. Perú", sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, No.98., párr. 164 (...)*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

*Cuando se afirma que el Estado debe buscar el **effet utile**, no se alude sólo al Poder Legislativo, sino también a los jueces que a través de la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debemos acompasar el modelo interno con el transnacional, de lo contrario se originan injusticias en los pleitos y se genera responsabilidad internacional del país por actos u omisiones de cualquiera de los tres poderes (caso de la "Masacre de Mapiripán vs. Colombia", sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No.134, párr. 111). En tal orden de pensamiento ha manifestado la Corte Interamericana que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de las normas legales, y, en consecuencia, obligados a aplicar las disposiciones domésticas. Empero si un gobierno ha ratificado una regla internacional como por ejemplo la Convención Americana, "... sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por las leyes contrarias a su objeto y fin, y que, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos. En este sentido, no sólo se debe abordar el 'control de constitucionalidad' de las normas, sino que también se tiene que ejercer el denominado 'control de convencionalidad', expresión utilizada por primera vez en el caso 'Myrna Mack Chang' (2003) de la CIDH en el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez (...). De mi parte agrego que está en juego aquí el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo que le otorga preponderancia al Instrumento internacional por sobre*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

cualquier ley doméstica, tal como lo he puesto de manifiesto en numerosas oportunidades...". (causa C. 109.059, del 26-02-13).

En los andariveles explicitados por el voto citado, ha de referenciarse el caso "Albán Cornejo y otros c. Ecuador", resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 22/11/2007, donde los padres de una mujer que falleciera como consecuencia de una prescripción médica, demandaron por la responsabilidad médica de dos profesionales, y al no hallar respuesta en los procedimientos internos, recurrieron a la Comisión Interamericana, la que presentó el caso contra el Estado de Ecuador ante el Tribunal internacional.

Al analizar los aspectos relativos a la prestación del servicio de salud, se expidió en este sentido: "117. *La Corte ha reiterado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos. La integridad personal es esencial para el disfrute de la vida humana. A su vez, los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público (artículo 10).*

118. *La Corte ha sostenido que los Estados Partes de la Convención Americana tienen el deber fundamental de respetar y garantizar los derechos*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

y libertades establecidos en la Convención, de acuerdo con el artículo 1.1.

El artículo 2 establece el deber general de los Estados Partes de adoptar medidas legislativas o de otro carácter que resultan necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en aquel instrumento.

119. La responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por la Convención Americana. También puede provenir de actos realizados por particulares, como ocurre cuando el Estado omite prevenir o impedir conductas de terceros que vulneren los referidos bienes jurídicos. En este orden de consideraciones, cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo.

120. De las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.

121. La Corte ha manifestado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal. Para todo ello,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, y la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad de las personas.

122. Laura Albán murió en el Hospital Metropolitano, centro de salud privado. El Estado no es inmediatamente responsable de la actuación del personal de esa institución privada, no obstante le corresponde supervisar el desempeño de la institución para alcanzar los fines a los que se alude en este apartado.”

En el ámbito interno, la ley 11.175, vigente al tiempo de los hechos, disponía, entre las competencias del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, la del ejercicio del poder de policía sanitaria, en efectores públicos o privados (art. 18.8, ley citada).

La prueba colectada en sede penal, relativa a la actividad de control sanitario sobre el centro de diálisis donde se produjeron las graves irregularidades que coadyuvaron a la muerte de los pacientes, da cuenta que la conducta seguida por Estado provincial codemandado en este sentido fue deficitaria (art. 384, C. Proc.).

A fs. 1739/1787 del expediente aludido se agregan (en copias auténticas), actuaciones administrativas emanadas del Ministerio de Salud que justifican el aserto formulado precedentemente.

En efecto, a fs. 1739, el día 13/11/89, se dispone, ante la sustitución de un médico nefrólogo del establecimiento (fs. 1726/1738, causa penal),



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

que *“...atento el tiempo transcurrido desde la última inspección y a los cambios efectuados en el plantel profesional, corresponde se pase a inspecciones, a fin de verificar el cumplimiento con el Decreto 603/81”*.
(*Rectius*: Resolución del Ministerio de Salud).

De dicha inspección da cuenta el acta labrada el 28/12/89, a fs. 1740/1741, que indica que el establecimiento *“...se encuentra en funcionamiento. El plano concuerda con la realidad. Las condiciones de higiene y mantenimiento son muy buenas. Soy atendido por el Dr. Verzini Eduardo, lo acompaña el Dr. Botella Eduardo. Este centro de diálisis se adecua a la Resolución 603/81 en todos sus puntos...”*

Desde la inspección referenciada, no se verifica acto alguno de control por parte de la autoridad sanitaria hasta el día 22 de abril de 1993, conforme emerge de la providencia administrativa que luce a fs. 1826, por la cual se dispone la práctica de una inspección integral, la que –debe destacarse-, fue a instancias de una presentación del propio Dr. Verzini (fs. 1825), que comunicaba el traslado del Centro Modelo de Diálisis a una nueva sede. No debe perderse de vista que para entonces, ya se habían advertido algunos de los graves daños producidos por el accionar médico, tal como puede corroborarse con la denuncia realizada en sede penal por la médica auditora del PAMI, Dra. María Cristina Braga (fs. 1/2).

De manera que por espacio de tres años y cuatro meses el Estado no verificó el funcionamiento del nosocomio.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Si bien es cierto que la ponderación de la cadencia con que deben llevarse a cabo los actos de control y fiscalización dependerá de una multiplicidad de factores que no corresponde analizar aquí, ciertamente el término verificado no se compadece con el criterio de razonabilidad que este caso justifica.

Es que la deficiente prestación médica verificada en autos reviste una especial entidad por los riesgos que la práctica de diálisis conlleva, y así fue reconocido por los diferentes cuerpos normativos que se imbrican en esta especialidad médica.

Emerge de la ley 22.853; sus decretos reglamentarios –textos vigentes al tiempo de los hechos- 507/86 y 468/89, en el ámbito nacional, el preciso orden de recaudos y exigencias que deben abastecer los centros de salud dedicados a –conforme establece el artículo primero de la ley 22.853- *“La aplicación de diálisis intra o extracorpórea para la depuración de la sangre en el tratamiento de la insuficiencia renal...”*

Con la misma determinación, en el ámbito provincial el decreto 3280/90 (arts. 63 a 68), prescribe puntuales exigencias para el funcionamiento de estos establecimientos.

También debe aludirse a las específicas prescripciones de la ley 23.798, de lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, dolencia contagiada a las víctimas en este caso.

La entidad de este flagelo fue receptada por el legislador, cuya lucha declara, en el primer artículo de la norma, como de interés nacional,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

conceptualizando esta labor como *“...la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación...”*

El artículo cuarto prescribe los deberes de la autoridades sanitarias:

“A los efectos de esta ley, las autoridades sanitarias deberán: (...) c) Aplicar métodos que aseguren la efectividad de los requisitos de máxima calidad y seguridad...”

La sentencia de la instancia de origen –en una parcela que arriba firme a este Tribunal-, permite comprobar el apartamiento en el caso de las cuidadosas previsiones que las normas citadas receptan.

Como ya fue señalado en este voto (ver punto VI. a), la señora Jueza de la precedente instancia, pormenorizó que *“...teniendo para mí que la prestación médica asumida como obligación primaria por parte del equipo médico (...) bien puede ser conceptualizada como una actividad riesgosa – pues en el proceso de diálisis no hay una cosa identificada como tal pero sí un cúmulo de cosas y/o materiales cuya manipulación sin duda despliega el riesgo de contagio, máxime cuando existen expresas normas de bioseguridad tendientes a acotar y prevenir tal riesgo-, lo cierto es que un detenido análisis de las historias clínicas secuestradas en la causa penal demuestran que los pacientes Cotignola, Emeri, Tabone, Miguez y Ferreyra al tiempo de iniciar su tratamiento de hemodiálisis no eran portadores de los*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

virus HIV y HCV, o por lo menos el Centro Modelo de Diálisis omitió realizar los estudios pertinentes para descartar la presencia de ellos al tiempo de admitirlos como tales (...), en tanto que las serologías practicadas sobre los mismos incluso antes de aquellas que se efectivizaran con motivo de la intervención dispuesta por el Ministerio de Salud Provincial (...) arrojaron resultados positivos, circunstancia que de por sí sola evidencia el incumplimiento de aquella obligación de seguridad originariamente comprometida, máxime cuando el sector pasivo pretende exonerarse de responsabilidad sobre la base de hipótesis acerca de la vida íntima de los accionantes que lejos de hallar algún asidero, permanece indemostrada en la causa (...) a pesar del esfuerzo desplegado (...) no logra comprobarse que en el Centro Modelo de Diálisis (...) se observaban celosamente las normas de bioseguridad vigentes, ya que los testimonios logrados en sede penal (...) dan cuenta del uso de jeringas de vidrio sin encontrarse asignada a paciente alguno, como así el de guantes de látex que eran reemplazados recién cuando se rompían, incluso el Dr. D'Angelo (...) reconoce que no se cambiaba los guantes entre pacientes, sino que se lavaba las manos con ellos colocados (...) tampoco se encuentra acreditado que en dicho centro se adoptaran las más mínimas normas de profilaxis adecuada para el tipo de tarea que allí se desplegaba, ya que si bien tanto los médicos, como los técnicos, auxiliares, mucamas e incluso personal administrativo, son contestes en describir las mezclas y soluciones utilizadas para esterilizar los distintos elementos reutilizados en el proceso de diálisis, llama



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

poderosamente la atención que ninguno de ellos y más aún su Director y Jefe del equipo médico, pueda decir a ciencia cierta, cuál es de los galenos era el encargado de controlar dichas mezclas y/o preparaciones cumplieran la finalidad para la cual eran realizadas y, a todo evento si ese control era realizado, tampoco se desprende de la causa con qué frecuencia se efectuaba el mismo (...) idéntica situación acontece con el control de esterilidad de los filtros pues si bien el director del Centro sostiene que el análisis de los mismos se efectuaba de manera periódica, no existe prueba documental que (...) pudiera comprobar con la certeza que el caso requiere, que en verdad dicho control era realizado (...) se suma que, el periodo de desinfección de las máquinas entre turno y turno –no más de media hora según los cálculos más favorables a la tesis de los accionados- no se condice con los tiempos que aconsejaba la praxis médica de aquella época –mínimo una hora (...)- forzoso es concluir en que la actitud negligente o al menos poco diligente de los galenos encargados de dispensar el tratamiento de hemodiálisis (...) encaminada al efectivo control de esterilidad de los elementos empleados en dicho proceso, o en la adopción de medidas de profilaxis tendientes a evitar un riesgo injustificado, ha sido la causa eficiente del resultado disvalioso objeto del reclamo...”.

De manera que, en atención a las especiales características que el caso presenta, fundado en los riesgos que entraña la práctica de diálisis; las gravísimas faltas de profilaxis -en general-; así como la ausencia en el cumplimiento de protocolos de desinfección de las máquinas con que se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

llevaban a cabo los tratamientos -en particular-, debe concluirse que la fiscalización estatal no cumplió con los estándares que, tanto la norma supralegal citada (artículo 10 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), como la legislación de orden nacional (leyes 22.853 y 23.798), como del ámbito provincial (ley 11.175), tienen en miras al establecer el rol del Estado en este ámbito del cuidado de la salud de la población, y, en el caso, tal defección coadyuvó a la generación de los daños (art. 901, Código Civil).

No fue suficiente, por tanto, la mera habilitación y el escaso control ejercitado, con el alcance dado por la Sra. Jueza de Grado (ver sentencia fs. 1861 vta., autos "Cotignola..."), cuando señala que la fiscalización debe ceñirse a los recursos humanos, infraestructura edilicia, equipamientos y funcionales -con cita del decreto 3280/90-, ya que esta interpretación limita, injustificadamente, los fines perseguidos por las normas de mayor jerarquía citadas precedentemente.

Por el efecto adhesivo del recurso de apelación se impone el análisis de las defensas que, oportunamente introducidas por el Fisco en la contestación de demanda (fs. 326/338, autos citados), quedaron sin tratar ante la decisión del "iudex a quo", y mantienen plena virtualidad en la Alzada (conf. Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos...", t. III, p. 111, pto. XVI, 2da. ed. reelaborada y ampliada, Ed. Platense-Abeledo Perrot). Ello así, pues la Cámara asume, con motivo de la apelación interpuesta por el vencido,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

competencia plena sobre el material litigioso, y las cuestiones quedan sometidas a su decisión, siempre, claro está, respetando la extensión del recurso y el principio de congruencia (conf. Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. V, Actos procesales, pág. 465, ed. Abeledo-Perrot; esta Sala, causa 103.415, RSD 182/09).

En ese cometido, ya ha quedado establecido –conforme lo señalado por la Sra. Jueza a fs. 1858 vta.- que los contagios datan, al menos, del mes de noviembre de año 1992, por lo que el lugar donde se produjeron fue la sede de la calle 51 n° 331, lugar que se hallaba habilitado por la Autoridad Sanitaria.

Sin embargo, y aquí radica la justificación defensiva que corresponde examinar, las conductas médicas desplegadas infringieron las normas que las rigen, aspecto que excede las obligaciones de control estatal. Explicitó en tal sentido el Fisco, que un parecer contrario llevaría al extremo de requerir *“...la presencia permanente de un inspector especializado en cada práctica médica que se realiza en los establecimientos asistenciales.”* (v. fs. 327 vta., último párrafo).

En tal sentido, caben subrayar la siguientes circunstancias, en la misma línea argumental que se ha desplegado en este acápite: **I)** las condiciones que el caso presenta respecto de las implicancias del tratamiento de diálisis; **II)** las irregularidades verificadas; **III)** el tiempo transcurrido entre la última inspección y el acaecimiento de los hechos; **IV)** el número de pacientes afectados.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Los hechos destacados, que representan adecuadamente la gravedad y trascendencia que el caso ostenta, así como que en la secuencia de errores puede advertirse una metodología de trabajo desentendida de las normas que regulan la actividad, y no una práctica médica aislada como entiende el representante del Estado, permiten desestimar los argumentos del Fisco, puesto que debió –y pudo hacerlo-, mantener un control y fiscalización constante, preciso y compatible con la complejidad del tratamiento que se dispensaba en el Centro Modelo de Diálisis.

Consecuentemente, he de proponer a mi distinguido colega de Sala la revocación de este tramo del decisorio, admitiendo la demanda entablada contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires.

XII. c) Como ya fue indicado oportunamente, afirman que el IOMA, conforme a su estatuto, cumple sus obligaciones como estipulaciones a favor de terceros (art. 504, Cód. Civil), y por tanto debe responder por el incumplimiento de la prestación debida. También aluden a que el sistema de contratación es prácticamente cerrado, y dado que se trataba de una clínica modelo, la libertad de elección del afiliado se encontraba totalmente restringida, por lo que la obra social debía ejercer un contralor sobre la calidad y eficacia del servicio.

Conforme las explicaciones que se brindarán seguidamente, adelanto mi opinión desfavorable a la pretensión recursiva.

En orden la responsabilidad de las obras sociales ha de reseñarse que la atención de la salud puede aglutinar, a través de la registración de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

federaciones o confederaciones, a casi todos los médicos o establecimientos sanitarios de un lugar. Este sistema asistencial adquiere la condición de abierto o cuasi-abierto, pues el paciente puede elegir libremente el lugar de atención médica. Estas circunstancias permiten establecer que la obra social no deben responder por los actos culposos o dolosos del médico, puesto que su deber queda limitado a la omisión o denegatoria del servicio. Sin que ello vaya en desmedro del carácter social que ha de imperar en todo el régimen de salud, la vigencia de un sistema de aseguramiento abierto, impone limitar, por razones de justicia, el alcance de la responsabilidad de los entes de obra social (conf. Alberto J. Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos, ed. Hammurabi, año 1992, págs. 477/478).

En el mismo sentido que la doctrina autoral expuesta, nuestro Superior Tribunal provincial, por mayoría (Ac. 58.354, in re "Acosta, Graciela A. contra Manuele, Alberto y otros. Daños y perjuicios", 21-04-98), revocó un decisorio por el cual se había extendido la responsabilidad atribuida a un galeno al I.O.M.A.

El Sr. Ministro cuyo voto fue seguido por la mayoría del Tribunal, Dr. Juan Carlos Hitters, señaló que: "*Se equivoca la Cámara al sostener que la relación de dependencia (por la que, en aplicación del art. 1113 del Código Civil, hace extensiva la condena al Instituto de Obra Médico Asistencial) "se infiere" de la elección o selección previa que el ente efectuara, de los médicos o establecimientos que integran la lista "cerrada" de opciones que ofrece al afiliado (el subrayado me pertenece). Es que en trámite registral*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

que no implica evaluación de capacidades o excelencias del profesional —

figuran así en sus listas el profesor emérito de acreditada especialización y el médico novel- a I.O.M.A. adhieren cuantos quieran hacerlo con sólo - sustancialmente- estar matriculados; y la motivación de quienes lo hagan estará impulsada o por una vocación de servicio que pasa por alto la exigüidad o el cobro largamente diferido de su retribución, que a veces padece quien atiende por obra social, o por la posibilidad cierta y no censurable, de acceder a una clientela que de otro modo no tendría. A la inversa, el afiliado tiene ante sí el amplio espectro de profesionales que en todo el ámbito de la provincia puede satisfacer, a su elección, su demanda de asistencia y a los que de no mediar su inserción en el sistema, le estaría tal vez vedado recurrir (...)

En síntesis, en un sistema abierto o cuasi abierto como el que surge del art. 1, 2do. apartado de la ley 6982, extender la responsabilidad a la mutual por la ineficiencia del galeno, sería algo así como hacer partícipe de la misma al Colegio de Médicos, por haberle admitido su colegiación, o a la Universidad por haberle otorgado el título habilitante”.

Desde las explicaciones doctrinales expuestas en el primer párrafo de este capítulo, como el precedente de la Corte provincial citado, cuya fuerza suasoria se impone como doctrina legal (arg. art. 161, inc. 3.a, Constitución de la Provincia de Buenos Aires), se halla justificada la anticipada confirmación de este tramo del fallo apelado, lo que así propongo al distinguido colega que en esta ocasión integra el Tribunal.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

XIII) Agravios vertidos por Germán Godofredo, Marta Susana, María de los Ángeles, María Esther y Gerardo Germán Gómez (autos “Gómez...”).

Estos coactores también cuestionan la desestimación de la demanda respecto de OSTEL, argumentando que dicha entidad no acreditó que se tratara de un sistema asistencial abierto, y que, aún así, ello no es suficiente para excluir de responsabilidad a OSTEL. Citan el fallo de la Corte provincial resuelto en la causa C 101.912.

De la sentencia apelada se extrae que OSTEL no elige o selecciona previamente al ente asistencial o al médico que ha de realizar la prestación, dado que su sistema abierto o semiabierto al que se suman todos o casi todos los médicos y establecimientos del lugar de que se trate, permite amplia libertad de elección a los pacientes (v. fs. 1279 vta.).

El fallo de la Suprema Corte citado por el apelante (C 101.912, del 30-3-10) por mayoría, admitió el recurso extraordinario interpuesto y revocó la sentencia que confirmó la condena a la Obra Social para Empleados de Comercio y Actividades Civiles.

Los votos de los Ministros que formaron la mayoría, explican que la obra social fue demandada en virtud de que el marido de la víctima de una deficiente práctica médica era afiliado a tal entidad. De modo que “...*al presente resulta régimen normativo de aplicación a O.S.E.C.A.C. el dispuesto por la ley de obras sociales (ley 23.660), que vino a derogar el oportunamente instituido por la ley 22.269. De la misma se desprende que*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

éstas forman parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud, estando sujetas a las disposiciones y normas que lo regulan.

Este último, instituido por la ley 23.661, es un seguro social creado a efectos de plasmar el pleno goce del derecho a la salud, cuyo objetivo es procurar el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas”.

Estas circunstancias imponen que las obras sociales, en tanto agentes naturales del mentado seguro de salud (arts. 3, ley 23.660 y 2, 23.661) “... *asumen el rol de financiadores del sistema a favor de sus beneficiarios (arts. 21 inc. a, 27, 29, 31 32, 33, 34 y concs., ley 23.661) y sólo por vía de excepción o defecto brindan directamente la prestación a través de los efectores de su propia capacidad médico-asistencial instalada (arts. 25 y 26, ley 23.661...”*

De manera que solamente ante un supuesto de obra social cerrada, vale decir que se trate de una cobertura directa instalada exclusivamente “...o que *ciñe la cobertura a un cuadro asimilable a éste, semicerrada, por la clara y categórica restricción de la facultad de elección del prestador por parte del afiliado, en contradicción con la manda del art. 25 de la ley 23.661, no existe una obligación de seguridad por la que deba responder por la **mala praxis** médica, atento la libre elección del prestador por parte del paciente.”* (voto del Dr. Pettigiani).

También se explicó que “*En la causa Ac. 58.354 (sent. del 21-IV-1998) esta Corte resolvió -por mayoría- que en los sistemas asistenciales*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

"abiertos" o "cuasi abiertos", donde el afiliado cuenta con la posibilidad de elegir el galeno con total amplitud, el deber de la obra social se limita a reparar las consecuencias dañosas derivadas de la omisión o denegatoria del servicio..."

Se trata de prestaciones donde al afiliado se le ofrece *"...el amplio espectro de profesionales que en todo el ámbito de la provincia puede satisfacer, a su elección, su demanda de asistencia y a los que de no mediar su inserción en el sistema, le estaría tal vez vedado recurrir."*

Con cita de Bueres ("Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos", págs. 81 y 82, puntos b y c, ed. Ábaco, 1981, doctrina referenciada ut supra al tratar la responsabilidad del IOMA, aunque de otra publicación), fue dicho también *"se aglutina a través de la acción registral a todos o prácticamente todos los médicos o establecimientos sanitarios del lugar. En tales condiciones, el sistema asistencial se transforma en abierto o cuasi abierto, pues acuerda al beneficiario la posibilidad de elegir el galeno con total amplitud (...) por lo que el deber de la obra social se limita a reparar las consecuencias dañosas derivadas de la omisión o denegatoria del servicio"*.

Estas consideraciones condujeron a excluir a la obra social condenada por tratarse de un supuesto de inapropiada extensión de responsabilidad, utilizando ejemplos tales como *"...sería algo así como hacer partícipe de la misma al Colegio de Médicos, por haberle admitido su*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

colegiación, o a la Universidad por haberle otorgado el título habilitante...”

(voto del Dr. De Lázari).

Arriba firme a esta Alzada, el análisis formulado por la Jueza a quo acerca de la personalidad jurídica del Centro Modelo de Diálisis S.R.L., de donde no emerge una relación de subordinación con la obra social codemandada; lo que también es aplicable a los galenos que participaron en los hechos, también codemandados (fs. 1273 vta./1274; art. 272, C. Proc.).

Se infiere de estas circunstancias fácticas -corroboradas con el Estatuto de Obra Social del Personal Telefónico de la República Argentina, especialmente art. 4º; v. copias auténticas de fs. 254/264-, que tanto la entidad médica como los profesionales intervinientes no pertenecían a un sistema de salud exclusivo de OSTEL, lo que se explicita asimismo por la circunstancia de que los pacientes de la misma clínica ostentaban otras coberturas, tales como IOMA (arts. 332 y 384, C. Proc.).

De manera que es plenamente aplicable el precedente del Alto Tribunal provincial cuya fuerza suasoria se impone como doctrina legal (arg. art. 161, inc. 3.a, Constitución de la Provincia de Buenos Aires); debiéndose finalmente destacar que el análisis probatorio que propone el apelante (fs. 2056 vta.) carece de entidad para enervar la decisión atacada, puesto que se desentiende del razonamiento del a quo, esto es que el servicio se prestó por vía de un sistema abierto o semiabierto de elección de profesionales y clínicas.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Por consiguiente, corresponde la confirmación de este tramo del fallo apelado, lo que así propongo a mi distinguido colega subrogante de Sala.

XIV) Agravios vertidos por Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada (autos Cotignola c/ Verzini y acumulados: “Troiani de Tabone...”; Gómez...”; “Emeri...”; “Ferreyra...”).

La crítica se elabora a partir de la extensión de la condena impuesta por el decisorio apelado.

Sintéticamente, señala que lo ligaba un contrato de seguro con el Dr. Pablo Eduardo Verzini. Sin embargo, en cada uno de los casos acumulados resueltos, entiende que las previsiones contractuales excluyen la posibilidad jurídica de la extensión de los efectos de la responsabilidad atribuida al médico demandado.

En tal sentido explicita que fue acreditada la responsabilidad directa y personal del asegurado.

Como ya fue explicado en el acáte **VII)** del presente voto, ante la imposibilidad de establecer la precisa autoría del daño causado, la responsabilidad será de todos los médicos, salvo que alguno de ellos, acredite mediante prueba fehaciente que no ocasionó el perjuicio, lo que en autos no ha sucedido (art. 375, C. Proc.; Alberto J. Bueres, citado por Ricardo Luis Lorenzetti, “La Empresa Médica”, ed. Rubinzal Culzoni, año 1988, p. 290). Esta construcción se ha conocido como responsabilidad colectiva, admitida por la Corte provincial en la causa C. 94.618, sent. del 11-IV-2007 (también en las causas 101.914; 101.136; 94.352)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

Consecuentemente este agravio no tendrá recepción, lo que así dejo propuesto al Acuerdo.

Respecto del aspecto temporal de la cobertura del seguro, se afirma que la póliza, en vigencia desde el 24/10/92 hasta el 24/10/93, por lo que, dado que los hechos sucedieron fuera de dicho término, no corresponde la extensión de la condena discernida.

Contrariamente a lo afirmado, puede leerse en la sentencia apelada, en un aspecto que llega firme a esta Alzada: *“...los test Elisa con resultado positivos datan al menos del año 1992 –más precisamente noviembre de 1992-...”* (ver por todos fs. 994 vta., segundo párrafo, autos “Emeri...”).

De modo que, la verificación de la producción del daño se remonta a una época donde, según las propias afirmaciones del apelante, el contrato se hallaba vigente. Por consiguiente, en mérito a la doctrina construida partir de la buena fe contractual, la ausencia de otro elemento de comprobación – en todo caso a cargo del interesado, la citada en garantía-, ha de concluirse que la hipótesis fáctica prevaeciente ubica dentro de la vigencia de la cobertura del seguro los hehos dañosos que dieron origen a esta litis (arts. 1198, 1º párrafo, Código Civil; 118, ley 17.418; 260, 266, 375, 384, C. Proc.).

En otro orden del tratamiento de los agravios, la evocada cláusula 4ª del contrato de seguro (v. fs. 2113) referida a riesgos excluidos, carece de andamio en mérito a las reiteradas explicaciones dadas sobre la responsabilidad colectiva que comprende al Dr. Pablo Verzini. En ese andarivel es insustancial el análisis probatorio que formula el quejoso (v. fs.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

2114 y vta.), puesto que el rol más o menos secundario que involucra a su asegurado no lo exime de participar del concepto de responsabilidad colectiva, dado que, lo relevante es su condición de médico, su participación en los hechos, y la imposibilidad de determinar con precisión la incidencia de cada conducta individual, aspectos que han quedado establecidos en autos.

XV) Rubros indemnizatorios

La sentencia de primera instancia.

Aclaró la jueza de grado –como ya fue señalado-, a la hora de justipreciar las indemnizaciones, que tuvo en cuenta que los actores portaban un patología de base, como asimismo que al fijar la indemnización pretendida en concepto de daño moral se ha hecho imperioso situarse en la época en que el contagio se produce, y tener en cuenta que recién en el año 1996 comenzaron a implementarse terapias antirretrovirales que mejoraron la calidad de vida de los infectados, con una marcada disminución de las hospitalizaciones y morbilidad (ver sentencia a fs. 1862, autos “Cotignola, Nilda...”).

1- Cotignola Nilda Beatriz c/ Verzini Eduardo Antonio s/ Daños y perjuicios:

Reclamó la Sra. Cotignola a fs. 26/42 en concepto de daño biológico-daño a la salud e incapacidad sobreviniente la suma de \$ 150.000; en concepto de daño moral la de \$ 150.000; daño psicológico \$ 100.000 y lucro cesante pérdida de chance \$ 50.000.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

La jueza de la instancia, teniendo en cuenta las condiciones personales de la Sra. **Nilda Beatriz Cotignola**, en particular su edad al tiempo de contraer el virus, “57 años” (ver fs. 9 y 26vta.), naturaleza y grado del contagio, la época en que el mismo se produce, como asimismo los tratamientos a los que fuera sometida (ver fs. 811), la fecha de su deceso (9-12-99), como así que la perito psicóloga en su inimpugando dictamen estima al año 1997, en un 40 % la incapacidad psicofísica que padece (fs. 886/887 y ampliación de fs. 903), consideró prudente fijar el rubro correspondiente al daño patrimonial experimentado por Nilda Beatriz Cotignola en la suma de \$ 36.000, haciendo la salvedad que aquella pérdida de chance que se reclama al inicio (encaminada a indemnizar la ganancia dejada de percibir por el cuidado de enfermos y aplicación de inyecciones a domicilio) no se ha tenido en cuenta en el monto final fijado, pues no se encuentra acreditado en forma certera (ver sent. a fs. 1863).

En concepto de daño moral, otorgó la sentenciante la suma de \$ 72.000.

Se queja el Dr. Compagnucci de Caso –por los codemandados centro Modelo de Diálisis y herederos de Eduardo Verzini de la indemnización otorgada, pues entiende que la víctima ya padecía una enfermedad renal grave y ello hace que la indemnización tenga que necesariamente tener en consideración dicha circunstancia (fs. 2092/2100).

Por el otro lado, atacan las herederas de la Sra. Cotignola el monto otorgado en concepto de daño emergente o patrimonial por considerarlo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

exiguo, requieren se compute y repare en forma individual, ajustada a una indemnización acorde con la reparación y de acuerdo con la prueba reunida y valorada en los presentes actuados (ver fs. 2041/2046vta.).

A su turno el Sr. Oscar Montenegro también se queja del monto de la condena fijada en concepto de daño patrimonial y daño moral por considerarlo bajo (fs. 2049/51vta).

Abordando la tarea revisora, vistos los argumentos esgrimidos por la parte actora en su demanda al momento de reclamar lo que tituló Daño biológico-Daño a la salud- Incapacidad sobreviniente (ver fs. 34vta./36) y Daño psicológico (ver fs.36vta./37), se advierte que los mismos fueron ponderados dentro de lo que la iudex a quo rotuló como daño emergente o patrimonial (ver sent. a fs.1862), pues los motivos expresados para reclamar lucro cesante-perdida de chance fueron rechazados al momento de justipreciarlo.

En ese camino cabe señalar, que en los recursos no se ha cuestionado el rechazo de la ganancia dejada de percibir por el cuidado de enfermos y aplicación de inyecciones a domicilio, nada dijeron las impugnantes al respecto, en definitiva, su rechazo llegó firme a esta instancia de revisión por lo cual, a continuación, se abordará en forma independiente lo que en definitiva se reclama como incapacidad sobreviniente (daño biológico-daño a la salud), daño psicológico y daño moral (arts. 260, 261 C.P.C.C.).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

En efecto, el examen del “quantum debeatur” exige un tratamiento diferenciado de cada uno de los segmentos indemnizados en el ámbito patrimonial, puesto que éstos representan las diferentes facetas de las lesiones de la persona humana. De manera que el abordaje indiferenciado que se realiza en la instancia de origen obsta a la adecuada ponderación de cada uno de ellos (arts. 34, inc. 5, 163, 164, 272, C. Proc.; 1068 y 1069, Código Civil; esta Sala, causa 115.997 sent. del 25/04/14).

Incapacidad sobreviniente (daño biológico-daño a la salud)

Cabe puntualizar –en el mismo sentido que se expusiera en la instancia de origen-, que una jurisprudencia inagotable y la doctrina que tiende a prevalecer, preconiza en nuestros días que la incapacidad computable en materia resarcitoria no es sólo la laborativa, sino que es todo menoscabo o detrimento que se sufra en áreas como las relaciones sociales, deportivas, artísticas, sexuales, etc. debe también computarse como incapacidad materialmente indemnizable (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", t. 2A, p. 308; Kelmelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio-Zannoni, "Código Civil...", t. 5, p. 220; nota al art. 2312 del C.C. y art. 5 del Pacto de San José de Costa Rica). Mosset Iturraspe señala que "...la incapacidad física muestra dos rostros: uno que se traduce en la minoración de las posibilidades de ganancias, connatural con el ser humano en el empleo de sus energías y otro, relacionado con las restantes actividades de la persona, disminuida por una incapacidad" ("El valor de la vida humana", p. 63 y 64). En tal sentido ha sido sostenido por nuestros



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

tribunales locales que: "el reclamo del damnificado resulta procedente aunque no medie una concreta incapacidad laboral, sea física o psíquica, y esto es así porque habiendo existido una disminución de la salud y una afectación del estado anterior de normalidad de la víctima, el resarcimiento no ha de tomar en cuenta únicamente el aspecto laborativo del sujeto, sino todas sus actividades y la proyección que las secuelas del accidente pueden tener en su personalidad integral, es decir, tanto en su propia individualidad como en su vida de relación social (Conf. Trigo Represas-Compagnucci de Caso "Responsabilidad Civil por accidentes de automotores" Ed. Hamurabi, Bs. As. 1.986/87, Tº 2do. B, pág. 535 y jurisprudencia citada en notas 213-215; Cám. Civ. 1ra. de La Plata, Sala I, causa nº 203.049 "Zarco c/Masenga s/ daños" reg. sent. 65/89 del 18/4/89, esta Sala, causa 108.609, RSD 31/08).

Así, para la tarificación de la incapacidad debe atenderse a la potencial capacidad productiva de la víctima, su edad, sexo, cultura, estado físico e intelectual, posición económica, etc.; esto es, que la incapacidad sobreviniente se traduce en una disminución de la aptitud de la misma en sentido amplio, es decir, que además de la actividad laboral comprende las relacionadas con su actividad social, cultural, deportiva, etc. (esta Sala, causas B-61.629 del 13/02/87, 106.658 RSD 238/06, 111.876 RSD 187/09; 114.557, reg. sent. 18/14)

En el sub examen se trata de una mujer que a la fecha del contagio del virus contaba con 57 años de edad (ver fs. 9 y 26vta.), era una paciente incluida en un plan regular de hemodiálisis de mantenimiento por



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

insuficiencia renal crónica terminal, patología que por si produce inmunodepresión (predisposición mayor a las infecciones), que está expuesta a infecciones virales, bacterianas etc., propias de pacientes renales crónicos, que la asociación con infección por VIH potenciaría esta ya crítica condición inmunológica de la paciente poniéndola en un particularísimo nivel crítico de susceptibilidad a las infecciones denominadas oportunistas, ello conforme lo dictaminado por el perito nefrólogo.

En ese sentido, concluyó el experto que de todas maneras la paciente presenta por insuficiencia renal crónica un grado de incapacidad permanente y definitivo estimado en 90% (ver fs. 1298/1300).

Dentro de ese cuadro, es que debe justipreciarse las consecuencias incapacitantes del contagio del VIH sufrido por la Sra. Cotignola durante el proceso de diálisis, es así, que propongo otorgar bajo este concepto la suma de \$ 30.000 (arts. 165, 260, 266, 272,384, 456, 474 del C. Proc.; 1068, Código Civil).

Daño psicológico

Corresponde puntualizar que, si bien el daño psíquico no se identifica con el daño moral es lo cierto que puede generarlo, debiendo valorarse esencialmente que habrá daño moral cuando se produzca el desequilibrio espiritual del sujeto afectado, y habrá lesión psíquica cuando esa lesión "anímica" se constituye en una enfermedad ya sea estable, transitoria o accidental, y por lo tanto no hay daño psíquico por la sola perturbación que trasciende en las afecciones legítimas de la víctima. Y por ello es que en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

determinados supuestos bien puede mediar un impacto emocional, hondo, innegable y persistente a raíz de un hecho dañoso que produjo lesiones, y a la par y concurrentemente un daño psíquico, en tanto se enferme intelectual, afectiva y volitivamente, más allá de los límites normales o del poder de la personalidad para absorber, elaborar y superar la situación lesiva (arts. 1068, 1078, 1086 del C. C.; cfr. Zabala de González, "Resarcimiento de daños", t. 2, p. 262/263; Cám. 1ra. Sala 3ra. La Plata, causa Nro. 204.829, RSD 177/89; SCBA Ac. 64.248 del 8-9-1998; esta Sala, causas 92.020, RSD 206/99; 105.818 RSD 153/06; 114.557 RSD 18/14).

Tal es el supuesto aprehendido en autos, donde no ha sido cuestionado en sede recursiva lo señalado por la Juzgadora de origen cuando estableció que el perito médico psiquiatra estimó en un 40 % el daño psicológico (v. fs.886/887 y ampliación de fs. 903).

Desde esta plataforma, merituando además las condiciones personales de la víctima ya referenciadas, propongo mensurar esta reparación en la suma de \$ 10.000 (arts. 165, 260, 266, 272, 384 y 474 del C. Proc.; 1086, Código Civil).

Daño moral

Tal como reiteradamente ha sostenido en anteriores pronunciamientos esta Sala, ha de dejarse en claro que las indemnizaciones en esta parcela no deben guardar necesariamente proporcionalidad con el daño material, pues su fijación como monto depende del hecho generador y se halla sujeta al prudente arbitrio judicial merituando las circunstancias que rodearon el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

hecho, edad, y sexo de la víctima (arts. 1078 C. Civil, 165 del C.P.C.C.;

S.C.B.A. Ac. 21311, 21512, 31583, 41539, e.o.).

A su vez debe ponderarse, que el dolor humano configura un agravio concreto a la persona, y más allá de que se entienda que lo padecido no es susceptible de ser enmendado, es lo cierto que la tarea del juez es realizar "la justicia humana" y con ello no hay enriquecimiento sin causa ni se pone en juego algún tipo de comercialización de los sentimientos. No hay "lucro" porque este concepto viene de sacar ganancias o provechos, y en estos supuestos de lo que se trata es de obtener compensaciones ante un daño consumado; y un beneficio contrapuesto al daño, el único posible para que se procure la igualación de los efectos, dejando con ello en claro el carácter resarcitorio que se asigna al daño moral (cfr. Belluscio, Código Civil Anotado, tº 5 pág. 110 citando a pie de página a C.N. Civ. Sala C, La Ley 1978 D-645, y a Mosset Iturraspe; esta Sala causas B-83.346, RSD. 164/96; B-79.317 R. Sent. 49/95; 89.362 R.S.D. 71/99; 115.448 RSD 9/14 e.o.).

Asimismo se valora, que han de primar normas de prudencia y razonabilidad sin incurrir en demasías decisorias para evitar que el reclamo se transforme en fuente de enriquecimiento indebido, o en un ejercicio abusivo del derecho (nota arts. 784, 1077, 1078 del C. Civil, esta Sala causas B-84.430 reg. sent. 37/97 y B-83.966 reg. sent. 77/97; 89.362 antes citada).

Consecuentemente, atendiendo a las circunstancias del caso, los tratamientos a los cuales tuvo que ser sometida la Sra. Cotignola (ver fs.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

811) intensidad de los padecimientos que configuran los presupuestos que hacen viable este rubro donde ha de ponderarse especialmente las consecuencias del hecho (ver dictamen pericial de fs. 886/887) y lo reclamado en la demanda, considero que corresponde confirmar el importe fijado como “daño moral” para la actora, en la suma de \$ 72.000 (arts. 163, 164, 165, 330, 354 inc. 1, 375, 384 y 474, C. Proc.; 1078, Código Civil).

2- Ferreyra Ester Susana c/ Centro Modelo de Diálisis s/ Daños y perjuicios:

Reclamó el letrado apoderado de la Sra. Ester Susana Ferreyra a fs. 92/131vta. en concepto de daño a la salud la suma de \$ 150.000; daño psicológico \$ 150.000 y por daño moral \$ 300.000.

A favor de la Sra. **Ester Susana Ferreira**, juzgando las circunstancias acaecidas, la edad de la actora al tiempo de contagiarse los virus motivantes “27 años” (ver fs. 523/541), que falleció el 20/8/05 (a la edad de 39 años), las conclusiones a las que arriba la experta en su inimpugnada pericia de fs. 653/654 y ampliación de fs. 665, otorgó la sentenciante la suma de \$ 50.000.

Aclaró la magistrada que en la valoración que antecede se ha tenido en cuenta aquel daño psicológico que no logró comprobarse tuviera entidad suficiente como para merecer un resarcimiento independiente del que en definitiva estableció, máxime cuando la prueba idónea al respecto obra desistida por la accionante (ver sent. a fs. 1864).

En concepto de daño moral, otorgó la jueza de la primera instancia la suma de \$ 100.000.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Se queja el Dr. Compagnucci de Caso –por los codemandados centro Modelo de Diálisis y herederos de Eduardo Verzini- del la indemnización otorgada, pues entiende que la víctima ya padecía una enfermedad renal grave y ello hace que la indemnización tenga que necesariamente tener en consideración dicha circunstancia (fs. 2065/2072).

Dando respuesta a los agravios vertidos por el Dr. Compagnucci de Caso que abriera esta parcela del recurso, ha de recordarse que la iudex a quo previo a abordar el tratamiento de los rubros indemnizatorios, dejó sentado que para su justipreciación iba a tener en cuenta que todos los actores portaban una patología de base (ver sent. a fs. 1862) por lo cual, el rechazo del recurso en este sentido se impone (art. 272 C. Proc.).

En efecto, la sentenciante dejó en claro, previo a adentrarse al análisis de los rubros que componen el reclamo actoral, que ponderaba las enfermedades preexistentes al contagio de los virus. En la especie, la actora cursaba una enfermedad renal grave, con chance de curación mediante un trasplante renal (ver pericia fs. 653/654vta.) y en ese sentido, los agravios no logran demostrar que se obvió tal circunstancia al momento de fijar la indemnización, y por ello la suerte adversa del presente embate (arts. 260, 261, C. Proc.).

3- Emeri Floro Antonio c/ Centro Modelo de Diálisis SRL s/ Daños y perjuicios:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Reclamó el letrado apoderado del Sr. Floro Antonio Emeri a fs. 21/35

en concepto de daño a la salud la suma de \$ 80.000, daño moral 100.000, daño emergente \$35.400.

La jueza de la instancia para otorgar una indemnización a favor de Floro Emeri, tuvo en cuenta que bajo el rubro del acápite se trata de justipreciar el daño a la salud provocado a quien tuvo la posibilidad de ser transplantado en diciembre de 1994 y el órgano fue rechazado por su médico de cabecera por ser el paciente- portador de anticuerpos HIV (fs. 426/429).

Los testigos que declararon a fs. 410/411 y fs. 412/vta. son contestes en afirmar que era una persona con ganas de vivir, esperanzado en un transplante y que cuando se enteró del contagio se aisló completamente, mudándose incluso de barrio (ver asimismo informe de fs. 424); que el peticionante formaba parte del personal no docente de la UNLP y al tiempo de comenzar con el proceso de diálisis era jubilado, percibiendo como haber real la suma de \$ 262,710 (ver fs. 21 vta, e informe de fs. 369) como asimismo la edad en que se produce su deceso el día 4 de febrero de 1997 - 70 años- (ver fs. 382 autos cit.). Con base en ello la magistrada otorgó la suma de \$ 30.000.

En concepto de indemnización por el daño moral, fijó la suma de \$ 60.000.

Se queja el Dr. Compagnucci de Caso –por los codemandados centro Modelo de Diálisis y herederos de Eduardo Verzini- de la indemnización



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

otorgada, pues entiende que la víctima ya padecía una enfermedad renal grave y ello hace que la indemnización tenga que necesariamente tener en consideración dicha circunstancia (fs. 2083/2091vta.).

En el mismo sentido que al tratar idéntico agravio en los autos "Ferreira...", cabe señalar que los agravios traídos no logran demostrar que la jueza de la primera instancia no tuvo en cuenta la enfermedad preexistente y la chance de curación de la actora, por lo cual, el rechazo de la parcela del recurso en ese sentido también se impone (arts. 260, 261, 272 CPCC).

4- Troiani de Tabone Silvia Aurora c/ Centro Modelo de Diálisis S.R.L. y otro s/ Indemnización, Daños y Perjuicios

Reclamaron a fs. 64/77 los letrados apoderados de la Sra. Silvia Aurora Troiani, viuda de Ricardo Esteban Tabone, en concepto de daño por muerte la suma de \$ 250.000 y por daño moral \$ 300.000.

Al respecto señaló la jueza de la primera instancia que para la estimación del daño económico causado a terceros por la pérdida de una vida humana, se han postulado diversos criterios (Salas "Evaluación del Daño causado a la Persona", JA.1955-IV-15), hasta arribar al preferido por la Jurisprudencia Nacional que toma en cuenta una serie de pautas en relación con las circunstancias particulares de cada caso y que, a la vez, hace jugar a la equidad como factor moderador o corrector (Conf. Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por Daños, parte general", T. II, pág. 175).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Desde este último punto de vista, independientemente de su aspecto moral y afectivo, en mérito a las aptitudes y facultades potenciales de toda persona en orden al amor, la comprensión, etc., respecto del daño económico se ha declarado que el valor de una vida comprende "los valores existentes, facultades y aptitudes de la persona, considerados como fuente de ventajas económicas futuras, la edad de aquella y el límite presumible de supervivencia" (LL T. 106-791), debiendo tomarse en cuenta con relación a la víctima su capacidad productiva, costumbres, cultura, edad, estado físico e intelectual, honestidad, ingresos, posición social y económica, profesión, sexo y vida probable útil y con respecto a los damnificados por su muerte, lo que aquella destinaba a la atención y asistencia de la familia, cultura, edad, necesidades asistenciales, grado de parentesco y toda otra circunstancia que permita apreciar las ventajas económicas de las que se han visto privadas las personas con derecho a indemnización (esta sala, causa B-32.189).

En tal sentido el arbitrio judicial goza de un amplio margen de apreciación ya que el resarcimiento no puede ser tan sólo el producto de un cálculo matemático exacto, conformando el lucro de la víctima nada más que un índice para fijar el importe consecuente que debe ser guiado por el principio de la evaluación "in concreto" esto es, teniendo en cuenta todas las circunstancias derivadas particularmente de los hechos juzgados.

Ello así, la normativa del art. 1084 del C.Civil debe interpretarse en el sentido que la misma establece un daño legal presunto, experimentado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

por las personas allí enunciadas, quienes no necesitan probar haber sufrido la existencia y extensión de un daño actual a causa del hecho, pues la ley presume que su subsistencia habrá de resentirse por la desaparición de quien verosímilmente era uno de los sostenes del hogar (Conf. De Abelleyra "El derecho a la Reparación de los Daños Patrimoniales que se originan en el homicidio", LL.t. 114-963).

Se trata de reparar aquí el daño que implica la muerte del cónyuge de la actora (ver fs. 48/50), que al tiempo de fallecer contaba con 40 años de edad, que era jubilado de YPF por una incapacidad total y permanente al 11/4/92 (ver fs. 52/53 y fs. 379/399), quien tenía una hija nacida el 17/8/75 (ver legajo personal acollarado a la causa) y se hallaba inscripto en el INCUCAI en la lista de espera para ser transplantado (ver fs. 634/636).

Ello así, considerando los principios, hechos y circunstancias apuntados, aclarando que en el expediente no surge prueba de lo que el Sr. Tabone percibía en concepto de jubilación como asimismo que tampoco obra acreditado la pérdida cierta de un transplante con motivo de ser portador del virus HIV -circunstancia que sí se acredita en autos "Emeri..."-, juzgó prudente fijar en la suma de **pesos veintiocho mil (\$ 28.000)** el rubro del acápite. (arts.1079, 1084, 1085 y cc. del C.Civil)

En concepto de **daño moral** otorgó la suma de \$ 56.000.

Se queja el Dr. Compagnucci de Caso –por los codemandados centro Modelo de Diálisis y herederos de Eduardo Verzini- de la indemnización otorgada, pues entiende que la víctima ya padecía una enfermedad renal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

grave y ello hace que la indemnización tenga que necesariamente tener en consideración dicha circunstancia (2073/2082)

Siendo el agravio de igual tenor que los resueltos en las causas precedentes, "Ferreira... y Emeri...", no advirtiéndose que la Jueza de la primera instancia no haya tenido en cuenta la enfermedad preexistente de la víctima y su chance de curación, conforme lo aclarara en su sentencia, corresponde en el mismo sentido que lo ya resuelto en los autos citados desestimar la parcela del recurso (arts. 260, 261, 272, C. Proc.).

5- Gómez German G. c/ Verzini Eduardo y otro s/ Daños y Perjuicios:

Se presentan en autos a fs. 21/48 los herederos de María Margarita Miguez de Gomez, estos son: Gerardo Godofredo Gomez -cónyuge supérstite-, y su hijos María de los Angeles, María Esther, Marta Susana y Gerardo Germán Gomez y Miguez. Reclamaron en concepto de valor vida la suma de \$ 300.000, por daño moral \$ 400.000, gastos de asistencia psiquiátrica futura \$ 50.000, gastos por sepelio \$1.150.

En cuanto al **valor vida**, sostuvo la sentenciante, reiterando en lo sustancial los conceptos vertidos al tratar idéntico rubro en autos "Troiani...", y teniendo en cuenta que lo que se intenta reparar mediante el rubro del acápite es el daño que implica la muerte de la cónyuge y madre de los actores (ver fs. 2/7); que la víctima contaba con 49 años de edad al momento de fallecer, que era dializada en el Centro Modelo desde el año 1987, en principio dos veces por semana y luego tres- y que, según se desprende de la absolución de posiciones rendida a fs. 864/868, los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

testimonios brindados a fs. 714/717 y fs. 719/720 vta., como así lo manifestado por los actores a las peritos psicólogas que los entrevistaran oportunamente (ver fs. 905/908), la Sra. Miguez se dedicaba a las tareas del hogar que no requirieran de muchos esfuerzos, cuidaba a sus nietos y era el sostén afectivo del grupo familiar; juzgó prudente fijar en la suma de \$ 30.000, distribuido de la siguiente manera, pesos veintiún mil (\$ 21.000) a favor de Germán Godofredo Gómez y pesos dos mil doscientos cincuenta (\$ 2.250) a favor de cada uno de los hijos de la Sra. Miguez, esto es, Marta Susana, María de los Angeles, María Esther y Gerardo Gemán.- (arts. 1079, 1084, 1085 y cc. del C.Civil).

Por **daño moral** otorgó la suma de \$ 30.000 a favor del cónyuge Germán Godofredo Gómez y \$ 7.500 para cada uno de los hijos de la Sra. Miguez.

Por **gastos de sepelio** se reconoció la suma de \$ 1.150 con más sus intereses desde la fecha del hecho, esto es el 20/6/93.

Se queja el Dr. Granillo Fernández de las sumas otorgadas en concepto de valor vida y daño moral por considerarlas exiguas (ver fs. 2054/2056)

Por su lado el Dr. Compagnucci de Caso –por los codemandados centro Modelo de Diálisis y herederos de Eduardo Verzini- se disconforma de la indemnización otorgada, pues entiende que la víctima ya padecía una enfermedad renal grave y ello hace que la indemnización tenga que necesariamente tener en consideración dicha circunstancia (fs. 2101/2110)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION
Valor Vida

Al respecto, corresponde señalar que la vida humana no tiene valor económico por sí misma, sino en consideración a lo que produce o puede producir. La supresión de una vida, además de los efectos de índole afectivo, ocasiona otros de orden patrimonial y lo que se mide con signos económicos son las consecuencias que sobre los patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad productora de bienes. Ahora bien, para cuantificar la indemnización por tal menoscabo, como ha resuelto este nuestro superior Tribunal provincial, no han de aplicarse solamente fórmulas matemáticas sino que es menester confrontar además las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, etc. (SCBA C. 97.184, sent. del 22-IV-2010; C 110499 sent. del 26/03/2014).

En esa misma tesitura, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que para fijar la indemnización por el valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino que es menester computar las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados (Fallos 329:3403; 329:4944).

De tal manera, en la necesidad de encontrar guarismos que permitan resarcir la pérdida de la vida humana, sin convertir a tal operación en enriquecimiento de unos a costa de otros, son elementos indispensables para tener presente todo lo que constituye el standard de vida de la víctima y su familia, la edad, el vínculo familiar, su unión, etc., todo lo cual debe



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

quedar librado al prudente arbitrio de los magistrados y claro está, sujeto a las normas sobre equidad para encontrar la medida justa entre lo irrisorio y lo confiscatorio (SCBA., Ac. 22.190; e.o.; esta Sala causas B-85.358, Reg. Sent. 158/97; B-79.463, Reg. Sent. 291/94; B-88.011, Reg. Sent. 89/98.e.o.).

Y asimismo debe considerarse que los términos de los arts. 1084 y 1085 del Código Civil, son preceptos de orden particular por referirse a la muerte de una persona, y establecen una indemnización especial sobre la base de un daño que por la índole del hecho generador y las consecuencias que normalmente causa la muerte de una persona integrante de una familia, la ley presume existente mientras no se demuestre lo contrario (S.C.B.A. Ac. 51.243; esta Sala causa 92.546 Reg. Sent. 35/00).

La Sra. Miguez al momento de su deceso (6/6/93) era ama de casa y se encontraba casada con el Sr. Gomez y tenía 4 hijos, todos mayores de edad, María Esther (26/3/63), Marta Susana (26/6/66), María de los Angeles (9/8/70) y Gerardo Germán (16/5/72), por lo cual habrá de evaluarse la ayuda que brindan los padres conforme a pautas internalizadas en nuestra sociedad y vigentes en estos tiempos y que devienen también de las previsiones rectoras de la norma del art. 367 C. Civil en cuanto se establece la obligación alimentaria a favor de los hijos mayores de edad o emancipados en determinadas alternativas (arts. 1084, 1085 del C. Civil; cfr. Belluscio Código Civil Anotado T° 2° pág. 270 N° 4).

Debe señalarse también que si bien la presunción de daño que contiene la norma del art. 1084 del C. Civil, se funda en el deber alimentario



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

que genera el vínculo que surge de la patria potestad para los hijos menores de edad, la misma no ya como efectiva privación pero sí como pérdida de chance ha de evaluarse como segmento indemnizatorio -si bien menor- para los hijos menores de edad, considerando la privación de la posibilidad de esa asistencia futura en la mayoría de edad, tanto más que como lo ha dejado en claro la S.C.B.A., en esos supuestos la subsistencia de la presunción de daño está supeditada a que se demuestre lo contrario, es decir que el occiso no habría de sostener de ningún modo al damnificado (arts. 901, 906, 1084, 1085 del C. Civil; SCBA Ac. 55.477 del 10/6/97 e.o., esta Sala causa 90.071 Reg. Sent. 53/99.

En la especie, ha de ponderarse las circunstancias personales de la víctima conforme lo expusiera la iudex a quo-, 49 años de edad al momento de fallecer, que era dializada en el Centro Modelo desde el año 1987, en principio dos veces por semana y luego tres- y que, según se desprende de la absolución de posiciones rendida a fs. 864/868, los testimonios brindados a fs. 714/717 y fs. 719/720 vta., como así lo manifestado por los actores a las peritos psicólogas que los entrevistaran oportunamente (ver fs. 905/908), la Sra. Miguez se dedicaba a las tareas del hogar que no requirieran de muchos esfuerzos, cuidaba a sus nietos y era el sostén afectivo del grupo familiar; todo lo cual, llega indiscutido por los recurrentes. En ese andarivel, las sumas otorgadas por la sentenciante no lucen desproporcionadas teniéndose en cuenta la fecha del hecho generador, por lo cual ha de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

propiciarse su confirmación (arts. 1084, 1085 del C. Civil; 165, 260, 261, 384, 421, 456 del C. Proc.).

Daño Moral

Al respecto debe meritarse que ninguna duda cabe de la afectación espiritual, que padece el cónyuge y los hijos de la Sra. Miguez, debiendo valorarse, al margen del lógico impacto de una muerte impuesta, el consiguiente dolor frente a lo que viene a torcer la normalidad de la vida, acorta en los hechos, la lógica expectativa de la continuidad existencial y la de gozar, por el tiempo razonable –según patología persistente- de la compañía de quién era el apoyo afectivo del hogar (ver pericia fs. 905/908).

Además, en cuanto a los hijos, ha de verse, que el daño moral se magnifica cuanto más joven es el hijo, no sólo por un factor cronológico, sino que a la mutilación del ser depositario del afecto filial se agrega la pérdida de alguien destinado a ser guía, educador, sostén y consuelo en un desenvolvimiento personal en ciernes. Y contrariamente cuando la avanzada edad de los progenitores se correlaciona con un estadio en que los hijos no dependen ya estrictamente de aquéllos, por haber alcanzado la madurez, la situación no puede compararse con el más profundo y cabal desamparo espiritual en que quedan los hijos no formados. Y a ello cabe agregar, que el derecho a gozar de la vida del padre o la madre es igual en abstracto, pero no lo es en la medida concreta de ese goce perdido (y el daño moral correspondiente) que se califica en función de las circunstancias (art. 1078,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

1084, 1085 del C. Civil, Zavala de González, Resarcimiento de Daños T. 2 b

pág. 219/220 y nota a pié de página, esta Sala causa B-86.521 R.S. 140/98).

Los hijos de la Sra. Miguez al momento de su fallecimiento -6/6/93- contaban con la edad aproximada de: María Esther 30 años, Marta Susana 27 años, María de los Angeles 23 años y Gerardo Germán 21 años.

Conforme con ello, teniendo en cuenta que al tarifar este orden de perjuicios, los magistrados gozan de amplias facultades, que transitan en un también amplio margen de apreciaciones, obrando al efecto con suma prudencia y razonabilidad, sin incurrir en demasías decisorias, para evitar que el reclamo se transforme en una fuente de enriquecimiento indebido o en un ejercicio abusivo del derecho, considero que el monto acordado por daño moral en el decisorio en crisis no resulta irrazonable, por lo cual se propicia su confirmación (arts. 1078 del C. Civil; 165 in fine C. Proc.).

XVI) En consecuencia, por las razones precedentemente expuestas y con el alcance indicado doy mi **voto por la NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DOCTOR

HANKOVITS DIJO:

I. Adhiero al voto del distinguido colega Dr. Soto.

A mayor abundamiento, me voy a detener en tres tópicos que considero centrales para la adecuada resolución de las presentes actuaciones.

A. Responsabilidad del Estado por negligente prestación del servicio de salud brindado por un particular.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

En ese orden, remito a las consideraciones de hecho expuestas en el voto precedente a fin de evitar repeticiones innecesarias (ver pto. XII b) de la primera cuestión).

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), ha establecido que “la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales” (caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sent. del 4 de julio de 2006; párrs. 85).

Así, dicho órgano de jurisdicción transnacional ha juzgado que “En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. **La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud**, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.” (Fallo cit., parrs. 89-90; el resaltado no es del original).

La CIDH además “estima que los Estados son responsables de regular y **fiscalizar con carácter permanente** la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud.” (Ídem, parrs. 99, el marcado es propio).

Dicho Tribunal ha pues establecido sin circunloquios que, “el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud (sent. cit., párrs. 141).

La misma CIDH ha posteriormente reiterado el criterio que “Los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud (*Cfr. Caso Ximenes Lopes, supra nota 19, párr. 99*) para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal. Para todo ello, se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, y la **supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad de las personas.**” (Caso “Albán Cornejo y otros c. Ecuador”, sent. del 22-11-2007, par. 121; el resaltado es propio).

“La responsabilidad estatal puede surgir –enfatisa- cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión (*Cfr. Caso Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 72; Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 111 y 112; y Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 110*), algunos de los bienes jurídicos protegidos por la Convención Americana.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

También puede provenir de actos realizados por particulares, como ocurre cuando el Estado omite prevenir o impedir conductas de terceros que vulneren los referidos bienes jurídicos (*Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 14, párr. 172; y Caso Ximenes Lopes, supra nota 19, párr. 85*). En este orden de consideraciones, cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), **la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo.**” (Ídem, párrs. 119; el destacado es personal).

En ese sentido, y en el mismo resolutorio, el Juez García Ramírez sostuvo “En estos supuestos, como en otros, el deber estatal no se reduce a las hipótesis en que el Estado mismo, a través de sus propias unidades, órganos o funcionarios, provee servicios de salud –esto es, atiende en forma inmediata la protección de la vida y de la integridad personal--, como ha sido característico del Estado social e incluso del régimen de prestaciones, germen de un derecho social, establecido por el antiguo Estado asistencial en el campo de la salud pública. Aquella obligación de respeto y garantía comprende –así lo estableció la Corte en el *Caso Ximenes Lopes* y lo reitera en la sentencia a la que acompaño este voto- tanto las situaciones en que se ha delegado un servicio, que los particulares brindan por encargo y cuenta del Estado, como la indispensable supervisión de servicios privados relativos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

a bienes del más alto interés social, que es el caso de la salud, cuya vigilancia compete inexcusablemente al poder público. **A la hora de resolver sobre violación de derechos humanos y responsabilidades del Estado no se puede perder de vista la naturaleza privada de la institución y de los empleados, funcionarios o profesionales que actúan en ella; pero tampoco la relevancia pública y/o social de la función que aquéllos y ésta han asumido, a la que no pueden ser ajenos el interés, el deber y la supervisión del Estado.**” (par. 3 de su voto; el marcado es particular).

Más recientemente, la CIDH ha reiterado dichos lineamientos jurisdiccionales en el caso “Suarez Peralta vs. Ecuador”, con sentencia del 21 de mayo de 2013 (párrs. 149 a 151). Allí se citan criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –ver nota 207-, el que estableció -en lo que es interés para estos actuados- que, “El estado mantiene el deber de ejercer la supervisión y el control sobre instituciones privadas. Tales instituciones... **necesitan** no sólo de una licencia, sino también de **una supervisión competente y frecuente**... (Fallo y nota antes cit; resaltado no es del original).

En este resolutorio, la propia Corte “estima que la fiscalización y supervisión estatal debe orientarse a la finalidad de asegurar los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de las prestaciones médicas (Cfr. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

14, supra, párr. 12. A este respecto, dicho Comité señaló que: El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte: a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas [E]sos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado [...]; b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte; c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, [...] y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate; d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas). Respecto de la calidad del servicio, el Estado posee el deber de regular, supervisar y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

fiscalizar las prestaciones de salud, asegurando, entre otros aspectos, que las condiciones sanitarias y el personal sean adecuados, que estén debidamente calificados, y se mantengan aptos para ejercer su profesión (*Cfr. Caso Ximenes Lopes, supra, párr. 99. Ver también; Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, supra, párrs. 12, 33, 35, 36 y 51*).

En este mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha establecido los estándares de dichos principios en referencia a la garantía del derecho a la salud, reconocido por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité ha destacado, en cuanto a la calidad, que los establecimientos de salud deben presentar condiciones sanitarias adecuadas y contar con personal médico capacitado (*Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, supra, párr. 12*). (par 152).

2. Simplemente es dable recordar el valor vinculante que tienen los fallos de la CIDH para los casos que son sometidos a conocimiento de la Justicia Argentina. Tanto la Corte de la Nación, como la propia CIDH, se han expedido al respecto. Así, nuestra máxima instancia judicial local ha señalado que constituyen, al menos, una insoslayable pauta de interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos y que la jurisprudencia de la Corte interamericana debe servir de guía en la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

resolución de las causas (Casos, “Ekmekdjian” –Fallos 315:1492-;

“Espósito”, del 23-12-2004, consid. 6°; “Mazzeo”, del 13-7-2007, consid. 20°

y 21°; “Derecho”, del 29 de noviembre de 2011, consid. 4°; entre otros).

La CIDH, de su lado, se ha expedido *in re* “Gelman vs. Uruguay” – supervisión de cumplimiento de sentencia- (del 20-3-2013), en relación al valor que tienen sus pronunciamientos, ya sea frente al propio Estado que ha sido parte en las actuaciones ante dicho organismo internacional como de aquellos otros, que siendo parte del sistema interamericano no ha sido sometido a dicha jurisdicción. En ese orden, sostuvo en definitiva que sus sentencias adquieren una doble dimensión: hacia las partes que intervinieron en el proceso internacional (*res judicata*); y hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*). En ambos casos, se produce una “eficacia vinculante” si bien difieren cualitativamente (par. 67 del decisorio citado).

Los pronunciamientos de la CIDH proyectan un estándar mínimo de interpretación de la norma convencional para asegurar el mínimo de efectividad de la misma, por lo que los sus sentencias poseen una eficacia vinculante relativa en la medida en que puede diferirse de la jurisprudencia de la CIDH cuando se efectivice la norma a través de una interpretación más favorable en sede nacional (sent. cit, par. 72).

Desde el ámbito de la doctrina autoral también se ha adscripto a dicha posición jurídica. Así se ha afirmado que “el Tribunal regional ha dado un paso adelante al sostener, sin requilorios, que sus sentencias no sólo son



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

atrapantes en el caso concreto (vinculación directa inter-partes), sino que también producen efectos vinculantes para todos los Estados signatarios de la CADH, en lo que respecta a la interpretación que dicho Tribunal efectúa de las normas convencionales (vinculación indirecta erga omnes)”. (J. C. Hitters, *Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana*, LL del 27-5-2013, 1; en especial sus conclusiones).

Siendo ello así, no pueden desconocerse en estos autos los sendos pronunciamientos referenciados de la CIDH que existen en la materia.

3. En el contexto antes explicitado, en la especie, a mayor abundamiento de lo expresado por el colega que lleva la voz en el Acuerdo, cierto es que, cabe remarcar, no se le exige al Estado provincial que fiscalice cada práctica médica en particular (fs. 2190), sino que controle objetivamente y de forma oportuna la correcta prestación general del servicio de salud conforme los descriptos estándares legales y convencionales impuestos. En ese orden, ello no se reduce a la constatación formal de la documentación ni formulación dogmática de aseveraciones que carecen de respaldo material (confrontar acta de inspección de fs. 1740 del expediente penal acollarado); ello así en razón de la naturaleza del derecho comprometido y las consecuencias que se siguen del mismo.

Refiere el representante legal del Fisco “que las negligencias en las tareas de control inmunológico que fueron las que posibilitaron el contagio resultan ser exclusivamente imputables al Centro Modelo de Diálisis, el que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

llevó a cabo su actividad contraviniendo la normativa contenida en el decreto 3280/90” (fs. 2190 vta.).

Ahora bien, la adecuada, oportuna y real fiscalización del Estado hubiera advertido “las negligentes tareas de control inmunológico” y no sobre la base de las ya inevitables consecuencias luctuosas seguidas de ello sostener tal afirmación, menos aún en términos exculpatorios como los propuestos. De otro lado, se asevera que se “llevó a cabo su actividad contraviniendo la normativa contenida en el decreto 32900/90”. Lamentablemente tarde el Estado, y con los hechos consumados, realiza tal observación. ¿Para qué sirve una fiscalización si no es para advertir oportunamente la plural y constante violación a una normativa específica?

La práctica que, además de ciertamente oportuna, debe desarrollar el Estado no debe transformarse en una mera formalidad, distanciada de la realidad, realidad que a la postre incapacita o mata.

Las fundamentaciones dogmáticas -esto es sin acreditar efectivamente que aún habiendo el Estado desarrollado controles periódicos y exhaustivos el daño se produjo igual- no relevan de responsabilidad al mismo.

4. Por lo expuesto, y aún con aplicación de la doctrina judicial de la llamada apelación adhesiva o incidental, cabe extender la responsabilidad *in solidum* del Estado provincial por el cuasi delito civil en juzgamiento en razón de su negligente supervisión –en tiempo y modo- del agente de salud demandado. Se revoca, en consecuencia, en este tramo la sentencia de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

instancia de grado puesta en crisis; con costas (arts. 75 incs. 22 y 23, Const.

Nac.; 11 y 36 inc. 8 de la Carta Magna Provincial, 902, 1109, 1112 y cc del

Cod. Civ.; 68, 272 375, 384, 474 del CPCC).

B. Responsabilidad de las obras sociales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido *in re* “Dupuy, Daniel Oscar y otros c/Sanatorio Modelo Quilmes y otros s/daños y perjuicios resp. prof. médicos y aux.” -sentencia del 15-11-2011 (Fallos T. 334 P. 1361-), que el Tribunal también ha destacado que en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participan en la atención brindada en las aludidas entidades. El adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente; porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en lo que hace a la prestación médica en sí como a la sanitaria, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control (conf. Fallos:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

306:178; 308:344; 317:1921; 322:1393 y 329:2688 voto de la mayoría y disidencia parcial del juez Lorenzetti) (ver consid. 18).

Por ello juzgó en dicha causa que determinada la responsabilidad de los médicos, corresponde la responsabilidad endilgada a la obra social demandada por el deber de seguridad que pesa sobre ésta, pues la propia Corte Suprema ha señalado que quien contrae la obligación de prestar un servicio —en el caso asistencia a la salud de la población— lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (conf. Fallos: 317:1921; 322:1393 y 329:2688 voto de la mayoría y disidencia parcial del juez Lorenzetti) (fallo antes cit).

1. Responsabilidad de IOMA.

Sobre la Obra asistencial provincial en particular, la propia Corte Nacional se ha expedido -más allá del precedente de la Corte local C. 58.354, sentencia del 21-4-1998, aplicable en la especie, que ha citado y transcripto parcialmente en su voto el distinguido colega que lleva la voz en el Acuerdo- al señalar que si bien se ha expresado que en la actividad de las obras sociales ha de verse una "proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere carácter integral", lo cual obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

enderezados a la prestación médica integral y óptima (Fallos: 306:178 y 308:344), no cabe proyectar mecánicamente estos principios fuera de su ámbito específico, que reconoce como premisa una prestación con medios propios o de terceros contratados por el ente asistencial, circunstancia que consagra una responsabilidad a su cargo que deriva de tener "la dirección del sistema y su contralor" (Fallos: 306:178 pág. 183). Que tal posibilidad de contralor y vigilancia no puede tener lugar en un sistema por definición abierto, donde se acuerda al beneficiario la posibilidad de elegir sin restricciones- al galeno o al establecimiento médico de su confianza, obligándose el ente sólo al reintegro -en la medida estipulada- de las sumas desembolsadas por el afiliado. Ello es así pues, en tal caso, la modalidad de cumplimiento de la cobertura asistencial defiere a la plena libertad del paciente la selección del prestador beneficiándose aquél por la confianza en el profesional de su preferencia- en el amplísimo espectro que ofrecen las federaciones o colegios médicos (en la especie, la Federación Médica de la Provincia de Buenos Aires y la Asociación de Clínicas y Sanatorios Privados de la Provincia de Buenos Aires), lo cual trae aparejado la imposibilidad de supervisar la calidad y eficacia de un servicio potencialmente a cargo de una opción no acotada sino por el libre arbitrio del usuario (*in re* "García de Jusim, Adriana y otro c/ Ronchi, Alejandro y otro s/ ordinario" -sent. del 18-02-1997 (Fallos T. 320 P. 84); voto Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Carlos S. Fayt-.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Por ello se determinó que en tales condiciones, postular la existencia de una "obligación de garantía" por la conducta de los prestadores, de "un deber de control y vigilancia" por parte de la obra social, o de una "obligación tácita de seguridad" accesoria de la obligación principal a cargo de aquella - todos factores de imputación que reconocen como presupuesto la restricción en la esfera de libertad del afiliado-, constituye una mera afirmación dogmática descalificable en los términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia (fallo cit., consid. 7).

Sobre dicha plataforma se decidió que se debe tener en cuenta que la responsabilidad del ente demandado no puede desvincularse de la modalidad operativa elegida para la ejecución de sus prestaciones. Así, la actividad de I.O.M.A. reconoce como "premisa fundamental la libre elección del médico por parte de los usuarios, reafirmando el sistema de obra social abierta y arancelada" (conf. art. 1° *in fine*, ley 6982), libertad cuya existencia no fue controvertida por los apelantes (Ídem, consid. 4).

De similar modo acontece en la especie. En efecto, el impugnante sostiene que en el caso de autos se torna abstracto interpretar cuál es el sistema adoptado –cerrado, abierto, o semiabierto- pues la libertad de elección del afiliado se encontraba totalmente restringida y debiendo por lo tanto la Obra asistencial ejercer el contralor y fiscalización de la actividad. “Tampoco el Fisco de la Pcia. de Bs. As. en su contestación por IOMA – como era su obligación- fs. 326 y s.s., en función de las pruebas dinámicas, acompañó a autos listados o probó en el presente, cuántos centros de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

atención especializada para tratar el contagio masivo había en aquella oportunidad...” (fs. 2040 vta.).

Cabe indicar que cierto es que la carga probatoria dinámica enunciada no releva absolutamente de prueba a quien se ve favorecida con ella como pareciera sugerirse. En primer término, es dable aclarar que debe ser dispuesta por el juez en oportunidad procesal oportuna a fin de resguardar el legítimo derecho de defensa en juicio, situación que no se constata; y en segundo lugar, que no conlleva la inversión absoluta del *onus probandi* desde que la misma responde al principio adjetivo de colaboración procesal que implica en el caso que quien esté en mejores condiciones de acreditar un hecho, aún no teniendo la carga de su prueba, colabore en el proceso a fin de evidenciar el extremo fáctico debatido.

En autos, de haberse ordenado como alega el recurrente la aplicación de dicha doctrina procesal, no le obstaba requerir prueba de informes al IOMA para acreditar tal cuestión; esto es, que a la fecha de inicio de los tratamientos la Obra asistencial limitaba los mismos al centro médico demandado, lo que lo en los hechos la convertía en una obra social cerrada o semiabierta, o que como expone, se convierte en abstracta tal caracterización.

Ello así, máxime que existe una disposición legal incuestionada que determina el carácter abierto de dicho Instituto Medico Asistencial (art. 1 *in fine* de la ley 6982).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

No dándose los presupuestos señalados, se deja carente de sustento la afirmación materializada en el recurso en tratamiento.

Por ello se debe –en orden a los fallos referenciados- eximir de responsabilidad al ente asistencial de marras y confirmar en ese tramo la sentencia impugnada (arts. 161 inciso 3° de la Const. Prov.; 1 *in fine*, ley 6982; 279, 289, 375 y cc. del CPCC).

Ello, sin perjuicio de otras consideraciones que sobre el particular se podrían realizar.

2. Responsabilidad de OSPEL.

Atendiendo a los planteos recursivos puntuales de la parte impugnante, he de realizar las siguientes consideraciones adicionales al voto que antecede al presente.

En primer orden, es dable señalar que según lo estipulado por la ley 23.660, quedan comprendidas en ésta normativa las obras sociales sindicales (conf. Ghersi C. A. y Weingarten C., *Tratado de regulación de la empresa de la medicina prepaga*, Ed. La Ley, 2012, pp. 25-26), como la de marras.

Las obras sociales pueden ser estatales, las cuales pueden ser sujetos de derecho público, y privadas o mixtas, en virtud de que tienen un patrimonio propio distinto del estatal, consideradas personas jurídicas de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

carácter privado según lo normado por el artículo 33 del Código Civil (ídem, p. 26).

En la actualidad, la relación de los afiliados con las obras sociales ha quedado encuadrada en dentro de la Ley de derecho del consumidor conforme lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26.631, por lo cual los derechos y obligaciones de los usuarios son iguales a los de medicina prepaga en lo atinente a la regulación de los derechos esenciales (autores, obra y página citada).

En autos, el apelante reclama la aplicación de dicho estatuto especial a la situación en juzgamiento (fs. 2059).

En ese sentido, lo cierto es que conforme la fecha en que sucedieron los lamentables hechos (años 1992-1993, ver demanda de sus representados a fs. 21/48 y sentencia a fs. 1860 y vta.), y más allá de la operatividad del derecho del consumidor, tanto las reformas constitucionales nacional y provincial que lo consagra con ese rango normativo (arts. 42 Const. Nac. y 38 Const. Prov.), como las respectivas leyes regulatorias (ley 24.240 y sus modif., y 13.133 y sus modif.), son posteriores a aquéllos. Y estando vedado legalmente hacer aplicación retroactiva del derecho vigente, sea o no de orden público (art. 3 Cód. Civ.), los presentes obrados no pueden ser pues alcanzados por el plexo normativo de marras. Por ello este agravio no tiene favorable acogida.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Del mismo modo acontece con la petición relativa a que se adopten en la especie los criterios de la Corte Nacional por sobre los de la Provincial que le son desfavorables (fs. 2058 vta.).

Ello así pues, conforme mi voto en causa 117.881 de esta Cámara, es dable indicar, ante la existencia de eventuales criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema nacional en oposición a la doctrina legal de la Suprema Corte local, que ha sido aquél máximo Tribunal quien, haciéndose cargo de la cuestión, ha advertido en ese sentido, que por razones de índole constitucional (arts. 75.12 y 116 de la Constitución Nacional) “la alegación de haberse dictado sentencias que se dicen contradictorias en materias de derecho común, no plantea problema constitucional ni autoriza la intervención de la Corte a fin de unificar pronunciamientos en temas no federales.” (in re “Benitez H.O. c/ Plataforma Cero S. A. y otros”, sent. del 22-12-2009).

La Corte manifestó también que la reseñada doctrina “se impone desde hace tiempo con mayor razón que cuando fue inicialmente establecida, a poco que se advierta el marcado desarrollo que han tenido en los ordenamientos procesales de las provincias los medios o recursos tendientes a uniformar la jurisprudencia en esos ámbitos” (fallo cit). De allí entonces el reconocimiento del valor de la jurisprudencia de los órganos casatorios locales en cuanto cumplen la función unificadora, además de la normofiláctica, en materia de derecho común.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Igualmente, expresó al respecto tanto que “es impropio del cometido jurisdiccional de esta Corte, en el marco de un recurso extraordinario, formular una determinada interpretación de la norma citada, dado el carácter de derecho común que ésta posee”; como que “en asuntos civiles que forman parte de su competencia originaria” o “también al resolver recursos ordinarios de apelación en causas que tienen al Estado Nacional como como parte”, en “tales supuestos excepcionales no alteran la ya mencionada distribución básica de competencia en cuanto a la aplicación e interpretación de derecho común (idem, voto de la Jueza Argibay).

Ello motiva, que no habiéndose alegado el carácter federal de la legislación específica, y tratándose de la aplicación de derecho común, ha de estarse a la doctrina legal de nuestra Corte local, la que sólo tiene reconocimiento constitucional como jurisprudencia vinculante para esta sede de grado (art. 161 inciso 3, Const. Prov.).

Finalmente, igual suerte adversa ha de seguirse en cuanto se alega la ausencia de prueba del carácter que inviste OSTEL (fs. 2057), dado que la misma acompañó su Estatuto (fs. 254/264) por lo que tal denunciada omisión carece de fundamento (arts. 375 y 384 del CPCC).

C. Responsabilidad de los médicos. Responsabilidad colectiva.

El Dr. P. V. concreta a fs. 2060/2064 sus agravios –en síntesis y para el tratamiento del presente acápite- cuestionando que la jueza *a quo* omite



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

tratar la relación causal galeno por galeno; y que a él no se le ha endilgado expresamente reproche jurídico alguno (fs. 2061).

Por su parte, el representante letrado del agente de salud Centro Modelo de Diálisis – en adelante CMD- y de los herederos del Dr. E. V., sobre el particular alega –al desconocer el nexo de causalidad- que “pareciera que de las constancias de la presente, como de la causa criminal, no surge que el Dr. V. fuera quien dirigía los médicos que atendían a los pacientes en la propia actividad en el arte de curar; a mi juicio es posible señalar que cada profesional tenía cierta independencia en su actividad” (fs.2069 vta.).

En ese orden, cabe señalar que la sentenciante posiciona al Dr. E. V. como Director del CMD conforme la prueba valorada en su pronunciamiento (ver fs. 1855 vta. *in fine*/1856), prueba que es absolutamente soslayada en la crítica impetrada, realizándose en cambio manifestaciones generales sin identificar los concretos elementos de juicio en que el apelante sustenta sus afirmaciones (confr. Fs. 2069/2070). Sin perjuicio de ello, la limitada diligencia de fs. 1740 de la causa penal, emplaza como titular del CMD al Dr. E. V, y quien se encontraba presente en ese acto.

Más allá de tal insuficiencia recursiva que deja firme ese tramo del pronunciamiento en revisión, cierto es que además los impugnantes omiten la línea de razonamiento de la juez de la instancia de anterior, quien coloca a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

los galenos como parte de un equipo médico (fs. 1855 vta. *in fine*/1856; 1857 vta. *in fine*/1858; 1858 vta./1859; 1860 y vta.).

Es que ninguno de los recurrentes negó ser parte, en su condición de médicos, del CMD al momento de la ocurrencia de los hechos (Es más, el Dr. P. V. afirma que ingresó a dicho centro en septiembre de 1991; fs. 2060 vta.).

Es dable señalar que no en vano la regulación legal específica le requiere al Director del Centro de Diálisis el título de especialista en nefrología. Exige también dos médicos responsables del centro de diálisis con título de especialistas nefrólogos, más dotación de médicos asistentes con experiencia comprobable en diálisis (art. 64 del dec. 3280/90).

Sobre ese piso de marcha, es oportuno señalar que en el caso del equipo médico, la responsabilidad del jefe surge por el hecho de sus dependientes, siendo una responsabilidad contractual por el hecho ajeno, en el supuesto que el acto antijurídico fuera producto de la actividad de uno de sus colaboradores. La víctima debe probar la relación causal adecuada entre ese accionar y el perjuicio y además la vinculación con el equipo médico. Ello hace responsable a todos los integrantes del conjunto, salvo que pudieren demostrar su no intervención (ruptura del nexo causal) o bien otra causa ajena. Ello basado así, según algunos criterios teóricos, en el riesgo creado o riesgo provecho, o con fundamento en el deber de garantía. “Se trata de ver en todo esto un aspecto de la solidaridad social a fin de proteger



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

y no abandonar a las víctimas. Es una especie de autoría refleja donde todos y cada uno de los integrantes del grupo se unifican en su personalidad en el mismo grupo. Se trata de impedir que la situación de anonimato no permita la posible maniobra de estos grupos para imposibilitar la indemnización y tratar de hacer “irresponsables” a todos sus integrantes.” (R. H. Compagnucci de Caso, *Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva*, LL 1991-D-466).

Así, de no ser posible determinar la autoría del perjuicio experimentado por el o los pacientes –para lo cual se torna esencial la gestión solidaria de la actividad probatoria- la responsabilidad será de todos los médicos, en cuanto los mismos pertenezcan, como equipo médico actuante, al elenco del ente sanitario en que aquél recibió atención (conf. A. J. Bueres, *Responsabilidad Civil de los médicos*, 3° ed. Renovada, Hammurabi, 2008, ps. 353; 465).

En definitiva, el fundamento del deber de reparar del médico jefe, contractual y aquiliano, es la garantía asumida en todo caso, imbuida del riesgo, y que dicha obligación de responder es siempre inexcusable (ídem, ps. 455/6). Y los restantes profesionales integrantes del equipo, en tanto no evidencien fehacientemente ser ajenos al mismo o su efectiva falta de intervención, frente a la autoría anónima, le es aplicable la responsabilidad colectiva (conf. R. L. Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, T. II, Rubinzal Culzoni, 1997, p. 104).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

En el caso en tratamiento, la responsabilidad colectiva deviene de la actuación disyuntiva o alternativa de los galenos del CMD; y cuanto menos su carga procesal era demostrar –reitero- con elementos probatorios concretos, que no tuvieron participación alguna en los tratamientos lesivos, sin necesidad de identificar al autor de cuasidelito civil (ver R. L. Lorenzetti, opus cit., ps. 102/103).

No habiendo o currido ello, la parcela del decisorio en este aspecto se mantiene incólume (arts. 263, 266, 272, 375, 384, 474; 902, 1137, 1109, 1198 y cc. del Código Civil).

Por último, cabe referir en ese sentido que el nuevo ordenamiento civil y comercial, que entrará en vigencia el año en curso, prevé igual solución dado que en el artículo 1761 dispone que, si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción. Se trata –como se refirió- de una responsabilidad instituida a favor de la víctima sobre la base de una relación causal que sólo permite llegar al grupo de autores probables pero no admite llegar al autor concreto; lo que se aplica a la actividad colectiva en el ámbito de la praxis médica y donde se torna imposible determinar el origen de la atención médica que originó el daño (conf. Tanzi S. y Casazza M. S., *Responsabilidad colectiva, anónima y por la actividad peligrosa de un grupo en el Código Civil y Comercial*, LL del 29-1-2015, 1).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

II. Por lo expuesto, con el alcance indicado, voto en igual sentido que el colega preopinante Dr. Soto.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL DOCTOR SOTO

DIJO:

En atención al acuerdo alcanzado en la primera cuestión planteada propongo: 1) Excluir de la extensión de la condena a HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. en los autos caratulados “Cotignola c/ Verzini y acumulados: “Troiani de Tabone...””; “Gómez...””; “Emeri...””, con costas de esta instancia por su orden atento las particulares circunstancias de la decisión adoptada (arts. 69, 71, C.P.C.C.). 2) En autos "Cotignola..." admitir la demanda interpuesta contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires con costas al perdedoso. 3) Rubros: **A)** En los autos “**Cotignola**” otorgar bajo el concepto Incapacidad sobreviniente la suma de \$ 30.000 (arts. 165, 260, 266, 272,384, 456, 474 del C. Proc.; 1068, Código Civil). Daño psicológico: propongo mensurar esta reparación en la suma de \$ 10.000 (arts. 165, 260, 266, 272, 384 y 474 del C. Proc.; 1086, Código Civil). **B)** En autos “**Troiani de Tabone**” juzgo prudente fijar en la suma de pesos veintiocho mil (\$ 28.000) el rubro daño por muerte (arts.1079, 1084, 1085 y cc. del C. Civil). Costas de esta instancia a las demandadas en su esencial condición de vencidas (arts. 68, 69, C.P.C.C.). 4) Confirmar la sentencia en lo demás que ha sido objeto de recursos y agravios.

ASI LO VOTO.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

El doctor HANKOVITS adhirió en un todo al voto que antecede, con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dictándose por el Tribunal la siguiente:

S E N T E N C I A

La Plata,

de febrero de 2015.

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:

Que en el precedente Acuerdo ha quedado establecido que el decisorio único dictado a fs. 1843/1871, aclarado a fs. 1926 y vuelta, no es justo (arts. 17, 18, 42, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional; 15, 31, 38, 161 inc. 3 a, 168, 171 de la Constitución Provincial; 3, 504, 724, 850, 901, 902, 906, 1068, 1069, 1078, 1079, 1084, 1085, 1109, 1112, 1198 del Código Civil; 34 incs. 4 y 5, 68, 69, 163, 164, 165, 246, 260, 261, 263, 266, 272, 279, 289, 330, 332, 354 inc. 1º, 375, 384, 456, 474, 421 del C.P.C.C.; 18.8 de la ley 11.175; 21 inc. a, 25, 26, 27, 29, 31, 32, 33, 34, ley 3661; 118 ley 17.418; 1º in fine, ley 6982; 64 dec. ley 3280/90; doctrina y jurisprudencia citada).

POR ELLO: corresponde: 1) Excluir de la extensión de la condena a HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. en los autos caratulados "Cotignola c/ Verzini y acumulados: "Troiani de Tabone..."; "Gómez..."; "Emeri...", con costas de esta instancia por su orden atento las particulares circunstancias de la decisión adoptada (arts. 69, 71, C.P.C.C.). 2) En autos "Cotignola..." admitir la demanda interpuesta contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires con costas al perdedor. 3) Rubros: **A)** En los autos "**Cotignola**" se otorga bajo el concepto Incapacidad sobreviniente la suma de \$ 30.000



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

(arts. 165, 260, 266, 272,384, 456, 474 del C. Proc.; 1068, Código Civil).

Daño psicológico: se justiprecia en la suma de \$ 10.000 (arts. 165, 260, 266, 272, 384 y 474 del C. Proc.; 1086, Código Civil). **B)** En autos “**Troiani de Tabone**” se fija por el rubro daño por muerte la suma de pesos veintiocho mil (\$ 28.000) (arts.1079, 1084, 1085 y cc. del C. Civil). Costas de esta instancia a las demandadas en su esencial condición de vencidas (arts. 68, 69, C.P.C.C.). 4) Confirmar la sentencia en lo demás que ha sido objeto de recursos y agravios. **Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.**