Expediente: **325/18**
Carátula: **GANEM CHRISTIAN GABRIEL C/ SISTEMA PROVINCIAL DE SALUD (SIPROSA) Y OTRA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**

Unidad Judicial: **EXCMA. CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SALA II**
Tipo Actuación: **SENTENCIAS FONDO**
Fecha Depósito: **19/02/2025 - 00:00**
Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:
20129198703 - FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A., -CITADA EN GARANTIA
20255428005 - GANEM, CHRISTIAN GABRIEL-ACTOR
90000000000 - ZELAYA, MARIA ELENA-DEMANDADO
20224146427 - SISTEMA PROVINCIAL DE SALUD (SI.PRO.SA.), -DEMANDADO
20258431767 - BULACIO GOMEZ, IGNACIO DELFIN-POR DERECHO PROPIO

JUICIO:GANEM CHRISTIAN GABRIEL c/ SISTEMA PROVINCIAL DE SALUD (SIPROSA) Y OTRA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- EXPTE:325/18.-

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Excma. Cámara Contencioso Administrativo - Sala II

ACTUACIONES N°: 325/18

H105021579822

H105021579822

JUICIO:GANEM CHRISTIAN GABRIEL c/ SISTEMA PROVINCIAL DE SALUD (SIPROSA) Y OTRA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- EXPTE:325/18.-

VISTO: Los autos caratulados "**GANEM CHRISTIAN GABRIEL c/ SISTEMA PROVINCIAL DE SALUD (SIPROSA) Y OTRA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - EXPTE. N° 325/18"** y reunidos los Sres. Vocales de la Sala Segunda de la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo, conforme integración de fecha 15/03/2021, se establece el siguiente orden de votación: Dra. María Felicitas Masaguer y Dr. Sergio Gandur y; habiéndose procedido a su consideración y decisión con el siguiente resultado:

La Sra. Vocal Dra. María Felicitas Masaguer, dijo:

RESULTA:

A.- El Sr. Christian Gabriel Ganem, por intermedio de su apoderado Germán Esteban Muller, interpone en esta demanda contra el Sistema Provincial de Salud (en adelante, SIPROSA) y la bioquímica María Elena Zelaya, una pretensión indemnizatoria de $600.000 (pesos: seiscientos mil), o lo que más o menos surjan de la probanza de autos, más la tasa activa desde el momento que es debido hasta la fecha de su efectivo pago, más gastos y costas por los daños y perjuicios sufridos.

En sustento de ello, en la demanda alega que a fines del mes de agosto de 2017 el actor se realizó unos análisis de sífilis, hepatitis y HIV en el Centro de Referencia del Siprosa, sito en Av. República del Líbano N° 950, San Miguel de Tucumán, con el fin de obtener tranquilidad por haber mantenido una relación sexual con una mujer de 46 años de edad que conoció en un local bailable. Relata que retiró los análisis a principios del mes de septiembre de 2017 y, para su asombro, le informaron que

dio positivo del virus HIV. Seguidamente, la persona que lo atendió le hizo entrega de un listado de médicos infectólogos para que se comunicara con alguno de ellos e inicie el correspondiente tratamiento.

Expone que se comunicó con la psicóloga del Centro de Referencia, pero sólo mantuvo una conversación de 10 minutos y, que ante la imposibilidad temporal de ser visto por el Dr. Recupero, fue atendido por el infectólogo del Hospital Avellaneda, Gonzalo Tomás. Señala que este último le indicó hacer unos análisis completos de sangre y dos análisis específicos para constatar HIV, K con cd4 y carga viral, los cuales manifiesta que su obra social no los autorizó.

Relata que el actor comunicó su angustia al Dr. Tomás y le expresó que quería suicidarse, motivo por el cual fue aconsejado que tratara con un Psiquiatra del Hospital Avellaneda, al cual nunca asistió. A continuación, dice que días después chocó en forma voluntaria contra un camión, tratándose de quitar la vida. Como corolario del accidente, indica que se aisló de todo el mundo por temor a contagiar a algún ser querido o a alguien involuntariamente, como así también tenía ganas de renunciar a su trabajo ya que le resultaba imposible realizar su labor diaria por la angustia que sobrellevaba.

Continúa relatando que al paso de unas semanas regresó al Centro de Referencia buscando ayuda psicológica y manifestó su deseo de volver a repetir los análisis, ya que quería confirmar su enfermedad. Aduce que por temor a retirar los nuevos resultados, un día viernes (no especificado) se presentó a su domicilio personal del Centro de Referencia (un chofer y un bioquímico llamado Francisco Pereyra) con el objeto de llevarlo al Centro de Referencia. Describe que el mencionado bioquímico le comunicó que el segundo resultado había dado “gris”, por lo que le extrajeron nuevamente sangre para realizar un nuevo análisis, a lo que dio negativo.

Precisa que hubo una reticencia a entregarle el nuevo resultado por parte de la bioquímica María Elena Zelaya si no le remitían el anterior estudio positivo, alegando que no podían circular dos informes contradictorios, hasta que finalmente la hermana del actor, la Sra. Adriana Elizabeth Ganem, consiguió que le fuera conferido el nuevo diagnóstico, haciéndole firmar un escrito por su puño y letra para terminar el tratamiento en la obra social.

En su escrito alega responsabilidad del médico por error en el diagnóstico, por lo que su responsabilidad es objetiva y de resultados, ya que la culpa surge evidente. Entiende que el médico tiene el deber de desarrollar una conducta diligente, ya que no cumplir con ello, el reproche en la conducta del profesional ya no pasa por una falta grave, sino por una efectiva constatación de culpa, cualquiera sea su entidad. Asimismo, infiere que hay responsabilidad del Estado por error en diagnóstico en un nosocomio público, que la atribución de responsabilidad directa del Estado surge de la actuación de sus órganos, y que el fundamento que la jurisprudencia toma para atribuir responsabilidad surge de los arts. 1112 y 1113 del CC. Asimismo, indica que en el presente caso es aplicable la Ley N° 26944 de Responsabilidad del Estado.

Reclama por daño moral la suma de $600.000, detalla la prueba que ofrece, solicita beneficio para litigar sin gastos y pide se haga lugar a la demanda con expresa imposición de costas.

B.- Corrido el traslado de la demanda, conforme providencia del 30/08/2018 (fs. 45), se presenta el SIPROSA a través de su apoderado Gastón Emilio Cipriani en fecha 12/10/2018 (fs. 77/80) y la contesta. Niega los hechos alegados en la demanda, como la autenticidad de la prueba ofrecida y la aplicación al caso del derecho y la jurisprudencia invocada.

Relata que el día 23/08/2017 el paciente Ganem Christian Gabriel concurre al Laboratorio de Referencia VIH/Sida e ITS con pedido del Dr. Rubén Baza de la Unidad Coordinadora y Ejecución de Enfermedades de Transmisión Sexual del Siprosa para evaluación serológica de VIH, sífilis, hepatitis B y hepatitis C, dando los resultados no reactivos a excepción del VIH. El día 01/09/2017 el paciente retira sus resultados y es notificado de los mismos por el galeno.

Expone que en fecha 22/09/2017 el actor concurre nuevamente a la institución con nuevo pedido médico para evaluación serológica, sólo de HIV. Relata que se emplean tres técnicas y todos concluyen en el mismo resultado: no reactivo. Al entregarse al paciente los resultados de éste análisis, se le toma una nueva muestra para buscar concordancia con los últimos resultados. Así, en fecha 02/10/2017 se emplean otra vez las tres técnicas serológicas que coinciden en ser negativas, tomando conocimiento el actor en fecha 10/10/2017.

Pone de relieve que toda la situación se desarrolló a instancia de estamentos del SIPROSA, tanto el supuesto error como su corrección. Invoca que el alegado daño moral por $600.000 que reclama resulta improcedente, desmesurado e inconsistente con los hechos producidos. Argumenta que conforme a los avances científicos, el VIH no constituye una enfermedad terminal ni mucho menos incapacitante, lo que se explica detalladamente a todos los pacientes que concurren a realizarse análisis de HIV, que hoy en día un diagnóstico positivo se encuentra lejos de constituir una sentencia de muerte, ha dejado de ser una enfermedad con la trascendencia caótica que el actor pretende darle a los efectos de obtener resarcimiento, y tal situación, además de ser de público conocimiento, le ha sido informado al propio actor cuando concurrió a la Unidad Coordinadora y Ejecutora de Enfermedades de Transmisión Sexual del SIPROSA antes de que obtenga los resultados del primer análisis.

Esgrime que todas las consideraciones que el actor manifiesta en su demanda respecto a las consecuencias y daños que le habrían traído los primeros resultados de los análisis son notoriamente injustificadas e improbables, y que no existen indicios que permitan generar una mínima presunción de certeza en cuanto a su existencia, ni que haya habido una relación causal con el resultado del análisis. Paralelamente, señala que se le atribuye a su parte hechos que se sindican cometidos por agentes en el cumplimiento de sus funciones, por lo que ha previsto que sus dependientes contraten cobertura de responsabilidad civil profesional por el acto que se realiza dentro del servicio que prestan en las instalaciones de su mandante.

Indica la prueba que ofrece y solicita se rechace la acción impetrada contra su parte.

C.- En fecha 28/03/2019 contesta la demanda la Dra. María Elena Zelaya, a través de su letrado Ignacio Bulacio Gómez. Realiza una negativa general y en particular niega cada uno de los hechos y derechos contenidos en el texto de la demanda.

Señala que la responsabilidad del profesional debe reconocerse si se demuestra evaluaciones caracterizadas o ignorancia inexcusable, lo que no ocurrió en este caso, más aún cuando la actora no acierta siquiera en objetivar el motivo por el que acusa y demanda a su parte, ya que no está asistido el accionante por presunción alguna, debiendo probar todos su dichos. Manifiesta que los bioquímicos sólo deben responder de sus hechos culposos cuando la constatación de éstos, independientemente de teorías o métodos médicos, tiene su base en las reglas generales del buen sentido y de la prudencia, a las cuales está sometido el ejercicio de cualquier profesión.

Indica que es profesional bioquímico del Laboratorio de Referencia de VIH/Sida e ITS, dependiente del SIPROSA, para la determinación de infecciones de transmisión sexual. Explica que tal procesos cuenta con tres etapas: 1) la primera es de recepción del paciente, tomándose los datos personales

y se le asigna un número interno de procesamiento, se toma la muestra de sangre en tubos identificados con el número anteriormente asignado (fase preanalítica) y depende íntegramente del administrativo y el técnico de laboratorio interviniente; 2) luego se distribuyen para ser analizadas en las distintas áreas del laboratorio; 3) prosigue la etapa analítica, para realizar las determinaciones correspondientes al pedido del médico. Así, subraya que su parte no tiene intervención en la etapa preanalítica, su función es analizar un tubo con muestra de sangre ya numerado y no tiene contacto con el paciente.

Conforme a ello, relata que en fecha 23/08/2017 concurre el Sr. Ganem bajo el código MCHGA06031982 (a fin de proteger su identidad), con un pedido de análisis serológico de VIH, sífilis, hepatitis B y C solicitado por el Dr. Rubén Baza. Una vez extraída la muestra de sangre, pasa a la fase analítica bajo el número 86643 (único dato conocido por su parte) y da resultado positivo de VIH. Posteriormente, pasa a una tercera técnica confirmatoria llamada WESTERN BLOT que también da positivo.

Continúa diciendo que el paciente concurre a retirar los análisis y es notificado por el Dr. Baza en la Unidad Coordinadora de Enfermedades de Transmisión Sexual del SIPROSA, y que hasta ese momento seguía sin conocer la identidad del N° 86643. Seguidamente, expone que el paciente se presenta en fecha 22/09/2017 con un nuevo pedido de análisis solicitado por UCE para la evaluación sólo de HIV, así se emplean tres técnicas de ELISA IV, aglutinación de partículas e INMUNOBLOT (test rápido), las cuales todas arrojan resultados negativos o no reactivos.

Indica que una vez enviados los resultados a la oficina correspondiente, en fecha 28/09/2017 concurre el paciente y se le toma una nueva muestra para HIV, realizándose también carga viral (para detección directa del virus) y linfocitos T CD4+ (para saber el status inmune del paciente), dando como resultados un estado de no infección. Asimismo, expresa que en fecha 02/10/2017 se toma la última muestra para cotejar resultados negativos con los obtenidos previamente. En este sentido, explica que al evaluar la no coincidencia entre la primera y segunda muestra, se llega a la conclusión de que hubo un cruzamiento en la identificación de la primera muestra, perteneciendo a un paciente ya diagnosticado previamente como FDIES10011995.

Acorde a lo explayado, resalta que su intervención no es la extracción de sangre ni la identificación de las mismas, ya que ese procedimiento es realizado por personal técnico del laboratorio, en tanto que su actuación comienza con un tubo numerado con muestra de sangre a fin de realizar las técnicas pertinentes para determinar los resultados del análisis.

Solicita se cite de garantía a Federación Patronal SA, al estar amparada por una Póliza de Seguros N° 989150-94, señala la documentación que acompaña, formula reserva del caso federal y pide se rechace la demanda con costas.

D.- En fecha 10/10/2019 se apersona la compañía de seguros Federación Patronal SA a través de su apoderado Ignacio Bulacio Gómez (fs. 124/126) y contesta la citación de garantía y la demanda.

Como primera medida, expresa que conforme lo acreditó la Dra. Maria Elena Zelaya con copia de seguro, está amparada por una póliza N° 989150-94 por una suma de $500.000. Seguidamente, a todo evento ratifica y adhiere en todos sus términos a lo expresado en el responde de demanda realizado por la Dra. Zelaya, en especial lo referente a la verdad de los hechos, por lo que pide se rechace la demanda impetrada en contra de dicha profesional.

E.- Abierto a pruebas este juicio (providencia del 23/06/2020), se producen las que da cuenta el informe actuarial de fecha 13/10/2021.

Agregados los alegatos de las partes (26/10/2021 la actora; 09/11/2021 el SIPROSA; y 25/11/2021 la Dra. María Elena Zelaya), en fecha 18/02/2022 se informa que no se practica planilla fiscal, por cuanto al actor se le otorgó el beneficio para litigar sin gastos (sentencia N° 69 de fecha 25/02/2019), por lo que los autos quedaron en condiciones de dictar sentencia (cfr. decretos del 18/02/2022, 14/04/2023 y 24/04/2024).

CONSIDERANDO:

I.- Christian Gabriel Ganem interpuso en esta demanda de daños y perjuicios contra el SIPROSA y la Dra. María Elena Zelaya, una pretensión indemnizatoria por daño moral de $600.000 o lo que más o menos determine el Tribunal conforme las pruebas de autos, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del diagnóstico errado de HIV que dio en un primer lugar positivo, lo que llevó a que entre en un estado depresivo y, como consecuencia, tomó una serie de decisiones como intentar suicidarse, querer renunciar a su trabajo y alejarse de todo su círculo afectivo por la angustia que le causó y el temor a contagiar a alguien más, hasta que se repitió los estudios dos veces más y, finalmente, se enteró que era no reactivo al virus del HIV.

En autos no está discutido que hubo un yerro por parte del SIPROSA al haberle proporcionado al paciente Ganem un resultado que, originariamente, no era relativo a su análisis; lo que sí está en controversia y –corresponde analizar en el presente– es el nexo causal y el grado de consecución entre el mal diagnóstico y el daño moral que reclama el actor.

II.- Marco normativo.

Hay que comenzar por ponderar la naturaleza del reclamo, teniendo en cuenta los cambios legislativos operados a partir de 2014/2015 en el ámbito de la responsabilidad estatal por daños y la fecha en la que se produjo el evento dañoso (entre agosto y octubre de 2017).

El 01/08/2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley N° 26994. Esto supuso la derogación, a partir de esa fecha, del Código Civil aprobado por Ley N° 340. El dato cobra relevancia si se advierte que la tradicional jurisprudencia de los tribunales nacionales y provinciales sustentaba el sistema de responsabilidad estatal en la aplicación analógica de las disposiciones de aquel viejo Código Civil.

Adicionalmente, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación contiene disposiciones expresas que establecen: a) que las disposiciones de dicho Digesto en materia de responsabilidad no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria (artículo 1764); b) que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios de derecho administrativo, nacional o local según corresponda (artículo 1765); c) que los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda (artículo 1766).

En la misma línea, en fecha 02/07/2014 el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26944, que regula la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional, invitando a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a la norma.

Cabe precisar que la Provincia de Tucumán no adhirió –a la fecha– a las disposiciones de aquella normativa; ni tampoco sancionó una ley propia sobre responsabilidad del Estado. En otras palabras, en el derecho positivo vigente a la fecha de los hechos debatidos en autos, el cuadro de situación es el siguiente: a) las disposiciones del viejo Código Civil en que la jurisprudencia sustentaba el sistema

de responsabilidad extracontractual del Estado han sido derogadas; b) el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación prohíbe expresamente su aplicación directa o subsidiaria a la responsabilidad del Estado; c) la Provincia de Tucumán no adhirió a la Ley N° 26944, ni tampoco dictó su propia ley de responsabilidad del Estado.

No obstante, en este punto debe advertirse que la ausencia de una ley que regule la materia en el ámbito estatal, no autoriza a suponer la irresponsabilidad del Estado.

En primer lugar, por la raigambre constitucional del derecho al resarcimiento de los daños sufridos; derecho cuyos fundamentos se ubican en los artículos 14 y 17 (derecho de propiedad), 16 (igualdad ante las cargas públicas) y 19 (en cuanto recoge el principio alterum non laedere, como prohibición de perjudicar los derechos de un tercero) de la Constitución Nacional, entre otros.

Por otra parte, diversas cláusulas de la Constitución de Tucumán aluden a la obligación de resarcir que cabe al Estado (por ejemplo, artículo 4 –responsabilidad directa de los funcionarios y empleados públicos ante los tribunales–; artículo 67 –que atribuye a la Legislatura el dictado de una ley sobre responsabilidad de los empleados públicos–; artículo 8 –reparación por la Provincia de daños derivados de actos dictados por un Interventor Federal–; artículo 40 inciso 8 –reparación de daños provocados por la cesantía ilegítima de un empleado público–, etc.). Se trata de disposiciones que permiten descartar de plano la posibilidad de postular la irresponsabilidad del Estado como principio general.

Tan es así que hasta la sanción de la Ley N° 26944, los tribunales declararon la responsabilidad del Estado sobre la base de interpretaciones jurisprudenciales y en ausencia de una ley expresa.

Aceptado lo anterior, y más allá de las cláusulas constitucionales y convencionales que pudieran servir de fundamento último de la responsabilidad estatal, corresponde determinar las normas infraconstitucionales que se aplicarán para la solución del caso concreto bajo análisis.

Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia Nacional tiene dicho que la responsabilidad de los Estados Provinciales por su actuación en el ámbito del derecho público constituye una "materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado” (conf. Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho, Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, segunda edición actualizada, T. IV, nros. 1527, 1601, 1625, 1648, 1686, 1687 y 1688; Fiorini, Bartolomé A., "Manual de Derecho Administrativo", La Ley S.A., Buenos Aires, 1968, Primera Parte, Capítulo IV, págs. 82, 83, Segunda Parte, Capítulo I, págs. 1103, 1112, 1113, 1131; Forsthoff, Ernst, "Tratado de Derecho Administrativo", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 427)".

Sin embargo, el Supremo Tribunal aclaró seguidamente que: [...] no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos –entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados– aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (Fiorini, op. cit., primera parte, págs. 90 y sgtes.) [...] (CSJN, 21/03/06, “Barreto Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro”, Fallos 329:759).

Efectivamente, la aplicación de normas contenidas en el Código Civil en el ámbito del derecho administrativo constituye un recurso hermenéutico largamente aceptado por la jurisprudencia de la

Corte Nacional (ver, por ejemplo, el viejo y conocido precedente “S.A. Ganadera Los Lagos”, del año 1941 –Fallos 190:142–), a condición de que las disposiciones de aquel Digesto se trasladen al ámbito del derecho administrativo con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de ésta última disciplina.

La mencionada condición supone un proceso de adaptación previa de la norma de derecho privado, conforme a la naturaleza y fines propios del derecho público. Esto no es otra cosa que la analogía, método de integración normativa que expresamente admitía el artículo 16 del viejo Código Civil, y que admite el artículo 2 del Código Civil y Comercial vigente a la fecha.

Aun cuando la terminología empleada por la Corte Nacional no resulta del todo precisa, subsidiariedad y analogía constituyen técnicas diferentes. La subsidiariedad (o supletoriedad) permite integrar un vacío en una ley especial, aplicando supletoriamente las disposiciones de la ley general. Es decir, la subsidiariedad supone una relación entre ley general y ley especial. Dicha relación no existe en la analogía. La analogía supone aplicar a un caso no previsto en la ley, la consecuencia jurídica estipulada para otro caso, por otra ley, con sustento en la similitud (analogía) entre el caso no previsto y el caso regulado. Es decir, en la analogía se atribuye a situaciones similares (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto.

Sobre la diferencia entre subsidiariedad y analogía, se ha dicho: Ello puede lograrse por el método de la subsidiariedad –donde la laguna de la norma particular se llena con la previsión de la norma general, logrando así una integración sistemática de ambas– o bien por la extensión interpretativa, consistente en la aplicación de la técnica de la analogía o el recurso a los principios generales del derecho... La aplicación subsidiaria pertenece al método sistemático de interpretación de la ley y consiste en relacionar una norma con aquellas otras que integran una institución jurídica. Este modelo requiere concretamente de una relación de género a especie entre la disposición que se pretende aplicar supletoriamente y aquella cuyo contenido quiere explicitarse. Dentro de un mismo sistema, la fórmula general viene a cubrir el vacío de la fórmula particular. Así como en la subsidiariedad tenemos dos normas vinculadas en relación de especialidad, en la analogía esa vinculación no se encuentra presente. La carencia de norma se suple a partir de la elaboración interpretativa de una nueva prescripción, para lo cual el decisor toma una disposición que disciplina una situación con similitudes sustanciales, pero que no posee relación de suplencia” (JUSTO, Juan B. y EGEA, Federico M., "La responsabilidad del Estado en las provincias. Lagunas interpretativas y oportunidades de progreso institucional", La Ley – Suplemento Administrativo 2016 (noviembre); La Ley 2016-F, 924).

Comprender que subsidiariedad y analogía constituyen técnicas hermenéuticas diferentes es determinante, toda vez que el artículo 1764 del Código Civil y Comercial de la Nación veda la aplicación directa y la aplicación subsidiaria de dicho Digesto a la responsabilidad del Estado, mas no impide la aplicación analógica de las normas civiles, esto es, previa adaptación de las normas de derecho privado, conforme a la naturaleza del derecho público.

En este punto conviene resaltar que el Mensaje de Elevación del Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado (que luego se convirtiera en la Ley N° 26944), expresamente reconoce la posibilidad de que el Código Civil y Comercial de la Nación se aplique analógicamente al ámbito de la responsabilidad estatal por daños: [...] La sanción de una ley de responsabilidad patrimonial del Estado permite que éste sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público. En ese sentido, expresamente se establece que las disposiciones del Código Civil no son

aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo [...] (Fallos: 190:142, 310:1578 y 321:174, entre otros) (Mensaje de Elevación N° 1780 del 12-11-13).

La posibilidad de aplicar analógicamente el Código Civil y Comercial de la Nación en el ámbito de la responsabilidad estatal, a pesar de las disposiciones contenidas en sus artículos 1764 a 1766, goza también de sólido respaldo doctrinario. Cito: En efecto el art. 1 de la Ley N° 26944 establece expresamente que 'las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria', lo cual no excluye la posibilidad de acudir a la legislación civil y comercial para llenar las lagunas que aparezcan en la materia; la aplicación por analogía de las disposiciones del derecho privado para integrar las lagunas del derecho administrativo es propugnada desde antaño tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Entre otros Gordillo sostiene que la aplicación de las normas del Código Civil al Derecho Administrativo debe efectuarse a través del procedimiento de la analogía, que exige realizar una tarea previa de adaptación a las normas y principios del Derecho Público. En sentido concordante, el Superior Tribunal Nacional ha resuelto la aplicación analógica de las normas del Código Civil para integrar lagunas del derecho administrativo como en materia de nulidades del acto administrativo, contratos administrativos y con relación a la responsabilidad del Estado (ÁBALOS, María Gabriela, "Responsabilidad del Estado y principios constitucionales", La Ley 01/09/2015, 1; La Ley 2015-E, 605. En igual sentido: BALBÍN, Carlos F., Impacto del Código Civil en el Derecho Administrativo, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 89; entre otros).

En definitiva, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no impide la aplicación analógica de sus disposiciones a la responsabilidad estatal, sino únicamente su aplicación directa y su aplicación subsidiaria. En consecuencia, no habiendo la Provincia de Tucumán adherido a la Ley Nacional N° 26944 de responsabilidad del Estado, y frente a la inexistencia de una ley local sobre responsabilidad del Estado, no existe impedimento para resolver el caso bajo examen con aplicación analógica de las disposiciones sobre responsabilidad contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por Ley N° 26994, en cuanto fuera pertinente; tal cual fuera admitido por una consolidada jurisprudencia –tanto nacional como provincial–, anterior a la sanción de la Ley N° 26944 sobre Responsabilidad del Estado (ver, por ejemplo: CSJT, Sentencia N° 523, 08/07/98, "Serrano Víctor Hugo c. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios", entre muchos otros).

III. Antecedentes del caso.

Por razones metodológicas, voy a explicitar cuáles son los hechos acreditados en este juicio, conforme las pruebas rendidas en autos:

A).- En primer lugar, tenemos que en el cuaderno n°1 de la actora, se solicitaron se libren una serie de oficios al SIPROSA, Comisaría El Colmenar URN, Hospital Padilla, Fiscalía de Instrucción II° Nom., obra social OSPES, representante legal de Farmacia del Pueblo y a la Dra. Marta Ledesma de Escordamaglia, a los fines de reunir los informes requeridos que dan cuenta el escrito de fecha 15/07/2020.

a) En fecha 20/08/2020 contesta la Comisaría de El Colmenar URN. Al respecto, adjunta copia de "Constancia Policial por denuncia", por el cual el funcionario de policía Dante Medina certifica que en esa dependencia policial se instruyen actuaciones procesales por la causa "Lesiones culposas,

víctima: Ganem Christian Gabriel, Causante: Escobar Aldo Sergio, Ocurrido: 06/09/2017 a hs. 16.00 aprox., Interviene: Fiscalía de Instrucción I° Nom. CJC. En el resumen se lee que: “En circunstancias que la víctima Ganem Christian se encontraba circulando por Ruta 305 con sentido vehicular de sur a norte en su motocicleta Motomel, modelo DLX 110, fue que por razones que se investigan, chocó uno de los laterales del camión marca Scania, modelo P 310, dominio JBM 223, que circulaba por la misma ruta con sentido vehicular de norte a sur. Que este hecho resultó con lesiones (politraumatismos y TEC) al ciudadano Ganem, el cual fue atendido y diagnosticado de dichas lesiones en el Hospital Padilla”.

b) En fecha 03/09/2020 el representante de Farmacias del Pueblo, manifiesta que luego de haber revisado la documentación y registros de la empresa correspondientes a los períodos 2019 y el transcurrido hasta el 2020, no se encontró instrumento alguno remitido por el SIPROSA, relativo a la entrega de medicamentos para el actor y para tratar la patología que refiere (HIV).

c) Con respecto al requerimiento de la obra social para que indique si en el año 2017 se presentó un instructivo de la Superintendencia de Seguros de Salud a nombre del Sr. Christian Ganem, identificado bajo el código MCHGA 06031981 como portador de HIV, tal entidad lo responde en fecha 08/09/2020.

Así acompañó copia certificada de la Res. 400/16-SSSalud, en la cual se detalla el procedimiento para cobertura de medicamento, de donde surge: 1) resumen de historia clínica (original) firmada y sellada por el médico tratante a la que deberá contener los siguientes datos (datos del beneficiario; diagnóstico; antecedentes de la enfermedad, fecha de inicio del tratamiento y estado actual; detalle del tratamiento indicado; fundamentación médica del uso de la medicación específica sobre la cual se solicita reintegro, con detalle de dosis diaria y mensual requerida; tiempo de tratamiento previsto); 2) indicación médica original de la medicación para la cual se solicita cobertura, firmada y sellada por médico especialista afín a la patología, con lugar de emisión y fecha; 3) estudios complementarios que avalen y fundamenten el diagnóstico; 4) consentimiento informado, firmado por profesional médico que indica el tratamiento y el paciente o su representante.

Asimismo, surge anexo copia del Consentimiento Informado Bilateral, por el cual Christian Ganem prestó conformidad para la realización de tratamiento indicado por el médico tratante del Dr. Gonzalo Tomás, con la cobertura de su obra social OSPES; tratamiento: Atazanavir, Ritonavir, Truvada Notificación al programa nacional de SIDA: sí; fundamento médico: infección por HIV, requiere análisis de cd4.

d) En fecha 20/11/2020 la Unidad Coordinadora y Ejecutora VIH/Sida y ETS contesta que no cuenta bajo su dependencia al Laboratorio de Referencia en VIH/Sida y ETS, por el cual no cuentan con ningún análisis de sangre del Sr. Christian Ganem. Asimismo, adjunta copia fiel del historial de atención del actor en aquella UCE que datan desde el 16/07/2014 al 22/09/2017.

e) En fecha 09/12/2020 la Directora de Asuntos Disciplinarios del SIPROSA indica que no se registra ingreso en aquella Dirección de expediente en relación a la atención del paciente Christian Ganem en efectores del SIPROSA.

f) Por presentaciones del 01/03/2021 y del 03/03/2021 el Hospital Padilla informe que el Sr. Christian Gabriel Ganem registra ingreso en aquel nosocomio por guardia de fecha 06/09/2017, con causa de ingreso: “accidente de tránsito, permanece en observación en guardia, alta idéntico día. No registra cirugía ni internación”. A la vez, acompaña copia de la historia clínica de atención en la guardia.

g) El 03/06/2021 remite informe la Fiscalía Conclusional de Instrucción II - Secretaría de Delitos Criminales, la que reporta que no se encontraron causa judicial alguna bajo el nombre de ningún

imputado: Escobar Aldo Sergio o víctima: Ganem Christian Gabriel.

B).- En el cuaderno de prueba n°4 de la actora se cursó la pericial psicológica. Así, en fecha 23/06/2021 presentó el informe el Psicólogo Flavio Iván Garlati Bertoldi, MP 2390. De su reporte se destaca: “Según surge de la entrevista con el peritado no realizó tratamiento psicológico o psiquiátrico con anterioridad, no presenta en su genograma familiares trastornos severos psiquiátricos, no presenta enfermedades de relevancia En cuanto al examen de psicodiagnóstico se llevaron a cabo las siguientes entrevistas semiestructuradas: técnica neuropsicológica: Test de Bender; tests gráficos: dibujo libre (DL), HTP integrado, Persona Bajo la Lluvia (PBLL), dos personas (DP); técnica proyectiva verbal: Frases incompletas de Sacks (FIS), Psicodiagnóstico de Rorschach; técnicas objetivas y cuestionarios: Escala de Sucesos de Vida (M.M. Casullo)”.

Al responder el cuestionario propuesto por la parte actora, se destaca que el perito Garlati consignó: “...,, el diagnóstico positivo de HIV realizado durante los primeros días del mes de septiembre del 2017 generó una vivencia disruptiva y traumática en su vida con un gran monto de angustia, fundamento en la percepción personal que él tenía en relación a la condena social por tener HIV, la visión de una vida deplorable en su futuro cercano, la imposibilidad de mantener relaciones sexuales seguras en el futuro, la gran presión de tener que realizar tratamientos constantes y crónicos durante toda su vida (tomar tres pastillas por días), la posibilidad de enfermarse de manera frecuente al encontrarse inmunodeprimido, temor de contagiar a sus seres queridos evitando besar, abrazar e incluso comer junto con ellos (reconoce que era exagerado) realizando conductas que percibía podía proteger a sus seres queridos (contratando seguros de vida), desprendiéndose bienes materiales (ahorros y pertenencias personales) y atravesando síntomas como dificultades para dormir, visión negativa de la vida, reclusión en su habitación, registro obsesivo de su propio cuerpo de manera constante, consumo excesivo del alcohol, ideas suicidas con una planificación clara (búsqueda de armas, cuerdas, pastillas) y acciones autolesivas efectivas (siniestro vial contra un camión). Estos síntomas comenzaron a disminuir después del diagnóstico negativo de HIV realizado durante el mes de octubre del 2017 ,,...” (pregunta 1).

Asimismo, determinó que: “..., se observa un deterioro prolongado para establecer relaciones sexuales (5 años). Existe una visión negativa en relación a la posibilidad de establecer y constituir una nueva dinámica familiar que incluya a su hija y una nueva pareja ,...” (pregunta 2).

Explica que: “..., En el caso del Sr Christian Ganem padece actualmente como resultado de los hechos en autos una 300.29 (F40.298) FOBIA ESPECÍFICA – TIPO OTRA (ENFERMEDADES VENÉREAS) porque cumple los criterios diagnósticos establecidos del MANUAL DIAGNÓSTICO Y ESTADÍSTICO DE LOS TRASTORNOS MENTALES V (DSM – V)... En relación a la incapacidad, siguiendo los criterios establecidos por el Baremo General para el Fuero Civil Altube-Rinaldi, se especifica como Fobia Específica – Leve – con una incapacidad del 10% de tipo parcial y permanente: 1) ya que aparecen manifestaciones ligadas a situaciones cotidianas pero con algún grado de relación con el conflicto generador de la reacción: el padecimiento del actor está directamente vinculado al diagnóstico erróneo de HIV positivo; 2) no hay alteración de las relaciones laborales pero sí incide en la vida familiar: no existe evidencia de un deterioro laboral que esté presente en la actualidad ya que pudo permanecer dentro de la misma actividad y función, pero si se observan una visión negativa en relación la posibilidad de establecer una nueva familia nuclear, 3) presenta acentuación de los rasgos más característicos de la personalidad de base: se acentuaron características de base como la inseguridad, inestabilidad afectiva con preponderancia depresiva; 4) no hay trastornos de la memoria ni de la concentración y puede ser tratado mediante terapias breves: no se verifican problemas de memoria o concentración ,,...” (pregunta 4).

Finalmente, responde: "...,, Se sugiere un tratamiento psicológico del Sr. Ganem para abordar su 300.29 (F40.298) FOBIA ESPECÍFICA – TIPO OTRA (ENFERMEDADES VENÉREAS), debido a la cronicidad, frecuencia e intensidad de varios síntomas emocionales que presenta. Recomiendo una psicoterapia cognitiva conductual La duración mínima aconsejable es seis meses con una sesión semanal totalizando un tratamiento de 26 sesiones, siendo imposible indicar si subsistirán algunos síntomas porque se encuentra prohibido en nuestra práctica prometer resultados (Ley 7512 art. 5 inc. 5) ,,..." (pregunta 5).

En este punto, se debe remarcar que las conclusiones arribadas por el perito Garlati no fueron objeto de impugnación por ninguna de las partes.

C).- En el cuaderno de prueba n°5 de la actora se ofrecieron pruebas testimoniales de los Sres. Luis Carlos Varela (sobrino político del actor), Vanina Soledad Pellegrino (sobrina del actor), Camila Pellegrino (sobrina del actor) y Adriana Elizabeth Ganem (hermana del actor). Así, por ejemplo de la audiencia testimonial del primero, podemos destacar que:

• "Cuando a Cristian le detectaron el VIH fue directamente a hablar con los hermanos. El comparte el día a día con nosotros, vino a nuestra casa totalmente devastado para comentarnos que le había dado positivo el HIV". (pregunta 3).

• "En realidad cuando le diagnosticaron que tenía HIV, él se puso mal y le hicieron hablar con la psicóloga del Centro de Referencia, pero 10 minutos o 5 minutos. No le brindaron ayuda psicológica. Hablaron 5 minutos con él y se retiró del lugar. No le brindaron una ayuda psicológica en el acto". (pregunta 4).

• "Él fue a ver a su médico de la obra social, el Dr. Recupero, pero como el Dr. viajaba no lo pudo atender porque era un caso que se tenía que seguir día a día. Entonces le recomendó que fuera al hospital Avellaneda a ver a otro infectólogo" (pregunta 5).

• "El infectólogo del Hospital Avellaneda firmó todos los papeles para que pudiera presentar en la obra social así podía pedir los medicamentos que iba a necesitar en Buenos Aires". (pregunta 7).

• "En realidad no tuvo un accidente, él iba en la moto y vio un camión, se tiró debajo del camión porque no quería vivir más. Estaba tan mal que lo único que pensaba era en quitarse la vida". (pregunta 10).

• "Su sobrina que es bioquímica le dijo que porque no se llegaba y repetía el análisis". (pregunta 13).

• "El cuando fue en realidad no le quisieron hacer la nueva muestra de tanto insistir le volvieron a hacer el análisis". (pregunta 15).

• "En el Hospital Avellaneda lo vió el infectólogo Gonzalo Tomás, quien le dió para que le hagan el tercer análisis. En realidad el como nunca fue a retirar el segundo análisis el del Centro de Referencia lo fueron a buscar a su casa. Dijeron que el segundo análisis había dado gris, y que había que repetir". (pregunta 17).

• "Nunca nos quisieron dar el resultado negativo porque le pedían que devuelva el resultado en que le había dado positivo. El no lo podía entregar porque lo había presentado en la obra social para los medicamentos". (pregunta 18).

Se recalca que de las deposiciones de las Sras. Vaniana Pellegrino, Camila Pellegrino y Adriana Ganem son del mismo tenor, por lo que nos remitimos a las actas de audiencias celebradas el día 28/05/2021 y 30/08/2021. Asimismo, se deja sentado que las pruebas testimoniales no fueron objeto

de impugnaciones, tachas ni reformulaciones.

D).- De la documentación acompañada –en original por la actora– y –en copias simples por la demandada–, surge que a fs. 60 se anexa copia de “Consentimiento informado para la realización del análisis del VIH” de fecha 23/08/2017. Del mismo surge que el código de identificación del Sr. Ganem fue “MCHGA06031981, se constata DNI N° 28.681.081 y nombre Christian Gabriel Ganem. En la parte inferior del informe se encuentra impresa la siguiente leyenda: “Declaro en forma libre y voluntaria que he sido ampliamente informado sobre la conveniencia de someterme a una prueba diagnóstica para la detección de VIH. Se me ha explicado en qué consiste la prueba, los beneficios del diagnóstico temprano para el cuidado de la salud, se me ha transmitido el alcance y significado de los resultados. A su vez, me ha sido garantizada la Confidencialidad de los resultados, como también el debido asesoramiento y se me ha informado el derecho a la asistencia, en caso de estar infectado por el VIH, en el marco de la legislación vigente. Por lo expuesto, consiento expresamente que se me efectúe dicha prueba diagnóstica y las que sean necesarias para la confirmación de los resultados”.

Dicho informe se encuentra doblemente rubricado por el Sr. Ganem, al margen inferior izquierdo, dando conformidad al consentimiento del análisis, y al margen inferior derecho, dejando constancia que en fecha 01/09/2017 retiró los análisis.

A fs. 61 obra copia del análisis de sangre “Reacción de Western Blot” para la detección de Anticuerpos anti-VIH, de donde se lee que la banda P-18 dio “reactiva”. La misma data de fecha 23/08/2017 y es firmada por la Bioquímica María Elena Zelaya - Lab. Ref. HIV/SIDA y ETS SIPROSA.

A fs 62 se agrega copia de “Análisis de sangre” - Pruebas realizadas para la detección de Anticuerpos anti-VIH realizada en fecha 22/09/2017, N° de entrada: 88305. Del mismo surge: HIV Elisa: No Reactivo; HIV Aglutinación: No Reactivo. Firmado también por Bioquímica María Elena Zelaya - Lab. Ref. HIV/SIDA y ETS SIPROSA.

E).- Cabe poner de relieve que pruebas de interés en el caso, como ser la confesional de la Dra. María Elena Zelaya (A7), la informativa respecto al libramiento de oficio al Laboratorio de referencia VIH/SIDA e ITS del SIPROSA, a fin de que informe de manera detallada el protocolo de análisis de muestras bioquímicas (C2), y la informativa relativa a librar oficio a la Unidad Coordinadora y Ejecutora Provincial de VIH/SIDA e ITS a los efectos que un médico infectólogo se expida sobre los puntos referidos al VIH, no fueron producidas en autos.

IV.-Fondo del asunto

A).- Posturas de las partes.

Explicitados los antecedentes básicos del caso, conforme las pruebas rendidas, cabe pasar ahora al siguiente nivel de análisis y dilucidar si el daño moral aludido por el Sr. Christian Ganem surge como consecuencia de una mala praxis perpetrada por la Dra. María Elena Zelaya y del SIPROSA como ente encargado de velar por la salud en el ámbito provincial.

Recordemos que, en líneas generales, la demanda alegó que el Sr. Ganem fue víctima de un actuar negligente por parte del personal perteneciente al SIPROSA por un diagnóstico errado de VIH positivo, lo que le causó un grave perjuicio en su salud mental y vida personal.

Mientras que el SIPROSA en franca oposición, consideró que el error fue enmendado en el corto plazo, por lo que resulta desmesurado el reclamo monetario pretendido por el actor, dado que no se configura la causalidad necesaria entre el yerro con las consecuencias personales del Sr. Ganem.

Por su parte, la Dra. María Elena Zelaya manifiesta que no posee responsabilidad en el presente caso, ya que su parte no fue la encargada de manipular la muestra de sangre ni la identificación de la misma, siendo que su intervención se centra en el estudio de las muestras que ya ingresan cifradas, desconociendo cualquier identidad de los samples.

B).- Legislación aplicable al caso.

Ahora bien, resulta menester realizar una cronología de la normativa existente en nuestro país con respecto al VIH/Sida:

La sanción el día 16/08/1990 de la Ley N° 23798 puede marcarse como el punto de partida de la política pública de respuesta a la epidemia de VIH/sida en la Argentina. Tres años después se crearía el Programa Nacional de Sida. El contexto era de incertidumbre y desesperanza: las personas que viven con VIH/sida (en adelante, PVVS) venían siendo fuertemente excluidas, a raíz de la generalización del estigma basado en la falta de información sobre las vías de transmisión del virus, y recién en 1987 se había descubierto la Zidovudina o AZT, el primer medicamento antirretroviral utilizable en terapias que inhiben la reproducción del patógeno y el aceleramiento de la enfermedad del sida. Asimismo, el prejuicio respecto a la “peste rosa”, como un virus que afectaba solamente a personas homosexuales, facilitó la propagación de la epidemia en otros grupos poblacionales que no adoptaron conductas de cuidado.

Como señala Falistocco (Falistocco et al., 2011), la Ley N° 23798 “tiene como objetivo el control de la epidemia e incluye, taxativamente, la responsabilidad del Estado en garantizar la atención integral y asegurar la confidencialidad para las personas que viven con VIH y sida” (pág. 93). La norma (reglamentada por el Decreto 1244/91 del 18/07/2022) declaraba en su artículo 1° de interés nacional la “lucha contra el sida”, incluyendo el diagnóstico, el tratamiento, la prevención, la asistencia, la rehabilitación y la investigación, y disponía de herramientas estatales orientadas a controlar la transmisión.

Había, indudablemente, elementos propios de un enfoque de derechos humanos en la letra de la ley. Se contemplaban reglas de interpretación basadas en el respeto a la dignidad humana, en la no discriminación y en la privacidad y confidencialidad de las personas (art. 2). Asimismo, se regulaba la codificación de datos personales, el destino de recursos presupuestarios para cumplimentar objetivos, y la obligación de promover políticas de prevención e información, de investigación y capacitación de recursos humanos (arts. 2.e y 4). Y, aunque la ley no abordaba el consentimiento del paciente, este fue incluido en el artículo 6 de su decreto reglamentario.

No obstante, cualitativamente hablando, considero que el mayor énfasis del legislador ha sido puesto en los instrumentos de actuación estatal de carácter biomédico: directivas sobre detección del virus y diagnóstico de casos, reunión de información, notificación de casos, elaboración de estadísticas epidemiológicas y medidas de profilaxis (arts. 5 a 13). E, incluso, la norma contaba con disposiciones que evidencian la recepción de los prejuicios socialmente vigentes: la obligación de prescripción de pruebas diagnósticas a “personas integrantes de grupos de riesgo” o a inmigrantes,

o el deber de los profesionales de brindar información cuando “posean presunción fundada de que el individuo es portador”, quedando esta presunción al arbitrio médico y no como deber general (arts. 6, 8 y 9).

La Ley de Sida se complementaba con el régimen de la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, Ley N° 26529 (del 21/10/2009). En ella se les reconoce a las personas usuarias de servicios de salud, en relación con profesionales e instituciones, los derechos de asistencia sin discriminación, de trato digno y respetuoso, de intimidad y de confidencialidad de la documentación clínica y en relación con el secreto profesional. Asimismo, establece el principio de autonomía de la voluntad y la regulación del consentimiento informado.

Los subsistemas de salud de obras sociales y de medicina prepaga están obligados por las leyes N° 24455 (Prestaciones Obligatorias de Obras Sociales, del 08/02/1995) y N° 24754 (Prestaciones Obligatorias de Empresas de Medicina Prepaga, del 28/11/1996), respectivamente, a garantizar la cobertura de tratamientos médicos, farmacológicos y psicológicos de las PVVS, dentro de sus programas médicos obligatorios de leyes N° 23661 (Sistema Nacional de Seguro de Salud, del 29/12/1988) y N° 26682 (Marco regulatorio de Medicina Prepaga, del 04/05/2011). Asimismo, la Ley N° 25543 (Obligatoriedad del Ofrecimiento del test de diagnóstico de VIH a toda mujer embarazada, del 27/11/2001) establece la obligación de los profesionales de salud de ofrecer la prueba de VIH, con consentimiento y confidencialidad, a toda mujer embarazada, a fin de prevenir casos de transmisión vertical.

Finalmente, en el año 2015, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, mediante la Resolución N° 270/15 (del 13/05/2015), estableció que la exigencia de la prueba de VIH como parte de los estudios preocupacionales de los postulantes a puestos laborales es violatoria de las leyes de Sida, de Actos Discriminatorios (Ley N° 23592, del 03/08/1988) y de Protección de Datos Personales (Ley N° 25326, del 04/10/2000).

El VIH es un virus que afecta las células encargadas de protegernos de las enfermedades (los linfocitos T del sistema inmunológico). La sigla significa Virus de la Inmunodeficiencia Humana. En tanto que el sida es la etapa avanzada de la infección causada por el VIH. Tener sida no es lo mismo que tener VIH. Una persona tiene sida cuando el VIH ha debilitado las defensas del cuerpo (el sistema inmunológico) y esa situación lo predispone a desarrollar enfermedades oportunistas (infecciones o tumores). Se las llama así porque aparecen “aprovechando” la caída de las defensas. Sin embargo, con los tratamientos actuales son cada vez más las personas que tienen VIH sin desarrollar sida.

Se trata de una infección transmisible pero no contagiosa. Se transmite a través de fluidos que conocemos y por eso lo podemos prevenir. El VIH sólo se transmite a través de la sangre, el semen y el líquido preseminal, los fluidos vaginales y la leche materna, se puede transmitir por relaciones sexuales sin preservativo (orales, anales o vaginales); por compartir agujas, jeringas, maquinitas de afeitar, canutos o pipas; por el embarazo, el parto y la leche materna. Mientras que no se transmite por compartir el mate; por abrazar y besar; por practicar deportes de contacto; por picaduras de mosquitos o por relaciones sexuales con preservativos. (https://buenosaires.gob.ar/sites/default/files/2023-02/Actualizaci%C3%B3n%20en%20VIH-Sida.%2030%20a%C3%B1os%20de%20epidemia%20%28A%C3%B1o%202014%29.pdf).

A nivel local, la Provincia de Tucumán el 26/08/1992 por intermedio de la Ley N° 6388 se adhirió a la Ley Nacional N° 23798 y se declaró de interés provincial la lucha contra el Síndrome de

Inmunodeficiencia Adquirida, la cual fue más tarde consolidada por la Ley N° 7552, sancionada el 19/04/2005. En su parte pertinente, dicha normativa establece:

Art. 4 dispone: *"Será Autoridad de Aplicación de la presente Ley el Ministerio de Salud Pública, quien tendrá la responsabilidad de ejecutar los respectivos programas creados y por crearse, a fin de cumplir con los fines de la presente Ley, a través del Sistema Provincial de Salud (SIPROSA)"*.

El art. 6 establece: *"... Toda persona que padezca de SIDA recibirá tratamiento médico en los servicios de salud públicos o privados de Tucumán. Se garantizará la accesibilidad a los métodos de diagnóstico y tratamiento de aquellos pacientes infectados o enfermos de SIDA, como así también de sus contactos y convivientes en riesgo"*.

Art. 7a: "*Establécese la obligatoriedad del suministro regular y permanente por los establecimientos de salud pública de los medicamentos específicos para el tratamiento de los infectados. A tal fin, el Ministerio de Salud Pública, se hará cargo de los costos de traslado de medicamentos otorgados por la Nación, enviados desde sus diferentes planes y programas de salud. Se efectuará la prueba de detección en forma gratuita como medida aconsejable de prevención y siempre que mediare el expreso consentimiento libre e informado del solicitante"*.

Art. 15: "*Los profesionales de la salud, así como sus técnicos y auxiliares están obligados a observar las medidas profilácticas que se determinen y a dar cumplimiento a las normas de bioseguridad a las que esté sujeto el uso de material calificado o no como descartable. El incumplimiento será considerado como falta gravísima y la responsabilidad recaerá sobre el personal que las incumpliere, como así también sobre los propietarios, los profesionales a cargo de sus respectivos directorios y la dirección técnica de los establecimientos"*.

Art. 16: *"Se implementará un programa obligatorio de capacitación para todo el personal de salud del sistema oficial y privado, así como de instituciones cerradas y escuelas, en las siguientes temáticas: Prevención de las infecciones de transmisión sexual, portadores del VIH, síndrome de inmuno deficiencia adquirida, estigma, discriminación en el ámbito laboral o de estudio cualquiera fuere su nivel, normas de bioseguridad y de toda otra que la Autoridad de Aplicación considere oportuna y necesaria"*

Art. 17: *"Los profesionales del arte de curar que detecten en forma directa o indirecta el VIH o casos sospechosos de portadores, están obligados a informar a los pacientes de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada uno de ellos, sobre el carácter infectocontagioso del virus, sus medios y formas de transmitirlo como asimismo el derecho que tienen a recibir asistencia adecuada, y en qué consiste ésta"*.

Art. 18: "*El profesional médico tratante determinará las medidas de diagnóstico a que deberá someterse el paciente, previo consentimiento escrito de éste. Le asegurará la confidencialidad y, previa confirmación de los resultados, lo asesorará debidamente"*.

Por su parte, en el año 2013 el Ministerio de Salud Pública dictó la Resolución N° 1340/2013 - "Recomendaciones para la implementación de Test rápidos en el diagnóstico de VIH y otras ITS". En la misma se refiere que en los últimos años, los tests rápidos (TR) han ganado importancia en el diagnóstico de la infección por VIH y otras ITS. En el caso de los TR para VIH, su sensibilidad y especificidad es comparable con las pruebas convencionales basadas en EIE y western blot. Estos ensayos están basados en técnicas de inmunodot, aglutinación e inmunocromatografía. Dichos tests pueden ser utilizados en sangre entera, suero o plasma, mostrando igual sensibilidad y especificidad en cualquiera de los tres tipos de muestras. La mayoría de estos TR pueden ser realizados dentro de los 30 minutos.

Dispone que se deben utilizar tests rápidos validados por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) y que las muestras deberán ser recolectadas de acuerdo con las instrucciones del fabricante del Kit diagnóstico.

Establece que la persona que se realiza el test deberá recibir asesoramiento pre y post test conforme las recomendaciones del Ministerio de Salud de la Nación a través de la Dirección de Sida, ETS y Hepatitis Virales, debiendo firmar el correspondiente consentimiento informado. El test

rápido deberá realizarse en el marco y de manera integrada al circuito diagnóstico y asistencial local de modo tal de garantizar, en caso de ser necesario, la solicitud de turnos, extracción de sangre, traslado de la muestra y la derivación a médico tratante para realizar la confirmación diagnóstica de acuerdo al algoritmo vigente al momento. Es necesario tener previamente armado los sistemas de derivación pertinentes.

En lo referente a la realización del Test Rápido, explica que el tamizaje debe ser realizado con tests rápidos capaces de detectar anticuerpos anti-HIV 1, incluyendo el grupo O y anticuerpos anti-HIV 2. La muestra con resultado NEGATIVO en TR será definida como “MUESTRA NEGATIVA PARA VIH”, se emitirá un informe con el resultado que incluya la siguiente información: “En caso de identificar alguna situación de riesgo durante al menos los 30 días anteriores al momento de realización de la prueba, o persistencia de sospecha de infección por VIH, un nuevo test deberá ser realizado después de pasados 30 días de la fecha de realización del test”.

La muestra con resultado POSITIVO será definida como “MUESTRA POSITIVA PRELIMINAR PARA VIH” y se procederá a la recolección de una nueva muestra con punción venosa para la realización de la confirmación diagnóstica de acuerdo al algoritmo vigente”. Se emitirá un informe con el resultado, “MUESTRA POSITIVA PRELIMINAR PARA VIH", destacando su carácter preliminar e indicando la realización de nuevos estudios.

En el caso de que el resultado sea inválido, es necesario repetir el test con el mismo Kit diagnóstico, si fuera posible con un lote distinto al utilizado inicialmente. De persistir el resultado invalido se deberá recolectar una nueva muestra con punción venosa y someterla a los procedimientos de tamizaje convencionales. En este caso no se emite informe con los resultados.

Continúa exponiendo que la muestra con resultado POSITIVO en el Test Rápido 1 deberá ser sometida al Test Rápido 2. Las muestras con resultados POSITIVO para 1 y 2 tendrá un resultado definido como “MUESTRA POSITIVA PRESUNTIVA PARA VIH” y se procederá a la recolección de una nueva muestra con punción venosa para la confirmación del diagnóstico conjuntamente con la derivación al médico tratante. Se emitirá un informe con el resultado que informando “MUESTRA POSITIVA PRESUNTIVA PARA VIH”, la necesidad de confirmación del resultado. Paralelamente se debe realizar la derivación al médico tratante.

Las muestras con resultados discordantes entre TR1 y TR2 no tendrán resultado definido. En ese caso será necesaria la recolección de una nueva muestra con punción venosa y sometida a los procedimientos diagnósticos confirmatorios. En este caso no se emite informe con los resultados.

En el caso de que el resultado de TR1 y/o TR2 sea inválido, es necesario repetir el test con el mismo Kit diagnóstico, si fuera posible con un lote distinto al utilizado inicialmente. De persistir el resultado invalido se deberá recolectar una nueva muestra con punción venosa y someterla a los procedimientos de tamizaje convencionales. En este caso no se emite informe con los resultados.

Finaliza la Resolución mencionando que en el informe de resultados realizado por un test rápido deberá constar: 1. Lugar y fecha de la realización del estudio; 2. La interpretación final del resultado que podrá ser: “MUESTRA POSITIVA PRELIMINAR PARA VIH” o “MUESTRA NEGATIVA PARA VIH”, “MUESTRA POSITIVA PRESUNTIVA PARA VIH” o “MUESTRA NEGATIVA PARA VIH”; 3. El informe deberá estar en consonancia con las normativas vigentes al respecto.

Asimismo, el Ministerio de Salud Pública de la Provincia fijó los lineamientos del trámite del test rápido de VIH. Así, establece que el trámite está compuesto por dos etapas: a) En la primera, los

usuarios son recibidos por la Unidad Coordinadora donde se hace el pre-test o la consejería, etapa durante la que se explica de qué se trata el análisis, el cual es gratuito, confidencial y no obligatorio. Luego se llena un formulario en conformidad aceptando la realización del estudio. b) En la segunda etapa, con el pedido médico que se otorga en la misma institución, el paciente pasa al laboratorio para que se le realice la extracción de sangre y a las 48 horas ya puede obtener su resultado.

El comunicado dispone que se recomienda hacerse especialmente el test si: “Tuviste relaciones sexuales (orales, vaginales o anales) sin preservativo; compartiste agujas, jeringas, máquinas de afeitar o canutos con otras personas. Para la realización del estudio se debe acudir preferentemente en ayunas. Es necesario llevar DNI para respaldar el resultado del análisis con el informe, o sea la correlación entre la muestra y la identidad del paciente. Los resultados se deben retirar en forma personal únicamente”. Menciona que el análisis se puede realizar en Avenida República del Líbano 950, donde se encuentra el Laboratorio de Referencia de VIH/SIDA e ITS, que es un servicio gratuito y se ofrece además análisis para otras infecciones de transmisión sexual, como ser las hepatitis y la sífilis. En tanto que el Laboratorio de Referencia coordina una red de 52 laboratorios donde están incluidos hospitales, CAPS, CICs, Policlínicas, entre otros; donde se realizan en forma gratuitas estos estudios. Algunos de estos funcionan como CEPAT (Centro de Prevención Asesoramiento y Testeo).

Menciona que el único que puede dar el resultado positivo es el Laboratorio de Referencia de VIH/SIDA e ITS, ya que todos los demás centros realizan un tamizaje. En este sentido cuando el resultado es “No reactivo" se informa en el lugar de realización. Si fuera “Reactivo” se deberán realizar pruebas confirmatorias que derivarán en un resultado Positivo o Negativo. Si el resultado es positivo se brinda el asesoramiento, acompañamiento y contención de todo el equipo de salud. Si además la persona no cuenta con obra social, se ingresa al Programa Nacional de SIDA que cubre el tratamiento y los estudios posteriores. (https://msptucuman.gov.ar/conoce-como-podes-hacerte-el-test-de-vih/).

Con un paradigma más actual, se observa que hubo una evolución médica y un abordaje diferenciado de lo que es el Sida (de la que refería directamente la Ley N° 23798) y a la que se adhirió la Provincia por intermedio de las leyes N° 6388 y N° 7552, de lo que es el VIH propiamente dicho: virus transmisible pero no la enfermedad per se. De esta diferenciación, es que hoy en día contamos a nivel federal con la Ley N° 27675 (“Ley Nacional de Respuesta Integral al VIH, Hepatitis Virales, Otras Infecciones de Transmisión Sexual –ITS– y Tuberculosis –TBC–” del 18/07/2022), que si bien no se encontraba vigente a la fecha de la intervención practicada al causante que motivó la acción (2017), constituye una norma que receptó los mandatos y el espíritu de las anteriores legislaciones referidas al VIH/sida, por lo que se presentan como pautas de interpretación para el caso.

C).- Responsabilidad de la bioquímica demandada.

Reseñado el marco normativo, cabe repasar que el Sr. Christian Ganem concurrió en fecha 23/08/2017 al Centro de Referencia de VIH/Sida e ITS, perteneciente al SIPROSA, a los fines de realizarse un control de rutina debido a que había mantenido relaciones sexuales con una mujer que conoció en un local bailable.

Retiró los resultados a principios del mes de septiembre de 2017 y se enteró que había dado positivo de VIH, conforme consta en el “Análisis de sangre” - Código MCHGA 06031981, que se

tiene a la vista en original. Dicho informe se encuentra suscripto por la Bioquímica María Elena Zelaya. De la lectura de los resultados se observa que fue reactivo al test de Elisa, de aglutinación de partículas y de Western Blot, sobre la base de la muestra de sangre identificada como N° 86643.

En fecha 22/09/2017 se repiten análisis de sangre para la detección de anticuerpos (código de entrada 88305) anti-VIH, de los que resultan “No Reactivos” para los tests de Elisa y de Aglutinación. A continuación, en fecha 02/10/2017 se practican unos nuevos análisis (código de entrada 88732), de donde surge que los tests de Elisa, Aglutinación, Dot Blot y Western Blot dan todos “No Reactivos” o “Negativo”. Dicho informe es retirado con conformidad del actor en fecha 10/10/2017.

Por un lado tenemos que la bioquímica María Elena Zelaya manifiesta que hubo un yerro en la entrega de los resultados, por cuando los exámenes –en aras de proteger la intimidad de los pacientes– son encriptados y se manejan las muestras con despersonalización del individuo analizado, por lo que es recién que –*a posteriori*– al momento de realizar las pruebas confirmatorias es que se demuestra el resultado no reactivo del paciente Ganem. A su vez, expone que se encuentra eximida de culpa, por cuanto su intervención empezó al momento del análisis de la muestra, más no de la recolección de sangre y su etiquetamiento, por lo que alega total desconocimiento de las personas cuyas muestras analiza.

El accionante alegó que hay una responsabilidad de la bioquímica Zelaya por error en el diagnóstico. Así, afirma que en el caso de autos la cuestión es tan clara que ni siquiera es necesario recurrir al principio *res ipsa loquitur,* ya que sí el diagnóstico realizado por la Dra. Zelaya arroja un resultado erróneo, es porque el trabajo profesional está mal hecho, no hay otra posibilidad, por ende, hay responsabilidad.

Ahora bien, la doctrina que comparto tiene dicho que: "No existe una relación de dependencia o subordinación entre el ente asistencial y el médico, toda vez que el galeno, en el ejercicio de su actividad (y en el cumplimiento de su deber medical), goza de independencia o autonomía técnica y científica, actuando –por tanto– en calidad de sustituto, auxiliar, o copartícipe del deber asumido en forma directa por el ente, que se sirve de su actividad para el cumplimiento de la prestación de un servicio consistente en la asistencia médica. Así, frente al daño sufrido, la víctima tiene ante sí dos responsables directos: el médico y el ente (cfr. En tal sentido, Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, "Tratado de la Responsabilidad Civil", La Ley, año 2004, Tomo II, pp. 462 y ss.; Bueres, Alberto, "Responsabilidad civil de los médicos", 3a edición renovada, Hammurabi 2006, p. 308, y jurisprudencia citada en Trigo Represas-López Mesa, ob. cit., p. 463, nota 1043).

En sentido similar nuestra Corte Suprema ha dicho que: [...] Incluso cuando no hubiese existido dependencia jurídica, técnica ni económica del médico demandado para con el establecimiento asistencial, su responsabilidad civil por la falla médica del galeno surge de la infracción a la obligación tácita de seguridad a cargo del ente asistencial [...] (cfr. Sentencia del 22/05/13, dictada por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en los autos "Pires, Yolanda Isabel c/ José Antonio Cerdán y/o Sanatorio del Norte S.R.L. y otros s/ Daños y Perjuicios”).

Pero por otra parte, el Cimero Tribunal, en numerosos pronunciamientos anteriores, ha sostenido que: [...] aun cuando la responsabilidad sea de fuente contractual, el médico responde por su eventual falta de diligencia; de modo que para hacerla efectiva la parte interesada (en el caso, la actora) tiene la carga de probar la culpa o la falta de diligencia del profesional, y, además, el daño. Aun cuando las peculiares características de la responsabilidad médica autorizan al juzgador a aliviar el rigor de la carga probatoria (art. 302 CPCC-TC) según las circunstancias del caso, en principio incumbe al accionante acreditar el hecho antijurídico invocado y una relación causal

adecuada con el daño que invoca. Sólo así al juez le es posible crear convicción de que el proceder atribuido al profesional existió, y que era idóneo para causar normalmente un resultado; lo cual lleva implícito el concepto de regularidad (cfr. Trigo Represas, Félix, Causalidad y responsabilidad de los médicos, en Revista de Derecho de Daños, 2003-2) [...] (Cfr. CSJT, Sent. N° 61 del 28/02/2012; Sent. N° 159 del 21/3/2007; Cits. en Sent. N° 495 del 24/4/2017).

Conforme a ello, cabe decir que en el cuaderno de prueba C2 la codemandada solicitó se libre oficio al Centro de Referencia de VIH/sida a los fines que “se sirva informar a este Tribunal, de manera detallada el protocolo de análisis de muestras bioquímicas, detallando especialmente qué persona (por nombre y cargo) realiza cada paso del proceso, informando también sí el bioquímico que analiza las muestras es la misma persona que recibe y cataloga con nombre a quién pertenece la misma, como así también, quien se encarga de determinar qué muestra corresponde a qué paciente a fin de entregar los resultados”. Como se reseñó más arriba, dicha prueba no fue producida.

No obstante, es de público y notorio que La Ley Nacional de Sida vigente en la Argentina (Ley N° 23798) establece que las notificaciones epidemiológicas deben realizarse de modo tal que no pueda individualizarse a las personas que están siendo reportadas en función de resguardarlas de los procesos de discriminación. Debe tenerse presente que esta Ley, de avanzada hace veinte años, fue creada en la época previa a la aparición de los tratamientos antirretrovirales de alta eficacia (TARGA) y el estigma que pesaba sobre estas personas, incluso en los servicios de salud, era mucho mayor que el actual. Por ese motivo, las personas con VIH son notificadas con un código que, hasta el 2012, combina el sexo biológico de nacimiento, las dos primeras letras del primer nombre, las dos primeras letras del primer apellido y la fecha de nacimiento. A partir del año 2013, comienza a regir una modificación en el modo de construir ese código para adecuar los sistemas de información a los requerimientos de la Ley de Identidad de Género (Ley N° 26743) aprobada en 2012.

Así, se observa que el Dr. Rubén Fortunato Baza con sello que se lee “Médico - MP N° 3877 UCE VIH/Sida y ETS Si.Pro.SA”, en fecha 23/08/2017 solicitó estudios serológicos al Sr. Christian Gabriel Ganem y se le asignó el N° 86643. Luego, el consentimiento informado fue codificado como MCHGA06031981, correspondiente al N° 86643 (fs. 60). Asimismo, se observa que en fecha 02/09/2017 el Dr. Tomás solicita nueva muestra de HIV, asignado el pedido con el N° 88305, en tanto que el consentimiento informado de fecha 22/09/2017 también fue codificado como MCHGA06031981 y responde al N° 88305 (fs. 63).

Con estos datos es que las muestras pasan a estudio de laboratorio, así se vislumbra que en el test de Western Blot (fs. 61) sólo se constata Código MCHGA06031981, firmado por la bioquímica María Elena Zelaya; pero no se consignan datos de la persona analizada. Igual condición se repite en el test de fecha 22/09/2017 (fs. 62) y en el de fecha 02/10/2017 (fs. 64).

Estas pruebas son coincidentes con las declaraciones de la Dra. Zelaya en su contestación de demanda, donde deja asentado que su labor se centra en analizar las muestras que entran codificadas, por lo que no tenía forma alguna de saber que el número asignado a un sample pertenece a “tal o cual persona”.

Conforme a esta reseña, la indagación acerca del nexo causal resulta decisiva en tanto “tiene por objeto determinar si la acción u omisión de un sujeto es la causa objetiva de un daño, para

considerarlo como autor del mismo” (Garay, Oscar E., “La responsabilidad civil de los médicos”, en Responsabilidad profesional de los médicos, T. II, pág. 494). En efecto, “la relación causal revela la autoría del daño y permite individualizar al sujeto que debe responder por su reparación" (Pizarro, Ramón D.-Vallespinos, Carlos G., Tratado de Responsabilidad Civil, T. I, pág. 348).

La doctrina señala que “uno de los temas más complejos de la responsabilidad civil consiste en la determinación del nexo causal existente entre la actuación del sujeto y el resultado dañoso” y que “la noción de causa en la ciencia médica actual” es de determinación particularmente ardua (Lorenzetti, Ricardo L., Responsabilidad civil de los médicos, T. II, págs. 199 y 205). En la misma línea, Pizarro y Vallespinos advierten que el juicio valorativo de la causalidad exhibe frecuente complejidad por la concurrencia de múltiples circunstancias distintas que actúan como condición del resultado lesivo y que determinar cuál de esas condiciones es la causa del menoscabo producido, “constituye una cuestión vital” pues “es inadmisible condenar a reparar un perjuicio a quien no lo causó con su hecho positivo o negativo” (ob. cit., pág. 345).

En este entendimiento, conforme lo analizado, no se observa que exista un nexo causal adecuado entre la actuación profesional deficiente que se reprocha a la facultativa demandada y el daño moral alegado por el damnificado, ya que exige una fundamentación circunstanciada que no ha sido satisfecha. La determinación de la relación de causalidad no ofrece –en este punto– un respaldo adecuado en los antecedentes y pruebas aportadas al proceso; y de allí que resulta inmotivada la demanda entablada en contra de la bioquímica María Elena Zelaya.

D).- Responsabilidad del SIPROSA.

Es pertinente volver a remarcar que el primer fundamento de la demanda radica en que el Sr. Ganem fue diagnosticado erróneamente como portador de VIH (virus de inmunodeficiencia humana). El error, en cuanto vicio de la voluntad, no excluye la responsabilidad civil si constituye el resultado de una conducta previamente negligente o culposa. Se trata del llamado error inexcusable: «obedece a una negligencia o falta de atención y es imputable a quien la cometió» (Borda, Guillermo (h), en «Código Civil» (Bueres- Highton), pág. 491, t. 2-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2006).

Con específica referencia al error de diagnóstico debe tenerse presente que el diagnóstico constituye la determinación efectuada por el médico de la patología o mal que presenta el paciente, como resultado de los exámenes correspondientes (semiológico y estudios complementarios afines). Se trata del primer paso o fase previa de una prestación médica acorde, puesto que determina el tratamiento terapéutico a seguir y permite elaborar el pronóstico del paciente.

De allí que –salvo el caso de enfermedades raras, desconocidas o poco investigadas respecto de las cuales la opinión médica se encuentra dividida– todo error en el diagnóstico deviene inexcusable: “el profesional debe agotar los medios a su alcance como paso previo a decidir el tratamiento adecuado, y aquí no hay margen de equivocación. El médico será responsable en caso de que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. Pero si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter discutible u opinable del tema o materia, el juez no tendrá, en principio, elementos suficientes para inferir la culpa de que informa el art. 1724 del CCCN” (Prevot, ob. cit., pág. 263).

Las pautas precedentes conducen entonces a evaluar si el diagnóstico de VIH fue efectuado a la actora con omisión de la diligencia exigible de acuerdo a la naturaleza de la obligación, y las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1724, Cód. Civil).

Para verificar lo precedente, corresponde establecer *ex ante* cuál es la previsión o conjunto de medidas de cuidado que se debe observar, según la *lex artis*, para efectuar un diagnóstico de HIV a un paciente y quien fue el profesional médico de los aquí demandados que comunicó la información diagnóstica.

Considero que la primera exigencia se encuentra plasmada en los siguientes elementos: Resolución N° 340/2013 sobre “Recomendaciones para la implementación de Test rápidos en el diagnóstico de VIH y otras ITS”. Allí se consignan los métodos de detección serológica de anticuerpos del VIH, que son las pruebas de tamizaje que utilizan las técnicas de inmunodot, aglutinación e inmunocromatografía. Las pruebas de tamizaje deben realizarse en los Hospitales de cabecera de cada Zona Sanitaria, como en el mismo Centro de Referencia de VIH/sida. También se establece como directiva que si en la prueba de tamizaje se detecta positivo, la misma se cataloga como “muestra positiva preliminar para VIH” y se procederá a la recolección de una nueva muestra para la realización de la confirmación diagnóstica, es así que dicha muestra revierte el carácter de preliminar y se indica la realización de nuevos estudios.

La prueba bioquímica que se realiza en primera instancia se hace con reactivos de alta sensibilidad que permita obtener resultados falsos positivos, descartando la posibilidad de resultados falsos negativos. Si la prueba da reactiva, se vuelve a citar al paciente para tomar una segunda muestra, si ésta vuelve a dar reactiva se realiza una prueba de alta especificidad, que permite confirmar si es positiva o no. La red de Laboratorios de la Provincia posee reactivos de alta sensibilidad para hacer pruebas de Screening o tamizaje y sólo el Centro de Referencia realiza las pruebas confirmatorias de alta especificidad.

Existen métodos que son métodos Screening o tamizaje y métodos confirmatorios. Los métodos de tamizaje son métodos que tienen una alta sensibilidad; es decir, que pueden tener resultados falsos positivos. Los métodos confirmatorios son métodos de alta especificidad. Entonces, ante un resultado Reactivo por un método de tamizaje, se debe tomar una nueva muestra y realizar por lo menos dos métodos de tamizaje que detecten distintas configuraciones antigénicas del virus y, si estos dieran positivo, se debe realizar el Método Confirmatorio que se llama Western Blot para determinar si un paciente es portador de VIH. Así, es que se deben realizar «mínimo dos (2) test de Elisa y/o prueba rápida y prueba confirmatoria de Western Blot». Y surge que los análisis agregados a fs. 59/74 siempre fueron con la conformidad del paciente, destacando que el consentimiento informado, taxativamente, dispone: “consiento expresamente que se me efectúe dicha prueba diagnóstica y las que sean necesarias para la confirmación de los resultados”.

Con sujeción a los elementos probatorios reseñados, se encuentra corroborado en autos que el Sr. Christian Ganem en fecha 23/08/2017 concurrió al Centro de Referencia de VIH/sida con un pedido de análisis para evaluación serológica de VIH, sífilis, hepatitis B y C. Extraída la muestra, la misma es catalogada como N° 86643 y da reactivo para VIH a las muestras de Elisa, aglutinación y de Western Blot.

El paciente retira los resultados en fecha 01/09/2017 e, inmediatamente, es puesto en contacto con una Psicóloga del Centro de Referencia y –alega el actor– que le fue provisto un listado de médicos infectólogos para iniciar el tratamiento. Menciona que se comunicó en primer término con el Dr. Recupero, pero debido a una incompatibilidad de atenderlo en ese momento es que se acercó al Hospital Avellaneda y se contactó con el Dr. Gonzalo Tomás, quien según consta en original, en fecha 04/09/2017 en el recetario indicó “paciente con diagnóstico clínico por HIV el 23/08/2017. Solicito CD4 y CV”. Asimismo, en fecha 04/09/2017 se constata en original que el pedido de “CD4 y carga nivel VIH” solicitado por el Dr. Tomás fue autorizado por la Dra. María Laura Medina, Médico Auditor OSPES.

Por otra parte, conforme surge a fs. 63, en fecha 02/09/2017 el Dr. Tomás indicó: “Ganem Christian Gabriel - HIV x Elisa: ya tiene confirmatorio 04-09-17, pero quiere realizarse de nuevo, está en tratamiento psicológico”. En base a ello, el actor recurrió en fecha 22/09/2017 de nuevo al Centro de Referencia de VIH/sida para repetir los análisis, de los cuales dan “No Reactivos” a las pruebas de Elisa IV, Aglutinación de Partículas e Inmunoblot. El paciente retiró los estudios en fecha 28/09/2017. Asimismo, surge que ese mismo día se le tomó una nueva muestra para VIH, carga viral (para detección del virus) y Linfocitos T CD4+ (para saber el estatus inmune del paciente), de los que se reportaron, así también, un estado de no infección.

En sintonía con lo expuesto, está corroborado en autos de que hubo un error en la entrega de los primeros resultados de VIH de fecha 23/08/2017 (conforme fue alegado por la codemandada Zelaya), quien, además, en su responde de demanda explica que hubo un posible cruzamiento en la identificación de la primera muestra, la que pertenecía a otro paciente ya diagnosticado previamente como FDIES10011995. Razón por la cual el actor dio positivo en el análisis de Elisa y, posteriormente, en los tests confirmatorios de Aglutinación y Western Blot; lo que llevó a que el Sr. Ganem repita más adelante los estudios y se concluya que su estado era de “no reactivo”, conforme los análisis realizados los días 22/09/2017 y 02/10/2017.

En su escrito de demanda, el actor justifica los daños morales contra el SIPROSA, al sostener que la falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Así, alega que en el presente caso el servicio no funcionó, debiendo valorarse la relación causal entre la mala organización del servicio y el daño infringido, por lo que el Estado debe responder por los daños que sufran los administrados, sin que sea necesario acreditar negligencia del funcionario.

Como fue reseñado párrafos arribas, no hay que pasar por alto que el paciente Ganem se sometió voluntariamente a un análisis de ITS, firmó un consentimiento informado donde el actor consignó expresamente que se sometía a “dicha prueba diagnóstica y las que sean necesarias para la confirmación de los resultados”. En este sentido, conforme al repaso de la legislación que rige en nuestro país con respecto al VIH/sida, se concluye que el análisis de VIH es voluntario, gratuito y confidencial. Para hacerlo es necesario firmar un consentimiento informado, los hospitales públicos proveen gratuitamente la medicación y los estudios a los pacientes que están infectados. El marco legal vigente establece que el sector público, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga deben brindar diagnóstico, atención médica, psicológica y farmacológica sin costo adicional alguno. Asimismo, en el caso de un diagnóstico positivo, el mismo se cataloga como presuntivo y se realizan otros complementarios para su confirmación o descarte.

Ahora bien, conforme la reseña del caso, se advierte que ante la primera muestra presuntiva de HIV positivo de fecha 23/08/2017 (test de Elisa), le fueron realizadas dos muestras posteriores para descartar –dentro del margen de error de los tests rápidos– el primer resultado; lo que dio lugar a las pruebas confirmatorias del estado positivo para VIH según las pruebas de aglutinación de partículas y de Western Blot, todas ellas plasmadas en el informe de fs. 59 relativas al paciente Ganem Christian Gabriel - N° de Entrada 86643.

En base a ello es que se pone el actor en contacto con una psicóloga del Centro de Referencia y se le provee un listado de médicos infectólogos a los fines de iniciar su tratamiento. En este punto, ya se dejó asentado que el accionante inició dicho tratamiento con el Dr. Gonzalo Tomás, quien solicitó estudios complementarios (CD4, carga viral de VIH y nuevos análisis serológicos) y una nueva muestra de HIV a pedido del actor, a la vez que elevó su requerimiento de medicamentos para el HIV a la obra social OSPES del Sr. Ganem, tal como surge en original (y fue reseñado párrafos arriba) del Instructivo 2017 - Resol. 400/16 “Procedimiento para Cobertura de Medicación”.

En autos se observa que ante el primer resultado triplemente positivo del 23/08/2017, el actor solicitó repetir otros para reconfirmar su estatus. De ahí, surgen los análisis de fechas 22/09/2017 y 02/10/2017, donde se constató, finalmente, que el paciente era “no reactivo” al VIH y que hubo un error en la primera muestra debido a un cruzamiento de datos con otro paciente.

Así, la responsabilidad del SIPROSA, en cuanto ente autárquico del Estado Provincial, debe ser estudiada a través de los institutos específicos del derecho público. En términos generales, la responsabilidad generadora del deber de indemnizar exige la concurrencia de los siguientes cuatro presupuestos: a) el incumplimiento objetivo o material, que consiste en la infracción a un deber jurídico, sea mediante el incumplimiento de la palabra empeñada en un contrato, sea a través de la violación del deber general de no dañar; b) un factor de atribución de responsabilidad, esto es, una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor. Tal factor de atribución puede ser subjetivo u objetivo; c) el daño, que consiste en la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento jurídicamente atribuible y d) una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, es decir que pueda predicarse del hecho que es causa (fuente) de tal daño (cfr. Alterini A. A., Derecho de Obligaciones, Abeledo Perrot, 1995, pág. 158).

Esto ha sido sostenido por el Alto Tribunal Federal al señalar que: [...] es necesario demostrar la concurrencia de requisitos ineludibles, a saber, la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad directa y relevante entre el actuar del Estado y el daño cuya reparación se persigue, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada [...] (Fallos 312:1656 y 315:1892).

Con tal horizonte, la cuestión aquí yace en establecer la derivación causal del daño moral que invoca el actor como consecuencia del diagnóstico equivocado de HIV por parte de los profesionales dependientes del SIPROSA. En otros términos, esto implica establecer la relación de causalidad adecuada entre los daños alegados y la causa mencionada, por ser ello el punto neurálgico de la controversia de autos.

La doctrina ha sostenido que “la relación de causalidad es un vínculo externo que permite atribuir un resultado a un hecho que es su origen. En la responsabilidad resarcitoria y en la preventiva ese vínculo se establece, respectivamente, entre el daño o el peligro de daño y un hecho que lo ha generado; en su virtud, ese perjuicio o la amenaza de que ocurra es imputado fácticamente al responsable. El tema de la causalidad es puramente fáctico y objetivo (enlace material entre un

antecedente y un resultado) y, por ende, ajeno a toda valoración sobre la injusticia y sobre la reprochabilidad de la causación del daño... El examen causal es previo a la indagación de factores objetivos y subjetivos de atribución: únicamente ante la causación de un daño, se averigua si concurre algún motivo para que alguien deba responder por él" (Matilde Zavala de González, Resarcimiento de daños, Ed. Hammurabi, ed. 1999, T IV, págs. 243/244).

En la especie, lo dicho se traduce en la prueba de la relación de causalidad adecuada entre el daño alegado y el hecho que se señala como origen de éste, pues no podría válidamente imputarse al SIPROSA las causas que llevaron a los daños morales que alega padecer la actora, si no se demuestra la existencia del referido nexo causal.

En referencia a la relación de causalidad adecuada, el Cimero Tribunal Provincial sostuvo que: [...] En un sistema de responsabilidad basado en la causalidad adecuada, como lo es el que consagran las disposiciones del Código Civil –aplicables en el sub lite– (cfr. artículos 901, 906 y concordantes); de entre los distintos factores que concurren a la producción del evento dañoso, únicamente pueden considerarse causa adecuada aquellos que sean aptos por sí mismos para producir ese resultado según el curso ordinario de las cosas. Las restantes circunstancias, en la medida que no son idóneas per se para ocasionar el resultado final, aún cuando puedan en cierta forma coadyuvar a su producción o, incluso, agravarlo, son meras condiciones que carecen de toda virtualidad liberatoria para el sindicado como responsable (cfr: CSJT, sentencia N° 487, del 30/06/2010; 945, 29/11/2010; 553, del 03/06/2015). Es que no resulta lo mismo "causa que condición", ya que la causalidad exige una relación determinada, rígida, entre antecedente y consecuente, de manera que pueda afirmarse que el efecto es atribuible a la causa o, a la inversa, que ésta determinó el efecto, y que no todo antecedente es causa, de tal suerte que esta última es el evento que produce un efecto, el acto que genera un resultado. En cambio, la condición es el evento que permite o facilita la producción del efecto pero resulta impotente, por sí solo, para producirlo [...] (cfr. CSJT, sentencia N° 848, del 03/10/2012, entre otras); (cfr. CSJT, sentencia N° 159, 10/03/2020, "Marciali Héctor Rolando vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ daños y perjuicios").

El sistema de responsabilidad estatal desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia de la CS es un sistema de imputación directa, porque los agentes estatales actuando en el ejercicio de sus funciones son órganos del Estado; y de naturaleza objetiva, pues la "falta de servicio" como factor de atribución se configura al margen de la ilicitud subjetiva del agente público que causó el daño. La responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por la CS como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321: 1124) (CSJT, Sala Civil y Penal, sentencia N° 852, 03/11/2010, "Zárate de Villaruel, Teresa c. Cabrera, José Humberto y otros s. Especiales").

La falta de servicio como factor de atribución de la responsabilidad del Estado (prevista en el art. 1765 CCCN), es aplicable por analogía ante la ausencia de normativa local.

En este marco, conforme las manifestaciones de las partes y la prueba rendida en autos, se debe señalar que surge palmario una falta de servicio y/o servicio negligente por parte del SIPROSA. Luce del escrito de demanda que el actor retiró en fecha 01/09/2017 los análisis realizados el 23/08/2017, el cual dio positivo para VIH (primera prueba presuntiva - test de Elisa), confirmado posteriormente con las pruebas de aglutinación y WB.

En este punto, no hay que perder de vista que conforme fue consignado en el protocolo de detección instituido por el Ministerio de Salud Pública de la Nación, que en el caso de persistencia de sospecha de infección por VIH, un nuevo test deberá ser realizado y que la primera muestra con resultado positivo será definida como “muestra positiva preliminar para VIH” y se procederá a la recolección de una nueva muestra para la realización de la confirmación diagnóstica de acuerdo al algoritmo vigente, destacando su carácter preliminar e indicando la realización de nuevos estudios.

En el caso de autos, se sigue que al actor le fueron practicados los análisis confirmatorios cuando dio el primer resultado positivo, pero todas ellas sobre un muestra de sangre que no le pertenecía, sino a otro paciente. Al contar con diagnóstico positivo confirmado es que se pone en contacto con una profesional en psicología y un médico infectólogo a los fines de seguir su tratamiento; tal es así, que se anexan como pruebas la solicitud de cobertura de medicamentos ante la obra social OSPES y se notificó al Programa Nacional de Sida sobre el caso puntual. Todo ello, conforme al plexo normativa señalado con anterioridad (Ley N° 23798 y N° 6388 sobre VIH/sida; Ley N° 26529 sobre Derechos del Paciente; N° 24455 sobre Prestaciones de las Obras Sociales y N° 24754 sobre Medicina Prepaga; y la Resol. N° 270/15 sobre Protocolo para las muestras de VIH). Así, queda demostrado que hubo un actuar deficiente por parte del SIPROSA, lo que trajo aparejado graves perjuicios para el Sr. Ganem en su salud emocional, a la vez que le significó un desgaste de tiempo, gastos médicos y trámites administrativos sobre un cuadro clínico que nunca tuvo ante la entrega de un resultado que –desde un primer momento– nunca le perteneció.

En ese orden de ideas no debe perderse de vista, como ya lo explicitamos, que según pacífica doctrina y jurisprudencia imperante en la materia dispone que para imputar responsabilidad al Estado y/o a cualquiera de sus órganos y entes, es menester acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos: “1. La existencia de un daño actual y cierto, 2. la imputabilidad material de los daños a la Administración, 3. La relación de causalidad entre la actividad o comportamiento administrativos y el daño y 4. un factor de atribución o causa de imputación jurídica de los daños a la Administración” (cfr. Amenábar, María del Pilar “Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública” Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 257).

Al respecto la jurisprudencia expresó: [...] Ahora bien, se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, en ambos casos, para la procedencia del resarcimiento, es necesario acreditar que la pretendida conducta antijurídica imputada a la Administración, se haya cumplido en forma conjunta y simultáneamente con los siguientes requisitos: imputabilidad o incumplimiento material, ilegitimidad objetiva, daño cierto y relación de causalidad [...] (CSJT, Sentencia n° 176 del 22/03/2004, recaída in re “Mamaní, Silvia Patricia vs. SIPROSA S/ Daños y Perjuicios”, entre muchos otros).

En conclusión, se observa que desde las primeras muestras (presuntiva y confirmatorias) erróneas del 23/08/2027 hasta la rectificación del yerro con las muestras posteriores del 22/09/2017 y 02/10/2017, se acredita un falta de servicio imputable al SIPROSA con respecto a la prestación asistencial negligente en relación al actor, por lo que queda demostrada el nexo de causalidad entre el comportamiento estatal y el daño cuya reparación se reclama y, por ende, se deriva entonces la existencia de un daño cierto que debe ser reparado.

V.- Daño moral.

El actor en su escrito de demanda solamente reclama el rubro de daño moral en la suma de $600.000 o lo que en más o menos surjan de las probanzas de autos, sobre las premisas de: **a)** la gravedad objetiva del menoscabo y las circunstancias de la víctima; **b)** el tiempo en que duró el agravio; **c)** la situación de la víctima; todo ello por la perturbación anímica perjudicial que padeció el actor producto de la mala praxis ocasionada en relación al análisis de VIH.

Relata que luego del primer diagnóstico le manifestó al Dr. Tomás su angustia por su situación y que tenía pensamientos suicidas, que días después chocó en forma voluntaria contra un camión en un intento de quitarse la vida. Pasado el accidente, refiere que se aisló completamente por miedo a contagiar involuntariamente, que quiso renunciar a su trabajo por la angustia que padecía y que incluso comenzó a despojarse de sus pertenencias.

Ahora bien, en cuanto al daño moral, debe considerarse que en el presente rubro, tratándose de un daño que ha derivado en una afección psicológica a la persona, resulta correcto sostener que la prueba del daño moral se produce *in re ipsa*; o sea, con la sola acreditación de la violación de ese derecho inherente a la personalidad, en vinculación con los padecimientos de orden no patrimonial sufridos como consecuencia del hecho dañoso. Toda minoración del sujeto en sus aptitudes existenciales supone destruir o alterar el equilibrio necesario para hacer frente a la vida. De allí que donde se verifique una incapacidad de cualquier índole, como acontece en el caso, será reconocible el daño moral.

Las lesiones que experimenta el actor a raíz de los sucesos considerados en este pronunciamiento es de una incapacidad del 10% tipo parcial y permanente, según surge del informe pericial psicológico del cuaderno probatorio N°4 de la actora, de donde se lee que: “En el caso del Sr Christian Ganem padece actualmente como resultado de los hechos en autos una 300.29 (F40.298) FOBIA ESPECÍFICA – TIPO OTRA (ENFERMEDADES VENÉREAS) porque cumple los criterios diagnósticos establecidos del MANUAL DIAGNÓSTICO Y ESTADÍSTICO DE LOS TRASTORNOS MENTALES V (DSM – V)”.

La CSJN en la causa “Baeza Silvia” receptó la posición doctrinal y jurisprudencial que califica al daño moral como el “precio del consuelo” y que considera que para su cuantificación puede acudirse al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido. Se trata –sostuvo– de compensar, en la medida posible, un daño consumado, en un tránsito del “precio del dolor” hacia el “precio del consuelo”. El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. En ese precedente agregó que: [...] el dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida [...] Con estas bases conceptuales –que fueron recogidas por el art. 1741 CCyCN-, el resarcimiento en dinero permitirá a la actora acceder a bienes de consumo y de esparcimiento que podrán paliar (al menos) el padecimiento extrapatrimonial sufrido (cfr. art. 267 CPCC y arts.1068, 1078, 1083 y concs. Cód.Civ.; art 1.737, 1.738, 1.741 y cc CCyCN)”.

Para la fijación de su monto deben tenerse en cuenta dos particularidades: por un lado, la misma es ajena a cualquier relación con la cuantía del daño patrimonial. El daño se configuró con las afecciones emocionales/psicológicas que el mal diagnóstico le provocó al actor. Es decir que el

menoscabo de sus padecimientos íntimos, que se configuran en el ámbito espiritual, no se encuentra sujeto a la determinación de un porcentaje de incapacidad, pues es un rubro subjetivo.

Por otro lado, debe recalcarse que la indemnización del daño moral está en función de su constatación por el juez y de su evaluación objetiva (en abstracto) en el límite de lo reclamado en la demanda. Dicho límite se encuentra en el mismo escrito de demanda.

En el *sub lite* debe atenderse, necesariamente, a que el actor asistió en fecha 23/08/2017 al Centro de Referencia de VIH/Sida e ITS, dependiente del SIPROSA, a los fines de hacerse unos análisis de rutina, de los que dio positivo para VIH según tres tipos de análisis (Elisa, aglutinación y WB), motivo por el que comenzó un tratamiento acorde al Protocolo en los casos de detección de HIV, se contactó con un médico infectólogo, se realizó los análisis requeridos por el galeno, tramitó la solicitud de provisión de medicamentos ante su obra social y se notificó su estado de positivo al Plan Nacional de Sida.

Ante su creciente angustia es que solicitó repetirse los análisis, así se sometió a otro examen en fecha 22/09/2017, obteniendo resultado negativo, y el último en fecha 02/10/2017, que confirmó su estado de “no reactivo”; resultando que hubo un error en la entrega de la primera muestra positiva que no pertenecía al Sr. Ganem. Por tales motivos, no albergando dudas acerca de la afección emocional que vivió el actor por la mala praxis del SIPROSA, resulta indiscutible concluir que sufrió un daño moral apreciable.

La Corte local ha expresado que: [...] al momento de determinar la cuantía del daño moral, los jueces deben brindar parámetros objetivos que justifiquen el criterio adoptado [...] (CSJT, Sala en lo Civil y Penal, Sentencia N° 1370, 01/11/2022, “Sawaya, Laura Josefina c. Mapfre Argentina de Seguros de Vida SA s. Cobros”).

En esa línea, Galdós enseña que “el precio del consuelo como parámetro valorativo de la procedencia y cuantificación del daño moral fue introducido en el derecho argentino por Héctor P. Iribarne, quien afirma que el pretium consolationis procura ‘la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias’. Con base en fundamentos filosóficos, sostiene que, en esencia, se trata de ´proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado’, de permitirle ‘acceder a gratificaciones viables’, confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso en la pena” (Galdós, Jorge Mario y Hess, Esteban, ‘Cuánto’ y ‘quien’ por daño moral, en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil -1927-1937-161-1969-, Ed. Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, T° III, p. 1659, como se cita en Alterini, Jorge H. -Director General-, Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético, 3ª edición actualizada y aumentada, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 322).

En tal inteligencia cuantificar este daño es tarea ardua, en virtud de tratarse de daños insusceptibles de ser valorados cabalmente en forma pecuniaria. Por ello, tal ponderación debe ser hecha considerando objetivamente cuál pudo ser la afección a una persona común colocada en la misma condición en la que se encontró la persona damnificada, en orden a llegar a una determinación equitativa del daño moral, tomando, para ello, un valor de referencia objetivo.

En este orden de ideas, para fijar el *quantum* estimo razonable tomar como herramienta de cuantificación el valor del salario mínimo vital y móvil vigente a la fecha de este pronunciamiento; es decir $292.446 a partir del mes de febrero/2025, conforme Resol. N° 17/2024 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil.

Se entiende que ese parámetro –con los alcances que se fijarán– constituye una pauta objetiva de evaluación para fijar el "precio del consuelo", en orden a proporcionarle a las víctimas recursos aptos para procurarse satisfacciones equivalentes al daño causado y permitirle acceder a "gratificaciones viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo. Al mismo tiempo, ello permite controlar la razonabilidad así como la actualidad de la decisión judicial y se vincula estrechamente con la exigencia de motivación que pesa sobre toda decisión de este tipo.

Atendiendo a las afectaciones y vivencias dolorosas sufridas por el Sr. Ganem a raíz del episodio dañoso, siendo que entre el yerro del primer análisis y su rectificación transcurrieron sólo unos días más de un mes calendario, se establece el monto de $584.892 equivalente a 2 salarios mínimo vital y móvil, que se estima razonable en concepto de daño moral, con criterio de actualidad.

A dicho monto, deberán añadirse intereses moratorios del 8% anual desde el 23/08/2017 (fecha del hecho dañoso) hasta esta sentencia; desde allí y hasta su efectivo pago, devengarán los intereses de tasa activa promedio mensual del Banco de la Nación Argentina.

Al respecto se expidió el Cimero Tribunal Local: [...] En el sub lite, el recurrente cuestiona la tasa del 8% confirmada por la Cámara para cuantificar el interés moratorio pero "existe consenso en señalar que mientras la obligación sea de valor y no haya mutado su naturaleza a dineraria, por vía de la cuantificación en dinero que prevé el art. 772, debe aplicarse una tasa de interés puro, que tradicionalmente ha sido estimada entre el seis y el ocho por ciento anual [...] (Pizarro, Ramón D., "Los intereses en el Código Civil y Comercial", LL 2017-D, 991); criterio al que el pronunciamiento recurrido luce ajustado (CSJT, sentencia N° 975 del 13/06/2019, "Nisoria Mario David vs. Argañaraz, Oscar Alberto y Otros s/Daños y perjuicios"; sentencia N° 506 del 16/04/2019, "Ávila Mercedes Nora vs. Fernández Elsa Amanda y Otros s/Daños y perjuicios"; sentencia N° 1487 del 16/10/2018, "Vargas Ramón Agustín vs. Robledo Walter Sebastián s/ Daños y perjuicios"). El monto de condena contempla el valor real del bien afectado (art. 772 del CCyC) y el daño moratorio correspondiente. Y este último ha sido establecido con tasas diferenciadas desde la fecha del hecho hasta la fecha de la sentencia, y desde ésta, hasta la del efectivo pago; lo que se ajusta al régimen jurídico diverso (deuda de valor y deuda dineraria) por el que transita la obligación de resarcir el daño causado. Lejos de ofrecer reparos, el criterio del Tribunal luce orientado a preservar no sólo la plenitud de la reparación, sino también el principio de integridad del pago consagrado por nuestro ordenamiento legal (art. 869)..." (CSJT, Sala Civil y Penal, Sentencia N° 294, 26/05/2020, "Rodríguez, Héctor Atilio c. Iturre, Decene Héctor y otros s. Daños y Perjuicios"; entre otros). Criterio que ya fuera expuesta por esta Sala en Sentencia N° 1472 del 08/11/2021, "Acevedo Miguel Ángel y otros c. Sistema Provincial de Salud SIPROSA y otros s. Daños y perjuicios", Expte. 501/13, et al.

Por otra parte, se estima adecuada la aplicación de la tasa activa a partir de la fecha de este pronunciamiento, en atención al principio de reparación plena y a efectos de mantener incólume el contenido económico de la sentencia, sumado a la coyuntura económica actual, en que, la depreciación monetaria, a raíz del proceso inflacionario por el que atraviesa el país, es un dato de la experiencia común (cfr. art. 33 del CPC y C de aplicación en la especie por directiva del art. 89 del CPA) (CSJT, Sentencias N° 1267 del 17/12/2014; N° 1277 del 22/12/2014; N° 77 del 11/02/2015; N° 324 del 15/4/2015, entre muchas otras).

El criterio que aquí se adopta ya ha sido sostenido por esta Cámara en reiterados pronunciamientos (cfr.: Sala I°, N° 859 del 18/09/2020 y N° 1006 del 01/11/2022, y esta Sala II° en sentencia N° 682 del 10/12/2021, et al.).

VI.- Conclusión final.

Por todo lo antes considerado, se concluye que corresponde hacer lugar a la demanda promovida en autos por Christian Gabriel Ganem en contra el SIPROSA en base a la responsabilidad que le cabe por el incumplimiento del deber de atención diligente dispensada al actor, debiendo indemnizar al actor en la suma de $584.892 (pesos: quinientos ochenta y cuatro mil ochocientos noventa y dos) en concepto de daño moral, desde el 23/08/2017, con los intereses y parámetros fijados en el punto V.

Por otra parte, corresponde no hacer lugar a la demanda articulada en contra de la bioquímica María Elena Zelaya y, en consecuencia, absolverla de la responsabilidad endilgada en la presente causa.

VII. Costas.

En virtud del resultado arribado, considerando que el actor tuvo motivos suficientes para accionar contra la codemandada María Elena Zelaya, contra quien la pretensión indemnizatoria no prosperó,se estima prudente que las costas generadas entre ambas partes sean impuestas por el orden causado.

En tanto que las costas generadas entre la parte actora y el SIPROSA serán a cargo de éste último por la objetiva derrota de su posición. (cfr. arts. 60 y 61 CPCC, por remisión del art. 89 CPA). Reservar regulación de honorarios para su oportunidad.

Firme la presente, deberá procederse a la devolución de la documentación original agregada en autos.

El Señor Vocal Dr. Sergio Gandur, dijo:

Que estando conforme con las razones expresadas por la Vocal preopinante, voto en el mismo sentido.

Por ello, la sala segunda de la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo, con la integración dispuesta en fecha 15/03/2021,

RESUELVE:

I. NO HACER LUGAR a la demanda por daños y perjuicios promovida en autos por **GANEM CHRISTIAN GABRIEL** en contra de la bioquímica María Elena Zelaya, conforme lo ponderado.

II. HACER LUGAR a la demanda por daños y perjuicios promovida en autos por **GANEM CHRISTIAN GABRIEL** en contra del Sistema Provincial de Salud **(SIPROSA),** reconociendo el

derecho del actor a percibir indemnización en concepto de daño moral por la suma de $584.892 (pesos: quinientos ochenta y cuatro mil ochocientos noventa y dos) en concepto de daño moral, desde el 23/08/2017, con los intereses y parámetros fijados en el punto V de este pronunciamiento, y en consecuencia, **CONDENAR** al SIPROSA a abonar dicha indemnización, conforme lo ponderado.

III. COSTAS, como se consideran.

IV. RESERVAR pronunciamiento sobre regulación de honorarios para su oportunidad.

HÁGASE SABER

MARÍA FELICITAS MASAGUER SERGIO GANDUR

Actuación firmada en fecha 18/02/2025

Certificado digital:
CN=GARCIA LIZARRAGA Maria Laura, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27260297665

Certificado digital:
CN=MASAGUER Maria Felicitas, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27286818558

Certificado digital:
CN=GANDUR Sergio, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 20144803664

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán https://www.justucuman.gov.ar.