



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

***“M. Á. D. c/ C. H. y otro s/Daños yPerjuicios”. Expte. N° 51.920/2012.
Juzg. N° 71***

En Buenos Aires, a los días del mes de julio de 2020, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: ***“M. Á. D. c/ C. H. S. y otro s/Daños y Perjuicios”***, y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Kiper dijo:

Contra la sentencia dictada a fs. 590/598, en la que se hizo lugar a la demanda entablada por Á. D. M. contra H. S. C. y Organización de Servicios Directos Empresarios, apelan el actor y el codemandado C., quienes por los fundamentos esgrimidos a fs. 659/660 (actor) y fs. 662/668 (demandado), pretenden modificar lo decidido. Corrido el traslado, el actor los contestó a fs. 670/672 y la codemandada OSDE hizo lo propio a fs. 675/680, encontrándose los autos en condiciones de dictar sentencia definitiva.

El actor cuestiona que se rechazaran las partidas de pérdida de chance y daño psicológico.

El demandado por su parte critica que se haya hecho lugar a la demanda.

El *a quo* hizo lugar al reclamo, y para ello valoró que en el expediente administrativo N° S04:0021015/2011, tramitado ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) se concluyó que la conducta desplegada por el galeno se encuadraba como una conducta discriminatoria, en los términos dispuestos por la ley 23.592, normas concordantes y complementarias.

Especialmente destacó que el mencionado organismo refirió que *“...en este sentido, los criterios de suspensión o realización de una cirugía sobre una persona conviviendo con vih podrán tener relación con las condiciones de salud del paciente, más no puede invocarse el riesgo de*



exposición del personal médico. Lo contrario supondría que la atención del paciente con vih dependiera de la buena predisposición del médico...”

Por razones lógicas, debo comenzar por el examen de los agravios vertidos por el demandado, esto es, establecer si el actor fue, o no, discriminado cuando requirió los servicios del médico encartado, y se postergó la fijación de la fecha para su intervención.

El galeno sostiene en su expresión de agravios que se encuentra probado que su cirujana ayudante había sido intervenida por una cesárea el día 9 de febrero, como así también que no efectuó operación alguna entre el mes de noviembre de 2011 y abril de 2012.

También entiende que erró el *a quo* al considerar antijurídico el hecho de posponer la intervención del actor por 30 días en el mes de marzo.

Es un hecho no controvertido en autos que el actor se presentó en el mes de agosto del año 2010 en el consultorio del Dr. C., por sufrir de un problema de várices.

Tampoco está discutido que el Dr. C. era en esa época prestador de la codemandada OSDE, medicina prepaga de la que era afiliado el actor, y que por esa razón fue elegido por éste.

Las partes son contestes en que el galeno, tenía conocimiento de que el accionante era portador de VIH.

Sin embargo, las partes difieren respecto de como se sucedieron los hechos luego de la primer consulta.

El accionante refirió que el 1º de marzo, luego de realizarse los estudios requeridos por el profesional, al acudir al consultorio del demandado, éste le explicó que no iba a realizar la intervención, porque no quería poner en riesgo al resto de su equipo (cirujana ayudante e instrumentista), y que le recomendó que la realice con otro médico. Explicó que esa actitud discriminatoria, le produjo los daños que reclama.

A su turno, el demandado C. narró que atendió al actor por primera vez en agosto de 2010, quien padecía una recidiva varicosa en el hueco poplíteo izquierdo.

Agregó que el actor tenía antecedentes de operaciones por varicocele y por várices en miembros inferiores en la adolescencia.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

Detalló que con la finalidad de planificar y programar la intervención que el caso ameritaba -sin urgencia-, le solicitó al actor una serie de exámenes complementarios.

Manifestó que el 21 de septiembre, una vez que el accionante acompañó dichos estudios, le explicó que como no tenía turnos de quirófano hasta noviembre, la intervención debería efectuarse en el mes de marzo, debido a que no es recomendable realizarla en los meses cálidos.

En el mes de marzo -continuó relatando- el paciente regresó y se le propuso fijar la fecha de la intervención para el mes siguiente, porque la cirujana ayudante se encontraba de licencia por motivos de salud, y porque estaba buscando remplazo para su instrumentadora quien le había informado que se encontraba embarazada.

Concluyó, relatando que, no conforme con la fecha propuesta, el paciente dejó de concurrir a su consultorio.

Como dije, no se encuentra controvertido, entonces, que el actor era portador de VIH (una circunstancia que lamentablemente, suscita actitudes discriminatorias) y que el demandado estaba al tanto de esto.

Antes de examinar los agravios de la parte demandada debo sentar mi posición sobre un tema sustancial para casos como este. El juez de primera instancia, con cita -entre otros- de un precedente de esta Sala, resolvió que cuando se alega discriminación se invierte la carga de la prueba.

Coincido con la postura adoptada en el fallo apelado. El actor acreditó ser portador de VIH y que el demandado conocía dicha condición. Probados estos hechos, la postergación de la fecha de intervención por parte del médico debe presumirse un acto discriminatorio, salvo que el galeno logre demostrar que no fue así.

Esto es así pues debe evaluarse la existencia de una presunción discriminatoria, si se está en presencia de una persona o de un integrante de un grupo que la realidad muestra que suelen ser objeto de discriminación (conf. esta Sala, “M., M. J. c/ Citibank N.A. s/ Daños y Perjuicios”, 7/4/2009).



Entonces, como sostuvo esta Sala en la causa “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A.”, del 16/12/2002, cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua, u otras similares, se presume inconstitucional.

A raíz de esto, lo trascendente es dilucidar si las circunstancias que alegara el demandado para posponer la intervención fueron reales, y de ser así, si resultaban suficientes para que el profesional se encontrara justificado en su accionar, ya que podría presumirse que su actitud obedeciera a la condición de portador del virus del actor.

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), considero que cuando el paciente se siente discriminado por alguna de las causas, el “onus probandi” pesa sobre el prestador del servicio. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe (conf. Kiper, Claudio, "Derechos de las minorías ante la discriminación", 1999, especialmente pags. 129/33 y 238/40). En ese sentido se puede citar también, sólo a mayor abundamiento, que la Civil Rights Act de EE.UU., de 1964, se modificó en 1991, para disponer que en los casos de discriminación la prueba se invierte y el acusado debe demostrar que su conducta no puede ser tachada de tal, dando razones objetivas para sostenerla.

Lo expuesto ha sido asentado en jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, de la Corte Suprema de la Nación, y de otros tribunales. Esta Sala tiene varios precedentes en este sentido, por lo que no considero necesario reiterar las citas.

La Ley Nacional de Lucha Contra el Sida 23.798, de 1989, en su art. 2 prescribe que sus normas y las complementarias que se establezcan "se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda: a) afectar la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

dignidad de la persona; b) producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación".

A ello debe sumarse también que no puede dejarse de lado la enorme evolución procesal existente sobre el tema de la carga probatoria. Así, se suele sostener que debe probar quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, que ya no se acepta quietamente la concepción que pone en cabeza del actor la prueba de los hechos que invoca y del demandado de aquellos por los que pretende excepcionarse, y que se sostiene también muchas veces que la prueba, que puede ser suministrada por cualquiera de las partes, puede perseguir la finalidad de satisfacer la carga que pesa sobre ella o desvirtuar la prueba suministrada por la contraparte.

Traigo el tema a colación porque sí quiero advertir que se trata de principios constitucionales que vedan la discriminación y aseguran la igualdad real entre los seres humanos, no la igualdad formal. No se trata de igualdad en iguales circunstancias, sino, por el contrario, de reforzar la situación de quien se encuentra en situación de debilidad por integrar una "categoría sospechosa", en términos de la Suprema Corte de Estados Unidos. Al ser así, es irrelevante en este caso la cita de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, y de lo dispuesto por el actual Código Civil y Comercial. Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre este asunto procesal, lo cierto es que resulta ajeno a los principios constitucionales en juego.

En cuanto a la prueba producida, cabe reiterar los términos del informe remitido por el INADI: "*...los criterios de suspensión o realización de una cirugía sobre una persona conviviendo con vih podrán tener relación con las condiciones de salud del paciente, más no puede invocarse el riesgo de exposición del personal médico. Lo contrario supondría que la atención del paciente con vih dependiera de la buena predisposición del médico...*"

Por otra parte, en el marco de la pericia médica, el experto designado, Dr. V. B. explicó que la cirugía a la que debía someterse el actor no revestía urgencia y podía ser programada.



El perito, además, fue claro en aseverar que no es recomendable la realización de cirugías por várices no complicadas en los meses estivales.

También señaló que el acto quirúrgico con la ayudante en la época de gesta pone en riesgo a una tercera persona (el feto), y añadió que *“...solamente pidió una postergación de uno o dos meses para no poner en riesgo al no nato, no olvidemos que es su abuelo...”*.

Más allá de la confusión -pues quien se encontraba embarazada era la instrumentadora quirúrgica, N. G. G., y no la Dra.C., cirujana asistente, hija del demandado, quien había sido madre el día 9 de febrero de 2011-, lo cierto es que no se ha demostrado que la asistente no interviniese en procedimiento alguno, en el transcurso de su embarazo.

Por otra parte la Sociedad Argentina de Infectología, al contestar la prueba informativa cursada, advirtió que *“...el riesgo de transmisión de HIV hacia el equipo de salud, de no mediar un accidente por parte del personal de salud, es muy bajo...”*

Agregó que *“...la transmisión del HIV luego de una exposición percutánea se estima en un 0,3% (CDC) a 0,5% (OMS); por contacto con mucosa 0,09% y es aún menor tras el contacto con piel no sana. Aumenta el riesgo la injuria profunda, la ausencia de elementos de barrera, la aguja hueca, el volumen inoculado...”*

Entonces, si bien de acuerdo al experto se encontraba justificada la postergación de la intervención en el mes de septiembre para una vez pasados los meses de verano, lo cierto es que la dilación una vez llegado el mes de marzo, no aparece justa.

Aún si se pudiera tener por cierto que el equipo médico del demandado, según sus dichos, se encontraba diezmado, por la reciente maternidad de su cirujana ayudante, y del embarazo de su instrumentadora quirúrgica -circunstancias que se encontrarían demostradas por la documental de fs. 90 y la informativa obrante a fs. 292- entiendo que ello no resulta suficiente razón para eximirlo de responsabilidad.

Lo relevante era demostrar que el encartado no realizó intervenciones quirúrgicas, durante un tiempo razonable luego de la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

entrevista con el accionante que tuvo lugar el 1° de marzo, y con eso acreditar que sus restantes pacientes, tuvieron la misma dilación en la fijación de las fechas de cirugía, en virtud de los problemas que generó al galeno poder contar nuevamente con su equipo médico, y que por lo tanto el actor recibió un trato igualitario que aquellos (ya que existía también la posibilidad de reunir un nuevo equipo médico y efectuar la intervención).

En ese sentido, advierto que no se produjo prueba alguna respecto de la actividad profesional del demandado, en el tiempo posterior a esta última consulta.

Esta prueba, como dije antes, caía en cabeza del demandado, pues es él quien debía acreditar que su actuar -al postergar la operación del actor-, fue de acuerdo a derecho, y que no se debió a una excepción que hizo en relación al accionante, quien justamente integra una minoría.

De todo ello, puedo afirmar que ha sido el actor quien recibió un trato diferente, y perjudicial, obviamente, para sus intereses.

Ello atenta contra principios básicos de la ley 23.798, tales como proteger la dignidad de la persona afectada.

En consecuencia, juzgo que deber desestimarse el agravio del demandado, y confirmar la sentencia recurrida.

El actor, por su parte, criticó el rechazo de la partida de daño psicológico y de pérdida de chance.

En cuanto al primero, el magistrado de la anterior instancia, rechazó la partida al sostener que no existía una secuela definitiva, sino meramente transitoria.

El perito psicólogo, Lic. D. D., sostuvo en su dictamen de fs. 198/204 que de acuerdo a “...los resultados de las técnicas, el peritado presentaría síntomas que justificarían la descripción de un estado depresivo caracterizado por: sentimientos de tristeza, pesimismo, aplastamiento, desaliento, sensación de vacío, inhibición, despersonalización, hipervigilancia, alteraciones en el sueño, etc. Tal estado podría ser resultado de la influencia de factores provenientes del medio. En estos casos, la intensidad de ciertos acontecimientos superaría la capacidad de respuesta del individuo...”



Infirió que el estado de ánimo de tonalidad depresiva, es consecuencia de haberse sentido discriminado por padecer SIDA, constituyendo una visión negativa de sí mismo y de su futuro laboral.

Agregó que *“...el mecanismo de defensa que se observa en los resultados de las técnicas es característico de un yo débilmente estructurado lo cual podría alterar una adecuada capacidad de respuesta, ocasionando desarmonía entre intelecto y emoción, incoordinación, falta de equilibrio, necesidad de apoyo, etc...”*

Concluyó aseverando que como consecuencia de los hechos el actor presenta un Trastorno Adaptativo con estado de ánimo depresivo crónico en grado leve, lo que representa una incapacidad del 10%.

Además recomendó que realizara un tratamiento para superar su dolencia, el que estimó que debía tener una duración de seis meses, con una frecuencia semanal.

Este informe no fue objetado por ninguna de las partes, y aparece debidamente fundado, por lo que habrá de estar a sus conclusiones.

Ahora bien, de la prolija lectura del dictamen antes referido, se desprende que el experto aconsejó la realización de un tratamiento psicológico “para superar su dolencia”.

Esto me hace colegir, coincidiendo con el temperamento adoptado por el a quo, que la patología del actor no resultaba permanente, sino meramente transitoria.

Por ello, juzgo que debe confirmarse el rechazo de este aspecto del reclamo.

Finalmente, el actor también reprocha que no se hiciera lugar a la partida de pérdida de chance de curación.

Sostiene que este rubro no debe ser probado, ya que su contingencia resulta razonable y concreta.

En este orden de ideas, diré que la denominada pérdida de chance constituye un rubro sujeto a un alto grado de incertidumbre, ya que en definitiva resulta imposible establecer con precisión si la persona que alega el perjuicio, habría obtenido o no ciertas ventajas o evitado o no ciertas pérdidas, de no haber mediado el comportamiento antijurídico atribuido a





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

otro sujeto. De todos modos, el daño puede ser resarcible, según el mayor o menor grado de probabilidad de que llegara a acontecer, aunque fuerza es aclarar que lo que habrá de resarcirse no será la totalidad de la pérdida sufrida o la ganancia dejada de percibir, pues el juez debe apreciar la proporción de ese valor que en concreto representa la frustración de la chance (Conf. Highton, Elena, "Accidentes de tránsito. Daño resarcible como lucro cesante y daño emergente en caso de lesiones a las personas desde la óptica de los jueces civiles (Justicia Nacional Civil)", Revista de Derecho de Daños, N° II, pág. 58).

Se ha sostenido que la pérdida de una oportunidad o "chance" constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades (Trigo Represas, Félix A., "Reparación de daños por mala praxis médica", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 241).

En virtud de lo expuesto, es claro que la pérdida de chance, para ser indemnizable, debe tener probabilidad suficiente, debiendo valorarse y ponderarse en cada caso en particular, precisamente, de acuerdo con el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, desde que el daño resarcible debe ser cierto y no eventual o hipotético.

No coincido con el apelante en cuanto a que este perjuicio no debe ser probado, y que se encontraría acreditado por el sólo hecho de ser razonable.

Para que efectivamente esta partida pudiese ser indemnizada, debió probarse que la demora en la atención por parte del demandado, ocasionó un perjuicio, más allá de las molestias de la dilación, o un agravamiento de la dolencia que hiciera más difícil su curación.



La simple aseveración que se vio privado de la posibilidad de curar más rápidamente sus várices, no alcanza para constituir un daño resarcible en los términos en que fuera reclamado, sin perjuicio de que pudo considerarse dentro del daño extrapatrimonial que se demandó autónomamente.

Por ello, juzgo que debe rechazarse el agravio y confirmarse lo decidido por el magistrado de la inferior instancia.

Atento a lo hasta aquí expuesto, propongo a mis distinguidos colegas que se confirme la sentencia de grado, en todo cuanto fuera materia de agravios.

El Dr. Fajre y la Dra. Abreut de Begher, por las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe.

FDO. José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher y Claudio M. Kiper, se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe.

FDO. José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher y Claudio M. Kiper.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

//nos Aires, de julio de 2020.

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide:

I.- Confirmar la sentencia de grado, en todo cuanto fuera materia de agravios.

II.- Corresponde tratar los recursos deducidos contra los honorarios regulados en la anterior instancia.

II.- a) En primer término y a tenor de los planteos formulados por el mediador, **Dr. Pedro Horacio Zuanich**, a través de su letrada apoderada, se destaca que la regulación de honorarios no ha sido prematura.

En este sentido, el art. 47 de la ley 21.839 establecía que “al dictarse sentencia, se regulará el honorario de los profesionales de ambas partes, aunque no mediare petición expresa” y en igual sentido, la actual ley 27.423 dispone, en su art. 52, que “aun sin petición del interesado, al dictarse sentencia se regularán los honorarios respectivos de los abogados y procuradores de las partes y de los auxiliares de Justicia.”.

En razón de ello, la regulación de honorarios contenida en la sentencia de grado ha sido efectuada en tiempo oportuno, pudiéndose agregar que por tratarse la condena, de una suma fácilmente liquidable el juzgador contaba en dicha oportunidad con todos los elementos necesarios para establecer la retribución de los distintos profesionales que intervinieron en el proceso.

Por lo demás, es importante señalar que de conformidad con lo resuelto en autos “Brascon Martha Grizet Clementina c/Almafuerte SA” del 25/10/13, expte. 6618/2007, y en autos “Olivera Sabrina Victoria c/Suarez Matías Daniel y otro” del 01/03/16, expte. 9288/2015), la retribución de los mediadores debe fijarse acorde a la escala vigente al momento de la regulación.

En razón de ello y lo previsto por el Dec. 1467/11, modificado por Dec. 2536/15 y valor de la UHOM vigente al 19/12/18 la retribución fijada resulta ajustada al Arancel respectivo y por ello, se la confirma.



II.- b) Sentado lo expuesto y en lo que se refiere a los honorarios de la dirección letrada de la parte actora, se comparte la normativa aplicada por el Sr. Juez “a-quo” cuyo criterio resulta coincidente con el sostenido por este Tribunal en autos “Urgel, Paola Carolina de la Merced c/New 1817 S.A. s/daños y perjuicios” (expte. 34.870/2014, del 06/06/2020, y en igual sentido CSJN, 04-09-2018, “Establecimientos Las Marías S.A.C.I.F.A. c/Misiones, Provincia de s/acción declarativa, cons. 3º; íd. Esta Sala, 27/09/2018, “Pugliese, Paola Daniela c/Chouri, Liliana Beatriz y otro s/daños y perjuicios, esta Sala en autos “Pugliese, Paola Daniela c/Chouri, Liliana Beatriz y otro s/ds. y ps.” del 27/9/2018 y “Rojas Pedrina Antonio c/Chamorro Roberto Ariel s/ds.y ps,” del 25/2/19).

En lo que hace al monto de la retribución, habrá de ponderarse el objeto de las presentes actuaciones, el interés económicamente comprometido comprensivo de capital e intereses, la naturaleza del proceso, su resultado, etapas cumplidas y el mérito de la labor profesional apreciado por su calidad y extensión, así como lo previsto por los arts. 1, 6, 7, 9, 19, 33, 37, 38 y cctes. de la ley 21.839 -t.o. ley 24.432.

Sobre la base de dichos parámetros, y por resultar ajustados al Arancel, se confirman los honorarios del **Dr. F. F. G.** y por no ser altos también se confirman los fijados a favor de la **Dra. F. B.**

II.- c) Respecto de los honorarios de los peritos se tendrá en cuenta el interés económico comprometido, la entidad de las cuestiones sometidas a sus respectivos dictámenes, el mérito de la labor profesional apreciado por su calidad y extensión, así como lo previsto por el art. 478 del CPCCN.

Bajo tales parámetros y por no ser elevados se confirman los honorarios fijados a favor del perito **D. M. D.** y **V. B.**

III.- Finalmente corresponde regular los honorarios correspondientes a la actuación ante esta Alzada y que culminaron con el dictado de la sentencia definitiva de la causa.

A tales efectos, ponderando el mérito de la labor profesional apreciado por su calidad y extensión, resultado obtenido, complejidad de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

las cuestiones discutidas así como lo previsto por el art. 30 de la Ley 27.423, se fija el honorario del **Dr. F. F. G.** en la suma de diecisiete mil quinientos pesos (\$ 17.500), los del **Dr. J. F. P.**, letrado apoderado de OSDE en la suma de siete mil pesos (\$ 7.000) y los del **Dr. M. Á. Q.**, letrado del codemandado C., en la suma de siete mil quinientos pesos (\$ 7.500) equivalentes a la cantidad de 5,48 UMA, 2,19 UMA Y 2,35 UMA (valor conforme Ac. 30/19 CSJN) respectivamente.-

Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y, oportunamente, archívese.

FDO. José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher y Claudio M. Kiper

Signature Not Verified
Digitally signed by JOSE FAJRE
Date: 2020.07.15 12:13:39 ART

Signature Not Verified
Digitally signed by CLAUDIO
KIPER
Date: 2020.07.15 18:18:35 ART

Signature Not Verified
Digitally signed by LILIANA
ABREUT
Date: 2020.07.15 09:57:00 ART



#13486087#261930154#20200715105104493