

Estudio De Hiv Dano Moral Consentimiento Informado Deber De Informacion Ley 26 529 Ley 23 798

JURISPRUDENCIA

Estudio de HIV. Daño moral. Consentimiento informado. Deber de información. Ley 26.529. Ley 23.798 Se confirma la sentencia que condenó al FLENI a reparar el daño moral ocasionado por la desazón e impacto emocional experimentados por quien recibió la noticia de que era portador del virus del HIV, sin haber sido debidamente informado de los alcances del estudio que se iba a realizar. Ello así, ya que antes del examen debió haberse recabado el consentimiento informado del paciente, en la medida en que la normativa aplicable dispone la obligatoriedad para el médico de realizar las pruebas para detectar la infección (artículo 6 de la ley 23.798), para lo cual debe recabar previamente el pertinente consentimiento (artículo 6 del decreto 1244/91). Y a ese fin debe proporcionarle información, notificada en forma fehaciente en un formulario extendido en original y duplicado, el cual, una vez firmado por el posible portador del virus, debe ser archivado para constancia del procedimiento legalmente establecido (artículo 8 del decreto mencionado).

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 31 días del mes de agosto del año dos mil diecisiete, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala ?A? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: ?A., G. A. A. c/ Fundación para la Lucha contra Enfermedades y otro s/ Daños y perjuicios?, respecto de la sentencia de fs. 209/223 el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: SEBASTIÁN PICASSO - HUGO MOLteni - RICARDO LI ROSI. A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO: I. La sentencia de fs. 209/223 hizo lugar a la demanda y condenó a Fundación para la Lucha contra las Enfermedades Neurológicas de la Infancia (en adelante, FLENI) a abonar, dentro del plazo de diez días, la suma de \$ 100.000 a G. A. A., con más intereses y las costas del juicio. Hizo extensiva la condena a TPC Compañía de Seguros S. A. en los términos de la ley 17.418. El pronunciamiento fue apelado por los emplazados. A fs. 237/240, FLENI se queja por la responsabilidad que le fue endilgada. Asimismo se agravia por los montos de condena. Esta presentación recibió la respuesta del actor a fs. 251/256. Por su parte, la citada en garantía se queja a fs. 242/245 por la supuesta falta de consentimiento del demandante, el monto de la indemnización, y la tasa de interés fijada en la sentencia en crisis. Además cuestiona las costas. Estos agravios fueron respondidos por el Sr. A. a fs. 258/264. II. Memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Código Procesal).

Por otra parte creo menester poner de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los hechos ventilados en el sub lite (y por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Código Civil derogado. Por consiguiente -y con excepción de lo que enseguida diré respecto de la cuantificación del daño- la cuestión debe juzgarse -en principio- a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación; vid. Roubier, Paul, *Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps*, Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158). Cabe hacer excepción a esta regla en lo que respecta a las normas relativas a la cuantificación del daño, dado que ellas no se refieren a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues se limitan a sentar una pauta para su liquidación. En este sentido dice Kemelmajer de Carlucci: ?Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión? (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*. Segunda parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234). Por este motivo las reglas contenidas en los arts. 1741 -último párrafo-, 1746 y conss. del Código Civil y Comercial son directamente aplicables al sub lite. Por último señalo que, incluso en los aspectos que continúan siendo regidos por la legislación derogada, las disposiciones del Código Civil y Comercial constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días (esta sala, 25/6/2015, ?C., Jélica María c/ B., Carlos Ricardo y otros s/ Daños y perjuicios?; ídem, 30/3/2016, ?F., Celeste Ester c/ D. P., Virginia Gabriela y otro s/ Daños y perjuicios?, expte. n.º 11.725/2013; 11/10/2016, ?R., Jorge Oscar c/ A., Adrián Bartolomé y otro s/ Nulidad de acto jurídico? y ?A., Adrián Bartolomé y otro c/ R., Jorge Oscar s/ Restitución de bienes?, exptes. n.º 47.289/2001 y

38.328/2003; ídem, CAC y C, Azul, sala II, 15/11/2016, ?Ferreira, Rodríguez Amelia c/ Ferreira Marcos, y otra s/ Desalojo?, LL 2017-B, 109, RCCyC 2017 (abril), 180; Galdós, Jorge Mario, ?La responsabilidad civil y el derecho transitorio?, LL 16/11/2015, 3).

III. Como es sabido el artículo 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. De esta manera, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que incumbe al recurrente de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión del recurso, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se ha incurrido, o las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (Gozáini, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 101/102; Kielmanovich, Jorge L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 426). La simple lectura de las quejas vertidas por FLENI respecto al monto de condena permite advertir que en modo alguno critica los fundamentos que se esgrimieron en la decisión en crisis. Es que realiza afirmaciones de manera escueta y general, lo que no constituye la crítica concreta y razonada antes apuntada. Por este motivo considero que debería declararse la deserción del recurso en este aspecto. La misma suerte debe correr la queja de la citada en garantía respecto de las costas del juicio, pues menciona honorarios que no fueron fijados en la instancia de grado. Por consiguiente propongo que se declare desierto el recurso de la demandada en lo atinente al monto de condena, y el de la citada en garantía respecto de las costas de grado (arts. 265 y 266 del Código Procesal).

IV. Las partes son contestes en cuanto a que el día 24/2/2012 el demandante ingresó por guardia a la sede de FLENI, ocasión en la cual se le hizo un análisis de HIV, lo cual además surge de la respectiva historia clínica (fs. 22/24 y 26/27). En los análisis de laboratorio realizados en esa fecha consta: ?Se requiere segunda muestra? (fs. 32). Por ese motivo, el día 5/3/2012 la Dra. Cornistein explicó los resultados al actor y asentó en la historia clínica: ?Se explica el motivo de la realización de los estudios y se informa el resultado preliminar de HIV solicitando nueva muestra. El paciente se muestra angustiado, preocupado por la pérdida de obra social y del trabajo (...) Ofrezco consulta con psiquiatría o llamar a algún familiar pero no acepta? (fs. 25). La nueva muestra se llevó a cabo en el Hospital Argerich, en donde se confirmó el diagnóstico anterior (fs. 166/168). Lo discutido en autos es si la demandada cumplió con el deber de información. En este sentido el actor sostuvo que no le dijeron previamente que le iban a realizar el estudio de HIV, razón por la cual le resultó muy traumática la efectiva comunicación de los resultados. También alegó que se trató de un acto de discriminación por su orientación sexual (fs. 2/6). Por el contrario, tanto la demandada como la citada en garantía adujeron que el paciente fue debidamente informado y que se le explicó la necesidad de la realización del estudio de HIV, a lo que añadieron que no había una forma determinada para instrumentar el consentimiento informado (fs. 63/68 y 109/119). El Sr. juez de grado descartó la existencia de un acto discriminatorio, aunque condenó a la demandada -lo que se hizo extensivo a la citada en garantía- por considerar que no se cumplió con lo dispuesto en las leyes 26.529 y 23.798 -y el decreto reglamentario de esta última, n.º 1.244/1991-. Por estos fundamentos reconoció al demandante una suma de dinero por daño moral. Esta manera de decidir recibe las quejas de las emplazadas, quienes reiteran que las condiciones físicas en la que se encontraba el actor en el momento en que fue atendido, así como su historial (abuso de drogas y relaciones sexuales con personas del mismo sexo sin protección), ameritaban la realización del estudio de HIV. Según FLENI, dicho análisis fue consentido por el Sr. A., lo que se vería reafirmado por el hecho de que el actor se realizó un segundo estudio en el Hospital Argerich. La citada en garantía, por el contrario, sostiene que en esa primera instancia (en la sede de FLENI) no era necesario obtener el consentimiento informado, por lo que el médico no lo recabó. Ahora bien, el deber de información en materia médica encuentra fundamento, por un lado, en el principio de la buena fe (art. 1198, Código Civil) y, por el otro, en el respeto de derechos fundamentales del paciente, tales como el de autodeterminación y el derecho personalísimo sobre la integridad física (arts. 19 y 33, Constitución Nacional; I, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3 y 12, Declaración Universal de Derechos Humanos; 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6 y 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Además, la cuestión ha sido objeto de una expresa regulación en los arts. 3 y concs. de la ley 26.529 y el art. 59 del Código Civil y Comercial. Ya ha señalado este tribunal que aquel deber tiene un contenido propio y específico, consistente en proporcionar al paciente la información sanitaria necesaria para que aquel tome una decisión esclarecida en el sentido de someterse o no a determinada terapia o tratamiento (esta sala, 7/8/2017, ?G., Claudio Rafael c/ R. E., Lis Angélica s/ Daños y perjuicios?, expte. n.º 70.806/2010). También ha tenido oportunidad de señalar esta sala (in re ?Grimm, Patricia c/ Rey, Eduardo Raúl y otros s/ Daños y Perjuicios?, L. n.º 595.100, del 29/10/2012) que los médicos, las clínicas y las empresas de medicina prepaga asumen diversas obligaciones para con sus pacientes, entre las cuales cabe computar la obligación principal -consistente en prestar atención médica al paciente de conformidad con las reglas del arte de curar-, la de seguridad -por la cual las clínicas y las entidades de medicina prepaga garantizan que el paciente no será dañado en el marco de la relación de consumo, y más allá del ámbito específico de la obligación principal, art. 5 de la ley 24.240- y la de información. En ese sentido dice Jaramillo que junto al ?deber céntrico o primario del médico?, consistente en la atención sanitaria encaminada a satisfacer el interés terapéutico del paciente, de

conformidad con la lex artis, existen deberes secundarios de conducta a cargo del galeno, coadyuvantes del compromiso primario asumido por el facultativo, entre los que se encuentra el deber de información (Jaramillo Jaramillo, Carlos I., Responsabilidad civil médica, Pontificia Universidad Javierana, Bogotá, 2010, p. 205 y ss.). No cabe duda entonces de que antes de la realización del estudio de HIV había que recabar el consentimiento informado del paciente. Eso surge no sólo de la normativa que ya he mencionado -y en particular, del art. 6 de la ley 26.529- sino también de la ley 23.798 -que declaró de interés nacional la lucha contra el SIDA- y su decreto reglamentario. Dispone la ley recién citada: "Los profesionales que asistan a personas integrantes de grupos en riesgo de adquirir el síndrome de inmunodeficiencia están obligados a prescribir las pruebas diagnósticas adecuadas para la detección directa o indirecta de la infección" (art. 6). Y en su decreto reglamentario se establece: "El profesional médico tratante determinará las medidas de diagnóstico a que deberá someterse el paciente, previo consentimiento de éste. Le asegurará la confidencialidad y, previa confirmación de los resultados, lo asesorará debidamente. De ello se dejará constancia en el formulario que a ese efecto aprobará el MINISTERIO DE SALUD Y ACCIÓN SOCIAL, observándose el procedimiento señalado en el artículo 8º" (decreto n.º 1.244/1991, art. 6). El procedimiento al que se hace referencia es el siguiente: "La información exigida se efectuará mediante notificación fehaciente. Dicha notificación tendrá carácter reservado, se entenderá en original y duplicado, y se entregará personalmente al portador del virus HIV. Este devolverá la copia firmada que será archivada por el médico tratante como constancia del cumplimiento de lo establecido por este artículo" (art. 8 del decreto ya mencionado). En definitiva, la normativa específica recién citada dispone la obligatoriedad para el médico de realizar las pruebas para detectar la infección (art. 6 de la ley 23.798), para lo cual debe recabar previamente el pertinente consentimiento del paciente (art. 6 del decreto 1.244/1991). A ese fin debe proporcionarle información, notificada en forma fehaciente en un formulario extendido en original y duplicado. Una vez firmado por el posible portador del virus, ese formulario debe ser archivado para constancia del cumplimiento del procedimiento establecido legalmente (art. 8 del decreto antes referido). En la historia clínica de FLENI (fs. 23/24 y 26/27) no surge que el demandante haya sido debidamente informado respecto del estudio de HIV que se le estaba por realizar, ni tampoco consta en ella la copia que debía archivar el médico tratante, según lo establece el procedimiento fijado normativamente para estos casos. No cambia lo dicho hasta aquí el segundo estudio realizado en el Hospital Argerich (fs. 166/168), en donde efectivamente el actor prestó su consentimiento con la finalidad de confirmar el diagnóstico de HIV (fs. 167 vta.). Es que lo discutido en la causa es si el demandante fue debidamente informado de los alcances del análisis que se le iba a efectuar en FLENI, lo que no fue demostrado por las emplazadas. En todo caso, en el Hospital Argerich se cumplió aparentemente con el procedimiento establecido en la ley. Concluyo, pues, que la demandada no cumplió debidamente su obligación de informar al paciente. En consecuencia corresponde rechazar los agravios en estudio y confirmar la sentencia en tanto condenó a FLENI y su aseguradora. V. Sentado lo que antecede corresponde analizar las quejas de la citada en garantía sobre el monto reconocido al actor por daño moral (\$ 100.000). La recurrente solicita el rechazo de ese ítem, y en su defecto pide su reducción. Puede definirse al daño moral como: "una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31). En lo que atañe a su prueba cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Código Procesal, se encuentra en cabeza del demandante la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, "Equitativa valuación del daño no mensurable", LL, 1990-A-655). En el caso de la lesión de derechos personalísimos, la jurisprudencia ha señalado de manera constante que cabe presumir la existencia del daño moral frente a la sola violación del derecho (esta sala, 12/3/2010, "L., María Daniela c/ B., Ricardo A.", LL Online AR/JUR/6090/2010; ídem, 14/2/2007, "C., G. C. c/ Cencosud S.A.", LL Online AR/JUR/315/2007; ídem, esta cámara, sala D, "Panizzi, Miguel Angel c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires", LL Online AR/JUR/11354/2006, entre otros precedentes). En cuanto a su valuación cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: "Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. 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? (CSJN, 12/4/2011, ?Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros?, RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós). En otras palabras el daño moral puede ?medirse? en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., ?Breve apostilla sobre el daño moral (como ?precio del consuelo?) y la Corte Nacional?, RCyS, noviembre de 2011, p. 259). La misma idea resulta del art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial, a cuyo tenor: ?El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas?. Por consiguiente tendré particularmente en cuenta ese criterio para evaluar la suma que corresponde fijar en el sub lite en concepto de daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima, y las demás circunstancias del caso. En el caso corresponde considerar los malestares y angustias que pudo sufrir el demandante como consecuencia de haberse enterado sin previo aviso -y sin haberse recabado su consentimiento al efecto- de que se le había realizado un test de HIV, lo cual razonablemente debe haberle hecho aún más difícil recibir la noticia (intempestiva, ante la falta de información previa) de que era portador de ese virus (vid. las constancias de la historia clínica a fs. 25). Así las cosas, por aplicación del criterio legal consideraré para cuantificar el importe de este ítem el valor actual aproximado de un viaje a Europa por una semana con todo pago, el que estimo coincidente con la suma de \$ 100.000 fijada en la instancia de grado (art. 165, Código Procesal). Por tal motivo propicio confirmar la sentencia también en este aspecto. VI. La citada en garantía se queja por la manera en que fueron fijados los intereses en primera instancia. El colega de grado decidió que debían aplicarse intereses desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. La cuestión ha sido resuelta por esta cámara en el fallo plenario dictado en los autos ?Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S. A. s/ daños y perjuicios?, del 20/4/2009, que estableció, en su parte pertinente: ?2) Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio. 3) Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. 4) La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido?. No soslayo que la interpretación del mencionado fallo plenario, y particularmente de la excepción contenida en la última parte del texto transcripto, ha suscitado criterios encontrados. Por mi parte estimo que una correcta apreciación de la cuestión requiere de algunas precisiones. Ante todo el propio plenario menciona que lo que está fijando es ?la tasa de interés moratorio?, con lo cual resulta claro que - como por otra parte también lo dice el plenario- el punto de partida para su aplicación debe ser el momento de la mora. Ahora bien, es moneda corriente la afirmación según la cual la mora (en la obligación de pagar la indemnización, se entiende) se produce desde el momento en que se sufre cada perjuicio objeto de reparación. Por lo demás, así lo estableció esta cámara en otro fallo plenario, ?Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes?, del 6/12/1958. Así sentado el principio general corresponde ahora analizar si en el sub lite se configura la excepción mencionada en la doctrina plenaria, consistente en que la aplicación de la tasa activa ?en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido?. En ese derrotero la primera observación que se impone es que, por tratarse de una excepción, su interpretación debe efectuarse con criterio restrictivo. En consecuencia, la prueba de que se configuran las aludidas circunstancias debe ser proporcionada por el deudor, sin que baste a ese respecto con alegaciones generales y meras especulaciones. Será necesario que el obligado acredite de qué modo, en el caso concreto, la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho implica una importante alteración del significado económico del capital de condena y se traduce en un enriquecimiento indebido del acreedor. En palabras de Pizarro: ?La alegación y carga de la prueba de las circunstancias del referido enriquecimiento indebido pesan sobre el deudor que las alegue? (Pizarro, Ramón D., ?Un fallo plenario sensato y realista?, en La nueva tasa de interés judicial, suplemento especial, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 55). Así las cosas no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurada esa situación. Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre colega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la ley 23.928 -mantenida actualmente por el art. 4 de la ley 25.561- impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de corrección monetaria. En palabras del mencionado colega: ?La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales -como suele decirse-, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria?, pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (Zannoni, Eduardo A., su voto in re ?Medina, Jorge y otro c/ Terneiro Néstor Fabián y otros?, ésta cámara, Sala F, 27/10/2009, LL Online, entre otros). Pero más allá de ello lo cierto es que, aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito,

no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada -a valores reales- respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño. Por las razones expuestas no encuentro que se configure, en la especie, una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido del actor, razón por la cual considero que debería confirmarse la sentencia en crisis, en cuanto establece la tasa activa desde el hecho y hasta el efectivo pago. La solución que propongo (es decir, la aplicación de la tasa activa establecida en la jurisprudencia plenaria) no se ve alterada por lo dispuesto actualmente por el art. 768, inc. 2º, del Código Civil y Comercial de la Nación, a cuyo tenor, en ausencia de acuerdo de partes o de leyes especiales, la tasa del interés moratorio se determina según las reglamentaciones del Banco Central. Es que, como se ha señalado, el Banco Central fija diferentes tasas, tanto activas como pasivas, razón por la cual quedará como tarea de los jueces, en ausencia de pacto o de la ley, la aplicación de la tasa de interés que corresponda (Compagnucci de Caso, Rubén H., comentario al art. 768 en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.) - Espert, Mariano (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 97). Asimismo, y en referencia a la tasa activa fijada por el plenario Samudio, se ha decidido: con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la que aquí se dispone, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas, iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado (esta cámara, Sala B, 9/11/2015, Cisterna, Mónica Cristina c/ Lara, Raúl Alberto s/ Daños y perjuicios?, LL Online, AR/JUR/61311/2015). Adicionalmente apunto que -como se ha dicho con acierto- más allá de que el plenario recién citado se haya originado en la interpretación de una disposición legal hoy derogada (art. 622 del Código Civil) lo cierto es que los argumentos recién expuestos permiten trasladar las conclusiones de aquella exégesis a la que corresponde asignar a las normas actuales, máxime si se repara en que las tasas del Banco Nación deben suponerse acordes a la reglamentación del Banco Central (esta cámara, Sala I, 3/11/2015, M., G. L. y otro c. A., C. y otros s/ daños y perjuicios?, RCyS 2016-III, 124). Finalmente, no desconozco que el art. 303 del Código Procesal fue derogado por el art. 12 de la ley 26.853. Sin embargo, en virtud del art. 15 de aquella norma tal disposición recién entrará en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean, razón por la cual hasta ese momento continúa vigente la doctrina plenaria. Ello se ve reforzado, asimismo, por lo dispuesto en la acordada n° 23/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que estableció que la operatividad de los recursos procesales creados por aquella ley se halla supeditada a la instalación y funcionamiento de las cámaras federales y nacionales que crea, e hizo saber que oportunamente el tribunal dictará las medidas conducentes para llevar a cabo la puesta en funcionamiento, instalación y habilitación de esos nuevos tribunales. Por todo lo que llevo dicho mociono confirmar la sentencia en este aspecto del debate. VII. En atención al resultado de las apelaciones en esta instancia, en los términos del art. 68 del Código Procesal, juzgo que las costas de alzada deberían imponerse a las emplazadas por resultar sustancialmente vencidas. VIII. En síntesis, y para el caso de que mi voto fuere compartido propongo al acuerdo rechazar los recursos de la demandada y de la citada en garantía, y en consecuencia confirmar la sentencia apelada en todo lo que decide y fue objeto de apelación y agravios, con costas de alzada a las emplazadas. Finalmente postulo diferir la regulación de los honorarios profesionales para una vez que hayan sido fijados los correspondientes a la primera instancia. A la misma cuestión, el Dr. Molteni dijo: Adhiero al voto del Dr. Picasso, con disidencias en torno al monto del daño moral, al cálculo de la tasa de interés y a las costas de alzada. I.- El daño moral? se configura por todo sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier reparación de orden patrimonial. Es el menoscabo en los sentimientos, consistente en los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser consecuencia del hecho perjudicial (conf. Llambías, J. J., Tratado de Derecho Civil - Obligaciones?, t. I, págs. 297/298, n° 243). Para la determinación del monto indemnizatorio no se requiere prueba de su entidad, pues se lo tiene por acreditado con la sola comisión del acto antijurídico, vale decir, que se trata de una prueba in re ipsa, que surge de los hechos mismos (conf. esta Sala, votos del Dr. Jorge Escuti Pizarro en causas n° 191.386 del 22/5/96 y n° 207.360 del 16/12/96; mis votos en libres n° 165.704 del 22/5/95 y n° 214.108 del 16/5/97, entre muchos otros). El perjuicio que deriva de este daño se traduce en vivencias personales de los afectados y en factores subjetivos que tornan dificultosa la ponderación judicial del sufrimiento padecido. No se trata de cuantificar el dolor humano en base a tales subjetividades, ni tampoco atendiendo a la situación económica de la víctima o a la importancia del daño material inferido, sino de elaborar pautas medianamente objetivas que conduzcan a un resultado equitativo, en orden a los padecimientos morales sufridos. En la especie, entiendo que las mayores angustias e inquietudes sufridas por el accionante fueron provocadas sin duda por el resultado positivo de

la prueba diagnóstica del virus del HIV, pero lo que aquí debe resarcirse en el aspecto extrapatrimonial -tal como bien puntualiza el primer voto-, son las acentuadas afecciones ocasionadas por Fleni, al comunicar la noticia de manera precipitada y negligente, sin respetar los recaudos previstos en el art. 8 de la ley 23.798. En función de ello y teniendo entonces en cuenta la mayor desazón y el impacto emocional que debió soportar el actor al recibir la noticia sin cumplir los requisitos establecidos por la ley, juzgo prudente disminuir el monto concedido en concepto de daño moral a la suma de \$30.000. II.- La otra disidencia queda referida a la tasa de interés aplicable al caso. De acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos ?Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transporte Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios? del 20/04/09, sobre le capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Empero, toda vez que en la especie se fijó el valor indemnizatorio al momento del dictado de la sentencia de grado, la indicada tasa debe regir recién a partir de dicho pronunciamiento, ya que de imponerse esos intereses desde el origen de la mora, se consagraría una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido, tal como puntualmente prevé la parte final de la referida doctrina plenaria, al contemplar una excepción a la vigencia de la tasa moratoria legal. Ello así, en la medida de que uno de los factores que consagran la entidad de la referida tasa, lo constituye la paulatina pérdida de valor de la moneda, extremo que en la especie ya fuera ponderado al definir el capital a los valores actualmente vigentes. La norma contemplada en el art. 768 del Código Civil y Comercial, que para los supuestos como en el de autos -donde no existe convención ni leyes especiales (incisos a y b)-, obliga a liquidar intereses moratorios de acuerdo a la reglamentación del Banco Central, es de aplicación entonces a partir del 1° de agosto de 2015, lo que determina que desde esa fecha deba regir un interés bancario que haya sido aceptado por el Banco Central, como bien puede serlo la tasa activa prevista en el citado plenario, no obstante que el mismo perdiera vigencia, al igual que el art. 622 del derogado Código Civil. Por eso, en definitiva, voto para que desde el hecho y hasta el 1° de agosto de 2015 se aplique la tasa del 8% anual, y para los intereses que fluyeron con posterioridad, ya con la vigencia del nuevo código, rija la apuntada tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. III.- En atención a la suerte de los recursos de las partes, las costas de alzada deben ser impuestas en un 70% a las emplazadas y en el restante 30% al actor (art. 68 y 71 del Código Procesal). En consecuencia, con las disidencias sostenidas, adhiero en lo principal al voto del Sr. juez preopinante. A la misma cuestión, el Dr. Li Rosi dijo: I.- El daño moral puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se inflige a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Llambías, Jorge Joaquín ob. cit. t° I, pág. 271, núm. 243; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit. t° I, pág. 215; Mayo en Belluscio-Zannoni ob. cit. t° II, pág. 230; Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil", pág. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 179, núm. 556/7; Orgaz, Alfredo "El daño resarcible", pág. 223, núm. 55). Si bien pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma dineraria y no resulta sencillo determinar su quantum; para ello debe tenerse en consideración las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores mencionados. Corresponde, pues, concluir que el daño no puede medirse en razón de las secuelas que denuncia la víctima, pues debe tenerse en cuenta en qué medida los padecimientos ocasionados pudieron haber significado un grado de afectación y quebrantamiento espiritual (conf. esta Sala, mi voto en Libres n° 466.988 del 19/3/07, n° 464.517 del 03/11/08, n° 586.773 del 02/12/11 y n° 618.012 del 03/09/13, entre otros). Pueden destacarse dos cualidades en el daño moral: primera, que él supone, no sólo el dolor de afección, sino también el que resulta de cualquier atentado a la integridad de la persona humana: dolor físico, perjuicio estético. Segunda, que el daño moral debe ser el resultado de un ataque a los derechos de la personalidad, a su patrimonio moral, sea directa o indirectamente, sin que obste a ello la circunstancia de que a la par de él se produzca un perjuicio material para la víctima (conf. Acuña Anzorena, Arturo, "La reparación del agravio moral en el Código civil", La Ley, t. 16, n° 532). Bajo estas directivas, considerando las circunstancias de autos y las condiciones personales del reclamante, estimo razonable la suma propuesta por el Dr. Hugo Molteni para enjugar esta partida. Ello, sin pasar por alto que la evaluación del perjuicio moral constituye una tarea delicada, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del derogado Código Civil -noción que actualmente se encuentra receptada en el art. 1740 del Código Civil y Comercial-. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata sólo de dar algunos medios de satisfacción, lo que no es igual a la equivalencia. Sin embargo, 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, dolor físico, los padecimientos propios de las curaciones y actuales malestares subsistentes (conf. CNCiv., Sala F, en autos ?Ferraiolo, Enrique Alberto c/ Edenor S.A. y otro s/ daños y perjuicios?, voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, del 6/9/2000; CSJN, en autos ?Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros? del 12/04/2011, Fallos: 334:376).

Es que, cuantificar este daño es tarea ardua y responde a una valuación necesariamente subjetiva por tratarse de daños insusceptibles de ser apreciados cabalmente en forma pecuniaria. La valoración de los sentimientos presuntamente afectados debe ser hecha por el Juez en abstracto y considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en la que se halló la víctima del acto lesivo. Se llega así a la determinación equitativa de la cuantía de este daño no mensurable (conf. Bustamante Alsina, Jorge ?Equitativa valuación del daño no mensurable?, publicado en ?Responsabilidad Civil-Doctrinas Esenciales-Partes General y Especial?, dirigido por Félix A. Trigo Represas, T° III, pág. 689).

II. En lo demás, con las disidencias efectuadas por el Dr. Hugo Molteni, adhiero al voto del Dr. Sebastián Picasso. Con lo que terminó el acto. Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala ?A? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, agosto 31 de 2017. Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede se resuelve: 1) Modificar la sentencia en el siguiente sentido: a) Reducir el importe otorgado por ?daño moral? a la suma de \$30.000; y b) Fijar los intereses desde el hecho y hasta el 1/8/2015 a la tasa de interés del 8% anual, y desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina; 2) Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 3) Imponer las costas de alzada en un 70% a las emplazadas y en el restante 30% al actor. Difiérese la regulación de los honorarios profesionales para una vez que hayan sido fijados los correspondientes a la primera instancia. Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase.

SEBASTIÁN PICASSO (EN DISIDENCIA PARCIAL)

HUGO MOLTENI

RICARDO LI ROSI

Correlaciones: Ley 23798 - B.O. 20/09/1990

022198E