En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los ocho días del mes de junio del año dos mil veintitrés, se reúne en acuerdo la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia del Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y asistencia del primer vocal Dr. Manuel Horacio Pis Diez y de la segunda vocal Dra. Verónica Daniela Robert (tribunal designado según lo establecido en los arts. 5, 6 y 8 del Acuerdo 15/21/CACR), para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"A., F. I. y otra c/ S. S. SA s/ SUMARÍSIMO", expte. nro. 737/22**, venidos de la Oficina de Gestión Unificada del Fuero Civil y Comercial - Secretaría nro. 4 (expte. nro. 20.381/18), y atento al resultado del sorteo de fecha 12 de abril de 2023 (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Manuel Horacio Pis Diez, Dra. Verónica Daniela Robert y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la Sentencia nro. 13/22 de fecha 19 de septiembre de 2022? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

Vienen a conocimiento de este tribunal de apelación en virtud del recurso interpuesto por la actora en contra de la Sentencia Definitiva nro. 13/2022. Concedido el mismo, expresa agravios por escrito electrónico ID 833390. Corrido el traslado de ley, contesta la demandada por escrito ID.852088.

I. *El fallo apelado*:

El juez de grado rechazó la demanda que F. I. A. entabló en contra de A. M. S. Impuso las costas y reguló los honorarios profesionales.

Para así decidir, dijo que la relación procesal quedó trabada con la necesidad de N. M. A. de realizar un tratamiento con una licenciada en fonoaudiología y quien brindó dicho servicio no integra la cartilla de prestadores de la demandada. Que no fue alegado en el escrito de inicio o acreditado durante la sustanciación del proceso, que la autoridad competente haya expedido para N. A. un certificado de discapacidad. Circunscribió el conflicto a la órbita patrimonial entendiendo que la niña había recibido la prestación debida.

Tras delimitar el contexto, tuvo en cuenta que la relación contractual de prestación de S. finalizó en 2018; que, según pericia, la actora presentó un total de nueve facturas para obtener el reintegro de lo pagado a la profesional que brindo la atención; aunque había siete instrumentos acompañados con la demanda. No obstante, también advirtió sobre el acuerdo celebrado en la instancia administrativa de Defensa del Consumidor donde la parte actora habría manifestado percibir "los valores reclamados"; con ello, el juez de grado dijo no advertir el motivo de presentar las facturas en estas actuaciones. Luego, habiéndose denunciado incumplimiento de acuerdo, sostuvo que los términos eran laxos.

El juez de grado, advirtió que la A. M. S. "autorizó el reintegro solicitado por Fonoaudiologo/a especializado/a, a los valores que la Asociación Mutual S. tiene pactados con sus prestadores en pesos…". Conforme lo consigna y que ello es concordante con los

términos de la prueba pericial contable; toda vez que del importe facturado de $20.700 fue reintegrado la cantidad de $5.389,5. Entendió que está dada por la existencia de fundamento normativo para exigirle a la accionada que, bajo la modalidad de reintegro, le abone a la actora un importe superior a aquel que esta le paga a sus prestadores de cartilla.

Sostuvo que los problemas para la atención profesional por R., L., W., P., L. y S. fueron alegados pero no probados; que la cuestión es determinar si ello importa la cobertura plena de la prestación brindada por D. o solo hasta un límite. Asimismo, dijo que quien recibe la prestación no se encuentra alcanzada por el régimen jurídico de la discapacidad.

Consideró que en la medida en la cual se encuentre respetado el mínimo legal establecido por el plan médico obligatorio, no existe impedimento para que la demandada establezca límites a la cobertura que le provee a sus afiliados. Por el contrario, dijo, es carga del interesado demostrar la irrazonabilidad de la limitación o la relación directa e inmediata entre esta y la desnaturalización del derecho a la S. Concluyó que la actora no fue capaz de suministrar argumentos válidos para que exista un pronunciamiento que se aparte de la normativa que rige el conflicto. Rechazó la demanda. Determinó las costas por su orden y reguló los honorarios profesionales.

III. *Antecedentes*:

Inició demanda F. I. A. por derecho propio y en representación de su hija N. M. A., y promovió demanda en contra de S. S. S.A. a efectos de que se la condene a abonarle la suma de $380.742,39. Relató que su hija,

menor de edad, fue diagnosticada con dislalia y debía realizar interconsulta con fonoaudiólogos especialistas. El tratamiento a realizar tenía un costo durante el año 2017 de $2.400 por mes y para el año 2018 se elevó a $3000. Que debió afrontarlo por sus medios, ante la ausencia de prestadores en la empresa de S. contratada, que solicitó el reintegro de los gastos y fue denegado. Que debió iniciar un procedimiento ante la Oficina de Defensa del Consumidor. Dijo luego que, en realidad, la accionada autorizó los reintegros hasta los valores que tiene pactados con sus prestadores. Que ello era insuficiente y un incumplimiento por parte de la demandada. Cuantificó su pedido en gastos médicos y gastos extrajudiciales: $30.742,39; daño moral en $200.000 y daño punitivo en $150.000. Ofreció Prueba. Fundó en derecho y peticionó.

Corrido el traslado, contestó la accionada, por medio de sus representantes. Formuló las negativas particulares y en general y resistió los términos de la demanda. Ensayó su defensa. Dijo que le ofreció a la actora profesionales de la especialidad en fonoaudiología para la atención de N. (sic) M. A. con una cobertura del 100%; a la par que hizo especial referencia a la aptitud de L. y R. para brindar el tratamiento requerido. Que, no obstante, la actora encaró el tratamiento de modo particular con una profesional que no es prestataria de su staff. Que, el plan que había contratado la actora entonces, S3000, preveía el reintegro de lo abonado por fuera de la prestación; que fue cumplido; que no tiene responsabilidad que asumir. Impugnó los rubros indemnizatorios reclamados con sustento en los

argumentos eximentes dados. Ofreció prueba. Fundó en Derecho. Peticionó.

La causa fue abierta a prueba proveyéndose y produciéndose la útil, finalmente se dictó la sentencia materia de apelación.

IV. *Fundamentos del recurso*:

Como primer agravio la actora plantea deficiente valoración de la prueba y denuncia impedimentos para el acceso a la S.

Sostiene que el juez de grado omitió considerar documentos relevantes como las constancias emitidas por las mismas licenciadas M. W., A. G. S. y L. N. L., todas ellas ofrecidas por la firma S. S., como prestadoras en fonoaudiología, siendo que las profesionales coincidieron en decir que no podían hacer frente al tratamiento individual del lenguaje que necesita la menor A.; que sobre ello ya tenía conocimiento la demandada, porque sus especialidades consisten en tratamientos de audiología o terapia grupal y miofuncional (respiración-deglución) respectivamente.

Sostiene que tampoco fue considerada la necesidad de la niña de realizar un tratamiento en la modalidad indicada y para la cual no podían responder.

En su relato sobre la prueba que considera valorada incorrectamente, incluye la comparación entre la cartilla incorporada por la demanda a la hora de la pericia contable del 4 de noviembre de 2020, en la cual ubicaban la posibilidad de la demandada de acudir a consulta con la Lic. S. I. L. al centro médico C. ubicado en avenida T. n° X. de Km X. de Comodoro Rivadavia.

Que ello contrastaba con la realidad, ya que dicho centro médico se hallaba cerrado hacía tiempo,

encontrándose allí funcionando las oficinas de la Dirección General de Transporte del municipio local. Aclaró que la relación había concluido al 2018, pero que la licenciada mencionada, a esa fecha, no era prestadora de la obra social. Que lo mismo sucedía con la Lic. G. S. S.

Sostiene, además, que es errado el análisis del magistrado en cuanto a que el Anexo I de la Resolución 201/2002 (según Resolución 1991/2005) no incluye a la "fonoaudiología" como una de las especialidades médicas contempladas dentro de lo que se denomina "atención secundaria" y, la cartilla que obra agregada en págs. 2/3 vta. (del expediente administrativo), consignaría la cobertura de 35 sesiones por año.

Sostiene que el hecho de poner la responsabilidad de peregrinar a la afiliada por cada centro de S. de la ciudad a fin de hallar a las presuntas prestadoras vulnera el art. 42 CN y los pactos internacionales.

A su turno, asegura haber presentado certificado médico, en el que la Dra. S. R. C. el 9 de noviembre de 2017 requiere interconsulta justamente por un trastorno del habla, dislalia. Menciona que la dislalia se encuentra incorporada legalmente a nuestro catálogo regulador dentro de las denominada DEA; dificultades específicas del aprendizaje contempladas en Ley 27306, que en su art. 9 establece el carácter obligatorio de las prestaciones necesarias para la detección temprana, diagnóstico y tratamiento de las DEA y que quedarían incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio. Se queja en cuanto evaluar solo el certificado de discapacidad como suficiente para una cobertura parcial deviene un impedimento de su acceso a

la S., que el análisis del juez de grado luce contrario a su derecho; que en caso de duda debe resolver en beneficio de la parte más vulnerable.

En su segundo agravio considera exiguo el monto reintegrado. Sostiene que más allá del acuerdo en sede administrativa, ante todos los escollos denunciando antes, debió acudir a una profesional de modo particular a fin de lograr el tratamiento de la niña; que la Lic. N. C. D. facturó por las sesiones el monto de $20.700, por ser un caso de diagnóstico que requiere tratamiento prolongado, que recibió un reintegro por la demandada de $5.389,50. Considera insuficiente la prestación. Que es injusto para el consumidor cumplir con una obligación de dar en pesos mensualmente y recibir en proporción inferior al 30% de la consulta. Cita doctrina. Destaca la importancia del tratamiento que debe recibir la niña y la detección temprana.

Para finalizar, formula reserva del caso federal.

V. *Contestación a los agravios*:

La demandada resiste a los agravios reseñados, sostiene, en primer lugar, que resultan insuficientes, que solo son meras discordancias sin entidad de crítica concreta y razonada del fallo. Solicita que se declaren desiertos, según las exigencias de la norma procesal que nos rige.

No obstante, responde que la sentencia de grado resulta adecuada a derecho e irreprochable, en tanto trató las cuestiones propuestas por la actora, concluyendo que no demostró el motivo por el cual se debía traspasar el tope de reintegro hasta la integralidad.

Sostiene que el escrito de agravios contiene reiteraciones de la demanda y postulaciones vagas e imprecisas. Que la prueba que denuncia como no valorada fue apreciada de modo jurídicamente correcto por el juez de grado. Cita jurisprudencia como sustento de su posición de un monto mínimo de reintegro que no afrentaría a las disposiciones existentes sobre cobertura de PMO. Solicita que se desestimen los agravios de la actora. Para finalizar, ratifica reserva del caso federal.

VI) *Agravios*:

En este capítulo trataré los agravios planteados por los apelantes contra la sentencia de primera instancia.

Antes de ingresar sobre esa cuestión, debo señalar que la jurisprudencia ha dicho con respecto al alcance los agravios y la competencia de la alzada: "El agravio constituye la medida de la apelación, conforme el principio de la congruencia. El recurso de apelación no admite hechos nuevos u otras pruebas que las ya existentes en las actuaciones, ya que el apelado no puede agregar otros hechos distintos a los que alego cuando solicito la mediad habiendo tenido todos el tiempo y posibilidades probatorias a su disposición, incluso ejercitable sin la participación y conocimiento de que se vería afectado por la medida (arg. art. 8, Ley 7166). Es así que, la firmeza que adquiere una medida cautelar participa de la naturaleza de la cosa juzgada, ya que producida a su respecto la preclusión de las impugnaciones recursivas solamente es posible obtener su modificación por vía incidental cuando se producen, articulan acreditan situaciones diversas a la de origen"

(CCCom, de La Matanza, Sala II, 4-6-2000, "Transporte el Progreso SA c/ Municipalidad de la Matanza s/ amparo").

También es preciso señalar que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (ver, *v. gr.*, Santiago C. Fassi en "Código procesal...", t. I, pág. 278), y que no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos por ellas invocados (ver, *v. gr.*, fallos 258:304 entre muchos), por ello, me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (ver fallos 272:225, entre muchos, y CNCiv., Sala C, 23/03/2011 – "Ferrocarriles Metropolitanos SA c. Agli, Jorge A.", en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61).

A continuación, abordaré los agravios interpuestos por las partes:

En primer lugar y en forma previa a dar la solución en este caso es indispensable determinar qué entendemos por derecho.

Desde ya adelanto mi postura en cuanto a que me enrolo en la escuela neoconstitucionalista, entre los que se destacan autores como Robert Alexy.

Esta escuela pregona que el derecho no es sinónimo de la ley; es decir, va más allá de esa fuente de derecho y por lo tanto se considera derecho también a los tratados de derechos humanos, a los principios y valores jurídicos -y a las fuentes clásicas, como la jurisprudencia, costumbre, doctrina-, etc.

Esta concepción, hoy es receptada por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en sus artículos 1 y 2; sin embargo, ya era aceptada, con anterioridad, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así, por ejemplo, *in re*: "Quisberth Castro, Sonia Yolanda c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", 24/4/2012, sostuvo en sus considerando 9: "Que, conforme lo expuesto en el considerando anterior, el sistema de fuentes aplicable al caso está conformado por la Constitución nacional, los tratados internacionales mencionados, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia".

En efecto, el actual Código Civil y Comercial en el art. 1 dice que fuentes de derecho son: las leyes que resulten aplicables, la Constitución nacional, los tratados de derechos humanos en que la República sea parte.

Y en su art. 2 determina que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones de los tratados humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

Esto significa que el modelo positivista, normativista, que imperó después de la aparición del Código Civil Napoleónico, mediante el cual la interpretación jurídica consistía en la reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley y que diera lugar para que Laurent dijera: "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; este no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho ya está hecho" (Laurent,

“Cours élemenataire de Droit Civil”, t.I, p. 9). Y que diera espacio para que Monstequieu definiera al juez como “un ser inanimado que repite palabras de la ley (Monstequieu, “Del espíritu de las leyes”, Claridad, Buenos Aires, 1977 p.194), quedó superado.

El modo de proceder del intérprete en esos casos, era el silogismo deductivo, en donde la premisa mayor era la ley, y la premisa menor el hecho, y la conclusión eran las consecuencias dispuestas en la misma ley. Al juez le estaba vedado entrar a formular preferencias o restricciones al caso concreto buscando un sentido de justicia.

Sin embargo, en algunos casos en que los hechos planteados se subsumen a la norma y ello conlleva a una situación extremadamente injusta, como bien señalara Radbruch, cuando destaca que la injusticia extrema, aunque tenga respaldo legal, no es derecho, hace que el juez a la hora de dar la solución deba recurrir al derecho natural, principios jurídicos, equidad, derechos humanos, razonabilidad, uso alternativo, análisis consecuencialista, etc.

La presencia operativa en todo el derecho de la Constitución y hoy del nuevo Código Civil y Comercial, facilita que a través de la invocación de valores o principios constitucionales se desestime o invalide una norma infraconstitucional.

El viejo art. 16 del Código Civil, en materia de interpretación jurídica recurría al sistema dogmático de Savigny y el histórico de Von Ihering, en cuanto que solo se hacía hincapié en el tema gramatical y lógico; aún lo relevante era la intención del legislador.

El art. 2 del Código Civil y Comercial vigente, adopta el sistema de interpretación, en el que claramente el derecho no es sinónimo de ley y donde se subraya que se tiene que tener en cuenta la finalidad de la ley, los valores y principios.

Se puede decir que el juez normativista y positivista solo debía conocer la norma, por lo tanto, le bastaba con saber derecho positivo. Pero el juez actual tiene que saber de principios y valores jurídicos y derecho natural; de allí que es necesario que conozca filosofía del derecho.

Ahora bien, si uno lee atentamente el art. 16 del viejo código Civil, es claro que el intérprete judicial al resolver un caso además de considerar lo gramatical de la norma tenía que ponderar la intención del legislador. Hoy, si uno observa el art. 2 del Código Civil, el juez a la hora de la interpretación tiene que considerar las palabras de las normas, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

El cambio en materia de interpretación es abismal. De todas maneras, por más que el art. 2 del Código Civil y Comercial actual no hubiera plasmado el contenido descripto, el juez a la hora de aplicar una norma debe considerar la Constitución nacional, los tratados de derechos humanos y los valores y principios ontológicos que fundan todo el ordenamiento jurídico.

Como bien expusiera, Robert Alexy, los principios son mandatos de optimización. Un ejemplo, el principio

de la libertad de culto, es una consecuencia del principio originario de la dignidad humana.

Desde esa perspectiva, dará para este caso la solución más justa.

Ahora bien, ingresando al meollo de la cuestión, cabe decir que de las pruebas documentales (fs. 4, 6, 15) y testimoniales se demostró claramente que N. necesita los tratamientos indicados.

Pues se trata de un persona con dificultades en el habla y en el aprendizaje.

El derecho a la S. de los niños y niñas no solo protege a los que padecen discapacidad, sino también a lo que ostentan capacidades diferentes y dificultades en el aprendizaje, como en el caso en análisis.

En efecto, el juez de primera instancia no tuvo en cuenta lo apuntado anteriormente, ni valoró las pruebas incorporadas al expediente, como las constancias emitidas por las licenciadas M. W., A. G. S., y L. L., ofrecidas por la demandada como prestadoras de fonoaudiología, en donde indican que no podían hacer el tratamiento de lenguaje que necesitaba la menor N. A., puesto que sus especialidades consistían en tratamiento de audiología o terapia grupal y miofuncional respectivamente.

Con respecto a la licenciada R., no realizó el informe y en relación a la licenciada L., está incluida en la cartilla del 2020, pero en fecha posterior a que se desafilió la actora.

Tampoco consideró el valor del certificado obrante en la causa emitido por la Dra. S. R. C., del 9 de noviembre del 2017, que peticionó interconsulta por un trastorno del habla, en este caso, dislalia.

Cabe resaltar que la dislalia se encuentra legalmente incorporada dentro de las denominadas dificultades especificas del aprendizaje contempladas en la Ley 27306, en su artículos 8 y 9.

Es preciso destacar que el artículo 1° de a ley establece como objetivo prioritario garantizar el derecho a la educación de los niños, niñas, adolescentes y adultos que presentan dificultades específicas del aprendizaje (DEA).

De manera tal que no es acertado sostener que no existiendo un certificado de discapacidad, no corresponda dar la cobertura medica total, pues es un problema de S., y no puede ser tratado por cualquier fonoaudiólogo, sino que requiere un tratamiento realizado por un especialista.

Corrobora lo expuesto que el concepto amplio de S. abarca las dificultades del habla de los niños, y esto es fundamental para el desarrollo integral de la niña.

La definición de S.: "La S. es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de S. que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social".

De lo expuesto se puede concluir que el pedido de tratamiento requerido por los actores es absolutamente procedente.

Además, como se vio anteriormente de la lista de profesionales, indicados por la obra social demandada, y a los que consultó la actora no hacían, en su mayoría,

el tratamiento especifico para la niña N. y el resto eran difíciles de hallar.

Por ello, es razonable que se tratara con la médica que sí brinda el tratamiento, ante la falta de respuesta no satisfactoria de los médicos que estaban en la lista de la obra social que no hacían el tratamiento que necesitaba la menor N.

Por otra parte, la demandada dice que los recursos económicos con los que cuenta la demandada para atender a los afiliados son finitos y que de darle cobertura a la actora, se lesiona al conjunto de los afiliados y no se respeta la igualdad de ellos.

Este argumento no es viable, pues se demostró que la demandada tiene la obligación de brindar cobertura, en los casos en que peligra la integridad físicapsíquica, de sus afiliados, como se acreditó en este caso. Prevalece el derecho a la integridad físicapsíquica del actor, más en este caso que la cobertura de S. es fundamental para el desarrollo de N. A.

Por su parte, la jurisprudencia ha dicho: "Sin perder de vista que un sistema de cobertura de la S., como el que supone el de la demandada, basados en recursos finitos y en el principio de solidaridad no sería viable y colapsaría si cada afiliado tuviera el derecho a cualquier prestación y centro de atención, al margen de una cartilla oficial que ofreciera un determinado listado de prestadores y topes arancelarios según los tipos diferentes de prestaciones y prácticas sanitarias autorizadas, tal principio debe ser operado con la flexibilidad y prudencia que permita contemplar aquellos casos en los que, si se lo siguiera

automáticamente, ello podría agravar el acceso a la S. de personas especialmente vulnerable, como son los niños con discapacidad. En efecto, resulta comprensible que los montos fijados por la demandada constituyan el tope ineludible cuando se trata de prestaciones estándares, pero dejan de ser razonables cuando se los asume de forma rígida, sin la posibilidad de contemplar excepciones cuando, como en el caso, se trata de una niña que sufre un trastorno severo del autismo, estando comprometidos sus derechos a la vida y a la S., así como también sus posibilidades de recuperación, desarrollo e integración social, con su dignidad también en juego. De allí que, dado el derecho de esta niña a que se le proporcionen los servicios de S. específicamente necesarios como consecuencia de su discapacidad (inc. b, art. 25, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad), cabe hacer lugar al agravio planteado por el recurrente y revocar, parcialmente, lo resuelto por la Cámara respecto a la limitación de la cobertura de las prestaciones brindadas por la psicóloga, la psicopedagoga y la acompañante terapéutico, debiendo garantizar la cobertura integral de lo presupuestado por tales profesionales" (Á., E. vs. Administración Provincial de Seguros de S. (A.) s. Amparo - Cuerpo de copias - Recurso de apelación" - TSJ, Córdoba, 26/10/2021, Rubinzal Online, 8863161, RC J 7792/21).

Asimismo se ha dicho: "El derecho a la S. que le asiste a la niña por cuya madre reclama, ha sido reconocido como un derecho humano fundamental, encontrando la presente acción sustento en los arts. 33, 41, 42 e inc. 22, art. 75, Constitución nacional; arts. 33, 42 y 59, Constitución de Río Negro, art. 5.1,

Convención Americana sobre los Derechos Humanos; inc. c, art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; art. 24, Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad, que se encuentra incorporada al derecho interno por la Ley 25280; y la Convención Internacional sobre derecho de las Personas con Discapacidad, que se incorpora al derecho interno de nuestro país mediante la Ley 26378. En atención a la amplia protección prescripta en el corpus normativo supra señalado, tanto para los niños y adolescentes, como así también para las personas discapacitadas o portadoras de capacidades diferentes; en temas tan sensibles como la S. y el desarrollo, aunado a la necesaria protección de los más débiles o vulnerables, considerando especialmente entre estos -y en primer término- a los niños, corresponde adoptar un criterio amplio en el análisis y ponderación de toda circunstancia que coloque en crisis el goce de tales derechos humanos. Máxime si, a la vulnerabilidad propia de la franja etaria y estado de madurez, se le aditan sus capacidades diferentes. En la composición heterogénea de disposiciones impera una jerarquía: en primer lugar las normas de orden público establecidas en resguardo de la S. de los beneficiarios del sistema incluida, claro está, la Constitución nacional y los tratados internacionales de rango prevalente (art. 31, Constitución nacional); después, y solo en la medida en que sean compatibles con las anteriores, el conjunto de regulaciones específicas (leyes, decretos, resoluciones ministeriales, estatutos de las obras sociales y

decisiones de los órganos de gobierno de estas últimas) concernientes al plan y/o modalidad prestacional ("V., V. M. s. Amparo - Apelación" - STJ, Río Negro, 13/05/2014, Rubinzal Online, 27018/2014, RC J 4689/14).

Por lo expuesto, se revoca la sentencia en este punto y se admite la demanda.

VII) *Control de convencionalidad*:

Es claro que el juez hoy no solo tiene la tarea de hacer un control de oficio de la constitucionalidad, en los casos que lo amerita, sino que además tiene que efectuar el control de convencionalidad.

El Dr. Víctor E. Ibáñez Rosaz, con respecto al control judicial de oficio de constitucionalidad dice: "…Debo decir que la Corte Suprema cambia entonces su jurisprudencia restrictiva del control de constitucionalidad en la causa "M. de P., R. A. c. Provincia de Corrientes", el 27 de septiembre de 2001 (La Ley, 2001-F-891), admitiendo expresamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las leyes por los jueces. Para así resolver, se basó en las transcriptas disidencias de los jueces Fayt y Belluscio en "Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario". En dicha causa la Corte pone de resalto tres exigencias para declarar la inconstitucionalidad de las normas de los jueces: 1) que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, al que solo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibildad inconciliable, 2) que la declaración de inconstitucionalidad debe ejercerse en un "caso

concreto", porque no se admiten las declaraciones en abstracto, 3) que las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, solo producen efectos interpartes y no tienen efectos generales- *erga omnes*- (Ibáñez Rosaz, Víctor, "El control de constitucionalidad de oficio", "Máximos Precedentes de la C.S.J.N., Derecho Constitucional", T°I, p. 1100, 1101).

Como se expresó, hoy el juez nacional además debe realizar el control de convencionalidad, o sea sí se cumplen con los estándares que fija no sólo el pacto de San José de Costa Rica, sobre los derechos humanos, sino también los que establece la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Pues nuestro país ha firmado dicho tratado y el mismo tiene jerarquía constitucional, conforme el art. 75 inciso 22 de la carta magna.

Entre los estándares que garantiza, está el del juez independiente e imparcial, y el de la tutela judicial efectiva que se concreta en acceso a la justicia, debido proceso, sentencia justa, el de la igualdad ante la ley.

En tal sentido, la Dra. Ana Clara Pauletti, dice que cuando se refiere al tema del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el proceso civil actual manifiesta que debe entenderse que la potestad de los jueces de suplir el derecho de las partes no invocan o invocan erradamente (transuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*) incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la carta magna) con lo que debe aplicar, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la

constitucional, desechando la de rango inferior (Pauletti, Ana Clara, "Tutela Judicial Efectiva de los Derechos Fundamentales", en "Tratado de de Derecho Judicial", T° I, Vigo, Rodolfo Luis y Gattinoni de Mujía, M., p. 524).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Furlan y familiares vs. Argentina", condenó a la República Argentina por haber excedido del plazo razonable en el proceso civil, vulnerar la protección judicial y el derecho de acceso a la justicia, entre otras cosas.

De modo tal que en este caso veremos si se respeta la tutela judicial efectiva del actor en este proceso, que se concreta en la obtención de una sentencia justa, el debido proceso, y el acceso a la justicia, que garantizan los arts. 1, 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica.

Y también si se respetan sus derechos económicos, sociales y básicamente el derecho a la S., que garantizan el art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica y los artículos 10.1 y 10.2 del Protocolo de San Salvador.

Sobre todo se hará el test de convencionalidad relacionado con la tutela judicial, la sentencia justa y el derecho a la S. del actor.

El Dr. Víctor Bazán con respecto al control de convencionalidad ha dicho: "¿Qué es sino control de convencionalidad determinar jurisdiccionalmente que un Estado violó la CADH, por acción u omisión, incurriendo en responsabilidad internacional?

"Por tanto, nuestra línea de enfoque se concentrará en el formato de contralor convencional que se

desarrolla en sede nacional, a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas) y que consiste en la obligación de constatar el acomodamiento de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el campo de los derechos humanos) y a los estándares interpretativos que la Corte IDH ha venido cincelando en el despliegue de su labor jurisdiccional.

”En síntesis, la mecánica de funcionamiento implica una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus iuris* esencial en materia de derechos humanos, acerca del cual el tribunal interamericano ejerce competencia *rationae materiae*. ”Visto así, y al menos *a priori*, la inspección convencional es un mecanismo que, en la medida que sea razonablemente utilizado, puede coadyuvar a la aplicación ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

”Por cierto, su cabal cumplimiento requiere que los operadores jurídicos conozcan el citado bloque de derechos humanos y el reservorio jurisprudencial de la Corte IDH y que se desprendan de vacíos prejuicios de chauvinismo normativo al tiempo de llevarlo a la práctica” (Bazán, Víctor, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional” n° 19, 2015, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, p.12).

El mismo autor, dice: "... Posteriormente, el Tribunal ha determinando que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así se expidió en el "Caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú", poniendo de presente que "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad *ex officio*' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" –itálicas agregadas–. Ya en el "Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México" y frente a algunas dudas acerca de si el control de convencionalidad involucraba también a órganos especializados como por ejemplo tribunales constitucionales, la Corte IDH zanjó la cuestión al puntualizar: "Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer 'ex officio' un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" (párr. 225).

Clausuramos este tramo del trabajo con un intento de compendio de la secuencia creciente de destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y el crecimiento del alcance material de tal test de compatibilidad convencional.

Sin ánimo alguno de taxatividad, podemos identificar hasta el momento los siguientes eslabones relevantes:

i) El Poder Judicial debe realizar una "especie" de control de convencionalidad ("Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile").

ii) Los órganos del Poder Judicial deben desarrollar no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, incluso de oficio ("Caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú"). **iii)** El test de convencionalidad involucra a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles ("Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México").

iv) Cualquier autoridad pública, y no solo el Poder Judicial, debe llevar adelante la fiscalización convencional ("Caso Gelman contra Uruguay", Sentencia de fondo y reparaciones).

v) Se impone la adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH (casos "López Mendoza contra Venezuela" y "Atala Riffo y Niñas contra Chile").

vi) Existe la obligación de las autoridades internas (y fundamentalmente de todos los jueces y órganos judiciales) de efectuar lo que solo a los efectos de graficar la cuestión podríamos denominar un control de convencionalidad preventivo teniendo en consideración las interpretaciones de la Corte IDH y, en caso de que no se logre adecuada solución a la cuestión en el plano doméstico, será aquel tribunal interamericano el que lleve a cabo un control complementario de convencionalidad (casos "Masacre de Santo Domingo contra Colombia" y "Gelman contra Uruguay", tratándose en este último asunto de una

resolución de 20 marzo 2013, en el marco del procedimiento de supervisión del cumplimiento de la sentencia de fondo y reparaciones).

Posteriormente, el Dr. Bazán señala: "…En orden a compulsar el tenor de receptividad del máximo tribunal argentino acerca del examen de convencionalidad diseñado por la Corte IDH, es preciso traer a colación un tempranero ejemplo de recepción de tal modalidad fiscalizatoria. Se trata del caso "M., J. L. y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad", de 13 julio 2007.

"En el caso, por mayoría, aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (ver, por ejemplo, el considerando 31 de la moción mayoritaria).

"Para conformar tal matriz argumental receptó expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el párr. 124 de la sentencia recaída en el "Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile", siendo al efecto particularmente relevante el consid. 21 de la posición triunfante del máximo tribunal nacional en punto al deber del Poder Judicial local de realizar el control de convencionalidad, lo que –valga la tautología– significa discernir si una norma interna es o no convencional" (obra citada, p.15).

Y luego remarca: "Por su parte, en "V., J. R. y M. ("Emilio Eduardo s/ Recurso de casación", de 31 agosto 2010, la CSJN se apoyó en la doctrina de la Corte IDH en el nombrado "Caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú", recordando que dicho tribunal

interamericano ha subrayado que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de 'convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (consid.).

"Así, en "M." denota el acatamiento de los primeros rasgos bosquejados por el tribunal interamericano en la materia, mientras que en "V." patentiza la absorción e internalización de instrucciones más definidas y demandantes de aquella, como la referida a su operativización incluso *ex officio"* (obra citada, p.24).

Más adelante el autor subraya: **"B) Caso "F., A. L.":** Más recientemente, la CSJN ha emitido una sentencia que gira en torno a una cuestión de intensa complejidad relativa a la interpretación del art. 86, inc. 2°, del Código Penal de la Nación, sobre distintos aspectos del supuesto de aborto no punible por ser fruto de una violación. Se trata del caso "F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva", de 13 marzo 2012.

Aunque tangencialmente, pero de cara a futuros pronunciamientos sobre otras temáticas, un punto interesante del decisorio se conecta con el empleo por la CSJN de construcciones jurídico-gramaticales como: la interpretación de normativa constitucional y convencional (consid. 7° de la mayoría); garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación (ibíd., consid. 19, *in fine*); o, reconstruyendo la afirmación de la Corte para adaptarla a lo que aquí deseamos resaltar, en cuanto a que la primordial función del Poder Judicial es velar por la

plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales (ibíd., consid. 23).

Ello revela que continúan permeando en el lenguaje cortesano los influjos de las ineludibles obligaciones surgidas del control de convencionalidad que, como adelantábamos, ya acogiera en "M." y "V.".

C) Caso "R. P. y otra": lo propio sucede con un caso más reciente aún. Aludimos a "R. P., J. L. y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios", dirimido el 27 noviembre 2012.

Entre otros puntos de interés que ofrece esta sentencia, en ella se zanja definitivamente la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio, para lo cual se sustenta en la obligación de llevar adelante el control de convencionalidad incluso *ex officio*.

Es que, tal como la mayoría de la CSJN razonó en el consid. 12, párr. 3°, la jurisprudencia de la Corte IDH no deja lugar a dudas en cuanto a que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. De tal manera, resultaría "*un contrasentido aceptar que la Constitución nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro*

lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango" –itálicas agregadas– (obra citada, p.24).

En un reciente fallo de la Corte Interamericana se abordó cuáles son los estándares mínimos que deben contar los establecimiento de S.

Y se dijo: "…Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que todos los servicios, artículos e instalaciones de S. deben cumplir con requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En torno a estos elementos esenciales del derecho a la S. el Comité ha precisado su alcance en los siguientes términos:

a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de S. y centros de atención de la S., así como de programas. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la S., como hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la S., personal médico y profesional capacitado, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de S. deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación. Los establecimientos, bienes y servicios de S. deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y

marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física. Los establecimientos, bienes y servicios de S. deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas con VIH/SIDA.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad). Los establecimientos, bienes y servicios de S. deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la S. y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la S. deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de S., en comparación con los hogares más ricos. iv) Acceso a la información. Ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la S. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la S. sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de S. deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán

estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de S. de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de S. deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas (Corte Interamericana Derechos humanos, caso "Gonzáles Lluy y otra vs. Ecuador", 11 de septiembre del año 2015).

En definitiva, remarco que la conducta omisiva de la demandada y la sentencia de primera instancia atenta contra el derecho básico y fundamental de la actora, o sea, su derecho a la S. y la protección de su integridad física y psíquica.

Aclaro que no es necesario que el actor planteara la inconstitucional de oficio de la resolución que ataca y de las normas internas, pues como juez iberoamericano tengo que hacer de oficio el control de convencionalidad, conforme los argumentos vertidos anteriormente.

Y, por lo tanto, tengo el pleno convencimiento de que la sentencia de primera instancia que limita la cobertura no pasa el test de convencionalidad, aclarando que los derechos económicos y sociales, son exigibles directamente, conforme los argumentos desarrollados por la Corte Interamericana Derechos humanos, caso "Gonzáles Lluy y otra vs. Ecuador", 11 de septiembre del año 2015.

En efecto, la conducta de la demandada al no brindar la cobertura de S. requerida por el actor en un 100% y

la sentencia de primera instancia al rechazar la demanda y al no abonar los gastos que tuvo el actor por tratamiento fonoaudiólogo por la dislalia de la menor N., menoscabó su integridad física-psíquica (art. 5 Pacto de San José de Costa Rica), y además al no responder en un plazo razonable vulneró la tutela judicial efectiva de la actora (arts. 8 y 25) y tampoco no se respetó el derecho a la S. de la actora (art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica y arts. 10.1 y 10.2 del Protocolo de San Salvador). Por ello, la conducta de la demandada y la sentencia de primera instancia no pasa el test de control de convencionalidad, y el mismo se hace de oficio, conforme jurisprudencia de la Corte Interamericana citada y también de la CSJN.

Por lo tanto, prospera la acción, pues la denegatoria de cobertura integral de S. de parte de la demandada y el no reintegro de los gastos, vulnera el art. 24 de la Ley provincial XVII 12, art. 30 de la Constitución provincial, las leyes 22341 y 24091 el art. 10.1 y 10.2 del Protocolo de San Salvador, el art. 12 del Pacto de los Derechos Económicos y Sociales, los arts. 5, 8, 25 y 26 y del Pacto de San José de Costa Rica, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 25), la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (art. XI).

Por lo tanto se revoca la sentencia y se admite la demanda entablada por la actora.

Ahora bien, y con respecto al segundo agravio la actora considera exiguo el monto reintegrado.

La actora sostiene que más allá del acuerdo en sede administrativa, ante todos los escollos denunciando antes, debió acudir a una profesional de modo particular

a fin de lograr el tratamiento de la niña; que la Lic. N. C. D. facturó por las sesiones el monto de $20.700, por ser un caso de diagnóstico que requiere tratamiento prolongado, que recibió un reintegro por la demandada de $5.389,50. Considera insuficiente la prestación. Que es injusto para el consumidor cumplir con una obligación de dar en pesos mensualmente y recibir en proporción inferior al 30% de la consulta. Cita doctrina. Destaca la importancia del tratamiento que debe recibir la niña y la detección temprana.

En primer termino, cabe señalar que en razón de como se resolvió el primer agravio, es lógico que prospere el segundo agravio.

Ello es así, pues está probado que solo recibió el reintegro parcial de lo abonado y la cobertura es del 100%, motivo por el cual debe reintegrase lo solicitado, más los intereses solicitados en la demanda, desde que cada crédito se originó (art. 1748 del CCCN).

De acuerdo a las constancias obrantes en el proceso, como la pericia obrante en autos (ver fs. 160) y lo demandado y contestado, se advierte que se abonó la suma de $20.700 y se le reintegró a la actora la suma de $5.398. De modo tal que la diferencia a reintegrar es de $15.310,50, con más intereses desde que se debió reintegrar hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para el descuento de documentos de terceros.

Con respecto a los gastos extrajudiciales, debe señalar que si bien la actora en su demanda no los detalla claramente, es evidente que surgen del propio expediente, como el gasto por el poder confeccionado para este proceso presentado por la actora y gastos de

inicio de demanda, de papeles (artículos 1737 y 1744 del CCCN).

Por tal motivo, los estimo conforme las directivas que me brinda el artículo 167 del CPCCh, en la suma de $4.000, más intereses desde la fecha del inicio de la demanda hasta su efectivo pago, y los intereses son a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para el descuento de documentos de terceros.

Ahora bien, resta tratar el daño moral y punitivo reclamado en la demanda, pues al rechazar la demanda el juez de primera instancia no fueron abordados.

Con respecto al primero, debo decir que su existencia está demostrada pues, pese al reclamo de los actores, no fueron atendidos pese a que le enviaron cartas documentos.

Aún más, para satisfacer su pretensión, se vieron obligados a litigar.

Esa desconsideración evidentemente le generó un malestar significativo a los actores.

En este punto, es pertinente recordar las enseñanzas del Dr. Ramón Daniel Pizarro quien sostiene: "Conviene no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización. Se trata de operaciones distintas, aunque fuertemente relacionadas unas con otras. Valorar el daño es determinar su entidad cualitativa o, lo que es igual: "esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o disminución pasadas o futuras, supone, en el caso del daño moral, indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones disvaliosas en la subjetividad del damnificado que derivan de dicha minoración. Una vez que

el daño ha sido valorado, corresponde ponderar su repercusión en el plano indemnizatorio, a cuyos efectos de debe proceder a determinar su valor y cuantificar su indemnización. El proceso de cuantificación del daño procura determinar cuánto debe pagarse en concepto de indemnización para alcanzar una justa y equilibrada reparación del detrimento" (Dr. Pizarro, Ramon, en "Cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil", "Revista de Derechos de Daños", año 2001, T° I, ps. 338/339).

La jurisprudencia ha dicho: "En este sentido, si bien como postula Lorenzetti, la reparación del daño moral contractual es de interpretación restrictiva y debe ser consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento ("Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales", Parte General, T. I, L.L., Bs. As., 2007, pág. 1424), ello debe matizarse en supuestos como el de autos, donde es el consumidor o usuario -parte débil de la contratación- quien efectúa el reclamo (art. 42 de la CN). Efectivamente, "no estamos frente a un contratante más: él es un consumidor en una relación de consumo, que hizo necesaria una protección específica para la parte más débil de la estructura negocial que se concreta en la Ley de Defensa del Consumidor que vino a ampliar y profundizar, la tutela ya garantizada por el Código Civil con cuya estructura normativa se complementa, y por la Constitución nacional a través de los arts. 42 y 43 a partir de la reforma de 1994" (Cám. Apel. Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, "P., M. C. c/ T. de A. S.A. s/ Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual", 05.8.14, MJJ87478).

”Entonces, en estos actuados, T.P. S.A. ha vulnerado con su conducta el marco legal referido, "el trato equitativo y digno" que consagra el sistema tuitivo de los consumidores, ocasionando con ello lesiones en la parte débil de la contratación, como la aflicción, angustia, padecimientos o inconvenientes, que influyen negativamente en la vida diaria -tanto en su calidad como en su normal desenvolvimiento- del damnificado y que generan en su autor la obligación de reparar (arts. 522, 1078 del CC; cc. art. 1741 CCC). Es que la demandada se ha despreocupado por completo de brindad aquel trato al consumidor produciendo padecimientos que superan los límites tolerables, sensación disvaliosa se ha visto potenciada por la necesidad de promover más de una vía para arribar a un pronunciamiento definitivo en el caso.

”En concreto, las afectaciones que alega el accionando, que encuentran como primer hito el reclamo a la empresa por los desperfectos sufridos por el equipo comprado, pasando por dejar el mismo a los fines de su reparación, aguardar esta, la frustración ante la ausencia de respuesta, el reclamo postal y posterior instancia extrajudicial de solución de la controversia, con más la imposibilidad de utilizar el servicio telefónico con sus consecuencias negativas en cuanto a la comunicarse, le han provocado -lo que es extensible a la vida de cualquier persona- una clara lesión a la esfera espiritual que supera los que comúnmente la jurisprudencia denominaba como "padecimientos propios de la vida en sociedad" y que, por tal razón, no resultaban indemnizables (Cám. Apel. Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, "P.., cit.). Su prueba,

por ende, surge de los hechos mismos y se potencia en épocas actuales donde las comunicaciones -y la tecnología forman parte de la sociedad contemporánea en sus diferentes manifestaciones al dar origen a objetos prácticamente indispensables del quehacer cotidiano del hombre medio. Se han generado necesidades donde antes no las había y el avance incesante de lo tecnológico va creando -y sosteniendo- su propia existencia aún a falta de una determinada demanda popular.

”Para más, hay que decir que como sostuve en la causa "F. c. Nuevo Banco de Entre Ríos y ot. s. Ordinario" (Res. N° 54, F° 471, T° 31, 18.2.15), "la situación fáctica que precedió al inicio de estos actuados se vio caracterizada por un 'permanente peregrinar', infructuoso por cierto, del demandante en procura de obtener respuesta del accionado, no pudiendo soslayarse el desgaste que ocasiona ese constante 'golpear puertas' y el tiempo que ello insume -en el caso, el actor hace más de dos años que brega por una solución-. Además, es claro el sentido de frustración que cualquier consumidor u usuario padece ante el poderío de los 'fuertes' de la contratación, que se refleja hasta en los más ínfimos incumplimientos contractuales que la vida moderna nos tiene acostumbrado. La sorpresa, la irritación y la desilusión son monedas constantes en los consumidores y/o usuarios". En efecto, en materia consumeril estos padecimientos morales suelen ser los más habituales, incluso el consumidor común cuando contrata no entiende ingresar al "mundo de los negocios" sino que procura la satisfacción de sus legítimas expectativas por medio de

un "mundo de connotaciones más bien espirituales" (Stiglitz, Gabriel, JA, 1994-I-227).

”De manera coloquial puede sostenerse que el mercado y los proveedores -T.P. SA. en el caso- no manifiestan interés en resolver los problemas de los consumidores luego de que estos hayan adquirido el bien o servicio. Por el contrario, ese desinterés deliberado como el que recae mayoritariamente en los consumidores conduce a una serie de padecimientos atravesados por la insatisfacción, la angustia, la resignación, sentimientos que solo pueden ser revertidos por medio de la adquisición de un nuevo producto de la misma clase. Como afirma Bauman "la pauta ética de la vida de consumo debe ser evitar la satisfacción duradera. En una sociedad que proclama que la satisfacción del cliente es su único motivo y propósito absoluto, un consumidor satisfecho no es un motivo o un propósito, sino la más terrorífica amenaza" ("Vidas de consumo", 1° ed., 2° reimpresión, FCE., Bs. As., 2011, pág.135).

”Por lo tanto, de conformidad a la normativa citada y en virtud de lo dispuesto por el artículo 245 del CPCC. y de la valoración de los elementos referidos, estimo prudencial fijar en la suma de $10.000 el daño moral padecido por el actor…” (Juzg. CC 7ª Nom., Santa Fe, Santa Fe, 24/06/2016, Rubinzal Online, 21-01955020-3 RC J 5558/16).

Por lo tanto, considero que el daño moral sufrido por la actora está probado, falta determinar su cuantificación.

De modo que a los efectos de obtener satisfacciones sustitutivas, art. 1741 del CCCN, le otorgo la suma de $100.000, más intereses, conforme la tasa activa que

percibe el Banco de la Nación Argentina para el descuento de documentos de terceros, desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago, distribuidos por partes iguales entre los tres reclamantes.

Con respecto al daño punitivo también corresponde pues el incumplimiento fue grave; aún más, se vio obligada a iniciar este juicio para satisfacer su pretensión. Y el fallo debe tener un efecto disuasivo para evitar estos incumplimientos en el futuro.

Además, hubo reclamos ante la Oficina de Defensa del consumidor.

Al respecto la jurisprudencia ha señalado: "En nuestro país los daños punitivos se incorporaron a través de la reforma introducida a la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24420) por la Ley 26361, que deja subsistente el sistema tradicional de responsabilidad del Código Civil, por el cual debe indemnizarse el daño efectivamente causado. Al incorporarse esta figura, ahora se permite que el derecho reaccione ante situaciones determinadas y particulares, imponiendo una sanción que por su importancia económica, trasciende las fronteras del caso concreto, e intenta servir de suficiente advertencia -más bien disuasiva- para el resto de la comunidad, como un modo de prevenir o desalentar para el futuro las conductas consideradas socialmente negativas (CNCiv, Sala H, 2-3-2010, "A.M. F y otros c/ G. SA"(Revista de Derecho de Daños, Daño punitivo, 2011-2, p.454).

Se ha resaltado: "El monto de los daños se debe fijar en relación con los beneficios obtenidos por la conducta reprochable y puede tener el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada" (CNCiv, Sala

K, 18-6-2998," M.H.R c/ V. de D.N. ("Revista de Derecho de Daños, Daño punitivo", 2011-2, p.462).

En efecto, advierto que se trató de un caso puntual y hubo de parte de la demandada una conducta grave al no cubrir la cobertura médica en un 100%. Pero, además, mantuvo una conducta desaprensiva con respecto a los reclamos de los actores.

De modo tal que lo estimo en la suma de $150.000, con más intereses desde la fecha de la sentencia hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para el descuento de documentos de terceros (art. 52 bis Ley 24240), asimismo distribuidos por partes iguales entre los tres reclamantes.

En definitiva, la demanda prospera por la suma de $269.310,50 con más intereses desde que el hecho hasta su efectivo pago, con excepción del daño punitivo que es a partir del dictado de la sentencia. Los intereses son los que cobra el Banco de la Nación Argentina para el descuento de documentos de terceros.

VIII) *Costas y honorarios*:

Conforme lo resuelto, readecuo las costas y los honorarios de los abogados intervinientes.

Las costas de primera instancia, de acuerdo al principio general de la derrota (art. 69 del CPCCCh), las impongo a la demandada.

Regular los honorarios de C. A. y C. J., letrados de la parte actor, en conjunto, en el 20% del monto del proceso, y los honorarios de la abogada de la demandada, Dra. M. A. F. A., en el 16% del proceso, más IVA en el que caso que correspondiere (arts. 5, 6 9 de la Ley XIII - 4).

Las costas de la alzada se las impongo a la demandada. Regular los honorarios de C. A. y C. J., letrados de la parte actora, en conjunto, en el 35% de los regulados en primera instancia, y los honorarios de la abogada de la demandada, Dra. M. A. F. A., en el 25% de los regulados en primera instancia, más IVA en el que caso que correspondiere (art. 13 de la Ley XIII-4).

A la segunda cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

Fórmula postulatoria:

1) Admitir parcialmente la demanda por la suma de $269.310,50 por gastos médicos, daño moral, punitivo y gastos extrajudiciales, más los intereses conforme el considerando respectivo,

2) Las costas de primera Instancia, de acuerdo al principio general de la derrota (art. 69 del CPCCCh), las impongo a la demandada.

Regular los honorarios de C. A. y C. J., letrados de la parte actora, en conjunto, en el 20% del monto del proceso, y los honorarios de la abogada de la demandada, Dra. M. A. F. A., en el 16% del proceso, más IVA en el que caso que correspondiere (arts. 5, 6 9 de la Ley XIII - 4).

Las costas de la alzada se las impongo a la demandada. Regular los honorarios de C. A. y C. J., letrados de la parte actora, en conjunto, en el 35% de los regulados en primera Instancia, y los honorarios de la abogada de la demandada, Dra. M. A. F. A., en el 25% de los regulados en primera instancia, más IVA en el que caso que correspondiere (art. 13 de la Ley XIII - 4).

A la primera cuestión, la Dra. Robert dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia definitiva Nro.13/2022. Concedido el mismo, expresa agravios por escrito electrónico ID 833390. Corrido el traslado de ley, contesta la demandada por escrito ID852088.

En primera instancia, el juez de grado rechazó la demanda que F. I. A. entabló en contra de A. M. S. Impuso las costas y reguló los honorarios profesionales.

La reseña completa del fallo y los datos de interposición del recurso fueron detallados en el voto que antecede, por lo que a ellos remito a fin de evitar reiteraciones estériles.

Tratándose mi voto del segundo en orden y cumplimentada la manda del art. 166 CPr., procedo a efectuar una mínima referencia a los puntos propuestos a esta alzada, no sin antes destacar que, en la estructura de la sentencia, los agravios tienen por finalidad la individualización de los sujetos, de la pretensión y la delimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto de los agravios, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (*cf*. crit. Morello - S. - Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám. Nac. Com., Sala C, 03/11/80, entre otros).

Concretamente, expondré los fundamentos dados en el recurso en tratamiento.

Como primer agravio la actora plantea deficiente valoración de la prueba y denuncia impedimentos para el acceso a la S.

Sostiene que el juez de grado omitió considerar documentos relevantes como las constancias emitidas por las mismas licenciadas M. W., A. G. S. y L. N. L., todas ellas ofrecidas por la firma S. S., como prestadoras en fonoaudiología, siendo que las profesionales coincidieron en decir que no podían hacer frente al tratamiento individual del lenguaje que necesita la niña A.

En cuanto a la posibilidad de la demandada de acudir a consulta con la Lic. S. I. L. al centro médico C. dijeron que ello contrastaba con la realidad, ya que dicho centro médico se hallaba cerrado hacía tiempo. Aclaró que la relación había concluido al 2018, pero que la licenciada mencionada, a esa fecha, no era prestadora de la obra social. Que lo mismo sucedía con la Lic. G. S. S.

Sostiene, además, que es errado el análisis del magistrado en cuanto a que el Anexo I de la Resolución 201/2002 (según Resolución 1991/2005) no incluye a la "fonoaudiología" como una de las especialidades médicas contempladas dentro de lo que se denomina "atención secundaria" y, la cartilla que obra agregada en págs. 2/3 vta. (del expediente administrativo), consignaría la cobertura de 35 sesiones por año.

Menciona que la dislalia se encuentra incorporada legalmente a nuestro catálogo regulador dentro de las denominada DEA (Dificultades Específicas del

Aprendizaje) contempladas en la Ley 27306, que en su art. 9 establece el carácter obligatorio de las prestaciones necesarias para la detección temprana, diagnóstico y tratamiento de las dificultades específicas del aprendizaje y que quedarían incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio. Se queja en cuanto evaluar solo el certificado de discapacidad como suficiente para una cobertura parcial, deviene un impedimento de su acceso a la S.

En su segundo agravio, considera exiguo el monto reintegrado. Sostiene que más allá del acuerdo en sede administrativa, la Lic. N. C. D. facturó por las sesiones el monto de $20.700, por ser un caso de diagnóstico que requiere tratamiento prolongado, que recibió un reintegro por la demandada de $5.389,50. Considera insuficiente la prestación. Que es injusto para el consumidor cumplir con una obligación de dar en pesos mensualmente y recibir en proporción inferior al 30% de la consulta.

V. *Contestación a los agravios*:

La demandada resiste los agravios reseñados, con argumentos que tengo presentes y han sido reproducidos en el voto precedente, al que remito.

VI. *Tratamiento de los agravios*:

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a análisis, bien vale recordar aquí y ante todo, que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha

establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

En esta senda, liminarmente advierto que al contestar el memorial de agravios de la actora apelante, el demandado peticiona la aplicación del art. 268 del código ritual por considerar que el escrito carece de los presupuestos fijados en la ley para su admisibilidad.

Sabido es que por disposición legal, el contenido u objeto de la impugnación lo constituye la crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución, sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. Crítica razonada, que no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implica el estudio de los considerandos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones, conjeturas u omisiones sobre las distintas cuestiones resueltas por el inferior.

La crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio; lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso. Razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto lógico contenido en la sentencia que se impugna.

Esta Cámara que integro, ha propiciado en su anterior composición y en la actualidad, un criterio amplio de admisibilidad, en la convicción que se debe privilegiar la composición de la causa con justicia,

antes que una fría legalidad, decidiendo el pleito de un modo real y profundo.

En este orden de ideas y ratificando el criterio de amplitud referenciado, nuestro cimero tribunal provincial ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga de rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tenerla por satisfecha (*cf*. autos "G. Vda. de F., E." del 31-05-99; idéntico sentido autos "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular" del 22-03-00 nro. SAIJ00150014 y "P., R. c/ Marítima s/ diferencias salariales" del 23-0301 SAIJ01150056).

Por lo expuesto, en el caso concreto, resulta inaplicable la sanción peticionada, y se procede al tratamiento de los agravios.

Sentado lo anterior e ingresando al tratamiento de los agravios, corresponde precisar en resumida síntesis, que en el *sub examine* se debate el reclamo que, en representación de la niña y también por derecho propio, efectuaron los progenitores de N. M. A. -diagnosticada por la Dra. S. R. C. con D.-, respecto a los reintegros dinerarios por las sesiones abonadas por aquellos, en la extensión que identifica, llevadas a cabo con la especialista N. C. D., la cual no se encuentra en la cartilla médica ofrecida por la demandada, con más el daño moral y punitivo. La sentencia rechaza la demanda, apelando los actores.

Lo que se discute concretamente, es la cobertura al 100% del costo del tratamiento de la niña, como requieren sus progenitores o solo hasta el límite, como pretende la entidad demandada.

En su primer agravio, la actora se queja por entender que el sentenciante ha valorado incorrectamente la prueba, omitiendo considerar documentos relevantes para la resolución del caso.

Ahora bien, ya en la solución, ha de advertirse que no existe controversia respecto a la dislalia diagnosticada a la niña N., como tampoco de la necesidad de tratamiento médico. En este sentido, tampoco se discute la obligación de reintegro de las sesiones que la niña tuvo con la Lic. D., sino su porcentaje, es decir, si al 100% o en el límite que establece la entidad prepaga, amparándose en las leyes 24754 y 26682, y PMO (Res. 1991/05 MS y CPM - Cobertura prestacional mínima Res. 560/12 SSS.).

Al respecto, resulta de fundamental incidencia para el caso, la circunstancia de que las profesionales ofrecidas por la obra social, Lic. S., L. y W. expresamente han manifestado que las mismas no resultan especialistas para tratar el caso de la niña N. -a través de los certificados obrantes en original en fs. 15 y 15vta.-, sumado a que la profesional Lic. L. no atendía, al tiempo del reclamo, en el C. y no fue posible ubicarla, sin perjuicio que al tiempo de la afiliación de los actores, la profesional no formaba parte de la cartilla de prestadores (año 2018), lo mismo respecto a la Lic. S., mientras que la restante profesional, Lic. R., manifestó que no efectúa el tratamiento de la misma, aunque no haya querido consignarlo por escrito.

Ha de partirse que la consideración del caso, se hará bajo el prisma de los principios tuitivos del derecho de consumo, por encuadrar el caso en el art. 1092 CCCN y Ley 24240, teniendo en consideración además,

que se trata de una menor de edad y por tanto, la solución que se adopte, deberá satisfacer su interés superior o prevalente, garantía que le confieren los art. 3 CDN, art. 3 Ley 26061 y art. 6 Ley III-21. Finalmente, el análisis también se hará bajo el prisma de los derechos reconocidos por la Ley 27306, que considera la dislalia dentro de las dificultades del lenguaje (DEA), y propugna, en cabeza del Consejo Federal de S., la implementación progresiva y uniforme en las diferentes jurisdicciones de un abordaje integral e interdisciplinario de dificultades específicas del aprendizaje (DEA); estableciendo como objetivo prioritario garantizar el derecho a la educación de los niños, niñas, adolescentes y adultos que presentan dificultades específicas del aprendizaje (DEA).

Asimismo, dispone que los agentes de S. comprendidos en las leyes 23660 y 23661; las organizaciones de seguridad social; las entidades de medicina prepaga; la obra social del Poder Judicial, de las universidades nacionales, personal civil y militar de las Fuerzas Armadas, de Seguridad, de Policía Federal Argentina; la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación y los agentes de S. que brinden servicios médico-asistenciales, independientemente de la figura jurídica que tuvieren, tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, las prestaciones necesarias para la detección temprana, diagnóstico y tratamiento de las dificultades específicas del aprendizaje (DEA).

Quedando incorporadas las prestaciones para su abordaje integral e interdisciplinario de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio (PMO).

Este prisma protector, cambia la óptica desde la cual se resolverá la cuestión. Me explico.

Respecto a la prueba, aún si la actora no hubiera acreditado la negativa respecto a R., L. o S., y la demandada pretendiese confirmar el tratamiento de alguna de las profesionales que ofrecía en su cartilla, debió esta última acreditar que tales fonoaudiólogas se encontraban en la cartilla al tiempo del reclamo, y que además estaban en condiciones de atender a la niña, con la especialización requerida.

Ello no resulta sino del art. 53 LDC en función del cual, los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

En el caso, la prueba de las prestaciones efectivas, vigentes y adaptables al caso por parte de las profesionales ofrecidas en la cartilla, hubiera tornado innecesario o meramente subjetiva la elección de los progenitores, sin embargo, ello no ocurrió, lo cual torna razonable la atención que le proveyeran a la niña a través de la Lic. D., única fonoaudióloga en nuestra ciudad, especialista en el trastorno diagnosticado.

No es posible soslayar que en atención a las normas que citara supra, el interés superior de la niña impone adecuar el máximo de los esfuerzos por tornar efectivo el derecho a la S. y el derecho a la educación y aprendizaje, que funcionan íntimamente conectados en el caso, en la búsqueda del óptimo desarrollo psicosocial

de la menor de edad que como persona en desarrollo que es, requiere la máxima protección en el caso.

En este sentido, la posibilidad de limitar el reintegro, fundado en las leyes 24754 y 26682 y resoluciones invocadas por la accionada, no resulta de convicción suficiente, ya que las mismas establecen un piso mínimo de cobertura, pero no prohíben su cobertura integral, por el contrario, esta se compadece con los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico, cuyo reconocimiento es en todo momento integral y en modo alguno parcializado o segmentado.

Ergo, ante la falta de profesionales adecuados en la cartilla de la entidad prepaga, es esta quien debe asumir las consecuencias que conlleva la contratación de una profesional particular, sin que el afiliado resulte perjudicado por dicha situación. Ergo, el agravio prospera en cuanto a la necesidad de cobertura del tratamiento con la profesional Lic. N. C. D. y por tanto, el reintegro de lo que en forma particular se hubiera abonado.

Respecto al segundo agravio, en tanto considera irrisoria la suma reconocida en concepto de reintegro, la que estima en un 25% del monto de lo abonado:

Coincido en este sentido con la valoración y análisis efectuado en el voto precedente, en el entendimiento que la solución dada no supera el test de convencionalidad.

Baste para ello considerar que el derecho a la S. está implícitamente reconocido en el art. 33 de la Const. nacional y expresamente en el art. 18, inc. 2 de la Const. provincial, amén de estar expresamente reconocido en la Declaración Universal de Derechos

Humanos (art. 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12).

Por su parte, la educación como derecho humano esencial, en virtud del artículo 75 inc. 22 CN, se ha renovado y actualizado al estar inserto en numerosos tratados internacionales de derechos humanos que adquirieron jerarquía constitucional. A tal efecto, basta citar: La Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 26.1, 26.2); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XII, parr. 1° y 3°); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13.1 y 13.3); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 12.4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18.4); la Convención de los Derechos del Niño (art. 28). En los mismos se consagran, entre otros conceptos, el derecho a la educación en condiciones de igualdad de oportunidades; la libertad de opción educativa; la obligatoriedad de la educación primaria; la progresividad en la educación media; el acceso a la educación superior por mérito o capacidad; etc.

Ha de tenerse en cuenta, que la dislalia, sin tratamiento adecuado, afecta igualmente la S. y el aprendizaje y por tanto, ello tiene íntima relación con el pleno acceso y goce de la niña, al derecho a la educación, reitero, ambos de protección convencional y constitucional.

La circunstancia de no poseer certificado de discapacidad no es óbice en este caso, para gozar del

100% de la cobertura, en tanto la mencionada ley, al incorporarla al PMO pretende abordar, también el aspecto preventivo, que justamente evite llegar al sujeto a dicha discapacidad y lo detecte tempranamente, más allá de asistir a aquellos que ya tengan confirmado su diagnóstico, para su tratamiento.

Debe ponerse el acento en la necesidad de gozar del derecho a la educación en condiciones de igualdad de oportunidades, las cuales claramente se ven restringidas si el sujeto no goza de S. o esta resulta obstaculizado en su acceso o no es prestada en forma integral.

Ergo el agravio prospera en cuanto se dispone el 100% de cobertura de las sesiones reclamadas, en tanto entiendo es la solución que mejor se corresponde con la máxima satisfacción de los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico reconoce a la niña N.

En el *sub examine*, surge de la pericial contable de fs. 160, que las sesiones reclamadas fueron estimadas en el monto de $20.700 y la entidad prepaga reintegró solo $5.398, por lo que resta abonar a la actora, la suma de $15.310,50 por parte de la accionada. Dicha suma llevará intereses moratorios desde que se debió reintegrar, y hasta el efectivo pago, a tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento.

El agravio prospera.

Llegado a este estadio y prosperando los dos primeros agravios se ha de revocar la sentencia de grado, lo cual amerita el tratamiento de los restantes rubros reclamados.

Gastos extrajudiciales:

Los gastos reclamados en este concepto, resultan ínsitos de la propia actividad administrativa y judicial de la actora, de allí que, ante la falta de precisión sobre el monto reclamado, coincidiré con el colega prevotante, en la necesidad de acudir a las facultades conferidas en el art. 167 CPr. y en consecuencia, estimarlos prudencialmente en la suma de $4.000 desde la fecha de inicio de demanda y hasta su efectivo pago, con más los intereses a tasa activa que persigue el Banco de la Nación Argentina para descuento de documentos.

Daño moral:

El daño moral o extrapatrimonial consiste en la lesión de intereses no patrimoniales provocada por el hecho ilícito, lo que a su vez acarrea consecuencias perjudiciales extrapatrimoniales: angustia, dolor, molestias, pérdida de tiempo, empeoramiento de la situación existencial objetivamente apreciable. Pizarro caracteriza 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 en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial (*cf*. cita Picasso, Sebastián, Saenz, Luis R.J., "Tratado de Derecho de Daños", La Ley, T.I).

La dificultad para ponderar su configuración y posterior cuantificación radica justamente en esa subjetividad, que muchas veces resulta incluso

imperceptible al resto o incluso, en algunos casos, al propio dañado.

En cuanto a la prueba, si bien el daño moral debe ser probado, y en este sentido el CCCN no distingue en materia de daño patrimonial y extrapatrimonial en cuanto a la carga de la prueba, en muchos casos, el daño moral no requiere incluso, prueba directa de su existencia y se acredita a través de presunciones judiciales, por el solo hecho de la acción antijurídica, del cual se desprende ínsito.

En el caso de autos, el daño moral se infiere de los hechos narrados y de los sentimientos de frustración que la situación generó: una serie de inconvenientes, reclamos, pérdidas de tiempo, dinero, etc. que alteró además el estado de ánimo de los progenitores y la familia en general, quien se ve en la situación de efectuar reclamos de diversa índole para el reconocimiento de su derecho, a pesar de contar con un servicio de medicina prepaga.

En definitiva, la inquietud espiritual, angustia y espera, pérdida de tiempo generadas por un proceder antijurídico, deben ser objeto de reparación: es la violación de una afección espiritual legítima a la que debe atenderse aquí, y surge de las propias circunstancias que debió atravesar el accionante. Tengo en cuenta además, para habilitar su procedencia, que los progenitores se presentan en representación de su hija, pero también por derecho propio.

Ahora bien, en cuanto al monto, considerando la ausencia de pautas objetivas brindadas por el accionante a fin de estimar las mentadas satisfacciones

sustitutivas a las que el art. 1741 CCCN hace referencia.

En función de ello, teniendo en cuenta la propuesta del colega que abre el acuerdo, en tanto satisfacción sustitutiva y monto propuesto, adheriré a su estimación en la suma de $100.000, distribuidos por partes iguales entre los tres reclamantes, con igual modalidad en cuanto a los intereses a aplicar.

Daño punitivo:

Señala Pizarro que los daños punitivos "son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro Ramón, "Derecho de Daños Segunda Parte-Homenaje al Dr. Profesor Félix A. Trigo Represas", pág. 291).

Consiste básicamente en una sanción, cuya finalidad es disuasiva, tanto para el agente dañador como para terceros. Se gradúa en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, y es independiente de otras indemnizaciones, siendo fijada a favor del reclamante. En puridad, no es un daño sino una sanción, también llamada sanción disuasiva o multa civil disuasiva. Se encuentra prevista en el art. 52 bis de la LDC (Ley 24240 modif. por 26361).

Para determinar su procedencia, es importante analizar los dos elementos o requisitos característicos de esta sanción, esto es, elemento objetivo y subjetivo. Este último resulta muchas veces definitorio, en tanto exige algo más que la culpa, es una conducta deliberada, una negligencia grosera, temeraria, un menosprecio por

los derechos ajenos cercano a la malicia. A su turno, el elemento objetivo, requiere una conducta grave del dañador.

Delimitado el ámbito de procedencia, entiendo se encuentran reunidos en el caso, los dos elementos configurativos de esta sanción, toda vez que no es posible dejar de considerar la actitud de la demandada, que en resumen, por un lado, se comprometieron a brindar un servicio de S. efectivo, pero lejos estuvieron de ofrecer una solución acorde con la situación de carencia de profesionales de cartilla, obligando al reclamo administrativo y judicial por la totalidad de la prestación.

Adhiero a la propuesta por este rubro en la suma de $150.000, con más intereses a tasa activa del banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento desde la sentencia y hasta su efectivo pago, también distribuidos en partes iguales para los tres reclamantes.

Tal como se resuelven los agravios, corresponde revocar la sentencia de grado y hacer lugar al recurso de apelación, condenando al pago de la suma de $269.310,50 correspondiente a reintegros, gastos médicos y judiciales, daño moral y punitivo, distribuidos, todo ello de conformidad se dispuso en los considerandos respectivos. Así también, corresponde la readecuación de costas y honorarios (art. 282 CPr). Las costas de ambas instancias, se impondrán a la demandada vencida (art. 69 CPr.), regulando los honorarios de la instancia de grado en el 20% para los letrados de la actora y 16% para los de la demandada y para la alzada, en un 35% para los letrados de la actora y 25% para los

de la demandada, en todos los casos, con más el IVA de corresponder. En el caso de la alzada, el porcentaje a tomar, será de lo regulado en primera instancia. (art. 13 de la Ley XIII-nro.4).

A la segunda cuestión, la Dra. Robert dijo:

Adhiero a la fórmula postulatoria propuesta por el Dr. Manuel Horacio Pis Diez. Así lo voto.

En este estado y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh y Ley V-174, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Hayes no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2) Revocar la Sentencia nro. 13/22 de fecha 19 de septiembre de 2022 y admitir parcialmente la demanda que F. I. A. -por derecho propio y en representación de su hija N. M. A.- promovió contra de S. S. S.A., condenando a la demandada a abonar la suma de doscientos sesenta y nueve trescientos diez pesos con cincuenta centavos ($269.310,50) en concepto de gastos médicos, daño moral, punitivo y gastos extrajudiciales, más los intereses conforme los considerandos pertinentes.

3) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Abgs. C. A. y C. J., en conjunto, en el veinte por ciento (20%) y a la Abg. M. A. F. A. en el dieciséis por ciento (16%), porcentajes a calcular sobre el monto del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Abgs. C. A. y C. J., en conjunto, en el treinta y cinco por ciento (35%) y a la Abg. M. A. F. A. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 35 DEL AÑO 2023
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C"