En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los nueve días del mes de marzo del año dos mil veinticuatro, 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 R. Enrique Hayes y asistencia de la primera vocal Dra. María Fernanda Zanatta y del segundo vocal Dr. Manuel Horacio Pis Diez (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: **"G., F. G. contra U. S. SA s/ SUMARÍSIMO (Ley de Defensa del Consumidor)", expte. nro. 802/23**, venidos de la Oficina de Gestión Unificada del Fuero Civil y Comercial - Secretaría nro. 3 (expte. nro. 20.246/21), y atento al resultado del sorteo de fecha 14 de diciembre de 2023 (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo R. Enrique Hayes, Dra. María Fernanda Zanatta y Dr. Manuel Horacio Pis Diez.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la Sentencia nro. 111/23 de fecha 5 de octubre de 2023? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Estos autos "G., F. G. c/ U. S. S.A. s/ Sumarísimo (Ley de Defensa del consumidor)", expte. n° 802/2023, los que vienen a mi conocimiento en virtud del recurso de apelación que, contra la sentencia de grado, interpusieran la parte demandada (ID 1262857; agravios ID 1279112; réplica ID 1291970); y la parte actora (ID 1259698; agravios ID 1278622; réplica ID 1292790).

I. *Antecedentes*:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que los Sres. F. G. G. y S. N. N., incoaron demanda contra la firma U. S. S.A., a efectos que se condene a la empresa demandada a abonar: una indemnización por las consecuencias no patrimoniales (daño moral) derivados de su obrar contrario a derecho por la suma de pesos cuatrocientos mil ($400.000,00) y/o monto mayor que estime S.S., a cada uno de los actores, más intereses; y la suma pesos doscientos mil ($200.000,00) en concepto de daño punitivo y/o monto mayor que se estime a cada uno, más intereses. Relataron los hechos en que asientan su pretensión. Argumentaron sobre la procedencia de la acción, y sobre las partidas indemnizatorias reclamadas. Fundaron en derecho. Ofrecieron prueba. Peticionaron. En tiempo oportuno compareció la demandada a contestar demanda peticionando su rechazo con costas. Controvirtió los hechos alegados por la contraria y procedió a fundar su defensa. Expuso los hechos según su versión. Se opuso a la procedencia de las partidas indemnizatorias reclamadas argumentando al efecto. Fundó en derecho. Ofreció prueba. Y, finalmente peticionó.

La sentencia hizo lugar a la demanda promovida por los actores F. G. G. y S. N. N. y, en consecuencia, condenó a U. S. S.A. a abonar a los actores la suma total de $2.108.839 dentro del término de 10 días con más intereses. Impuso las costas a la demandada vencida. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Análisis de los agravios. Solución:

Como lo adelantara, contra el decisorio se alzó la parte demandada cuestionando, la valoración de los hechos efectuada por la magistrada para arribar a su

condena; la admisión del daño punitivo y el daño moral y la cuantía de este último. La accionante, por su parte, se agravió de los montos indemnizatorios otorgados.

En acotado resumen, señalaré en el inicio que, al interponer la acción, relataron los accionantes que en el año 2018, ante la negativa de la demandada a prestar cobertura médica a la coactora frente a un tratamiento oncológico, se vieron en la necesidad de iniciar el expediente "G., F. G. y N., S. N. c/ U. S. S.A. s/ Acción de amparo", expte. n° 143/2018, que tramitó ante el Juzgado de Familia n° 1 de esta ciudad y, en razón de la condena favorable obtenida, reclaman ante este fuero la indemnización del daño moral y punitivo, derivados de tal hecho.

Por su parte, la demandada sostuvo que el reclamo deviene improcedente en tanto no incurrió en un obrar antijurídico, dado que rescindió el contrato con los actores conforme lo autorizaba el art. 9 de la Ley 26682 y el art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el pleno convencimiento del falseamiento de la declaración jurada de la actora.

La jueza de grado consideró que de las pruebas aportadas en el referido amparo y en la presente la causa se desprende que la demandada no demostró la falsedad de la declaración jurada ni la existencia del dolo de la actora.

Remarcó que cuando se admite el amparo el fallo es irreversible, y produce efectos de cosa juzgada en sentido material, por lo cual lo allí resuelto no debe volver a discutirse en otro proceso.

Con sustento en lo anterior concluyó en la procedencia de la demanda, y se abocó a analizar la

procedencia de los daños reclamados, partiendo de la responsabilidad contractual que une a las partes.

A partir de lo informado por el perito actuante, consideró que la desafiliación por una circunstancia no debidamente comprobada, provocó perturbaciones psicológicas a los accionates y entendió verificada la existencia del daño extrapatrimonial reclamado.

Con sustento en lo normado por el art. 1741 del CCCN, otorgó la suma de $1.908.839 total, correspondiendo a cada peticionante la suma de $954.419.

Luego, determinó la procedencia de la partida por daño punitivo. Para sí decidir meritó que en los presentes autos se evidenció el mantenimiento de una conducta desaprensiva de la demandada, U. S. S.A., quien obligó al afiliado a procurarse por sus propios medios a procurar la atención médica frente a la desafiliación e iniciar reclamos judiciales para obtener el reconocimiento de sus derechos, actitud contraria al primordial objeto de la empresa.

Tuvo en consideración la condena previa que recibió la demandada con respecto a este caso en particular, y además la existencia de 5 reclamos ante la Oficina de Defensa del Consumidor municipal, que dio cuenta que se recibieron dos causas por falta o negativa de cobertura.

Entendió que el proceder observado por la parte demandada, reviste gravedad tal que amerita aplicar el artículo 52 bis de la Ley 24240 y sobre la base del principio de tutela judicial efectiva, condenó a la accionada a abonar la multa por $200.000.

Dispuso que la suma de $1.908.839 correspondiente al daño moral total de ambos actores, dado que la cuantificación es a valores de julio de 2023, devengará

intereses a una tasa de interés pura del 8% anual a fin de evitar distorsiones en el cálculo y determinación del crédito, desde la fecha de la desafiliación (01/11/2018) y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda, 01/07/2023 (arts. 772 y 1748, CCCN), de allí en más será de aplicación la tasa activa para operaciones de descuento del BNA S.A. Respecto a la suma de $200.000, correspondiente al daño punitivo, determinó que generará intereses desde que la presente quede firme y hasta el efectivo pago, aplicando la tasa activa del BNA.

Bien, en relación con los agravios que componen el recurso interpuesto a consecuencia de lo decidido en la sentencia de grado, la parte demandada cuestionó la solución de la instancia de grado aduciendo la arbitrariedad del fallo.

Sostiene que la condena a indemnizar a los actores la suma total de $2.108.839 en concepto de daño moral y daño punitivo, más intereses, resulta improcedente y desarreglado a derecho.

Señala que ello se evidencia a partir de que el juez de grado efectúa una referencia en relación a la acción de amparo que precedió a la presente y procede automáticamente a condenarla, sin exponer fundamentación contrariando lo normado por el art. 169 de nuestra Constitución Provincial.

Sostiene que desconoce los fundamentos por los cuales entiende procedente la demanda el juez ya que en el fallo solo se efectuó un breve repaso de la causa anterior, sin siquiera considerar los argumentos expuestos que solo calificó como un “esfuerzo dialéctico”.

Dice que, la manifiesta falta de fundamentación y/o de motivación que exhibe la sentencia en cuanto le atribuye responsabilidad, y entiende procedente la acción, no debe ser soslayada ya que la carencia de dichos requisitos constitucionales torna nula a la misma que no puede considerarse como acto judicial válido. A partir de lo anterior peticiona que se revoque la sentencia.

En segundo lugar se agravia de la condena impuesta alegando que, tanto los hechos como el derecho que rigen la cuestión impiden que se haya resulto el caso en la forma en que se hizo.

Expone que la condena deviene injusta en tanto se estableció de manera automática con fundamento en que en la causa anterior se le ordenó dar continuidad de cobertura a la actora, no obstante lo cual, analizada correctamente su conducta, no debería haberse declarando la procedencia del reclamo.

Refiere que tal como lo indicó al contestar la demanda, no tuvo un obrar antijurídico, sino que constatado el ocultamiento de la cuestión de s. que padecía la actora (Sra. N.) al completar la declaración jurada del formulario de ingreso, procedió a rescindir el contrato de medicina prepaga conforme la facultad establecida en el art. 9 de la ley de 26.682.

Dice que al omitir considerar la línea defensiva expuesta al contestar la acción, la sentenciante no pudo reflexionar sobre la circunstancia de que no hubo un obrar antijurídico, ni tampoco una conducta arbitraria o ilegal manifiesta y/o evidente, o actuación con dolo o culpa grave de su parte, cuestión que considera trascendental a efectos de la solución de los presentes.

Señala, a los efectos de fundar su postura, que en ninguna de las sentencias definitivas dictadas en el proceso anterior, se declaró la conducta de U. S. como antijurídica, ni tampoco que actuó con dolo o culpa grave, sino que en esa causa básicamente se sostuvo que esta parte no logró probar con el grado de certeza necesario que la actora al momento de completar la declaración jurada tenía conocimiento de la enfermedad que padecía.

Recuerda que la procedencia de la acción anterior se debió a una cuestión de valoración de pruebas, y a que se le otorgó mayor entidad a la fecha de diagnóstico de la enfermedad de la Sra. N. que a las consultas médicas, estudios urgentes prescriptos a la nombrada en forma previa al diagnóstico, pero contemporáneos al pedido de afiliación (mismo día 18/07/2018) y vinculados a la existencia de nódulos mamarios que hacía un tiempo habían comenzado a crecer.

Dice constarle los efectos de la cosa juzgada, y aduce no haber pretendido una revisión de lo decidido en el proceso anterior; no obstante lo cual, señala que analizados los hechos y el derecho de manera adecuada y objetiva, no puede considerarse que actuó con mala fe o en forma inadmisible, ya que lo hizo con arreglo a derecho con fundamento en lo establecido en el art. 9 de la Ley 26.682.

Critica que la sentencia desconsiderare que el pedido de afiliación de la actora se realizó el mismo día (18/07/2018) en que fue atendida por el Dr. N. F. G., en el Hospital Distrital de Las Heras, Santa Cruz, oportunidad en la que aquel señaló "Vómitos, descompostura, aparición ganglionar axilar, la pcte.

dice tener nódulos mamarios y que hace un tiempo empezaron a crecer" y seguidamente "Nódulos mamarios múltiples llegando a región axilar de 2 x 2 cm aproximadamente. Se solicita mamografía de urgencia. Se indica para el dolor Diclofenac más Dexametasona intramuscular", y que tampoco meritare que la Sra. N. tenía conocimiento de la existencia de los nódulos mamarios desde el año 2005, conforme el informe de ecografía obrante en el proceso anterior.

Dice que se resolvió condenarla automáticamente por el solo hecho de que la actora debió interponer una acción judicial para obtener la continuidad de cobertura, sin tener en cuenta los pormenores y/o particularidades de los hechos, que demuestran que en realidad no hubo un obrar antijurídico que genere la obligación de indemnizar a los actores.

Con fundamento en lo expuesto, solicita que se revoque la condena, desestimando la acción con costas. Invoca jurisprudencia en el sentido que postula se resuelva.

A continuación le genera agravio la admisión del reclamo por daño punitivo, en tanto según su entender se incurrió en un nuevo desacierto.

Explica que si bien la presente queja está íntimamente relacionada con la anterior, aquí tampoco la sentenciante tuvo en cuenta los pormenores y/o particularidades de los hechos, y en especial que su parte actuó en base a la facultad legal que poseía, y que no tuvo una conducta malintencionada, o de mala fe, ni con dolo o culpa grave.

Advierte que tampoco se consideró el carácter excepcional del instituto, por lo que su aplicación

mecánica como surge del decisorio en apelación, choca contra los precedentes que fueron expresamente citados al contestar la acción (SD 24/2016- C.A.C.R-Sala A- SD 18/2017 - C.A.C.R Sala B) y omitidos por la sentenciante al momento de resolver.

Argumenta que la arbitrariedad que campea en la sentencia en crisis tiene una clara exteriorización en este rubro, toda vez que pese a que la señora jueza a quo expresamente reconoce que desconoce el trámite de las causas, le basta para considerar que existe una prestación deficiente de su parte.

Aduce que el argumento sostenido en la sentencia para fundar el rubro configura inequívoco supuesto de exceso jurisdiccional, afirmación dogmática y fundamentación aparente, que no puede ser admitida ya que la mera existencia de reclamos en la autoridad administrativa en su contra, cuyo contenido se desconoce, en modo alguno permite inferir ni mucho menos concluir válidamente la pretendida violación de garantías constituciones de defensa en juicio y debido proceso.

Refiere que mal pudo el fallo considerar que existe deficiencia de prestación de servicio, partiendo de considerar la presencia de reclamos administrativos en su contra, ya que sin perjuicio de la escasa cantidad de aquellos, en realidad la sentenciante desconoce la causa u origen de los mismos.

Advierte que idéntica situación se verifica cuando sostiene que su parte “ha obligado al afiliado a procurarse por sus propios medios la atención médica frente a la desafiliación”, ya que ningún reintegro de gastos existió por atenciones médicas y/o estudios desde

la rescisión hasta la notificación de la medida cautelar, con lo cual incurre en nuevo desacierto.

A partir de lo sostenido asevera que no se demostró en autos que hubiese actuado con "dolo o culpa grave", por lo que de ninguna manera puede concluirse que obró con intencionalidad.

Dice que para que proceda la aplicación de daño punitivo es necesaria la existencia de un daño grave, presupuesto que tampoco se configuró en el caso de autos. Agrega que tampoco emerge de los presentes que haya obtenido un beneficio económico con un caso como el de autos.

Con fundamento en ello, y alegando que el daño punitivo procede únicamente en casos de extrema gravedad o situaciones excepcionales, en general de gran provecho económico, para así evitar que la ecuación costo-beneficio convierta al incumplimiento en rédito ilegítimo para fabricantes, vendedores o proveedores de servicios, lo que no se verifica en autos, peticiona se deje sin efecto la condena.

La cuarta queja versa sobre la admisión de la indemnización por daño moral.

Sostiene que por cuanto surge de la prueba pericial psicológica que aquel no se configuró, ni que tuvo gravedad, se imponía como solución la desestimación del reclamo.

Alega que en acciones como la presente se debe verificar la configuración de los tres presupuestos de la responsabilidad civil, ilicitud, daño y relación causal entre uno y otra, y en la especie no existe ilicitud en el obrar y tampoco se configura el daño alegado.

Considera que por cuanto existió una incorrecta valoración de la prueba pericial psicológica, restándosele entidad a las conclusiones emitidas la condena impuesta comporta en realidad un claro supuesto de enriquecimiento ilícito, porque no se acreditó que efectivamente se haya generado un daño concreto, real y cierto a los actores susceptible de reparación, y menos aún que su parte pudiera resultar responsable por ello.

Aduce que, la mera angustia, sufrimiento, o padecimiento que pudo haber padecido la parte actora no la legitima a obtener un resarcimiento por daño moral que a todas luces no le corresponde por no cumplir con los presupuestos básicos exigidos para que este rubro sea procedente.

En el entendimiento que no se demostró en autos la existencia de una lesión de los sentimientos, de las afecciones o tranquilidad anímica solicita se deje sin efecto la condena de daño moral establecida a favor de los actores.

Subsidiariamente se alza contra la cuantificación de la partida establecida en tanto le resulta excesiva, teniendo en consideración las particularidades del caso y prueba rendida.

Manifiesta que se arribó a la cuantía por sugerencia de la parte actora, sin embargo la sentenciante solo indicó que encontraba adecuada la base objetiva invocada, omitiendo fundar y motivar el resolutorio.

Sostiene que en el hipotético caso de analizarse el supuesto de confirmación de la obligación de indemnizar a los actores por daño moral, se debe

realizar una revisión, ya que el mismo resulta exagerado.

Explica que toda vez que es una empresa de medicina prepaga, de origen local, con presencia principalmente en esta ciudad y en algunas otras aledañas, y no resulta ajena a la emergencia sanitaria nacional, establecida en la Ley 27541, titulo X, arts. 61 a 85, y que fuera prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2023 por Decreto 863/22, la abultada condena impuesta no hace más que impactar negativamente en el desenvolvimiento y/o desarrollo de su actividad con posible afectación de los servicios que brinda al conjunto de afiliados.

A partir de las consideraciones efectuadas reclama que se disminuya considerablemente el monto otorgado a los actores en concepto de daño moral, por resultar totalmente excesivo y desmedido en relación a las constancias de la causa.

Efectúa reserva del caso federal.

En respuesta, la parte accionante sostiene en pos del rechazo de los planteos efectuados, que ninguna arbitrariedad puede observarse en la actuación de la quo, sino que cumplió el mecanismo necesario de análisis de los distintos medios probatorios y sobre las reglas de la sana critica emitió una resolución de acuerdo a las constancias de autos y conforme al derecho vigente.

Señala que no demuestra la demandada en qué forma la resolución es arbitraria, consistiendo los agravios en una mera manifestación de disconformidad con la resolución decretada en la que se limita a repetir presentaciones anteriores.

Expresa que la jueza resolvió bajo la órbita de la Ley de Defensa al Consumidor (LDC), lo cual no fue

cuestionado por la demandada, y olvida mencionar en su memorial.

Asimismo la jueza *a quo* al momento de resolver consideró lo resuelto en la acción de amparo que debió interponer, y que la demandada no probó que hubiera existido una omisión dolosa de su parte.

En cuanto a la queja sobre el daño moral sostiene que resulta evidente la procedencia del reclamo habiendo la demandada negado cobertura ante su diagnóstico, imputando falsamente una ocultamiento al momento de realizar la declaración jurada.

Argumenta que el hecho de que no presenten a la fecha una incapacidad psíquica, no excluye la procedencia del daño moral, la cual tiene una naturaleza distinta.

Indica luego que la magistrada fijó la indemnización por el rubro siguiendo las directivas del artículo 1.741 del CCCN, en tanto en el caso particular, no se trató de meras molestias ocasionadas como en cualquier relación contractual, como relativiza la demandada en su memorial de agravios, sino que se puso en riesgo la vida de la Sra. N. al no brindar cobertura ante su diagnóstico de cáncer de mamas.

Invoca lo expuesto en el informe pericial, y señala que la cuantificación de la partida también en resulta ser objeto de agravio de su parte pero por exigua.

Sostiene que también debe de rechazarse la queja sobre el daño punitivo ya que la recurrente se limita a manifestar su disconformidad con el fallo sin lograr conmoverlo.

Ya en su expresión de agravios, la parte accionante objeta también el análisis efectuado por la sentenciante

para cuantificar el rubro daño moral, alegando una equivocada apreciación que vulnera el principio de reparación plena.

Expresa que el fallo es arbitrario en el punto en tanto se aparta sin fundamento de lo establecido por los arts. 17401 y 17412 del CCCN, y vulnera el principio de congruencia procesal al omitir tratar adecuadamente el pedido realizado en el escrito de demanda en el que se solicitó que se cuantifique este rubro por el costo anual del Plan más alto de Medicina Prepaga que brinde cobertura a un grupo familiar de similares características al suyo de una Prepaga reconocida a nivel nacional, para cada uno de los actores.

Dice que la omisión sin fundamento de la jueza *a quo* en su sentencia le causa un grave perjuicio, porque se otorgó una indemnización notoriamente menor a lo solicitado en relación a los sufrimientos y padecimientos efectivamente padecido a raíz del obrar antijurídico de Uno S. SA, conforme las constancias del expediente, y de la prueba agregada y producida en los mismos. Invoca lo informado por la perito psicóloga en autos.

Objeta que el fallo omitiera considerar que la grave conducta desplegada por la firma U. S. atentó contra el derecho a la s. de la Sra. N., poniéndola en riesgo al dejarla sin cobertura, nada más y nada menos ante un diagnóstico de cáncer de mama, lo cual la podría haber llevado a su deceso.

Dice que la afectó en su condición de mujer, y madre de dos pequeños niños.

Arguye que la angustia y dolor producidos resulta inmensurable, atento que no solo que la Sra. N. tomo

conocimiento de su diagnóstico de cáncer, sino que en dicho momento se anotició que la pre paga la dejaba injustamente sin cobertura, generando angustia e intranquilidad innecesaria, que la perjudicó para la evolución favorable para el tratamiento del cáncer de mamas, ante el cual se recomienda tranquilidad.

En otro orden de ideas, señala que tampoco meritó la magistrada que el daño que les infringió en el marco de una relación de consumo conforme art. 3 de la Ley n° 24240; y que la empresa demandada es una prepaga, reconocida y prestigiosa en la zona, contratada para brindarle cobertura en su servicio de s. lo cual les causó una angustia, e indignación mayor.

Expone que iniciar y tramitar hasta el final el proceso judicial de acción de amparo a los fines de lograr la cobertura que por ley y por el contrato de medicina prepaga estaba obligada generó un gran sufrimiento, angustia, modificación en su realidad económica a ambos conforme quedó acreditado por con lo informado por la perito psicóloga Lic. S.

En razón de lo expuesto, sostiene que la indemnización deviene simbólica, ya que el monto que se les otorgara no guarda relación con el dolor efectivamente padecido.

Luego, achaca error a la sentenciante en tanto fija por indemnización del daño moral para ambos -en forma conjunta el equivalente al costo de un año de un plan de medicina prepaga para un grupo familiar de igual composición-, cuando lo solicitado fue el costo de un año de un plan de medicina prepaga para un grupo familiar de igual composición al del actor, para cada uno de los actores.

A partir de lo manifestado, sostiene que se debe revocar el fallo en este punto, y aumentar notoriamente el monto indemnizatorio otorgado por el rubro daño moral a cada uno con costas.

En segundo término, cuestiona el monto fijado en concepto de multa civil por daño punitivo, en tanto la magistrada de grado otorgó la suma de $ 200.000 en forma conjunta, cuando lo solicitado en el escrito de demanda fue para cada uno de ellos individualmente.

A ello agrega que la sentenciante omitió considerar que la demanda incumplió su obligación como empresa profesional de medicina prepaga, comercializando planes de s. de forma masiva por distintos medios de comunicación, y plataformas digitales, con lo cual el riesgo de llegar con las prácticas abusivas como las padecidas a potenciales clientes es aún mayor.

Dice que tampoco consideró la intencionalidad con la que actuó la firmada demandada, lo que los llevó a tener que iniciar una acción de amparo, para solucionar recién con la sentencia firme su reclamo. Recuerda que la Sra. N. se vio impedida de acceder injustamente por el obrar de la demandada al servicio de tratamiento de cáncer de mamas.

Señala a efectos de continuar brindando argumentos que se acreditó que U. S. actuó con mala fe, incumpliendo claramente las obligaciones a su cargo, teniendo en cuenta que podría haber solucionado el reclamo al ser intimada de forma extrajudicial no obstante se vieron en la necesidad de iniciar el presente proceso judicial.

Añade que además debió considerarse la gravedad de que U. S. forma parte del conocido Grupo A., donde se

encuentra entre otras firmas que brindan servicios relacionado con la s. como E., C. del V., etc.

Por último, cuestiona que la jueza *a quo* omitiera considerar que la conducta llevada a cabo por U. S. SA implica la obtención de beneficios económicos, omitiendo cumplir con las prestaciones a sus afiliados a las que está obligada por el contrato de medicina prepaga, y Ley n° 24240.

Asevera que la multa civil fijada por la jueza *a quo* a tenor del insignificante monto otorgado, la priva de todo efecto disuasivo que tiene en su naturaleza, máxime cuando los intereses empiezan a correr desde que la sentencia quede firme, lo cual hasta la fecha no ha ocurrido.

Con argumento en lo expuesto sostiene que debe revocarse el fallo en este punto, y elevar notoriamente la cuantía de la multa civil por daño punitivo, en -al menos- la suma de $600.000 para cada uno de los actores más intereses.

Aclara que al momento de cuantificar el presente rubro en el escrito de inicio, se peticionó la suma de $200.000 y/o monto mayor que estime más intereses a los fines de cumplir los requisitos establecidos en el art. 333 del CPCC, razón por la cual aumentar la partida otorgada no vulnera el principio de congruencia procesal.

Efectúa reserva del caso federal.

La condenada en autos resiste el cuestionamiento efectuado, sosteniendo que los agravios carecen de argumentación seria, por lo que no constituyen una crítica concreta y razonada contra lo resuelto,

deviniendo en meras discrepancias y reiteraciones de lo dicho al iniciar la acción.

Dice que lo expuesto por la contraria constituye un improcedente reproche contra la sentencia cuando aquella en definitiva acogió muy favorablemente su pretensión y cuantificó los daños reclamados en valores desmesurados.

Considera que no asiste derecho ni razón alguna a la parte actora para agraviarse de la cuantificación de los rubros condenados, establecida en función del criterio y discrecionalidad de la jueza a quo, conforme manda las reglas legales que rigen la cuestión, sin perjuicio de ratificar que a su entender no le cabe derecho a obtener indemnización alguna como expusiera al agraviarse.

Entiende que corresponde rechazar los agravios expuestos por la parte actora, en cuanto pretende la ampliación de los montos justipreciados, toda vez que olvida la recurrente que la cuantificación efectuada en cuanto al daño moral se aparta del criterio jurisprudencial que más se utiliza -el importe aproximado de un viaje- como el valor de la "satisfacción sustitutiva" para atenuar el daño padecido.

En cuanto a la queja sobre el daño punitivo, dice que la ausencia de dolo o culpa grave en su actuar impiden que la condena por aquel se mantenga, por lo que tampoco podrá ser objeto de modificación, ni ampliación.

Adentrándome ya en la solución, destaco ante todo que tiene dicho nuestro máximo tribunal que "los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino

solo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos, 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:836), y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (301:970 y 311:1191).

Por una cuestión metodológica, abordaré en primer lugar los agravios de la parte demandada. Adelanto que independientemente del modo en que han sido expresados los agravios por el apelante, habré de proceder a su tratamiento conjunto en lo que resulte atinente, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347-209; 345-154; 347-197, entre otros).

Ingresando al análisis, dejo claro desde ahora que en oportunidad emití mi voto en los autos caratulados "G., F. G. y N., S. N. c/ U. S. s/ Acción de Amparo", expte. n° 211/2021, confirmatorio de la sentencia de primera instancia dictada por la entonces señora jueza titular del Juzgado de Familia n° 1 de esta circunscripción judicial, por la que se condenara a la empresa de medicina prepaga demandada a dar la pertinente cobertura de s., conforme el objeto de la acción interpuesta. Fue determinado allí el incumplimiento de la demandada, en fallo que se encuentra firme y consentido.

Luego, en relación con la queja por el daño moral, se debe tener en consideración que nos encontramos inmersos en un proceso que deriva de una relación de consumo en la cual es el consumidor quien, como es

sabido, constituye la parte débil en la relación contractual, quien ha reclamado los daños y perjuicios ante la firma de medicina prepaga.

Al respecto, "se ha señalado que, como rubro de la cuenta indemnizatoria, es indudable que el daño moral forma parte del derecho del consumidor a ser resarcido conforme al principio de reparación integral, ya que, una vez más, el régimen de responsabilidad civil se ve enriquecido en este caso por las normas propias del microsistema, con la finalidad de colocar al consumidor en una mejor posición que la que tendría a través de los preceptos del derecho común…" (*cf*. Javier H. Wajntraub, "Justicia del Consumidor", pág. 111, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2014).

La Constitución nacional en su art. 42 establece: "Los consumidores deben recibir un "trato equitativo y digno", refiriéndose a un aspecto social o externo, es decir al honor y el respeto que se le debe a la persona. Conceptos estos, cuya lesión claramente llevan al dolor, la angustia, la aflicción y los padecimientos provocados a la víctima por el evento dañoso. En otras palabras, la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor incuestionable en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual y la integridad individual que constituyen sus más gratos afectos" (*cf*. Lowenrosen, Flavio, "La dignidad, derecho constitucional de los usuarios y consumidores", elDial.com - DC5F8).

El daño moral ha sido conceptualizado como toda modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir y que se traduce en un modo de estar de la persona

diferente de aquel que se hallaba antes del hecho, provocando padecimientos físicos o que se perturbe la tranquilidad y el ritmo normal de la persona (CApel. CC. Salta, Sala III, t. 2.001, f° 482/485). Consiste "no solo en el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual del individuo", sino también en la "privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado -víctima o reclamante- y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas" (Highton, Elena I. - Gregorio, Carlos G. - Álvarez, Gladys S., "Cuantificación de Daños Personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas", Revista de Derecho Privado y Comunitario 21, Derecho y Economía, pág.127).

En idéntica senda se ha dicho: "Sabido es que el daño moral supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor principal en la vida del hombre, tales como son –entre otros- la paz, la tranquilidad, el espíritu, el honor, y los más sagrados afectos, etc. Es jurisprudencia consolidada de este tribunal que el daño moral tiene su carácter resarcitorio y no punitivo ni ejemplar, y su cuantía no debe guardar necesaria relación con el daño de carácter patrimonial. Así para su determinación debe partirse del propio afligido, ya que de lo que se trata es de paliar, por un medio inidóneo pero considerado subjetivamente eficaz por quien lo pide, un estado espiritual irreparable subjetivamente" (Cciv. y Com. San Isidro, Sala II, 30-11-98, "Velázquez c/ Ledesma s/ ds. y ps.)".

En el CCCN, son pocos los artículos que mencionan el daño moral, pero el artículo 1738 le otorga una nueva

denominación al hacer referencia a las "afecciones espirituales legítimas" que puedan afectar a una persona (Pascual E. Alferillo, "Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético", director Jorge H. Alterini, Thomson Reuters La Ley, año 2015, t. VIII, ob. citada, pág. 211) y ha sido conceptualizado también como "el menoscabo que sufre una persona en su bienestar psíquico, sin que ese estado negativo o disvalioso sobreviviente (tristeza, dolor, amargura, inseguridad, angustia, etc.) llegue a configurar una situación patológica como consecuencia de la vulneración de un derecho o interés generado por un hecho antijurídico y reprochable" (Pascual E. Alferillo, ob. citada, pág. 217).

Así, el art. 1741 CCCN lo caracteriza como "consecuencias no patrimoniales", cuando regula lo atinente a la legitimación para su reclamo. En ciertos supuestos el daño en cuestión no requiere la producción de una prueba directa, resultando suficiente la razonable presunción de que el hecho pueda haber conformado "un sentimiento lastimado" o un "dolor sufrido" (*cf*. Jorge Joaquín Llambías, "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", t. 1, pág. 331).

En el caso, y "para determinar su existencia y su entidad, es esencial tener en cuenta que en el derecho del consumo el incumplimiento siempre genera daño moral… porque es un hecho notorio en cuanto a que lesiona los sentimientos y afectos del consumidor o usuario que ha aportado sus horas de trabajo (como unidad productiva) para alcanzar la tasa de satisfacción por el acceso a bienes y servicios y la confianza depositada en las empresas proveedoras, generando la frustración del fin

de consumo o ser usuario, por lo cual el daño moral no necesita prueba de su existencia, sí de su intensidad" (*cf*. Ghersi, Carlos Alberto, "Las relaciones en el derecho del consumo especialmente la responsabilidad y el daño moral", LLC 2013 (marzo), 133, AR/DOC/1005/2013 fuente: La Ley online). En esta línea, "cabe señalar que la orientación de aceptar la existencia de los daños en base a presunciones *hominis*, que operan en defecto de prueba directa, resulta ser la dominante" (Cam. en Doc. y Loc, San Miguel de Tucumán, Sala 3, "Frías Silva, Patricio Severo c/ Amx Argentina S.A. (Claro) s/ daños y perjuicios" 23-10-2017).

Ya en relación con el agravio sobre el daño punitivo, y como lo he juzgado en casos anteriores (véase "S., M. Á. c/ M. C. M. N. s/ sumarísimo", expte. n° 429/2021), "B. L. c/ O. S. A. S. – U. P. D. L. U. PERSONAL CIVIL DE LA NACIÓN s/ sumarísimo", expte. n° 192/2020, entre otros), entiendo que la cuestión no debe analizarse aisladamente, sino de manera integral y tomando especialmente en cuenta la actitud asumida por la empresa demandada, ello bajo las directrices y principios sentados por la Ley de Defensa al Consumidor aplicable al caso.

Recuerdo que los daños han sido definido como "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 destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón Daniel, "Daño Moral", p. 453, Hammurabi, Bs.As., 1996).

Ante determinadas situaciones lesivas, la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para desmantelar los efectos nocivos del ilícito, en particular, cuando quien daña a otro lo hace deliberadamente con el propósito de obtener un rédito o beneficio, tal sería el caso de los daños causados por productos elaborados, en los que al proveedor, fabricante o distribuidor le resulte más barato pagar las indemnizaciones a los consumidores que afrontar controles de calidad y/o cumplir acabadamente con una adecuada prestación del servicio. Frente a esto, la Ley de Defensa al Consumidor 24240 (texto agregado por la Ley 26361) introdujo un sistema de multas.

El art. 52 de la mencionada ley establece: "Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

Este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares.

La doctrina ha reconocido como notas distintivas de los daños punitivos, las siguientes:

1) Resultan condenas extraordinarias, ya que son otorgadas en forma independiente de la indemnización, y asimismo, accesorias, ya que siempre se determinan en un proceso principal. Dicho en otras palabras, no existe acción autónoma para reclamar daños punitivos. 2) Su finalidad, justamente, no es mantener la indemnidad de la víctima ni restablecer las cosas al estado anterior. Por el contrario, tienden a prevenir y desalentar la reiteración de conductas dañosas similares. 3) Son verdaderas penas privadas con características propias que delimitan sus contornos de especialidad. Siguiendo a Stiglitz y Bru, se puede definir a los daños punitivos en nuestro sistema, como una institución jurídica vigente en el marco del derecho del consumidor, destinada a sancionar graves inconductas en que incurren los proveedores de servicios o cosas en la relación de consumo, a través de la imposición de una sanción pecuniaria adicional, a favor del damnificado, y que excede la cuantificación de la indemnización compensatoria correspondiente (Jorge Bru y G. Stiglitz, en “Manual de Derecho del Consumidor”, pág. 389 y sgtes. Abeledo Perrot, 2009).

En la línea que vengo exponiendo, debe ponderarse ante todo a la hora de la procedencia del daño puntivo que en los presentes actuados se ventila una cuestión vinculada al derecho a la s., el que ostenta jerarquía constitucional. Más allá de encontrarse dentro de los derechos implícitos del artículo 33, y las referencias que contienen los artículos 41 y 43, pongo de resalto que el derecho comprometido es objeto de puntual cita

en el artículo 42 de la carta magna, que refiere estrictamente a la relación de consumo y donde se postula en concreto la protección de la s. del ciudadano. Bien vale sumar a ello, la letra del derecho convencional, a través del contenido del artículo 75, inciso 22, que reconoce con jerarquía supralegal a los tratados internacionales de derechos humanos, en particular: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que determina: "Toda persona tiene derecho a que su s. sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a […] la asistencia médica" (art. XI); la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en el artículo 25.1, que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la s. […], y en especial […] la asistencia médica"; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce, en el artículo 12, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de s. física y mental, y exige a los Estados Partes la adopción de medidas para asegurar a todos asistencia médica en caso de enfermedad; la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevé en el artículo 26 el compromiso de los Estados Partes de adoptar, en la medida de los recursos disponibles, las disposiciones que permitan la efectividad de los derechos sociales enunciados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuyo artículo 33 expresa que, entre los objetivos que deben ser alcanzados para contribuir al desarrollo integral de los sujetos, está la defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; la

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que prevé en el artículo 12 el derecho de toda mujer al "…acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia…" sin discriminación.

Aduno a ello que nuestro máximo tribunal tiene dicho: "Cuando un afiliado reclama a la empresa de medicina prepaga el cumplimiento o la extensión de la cobertura que ha contratado, no persigue un mero producto o servicio. Lo que está en juego es, ni más ni menos, que su derecho a la s., a su integridad psicofísica, a su plenitud, a su seguridad.

Asimismo, tal como lo ha señalado la CSJN, los entes de medicina prepaga, más allá de su constitución como empresas, tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial» (CSJN, 13/3/2001, «E. R. c/ Omint S. A. de Servicios», LL, 2001-B-687). Ello se entronca desde luego en las expresiones que vertiera párrafos arriba.

Por ello, si un simple consumidor merece de la legislación vigente toda la amplia protección que se le ha acordado, cuánto más debe protegerse al usuario del servicio de s., sea esta pública o privada, que reclama la defensa de un derecho subjetivo que encuentra su base legal en las normas de rango constitucional consagradas en los tratados internacionales (art. 75, inc. 22, de la CN).

En el caso particular, resulta de notable evidencia la extrema gravedad del proceder observado por la parte demandada y que diera lugar al proceso de amparo ya individualizado, y es en dicho marco que juzgo

procedente la condena al pago del daño punitivo impuesta a la demandada. De este modo se da respuesta conjunta a los agravios, los que se rechazan. Respecto de la morigeración del monto por la partida daño moral será tratado conjuntamente con los agravios de la parte actora.

En efecto, se queja esta en razón de los montos que componen las partidas admitidas, daño moral y daño punitivo. Ahora bien, del estudio de los antecedentes de estos actuados, surge que al promover demanda concretamente se solicitó en el objeto de haga lugar al daño moral por la suma de $400.000 y al daño punitivo por la suma de $200.000, para cada actor. En ambos casos, y sin otra condición, dejó abierta la posibilidad a suma mayor que la sentenciante pudiese estimar.

Así, y de resultas de lo actuado en el proceso, la señora jueza otorgó un monto mayor por la partida daño moral ($954.419 para cada uno de los actores) y consideró atinado un monto de $200.000 total por el daño punitivo.

En tal contexto, y sin perjuicio de la exposición que formula el apelante, se advierte, en virtud de lo señalado, que su postura exterioriza una mero discrepancia con el criterio de la sentenciante, el que en modo alguno reviste entidad para conmover la decisión de grado, razón por la que propondré su rechazo. Lo resuelto da respuesta a la pretendida disminución del rubro daño moral que requiriera la demandada.

Resueltas las cuestiones, y en relación con las costas de esta alzada, en atención a la naturaleza del presente proceso, se impondrán a la demandada vencida por el principio general de la derrota (art. 69 CPCCCh).

Los honorarios profesionales se regulan conforme las pautas establecidas en la legislación especial –Ley XIII n° 4 DJP– estableciéndose por la labor ante la alzada para el Dr. R. A. G., en el 25%, y para el Dr. A. F. A., en el 25%, en todos los casos a calcular sobre los correspondientes a los de la primera instancia, y con más la alícuota del IVA de corresponder.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de ser compartido mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por actora y demandada, confirmando la sentencia de grado, conforme considerandos respectivos.

2) Imponer las costas de la alzada a la parte demandada vencida (art. 69 CPCCCh).

3) Regular los honorarios profesionales por la labor ante la alzada para el Dr. R. A. G., en el 25%, y para el Dr. A. F. A., en el 25%, en todos los casos a calcular sobre los correspondientes a los de la primera instancia, y con más la alícuota del IVA de corresponder.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Los antecedentes del caso, el fallo y el contenido de los memoriales de la parte actora, demandada y tercero citado, han sido reseñados minuciosamente por quien abre el acuerdo, razón por la que no efectuaré reiteraciones estériles.

1. *Análisis*:

Sintetizado y simplificado el tema traído a resolver y luego de detenida lectura y valoración de los antecedentes de la causa, por una cuestión de buen orden

metodológico analizaré los agravios conforme fueran expuestos por el magistrado prevotante.

Los dos primeros agravios de la demandada, están íntimamente vinculados y merecen tratamiento conjunto:

Improcedencia de la condena impuesta por falta de fundamentación:

La decisión resulta clara y concluyente.

A tenor de lo analizado en la causa por la que tramitara el amparo, en la que se analizaron la pruebas, los informes y pedidos médicos, sus respectivas fechas y resultados, habiendo concluido que no existió mala fe por parte de los actores, la línea defensiva de la recurrente basada únicamente en que actuó legítimamente porque tuvo motivos suficientes para entender que hubo un ocultamiento de la enfermedad por parte de la afiliada no tiene andamiaje.

La mera insistencia en su creencia y los fundamentos que da para ello, tales como que el mismo día en que fue atendida en el hospital rural de Las Heras suscribió el pedido de afiliación, o que la actora tenía conocimiento de sus nódulos mamarios desde el año 2005 no es suficiente para provocar la revisión de lo decidido y si fueron olímpicamente omitidas por la sentenciante de grado fue porque fueron suficiente y minuciosamente analizadas y tratadas en la sentencia definitiva nro. 5/2021 de la entonces Sala B de esta Cámara.

Los términos de la contestación de demandada y de los agravios en cuanto insisten en ello merecen rechazarse.

En virtud de los fundamentos expuestos, adhiero a lo decidido por el primer votante y rechazo los dos primeros agravios de la demandada.

Continuando con el estudio del memorial de agravios de la parte actora y demandada, y siendo que coinciden, por diferentes motivos, en el cuestionamiento de los rubros condenados, analizaré en forma conjunta los mismos.

Daño extrapatrimonial:

La crítica de la demandada se limita afirmar que en el caso, de la prueba rendida no surge la existencia del daño ni su gravedad. En subsidio afirma que la indemnización establecida resulta excesiva.

Los actores por su parte cuestionan la cuantía otorgada por exigua y no respetar el parámetro que solicitó se tenga en cuenta para cuantificarla.

Antes de la modificación introducida por el Código Civil y Comercial también era jurisprudencia generalizada que el carácter contractual de la relación entre las partes no invalida ni restringe la viabilidad de reparación del daño no patrimonial, habiéndose extendido mucho más en los incumplimiento de los contratos de consumo y en los que no son paritarios (*cf.*, Galdós, Jorge Mario en glosa al art. 1741, "Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado", dir. por Ricardo Lorenzetti, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, T. VIII, p. 499).

Ya he tenido oportunidad de pronunciarme respecto de la procedencia de este tipo de daño en caso de incumplimiento del contrato de seguro que puede aplicarse por analogía (S.D. "CyC" 20/18 y 29/19 y recientemente en S.D. "CyC" nro. 19/22).

Tal criterio, deviene incontrastable dentro de una lógica de reparación integral del daño resarcible y no de responsabilidad civil del dañante.

En este sentido, no puede desconocerse la acreditación de un daño extrapatrimonial derivado de la conducta de la demandada. Es sabido que el concepto de daño moral presupone el entendimiento común de que, en determinadas circunstancias, las personas se ven perturbadas en su tranquilidad o ven alterado el ritmo normal de su vida por obra de otro. Entonces la relación entre la conducta del ofensor y la afección de la esfera íntima se da por sentada. Por esta razón, en esta materia los tribunales suelen concluir que el daño moral no requiere prueba porque surge *in re ipsa*, por el solo hecho de la acción antijurídica y por la titularidad del accionante. Claro está, que el interesado puede probar la magnitud de su afección, pero esa prueba habrá de ser considerada, si cabe, para fijar la extensión del resarcimiento y no para tener por probada la existencia misma del daño (Farina, "Defensa del consumidor y del usuario", 4° edición actualizada y ampliada, pág. 481, cit. por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, causa 108.838 del 22-6-10, RSD: 74/10 "Galea Suárez c/ Acura S.A. s/ ds. y ps." elDial.com - SI548).

Con base en el dictamen de la Lic. Delfina Suarez, la sentenciante dejó sentado que si bien los sufrimientos padecidos no reúnen los requisitos de una patología de gravedad, sí conllevó sentimientos de inseguridad, estrés y preocupación, que resultan inconvenientes para atravesar la enfermedad, de allí que

la desafiliación efectuada por la demandada fue causa innecesaria de preocupación en un momento crítico.

Es que no puede negarse la inquietud espiritual o padecimiento que genera la negativa a proporcionar la cobertura contratada frente a un diagnóstico de cáncer.

Zavala de González enseña que en tal situación: "…nadie sostiene que la prueba del daño moral debe versar sobre lágrimas vertidas, ni que se requiera un peritaje psicológico para acreditar la efectiva alteración espiritual del afectado. Es decir, por propia naturaleza de aquel, es especialmente idónea una evaluación presuncional: a partir de contextos fácticos que permitan inferirlo, acordes con patrones de regularidad y normalidad de la vida…" (*cf*. Zavala de González, M. "El proceso de daños y estrategias defensivas", p. 241, Juris, Rosario, 2006).

Es incuestionable el menoscabo que en el plano anímico padecieron los actores a quienes la conducta de la demandada pusieron en situación de efectuar reclamos y gestiones que excedieron el concepto de mera molestia o incomodidad, para tornarse en una situación en la cual vio frustradas sus legítimas expectativas de contar con una tempestiva y eficaz cobertura médica y sanatorial.

En cuanto al monto otorgado, habiendo respetado los parámetros y prueba ofrecidos por la propia actora, según lo que estime SS, la queja es infundada.

Por esta razón propongo el rechazo de los agravios de las partes en relación a la procedencia y cuantificación del daño.

Daño punitivo:

La demandada cuestiona la procedencia del daño punitivo por falta de configuración de sus presupuestos:

haber obrado con dolo o culpa grave, mientras que la actora critica el monto condenado por insuficiente.

No coincido con la sentenciante en cuanto a la existencia de los presupuestos de viabilidad del instituto, estimo que se ha basado en una interpretación literal de la amplísima norma (art. 52 bis y 8 LDC), desnaturalizando la verdadera finalidad de la figura consistente en a) castigar la conducta antijurídica particularmente grave del dañador, y b) prevenir otras que pudieran suscitarse en el futuro.

Conforme he tenido oportunidad de señalar (SD 29/2019), la redacción del artículo 52 bis ha sido criticada por su extrema laxitud y por no reservar aquella multa, como lo hace la doctrina y jurisprudencia –extranjera-, a situaciones de excepción donde la conducta del proveedor presenta una gravedad e intencionalidad tal que justifique, amén de las indemnizaciones usuales, imponer una sanción (Picasso S. y Vázquez F. R., "Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada", T. I, página 620 y siguientes; Pizarro R. y Stiglitz, R., op. cit., T. III, p. 263 y sgtes.).

Kemelmajer de Carlucci sostuvo: "Los *punitive damages* se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo" (*cf.* ¿"Conviene la introducción de los llamados 'daños punitivos' en el derecho argentino?", en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, año XXXVII, segunda época, nro. 3, citado en "Los daños punitivos en la Ley

de Defensa del Consumidor", "Tratado del derecho del consumidor", Tomo III, G. Stiglitz y Carlos A. Hernández, en La Ley, 2015, pág. 260).

En lo atinente a la configuración de los daños punitivos requiere de dos requisitos: uno subjetivo y otro objetivo.

El elemento subjetivo exige algo más que la culpa y debe concurrir una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; es decir si se trata de "una subjetividad agravada en la conducta del sujeto pasivo (dolo o culpa grave)" y "proceden únicamente en casos de particular gravedad que trasunten menosprecio" por los derechos ajenos.

En este contexto, el proveedor solo puede exculparse en la medida que demuestre la "inexistencia de desaprensión". El diccionario de la Real Academia Española, contempla como significado de "desaprensión" = "falta de aprensión o miramiento".

Es que, amén de la antijuridicidad de la conducta, debe comprobarse que ha existido un propósito deliberado de obtener un rédito, con total desprecio al usuario; o que el hecho haya sido extremadamente injusto, y con una total ignorancia de la integridad o dignidad humana (Brun, C., "Los llamados daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor", DJ 2008-II). Recaudos que eran sustancialmente exigidos en el proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, como lo recuerdan Picasso y Vázquez F., citando a Galdós (obra y tomo citados, página 621)".

En el caso, no advierto que la conducta antijurídica previamente demostrada presenta esas

características de excepción que exigen una condena "extra" que persiga no sólo resarcir a la víctima sino también sancionar al responsable y quitarle todo resabio de rédito económico derivado de esa inconducta, y a la vez que genere un efecto ejemplificador que prevenga su reiteración (ver CNCom, Sala D 31.8.2012, "Liberatore Lydia Lilian c/ Banco Sáenz S.A. s/ ordinario").

A diferencia de todo cuanto alega el accionante, es cierto que debió recurrir a la acción de amparo, pero no encuentro plasmados los recaudos de excepción a que hice referencia: grave inconducta, total desprecio del usuario y generación de ganancias o réditos. No advierto y mucho menos ha sido probado, que en el caso haya existido dolo o culpa grave por parte de la demandada. La responsabilidad por haber incumplido su deber de seguridad ya ha sido determinada y condenada a la indemnización correspondiente.

Y no se aprecia intención alguna de dañar por parte de la accionada.

Antes bien, entiendo que la conducta antijurídica de la demandada se basó en una falta de diligencia que era esperable y exigible por su condición de "especializada", "proveedora" y "parte fuerte", mas no trasuntó en una deliberada falta de consideración y trato digno al consumidor con total desaprensión a su integridad y dignidad.

Tampoco se acreditó, que esa negligente conducta hubiera respondido a un cálculo de probabilidades económicas que le sugerían actuar del modo en que lo hizo, por ser económicamente más rentable que conducirse como debió haberlo hecho.

Con relación al segundo requisito, el elemento objetivo, consiste –en lo conceptual- en una conducta que produzca un daño que supere un piso o umbral mínimo y que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad una apoyatura de ejemplaridad.

Apreciada la procedencia del rubro con el aludido carácter restrictivo no advierto mayor gravedad, esto es significativa, extraordinaria, desde la perspectiva de los daños concretos (y potenciales) padecidos por la actora, que justifiquen una indemnización extra que se sume a las indemnizaciones por el daño espiritual realmente experimentados por los damnificados.

En modo alguno significa minimizar la conducta disvaliosa y perjudicial de la demandada, sino que la misma está suficientemente resarcida mediante la indemnización conferida por esta decisión, teniendo en cuenta la conducta de la demandada y la gravedad del perjuicio sufrido.

Señaló Atilio Alterini, que habría sido preferible que el legislador, amén de tener en cuenta para la cuantificación del monto "la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso", hubiera considerado puntualmente, como dispone el artículo 49 para las sanciones previstas en el artículo 47, "el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho".

En definitiva, “es de esperar: a) Que la praxis jurisprudencial de la multa civil sea prudente; b) Que su función “moralizadora del mercado” se concentre como corresponde en la protección de valores superiores como la vida, la s., la integridad física y la reputación; c) Que se atienda al principio de proporcionalidad, que implica no establecer otras penas que las “estricta y evidentemente necesarias”; d) Que se tenga en cuenta que la magnitud de la multa debe ser confrontada con las garantías constitucionales; y e) Que en todo caso sean desalentados los “cazadores de pena privada” (Alterini, Atilio Aníbal, “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después” LL *on line*: AR/DOC/905/2008).

En consecuencia, revoco la sentencia en este sentido.

2. *Costas y honorarios*:

Atento a la solución que propongo, modificatoria de la de primera instancia, corresponde readecuar costas y honorarios conforme el art. 282 del CPr.

Las costas de ambas instancias serán impuestas a la demandada vencida, pues el éxito obtenido en esta alzada no modifica su calidad de vencida.

Los honorarios correspondientes a la labor desarrollada en la primera instancia deben ser regulados teniendo en cuenta las pautas de los arts. 5 a 9 y 10 que prevé el supuesto de litisconsorcio de la Ley XIII-4 DJPCh.

En consecuencia, regularé a favor del Dr. R. A. G. en el 20% del monto del proceso, al Dr. A. F. A. en el 18% a calcular sobre el monto del proceso y los de la

perita psicóloga, Lic. A. D. S. en un 3% sobre la misma base.

Los de esta instancia se fijarán de conformidad con las pautas establecidas en el artículo 5 de la ley de aranceles vigente y en un todo de acuerdo con la escala arancelaria prevista en el artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto, corresponde sean determinados los del Dr. R. A. G. en el 25% y los del Dr. A. F. A. en el 28%, en todos los casos porcentajes a calcular sobre los que les corresponden por su actuación en la instancia de grado.

En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria la siguiente:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia Definitiva nro. 111/23.

2) Modificar la sentencia venida en crisis y revocar el monto concedido por daño punitivo.

3) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

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

5) Regular los honorarios profesionales en la forma propuesta.

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

I) En esta instancia, me corresponde emitir mi voto en esta causa con respecto a los agravios expuestos por la demandada, en lo atinente al daño punitivo.

Cabe recordar que los antecedentes de la causa ya fueron reseñados por mis colegas preopinantes, motivo por el cual me remito a los mismos.

Ante la disidencia expuesta por mis colegas preopinantes con relación a si corresponde la procedencia del daño punitivo, me expediré.

Por tanto, mi participación en tercer voto, se circunscribe a determinar si en el caso, la procedencia del daño punitivo fue acertado.

Por un lado, el Dr. Hayes en este punto confirmó lo resuelto por la jueza de primera instancia y, por el otro lado, la Dra. Zanatta revocó el fallo y considera que el daño punitivo no corresponde.

Por lo expuesto precedentemente y en atención a la letra del art. 274 del CPCCCh por el que se dispone que los miembros del tribunal emitirán su voto fundado examinando en el mismo las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios y que la decisión se adoptará por mayoría, "bastando para formarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término", dejando a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión; en razón del lugar que me ha sido asignado para votar, en el caso particular me expediré exclusivamente en la extensión que exigen la disidencias a las que antes me refiriera.

Antes de hacerlo, destaco que tal como lo ha sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, la mayoría legal consiste en la coincidencia de opiniones de por lo menos dos de los tres jueces que integran el tribunal y equivale a unanimidad cuando solo actúan en los casos en que está

permitido. Debe producirse respecto de cada cuestión esencial y para lograr coincidencia que forma mayoría, los jueces deben arribar a una conclusión idéntica (*cf*. SD nros. 45/95; 26/SRE/99; 30/SRE/99; 04/SRE/04).

Ahora, ello no implica exigir fundamentos iguales. Cada juez puede dar los suyos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. De otra manera, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que pedir una reiteración de fundamentos de cada miembro del tribunal. La coincidencia hace referencia a que estos no sean contrapuestos, contradictorios, antagónicos, incompatibles o excluyentes entre sí. Es decir, lo que se procura es que estos puedan acumularse (*cf*. Loutayf Ranea, Roberto G., "El recurso de apelación en el proceso civil", pág. 292 y sgtes., ed. Astrea).

II) *Tratamiento de los agravios*:

En este capítulo trataré el agravio planteado por la demandada contra la sentencia de primera instancia, relacionado con la procedencia del daño punitivo.

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)” (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).

Ahora bien, ingresando en el tratamiento, cabe recordar que la jueza de primera instancia considero que en el expediente se ha evidenciado el mantenimiento de una conducta desaprensiva de U. S. S.A, quien ha obligado al afiliado a procurarse por su propios medios la atención médica frente a la desafiliación e iniciar reclamos judiciales para obtener el reconocimiento de sus derechos, actitud contraria al primordial objeto de la empresa.

Además, sostuvo que se debe tener en cuenta la existencia de 5 reclamos ante la Oficina de Defensa del Consumidor, sin éxito alguno.

De allí remarco que existió una deficiente prestación del servicio, frente a los usuarios y consumidores.

Sostuvo que la "gravedad del hecho" no se dimensiona mirando solamente el perjuicio causado al accionado, sino multiplicado el mismo por los miles de afiliados en todo el país de la demandada.

La demandada argumenta que la jueza de primera instancia no tuvo en cuenta las particularidades del caso y la aplicación restrictiva del instituto de los daños punitivos. Afirma que no hubo prestación deficiente del servicio. Y que no se ha demostrado la culpa grave de la demandada.

Ahora bien, ingresando a tratar la cuestión, considero que en autos están probados los presupuestos del artículo 52 bis de la LDC, pues hubo culpa grave en el incumplimiento de la demandada, y además la actora tuvo que hacer su reclamo ante la Oficina de Defensa del Consumidor y también recurrir a esta instancia judicial.

Además, es importante disuadir este tipo de conductas. Máxime la posición económica de la prestadora de s. en el mercado y su envergadura.

También se debe tener en cuenta el derecho de s. de la actora, el que cuenta con jerarquía constitucional (artículos 33, 41 y 42 de la Constitución nacional), donde se refieren a la relación de consumo y donde se protege del derecho a la s. de los ciudadanos.

La jurisprudencia ha dicho: "Los daños punitivos que autoriza el artículo 52 bis de la Ley 24240 (según redacción de la Ley 26361) persigue tres funciones: 1) sancionar al causante del daño que derivó de una conducta intolerablemente nociva; 2) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; 3) La imposición de estas multas tendrá por efecto prevenir o evitar la reiteración de

este tipo de evaluaciones económicas. Esta tercera cara de la multa civil, persigue un efecto disuasivo que impida la concreción del hecho dañoso" (del voto del Dr. Vassallo al que adhiere el Dr. Heredia, "Castañón, Alfredo José vs. Caja de Seguros S.A. s. Ordinario" - CNCom. Sala D, 09/04/2012, Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom., RC J 5069/12.

Advierto que en el caso, la conducta de la demandada, teniendo en cuenta el trascendental servicio de s. que presta, fue extremadamente grave al no brindar la cobertura por tema oncológico, que no solo obligo a la actora a iniciar reclamos ante la Oficina del Consumidor, sin éxito, sino que además tuvo que iniciar acciones judiciales para satisfacer su pretensión y poder obtener la cobertura médica del caso.

Debo destacar que la procedencia del amparo demuestra la culpa grave de la demandada, pues ante un tema de s. severo, como es un problema oncológico, la actora tuvo que ir al ámbito judicial para recibir la prestación.

Y además, es claro que los daños punitivos, es la sanción disuasiva adecuada para que no ocurra lo mismo con otros afiliados de la demandada, y, además, tengo en cuenta la envergadura y posición en el mercado de la demandada.

La jurisprudencia ha dicho al respecto: "El contrato de medicina prepaga expresa una relación de consumo y tiene por objeto una finalidad social porque se relaciona con la protección de la s. y los intereses económicos de los consumidores, a quienes también debe asegurarse un trato digno, equitativo y no discriminatorio (arts. 1097 y 1098, Código Civil y

Comercial). Se trata de una cláusula constitucional operativa. Es más, para que proceda la multa civil, no es necesario que el consumidor experimente un daño específico, bastando con que se den los presupuestos para la procedencia del instituto, entre ellos el incumplimiento grave del proveedor. Estos recaudos surgen evidentes del propio proceso de amparo. En este caso el amparo resulta ser el proceso principal para determinar la procedencia de la multa civil. No corresponde buscar a una acción autónoma para debatir la procedencia del denominado daño punitivo, mejor comprensible como multa civil o cláusula penal disuasiva. En el caso bajo examen, la desafiliación del actor y la actitud procesal asumida durante la tramitación del presente por parte de la demandada, vulneraron el derecho del amparista, incurriendo de ese modo en la violación de la obligación de brindar al consumidor un trato digno, contrariando la equidad ante la ley. Ello, sumado a la procedencia del amparo, lleva a concluir que en el caso bajo examen las circunstancias apuntadas tienen la entidad suficiente para aplicar en la especie el daño punitivo" ("M. G. R. F. vs. A. M. S. S. s. Amparo" - CCC Sala I, La Matanza, Buenos Aires, 22/12/2022, Rubinzal Online, RC J 184/23).

Por lo tanto, se rechaza el agravio de la demandada.

Atento al resultado de los recursos, corresponde imponer a la demandada las costas de segunda instancia; asimismo, y teniendo presentes las pautas de la ley arancelaria, coincido con la regulación de honorarios propuesta por el primer votante para los trabajos realizados en la alzada.

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

De modo tal que adhiero al voto del Dr. Hayes.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. Zanatta, la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por actora y demandada y confirmar la Sentencia nro. 111/23 de fecha 5 de octubre de 2023.

2) Imponer las costas de la alzada a la parte demandada vencida.

3) Regular los honorarios profesionales por la labor ante la alzada al Dr. R. A. G. en el veinticinco por ciento (25%) y al Dr. A. F. A. en el veinticinco por ciento (25%), en todos los casos a calcular sobre los correspondientes a los de la primera instancia, y con más la alícuota del IVA de corresponder.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 20 DEL AÑO 2024 DE LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C"