

Derecho A La Salud Contratos De Medicina Prepaga Proposito De Lucro Derechos Constitucionales Garantizados Responsabilidad Civil

JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Contratos de medicina prepaga. Propósito de

lucro. Derechos constitucionales garantizados. Responsabilidad civil Se mantiene la condena civil a la empresa de medicina prepaga demandada por no haber accedido voluntariamente a la realización del estudio que el amparista discapacitado necesitaba.

En Buenos Aires, a los 18 días del mes de mayo de dos mil dieciséis, reunidas las señoras jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por ?GARCIA INK, TOMAS? contra ?SWISS MEDICAL S.A.? sobre ?ORDINARIO?, en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden: Doctoras Piaggi, Ballerini y Díaz Cordero. Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? La señora Juez de Cámara Doctora Piaggi dijo: I. ANTECEDENTES FACTICIALES DEL PROCESO Llegan estas actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud de la apelación deducida por Tomás García Ink (fs. 245) y por Swiss Medical S.A. (en adelante ?Swiss Medical?) (fs. 259) contra la sentencia del 29-05-2015 (fs 235/242) que acogió el reclamo del accionante, condenado a Swiss Medical al pago de veintidós mil setecientos cincuenta y un pesos con setenta y nueve centavos (\$22.751,79) con más sus intereses y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes (fs. 241 vta./242). A los fines de facilitar la comprensión de la solución propuesta, previo al análisis de los agravios de las apelantes recordaré que la génesis del reclamo del accionante se originó en su condición de discapacitado por padecer la ?Enfermedad de Crohn?, que le diagnosticaron en el año 2006 en el Hospital Juan de Dios de Ramos Mejía. Esta enfermedad consiste en una patología gastrointestinal crónica que provoca entre otras sintomatologías: diarreas, proctorragia, dolor abdominal, tenesmo rectal, pérdida de peso, fistula perianal con abscesos que requieren drenaje, etc (fs. 36 vta.). No está controvertida en autos ni la condición del accionante como afiliado a la cobertura de salud provista por Swiss Medical (que esa empresa reconoció, 60 vta.), ni su condición de discapacidad (fs. 160/162). Sin embargo, en el caso se sucedieron una serie de desacuerdos entre el accionante y Swiss Medical que motivaron la promoción de un amparo, de una medida cautelar y del presente proceso ordinario. I) Del expediente caratulado ?García Ink Tomás c./ Swiss Medical SA s./ sumarísimo? que obra agregado ad effectum videndi, surge que el 20-04-2010 el accionante incoa una acción de amparo para solicitar que se ordene a Swiss Medical a brindar de forma completa la cobertura ininterrumpida y mensual (a razón de dos ampollas subcutáneas por mes mientras dure el tratamiento actual) del medicamento recetado y/o con la periodicidad y/o del medicamento y/o del tratamiento que se le indique en el futuro, todo ello como paliativo para tratar la Enfermedad de Crohn (fs. 18 del amparo). Conjuntamente con la acción de amparo, el accionante solicitó una medida cautelar dirigida a que se ordenara a Swiss Medical a otorgar cobertura del 100% de la medicación, en las cantidades y dosis indicadas por el profesional tratante; mientras fuera prescripta hasta tanto se resolviera sobre el fondo. La acción de amparo y la medida cautelar tramitaron ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°5, Secretaría N° 9. El 29-04-2010 el Tribunal interviniente concedió la medida cautelar solicitada, bajo responsabilidad del accionante y caución juratoria (fs. 27/28 del amparo y fs. 110/111 del incidente de medida cautelar). Swiss Medical al ser notificada (fs. 42 del amparo) apeló (fs. 40 del amparo), sin dar cumplimiento a la medida cautelar (fs.43 del amparo). El recurso de apelación fue concedido con efecto devolutivo y, por ende, se intimó a Swiss Medical a cumplir la medida otorgada (fs. 44 del amparo). El 16-11-2010 la Sala 3° de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la medida otorgada (fs. 143/144 del incidente de medida cautelar). El 18-12-2012 en el expediente correspondiente al amparo -que tengo a la vista- se dictó sentencia sobre el fondo de la cuestión, condenando a Swiss Medical a devolver al accionante las sumas que debió abonar para adquirir la medicación cuando se encontraba vigente la medida cautelar ordenada en esa causa (fs. 349 vta. del amparo) y, a asegurar el 100% del costo de la medicación que los profesionales ordenaron al accionante para el tratamiento de la enfermedad (fs. 348/350 del amparo). El 06-03-2013, a solicitud del actor (fs. 363 del amparo) se aclaró el fallo ?en el sentido que condena a la demandada a asegurar la cobertura total (en un 100%) del costo de la medicación recomendada por los profesionales tratantes, o de la que recomienden en el futuro así como de los tratamientos que ellos pudieran indicar, ello, para tratar su enfermedad (?de Crohn')? (fs. 364 del amparo). El 01-03-2013, el accionante apeló la sentencia (fs. 365), la defendida lo hizo el 06-03-2013 (fs. 367/375 del amparo) y el 04-06-2013 la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó su pronunciamiento (fs. 396/397 del amparo). II) En tanto tramitaba el amparo, Swiss Medical ignoró el pedido de autorización de la orden médica del 04-09-2011 en la que Dr. María Alicia Sambuelli médica del actor, prescribió que debía realizarse entero resonancia con contraste (fs. 10). Agrega que se presentó en las oficinas de Swiss Medical para autorizar la orden y se le

respondió que sería evaluada por el sector de Auditoría Médica (fs. 36 vta. de estas actuaciones). Al no obtener respuesta, el 02-11-2011 remitió a la demandada una CD (fs. 8/9) reiterando el pedido de autorización con cobertura del 100% del estudio médico (fs. 9). El 09-11-2011, la CD le fue devuelta ante la imposibilidad de ser entregada en destino por causa de "pieza rechazada" (fs. 170/171). El 22-11-2011 el pretensor notificó a Swiss Medical por acta notarial, el contenido de la CD del 02-11-2011 (fs. 13/16). Pagando \$600,69 de honorarios por su confección (fs. 17). El 30-11-2011 "García Ink" se realizó el estudio médico en el Hospital Italiano (fs. 154) abonando \$2.151 (fs. 155/156). Posteriormente, inició esta causa en la que demanda la repetición de las sumas pagadas al Hospital Italiano (estudio médico) y a la escribana (notificación de los términos de la CD del 02-11-2011 a Swiss Medical). Reclama también una indemnización por daño moral que estimó en \$5.000 y la imposición a la demandada de una multa por daño punitivo en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240 que estimó en \$50.000 (fs. 38 vta.).

II. LA SENTENCIA RECURRIDA La tesitura del asegurado - acogida por el Tribunal de la anterior instancia- fue que Swiss Medical estaba obligada a proporcionar la cobertura del estudio médico (leyes 23.661 y 24.901 y art. 42 de la CN). La sentencia recurrida condenó a Swiss Medical a pagar la suma total de \$22.751,79 con más intereses sin capitalizar, a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento de documentos a treinta días desde la fecha de cada factura (240 vta.). Este monto incluyó la devolución de las sumas que el actor pagó al Hospital Italiano y a la escribanía; y reconoció una indemnización por daño moral de \$5.000 y una multa por daño punitivo en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240 de \$15.000 (fs. 241).

III. LOS AGRAVIOS El accionante se agravió del fallo el 28-08-2015 (fs. 273/274) y recibió respuesta el 25-09-2015 (fs. 285/286); la defendida lo hizo el 15-09-2015 (fs. 278/282) y recibió respuesta el 08-10-2015 (fs. 288).

i) Pretende el demandante que se eleve la multa por daño punitivo que el Tribunal de la anterior instancia fijó en \$15.000, que calificó de ínfima (fs. 273). Sus críticas pueden resumirse así: a) al fijar la multa en ese monto, el fallo recurrido desnaturalizó la función disuasiva que para el futuro fundamenta la aplicación del art. 52 bis de la ley 24.240 (fs. 273 vta.); b) la suma en la que se fijó la multa del rubro es incluso inferior a la que abona mensualmente a "Swiss Medical", por la cobertura que brinda a su grupo familiar (fs. 273 vta.); c) que si bien al interponer la demanda estimó el monto de \$50.000 en concepto de daño punitivo, tal suma está "completamente depreciada por el pernicioso efecto de la inflación que (...) azotó a nuestro país desde el inicio de esta demanda (agosto de 2013)" (fs. 273 vta.); d) el Tribunal de la instancia anterior consideró acreditado que "Swiss Medical" incurrió en una grave inconducta reprochable, que le causó un daño irreparable cuando tenía una sentencia firme a su favor (fs. 273); e) el pronunciamiento recurrido, estimó probado que la defensa se negó injustamente a recibir la CD del 02-11-2011 y a autorizar el estudio médico; f) la demandada incumplió sus obligaciones, soslayando la tutela especial del accionante derivada de su discapacidad (fs. 273) y; g) debe elevarse el monto de la condena, con costas.

ii) "Swiss Medical" presentó dos agravios: a) pretende que se revoque el fallo recurrido por arbitrariedad, porque estimó que se valoraron las pruebas en forma parcial y no en su conjunto (fs. 278/279 y 282). Señaló que establece que sólo examinará las cuestiones relevantes para la composición de la litis, pues el Tribunal consideró que no debía analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino sólo aquellas que sean importantes para el resultado del litigio. También, se queja porque sólo se refirió a los medios de prueba que fueran conducentes para el esclarecimiento del litigio (fs. 278). Añadió, la recurrente que la a quo utilizó este fundamento para hacer una interpretación caprichosa de las constancias de la causa (fs. 278) y tergiversar el thema decidendum de la litis (fs. 278 vta.). En particular, señala que se soslayó que el estudio médico no está incluido en el Plan Médico Obligatorio (en adelante "PMO") según surge de la prueba informativa corriente a fs. 179. Que tampoco, tuvo en cuenta que no se agregó al expediente como prueba documental, el informe del estudio médico por el cual el accionante reclama el reintegro. Y que omitió valorar tanto la prueba informativa obrante a fs. 139 (contestación de oficio del Hospital Italiano) que demuestra que el estudio médico de fechas 02-11-2011 y 30-11-2011, no estaba incluido dentro del acuerdo arancelario entre el Hospital Italiano y "Swiss Medical", como la prueba informativa obrante a fs. 154 en la que el "Hospital Italiano" afirma que el contrato con "Swiss Medical" no incluye el estudio médico que el accionante se realizó. Finalmente, refiere que nada se dice sobre la pericia contable corriente a fs. 172, de la que surge que el accionante se encuentra afiliado a un plan "cerrado" (fs. 278 vta./279). b) pretende la revocación de la sentencia en tanto impone el pago de una indemnización por daño moral (fs. 281) y una multa por daño punitivo (fs. 282). A su criterio, la falta de valoración de la prueba en su conjunto condujo a condenar a "Swiss Medical" a pagar una indemnización por ambos rubros, cuyo monto quintuplica la suma abonada por el estudio médico (fs. 279 vta.). Sostiene que se trata de un incumplimiento contractual y que el daño moral debe meritarse en los términos del art. 522 del CCiv. (fs. 279 vta.). Agregó, que no se cumplieron los requisitos para la procedencia de la indemnización por daño moral en materia contractual prevista en el art. 522 CCiv., pues el incumplimiento debe ser doloso (fs. 280) y la conducta de Swiss Medical no lo fue (fs. 280 vta.). Reitera que el estudio médico no está incluido en el PMO, ni en el contrato entre "Swiss Medical" y el "Hospital Italiano" (280 vta.), ni en el plan médico que el actor contrató (fs. 280 vta.). Invoca jurisprudencia sin indicar el caso ni la fuente de la cita (fs. 280). Según la defendida, no se acreditó la existencia del daño moral y ello obstaculiza su procedencia, porque en materia contractual el perjuicio

extrapatrimonial no se presume y el pretensor tiene la carga de la prueba. Finalmente, arguye que no puede atribuirse responsabilidad a Swiss Medical porque el accionante haya decidido practicarse el estudio médico de manera unilateral, sin su autorización (fs. 281). Respecto de la multa por daño punitivo, destaca que tiene naturaleza sancionatoria y no resarcitoria (fs. 281). Cita doctrina en apoyo de su argumento de que los daños punitivos no proceden en materia contractual (fs. 281). Limitándose a enunciar que el instituto es inconstitucional en tanto no respeta ninguno de los principios que fundamentan el art. 18 de la CN, ni los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. No explica cuáles son tales principios, ni a qué tratados con jerarquía constitucional hace referencia. También, invoca doctrina que sostiene que la redacción de la norma es inadecuada, defectuosa y pésima (fs. 281 y vta.). Sintetizando, considera que no se cumplen los requisitos del daño punitivo (fs. 281 y vta.) peticionando que se revoque la sentencia recurrida con imposición de costas al accionante (fs. 282).

iii) Al contestar el traslado de los agravios, ¿Swiss Medical? pide se declare desierto el recurso de apelación que esa parte interpuso, en tanto no constituye una crítica seria, concreta y razonada de las partes de la sentencia que entiende equivocadas, pues expresa sólo disconformidad con el monto de la condena (fs. 285). Solicita el rechazo del recurso con costas (fs. 286).

iv) En respuesta al traslado de la expresión de agravios de ¿Swiss Medical?, su contraria solicita otro tanto; sosteniendo que las alegaciones vertidas no constituyen una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia que se recurre (fs. 288). En subsidio, contesta el traslado de la expresión de agravios y sus argumentos pueden resumirse así: a) la conducta de ¿Swiss Medical? fue reticente, pues no sólo negó a otorgar la autorización para el estudio sino que se negó injustamente a recibir la misiva del 02-11-2012 (fs. 288); b) ¿Swiss Medical? incurrió en una grave inconducta reprochable que dañó al actor, quien tenía un fallo firme a su favor (fs. 288 vta.); c) también rehusó cumplir sus obligaciones soslayando su tutela especial derivada de su discapacidad (fs. 288 vta.) y, d) solicita se confirme el pronunciamiento apelado, con costas (fs. 288 vta.).

Respecto de las afirmaciones vertidas a fs. 273 y 288 vta. Esta la preopinante señala que no procede afirmar que al momento en que envió la CD del 02-11-2011 y se realizó la notificación notarial, contaba con un fallo judicial firme a su favor. La sentencia del amparo es del 18-12-2012 y la aclaratoria del 06-03-2013.

IV. DICTAMEN DE LA SRA. FISCAL GENERAL La Sra. Fiscal General presentó su dictamen el 28-12-2015 (fs.296-309) que propicia el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la demandada y hacer lugar al recurso del accionante, elevando el monto de los daños punitivos. Sin embargo, observo que en el punto I del dictamen afirma que el accionante ¿interpone demanda de daños y perjuicios [...] por la suma de \$50.000 en concepto de daño moral y punitivo? (fs. 296). En realidad, el accionante reclama \$57.751,79 más intereses (facturas \$2.751,79, daño moral \$5.000 y daño punitivo del art. 52 bis de la ley 24.240 \$50.000 -fs. 38 vta.-).

V. CUESTIONES PRELIMINARES Como dije supra, la defendida al contestar los agravios (fs. 285/286) y el pretensor al contestar los agravios de la defendida (fs. 288) solicitaron la declaración de deserción del recurso interpuesto por la contraparte. Ahora bien, art. 265 del CPR. prescribe que ¿el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores?. Declarar desierto el recurso, señalando, en su caso, cuáles son las motivaciones esenciales del pronunciamiento recurrido que no han sido eficazmente rebatidas (art. 266 CPR.).

Analizadas las piezas de fs. 285/286 y fs. 288 bajo tales parámetros, se verifica que aunque distan de exhibir una adecuada suficiencia técnica, se exteriorizan en ambos casos, los agravios o los esbozos de crítica pertinentes para abrir la función revisora en procura de asegurar más adecuadamente el derecho de defensa (art. 18 CN). En consecuencia, no cabe declarar la deserción de los recursos y pasará al tratamiento de los respectivos agravios. Luego de analizar los antecedentes del caso, los diversos medios de prueba aportados al expediente de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 CPR.) y la sentencia recurrida, anticipo que el pronunciamiento apelado será modificado parcialmente.

VI. ARBITRARIEDAD El agravio de la defendida respecto que la sentencia recurrida es arbitraria porque no valoró pruebas y hechos que eran conducentes para el resultado del litigio, tales como que la entero-resonancia no estaba incluida en el PMO y que el plan de salud que el accionante contrató era de tipo cerrado, será rechazado. La sentencia de la a quo no es arbitraria, porque versa sobre los hechos que integraron la litis (Fallos, 186:297; 242:227; 242:456; 315:2969, entre otros), satisfecha esa exigencia, no existe afectación alguna de los preceptos constitucionales (Fallos, 310:2094). Por lo demás, los jueces no estamos obligados a considerar todos y cada uno de los argumentos de las partes sino sólo aquellos que se estiman esenciales y decisivos para fallar en la causa (cnfr. CSJN ¿Altamirano, Ramón c./ Comisión Nacional de Energía Atómica?, del 13- 11-1986; ídem, ¿Soñes, Raúl c./ Adm. Nacional de Aduanas, del 12-02-1987, bis ídem, ¿Pons, María y otro? del 06-10-1987; ter ídem, ¿Stancato, Carmelo?, del 15- 09-1989; v. Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279, 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 297:140; 310:1162; 311:2135; 327:525; entre otros). En el punto III.5, el pronunciamiento apelado juzgó irrelevante que el estudio médico no estuviera incluido en el PMO; considerando que la actitud de la demandada refleja que adoptó una postura contumaz dirigida a eludir deliberadamente obligaciones concretas que afectan el derecho a la salud del accionante, quien posee una tutela especial en razón de su discapacidad (fs. 239 vta./240). Si la defendida está obligada a brindar esa cobertura e incumplió dolosamente su obligación. Existen cuatro razones que dan fundamento a esta

conclusión: a) el PMO previsto en la ley 24.754 no establece un techo ni un numerus clausus, sino que constituye un presupuesto mínimo de prestaciones que las empresas de medicina prepaga deben brindar a sus afiliados (leyes 24.754 y 23.661). El propósito del PMO es garantizar la salud de la población en su conjunto y, la Organización Mundial de la Salud definió el derecho a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como ausencia de enfermedad (Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Documento Oficial No. 240, p. 23 Washington D.C., USA, 1991). Su protección exige el criterio más amplio posible. Como es sabido, el PMO está sujeto a revisiones y actualizaciones periódicas y más allá de las prestaciones que incluya, lo cierto es que no existen patologías excluidas. b) la amplitud de prestaciones prevista en la ley 24.901 responde al objetivo de lograr la integración social de las personas con discapacidad (arts. 11, 15, 23 y 33). De tal manera, implementa un sistema de prestaciones básicas de atención integral de las personas con discapacidad que incluye acciones de prevención, asistencia, promoción, protección y rehabilitación a fin de brindar a los beneficiarios "una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos" (arts. 1, 2, 14, 15, 16 y 17). Ergo, es indubitable que el estudio médico cuya autorización se solicitó estaba incluido entre las prestaciones de la ley 24.901. El cumplimiento del régimen de protección plena de la salud de las personas con discapacidad, incumbe -sin distinción- a las empresas de la medicina privada (Fallos, 330:3725). Y es basilar considerar que la ley 26.852 les encomendó la cobertura integral prevista en la ley 24.901 y en el art. 28 de la ley 23.661, con independencia de las cláusulas contractuales y del carácter de la prestación (art. 7º, ley 26.682). Esta ley entró en vigencia en mayo de 2011, con antelación a la fecha de producción de los hechos que originaron este litigio. Rige el marco regulatorio de la medicina prepaga y es de orden público (art. 28, ley 26.682). Ello a pesar que la a quo no la menciona. c) también resulta irrelevante que el plan que el accionante contrató con defendida fuera cerrado y que el contrato entre ?Swiss Medical? y el ?Hospital Italiano? no incluyera el estudio en cuestión. Las empresas de medicina prepaga tienen a su cargo la gestión de servicios de salud, siendo ésta una función social trascendental y prioritaria respecto de toda cuestión comercial; la interacción de las leyes 24.754, 24.901 y 26.682 equilibra los intereses en juego. Estas empresas deben garantizar a sus afiliados tanto las coberturas pactadas, como las legalmente establecidas (Fallos, 324: 677). Y establecen una responsabilidad social y legal que les impide invocar cláusulas contractuales para justificar el incumplimiento de las obligaciones a su cargo (leyes 24.754, 24.901 y 26.682. Fallos, 324:677). El propósito de lucro de la actividad que las empresas de medicina prepaga desarrollan, cede ante la protección de derechos constitucionalmente garantizados (art. 42 CN) y, las garantías reconocidas por los Tratados sobre Derechos Humanos incorporados a nuestro derecho interno con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN). El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos (art. 10), la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad (art. 25, ley 26.378), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) reconocen el derecho a la salud (Fallos, 324:3569; 327:2127 y 2413; 330:3725; 331:2135; 332:1394 y sus citas; entre otros). Las disposiciones de estos tratados integran el orden público internacional argentino y a ellas debe conformarse todo el ordenamiento interno bajo pena de acarrear la responsabilidad internacional del Estado (cnfr. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 27 y Fallos, 319:2411; 318:1269 entre otros). d) al contrato de servicios de medicina prepaga le es aplicable la ley 24.240 y las pautas jurisprudenciales generadas a partir de su aplicación. Es un contrato de adhesión y de consumo (CNCom., esta Sala, in re: ?Vons, Guillermo José María c./ A.M.S.A. Asistencia Médica Social Argentina?, 26-10-09). Además; el accionante como consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural. Sintetizando, la materia recursiva atañe a la subordinación negocial determinada tanto por el hecho de la adhesión como del consumo. La adhesión a las cláusulas predisuestas por una empresa y la existencia de un servicio prestado a un consumidor, determinan que tanto el marco legal como contractual que vincula a las partes deban considerarse de la forma más favorable para éste último (art. 42 de la CN y arts. 3 y 37 de la ley 24.240) (Fallos, 324:677). VII. DAÑO MORAL Como se dijo, la defendida se agravió sobre la procedencia de la indemnización por daño moral porque según sostiene su conducta no fue dolosa. El daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, modificación disvaliosa del espíritu o agravio a las afecciones legítimas que puede consistir en profundas preocupaciones, estado de aguda irritación y en general toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación pecuniaria, que exceden los que por el sentido amplio de dolor se entiende afectado el equilibrio anímico de la persona (CNCom., esta Sala, in re: ?Maillot González, Iris c./ OSPIP s./ sumario? del 14-12-2004). La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que este daño consiste en sufrimientos y aflicciones causadas a las víctimas directas y a sus familiares; y el agravio de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, tales como las alteraciones de las condiciones de existencia de la víctima o de su familia ("Caracazo vs. Venezuela" del 29-08-2002, párr. 94; "Trujillo Oroza vs. Bolivia" del 27-02-2002, párr. 77; entre otros). El accionante padeció las siguientes contingencias: a) no obtuvo respuesta a su solicitud de autorización del estudio médico; b) envió una CD que Swiss Medical no quiso recibir, que debió notificar notarialmente y; c) no tuvo otra opción que iniciar esta acción a fin de obtener la devolución de las sumas pagadas para realizar el estudio médico en cuestión. Parece indubitable que tales extremos

excedieron la mera molestia o incomodidad, tornándose en una situación en la que el actor vio frustrada su legítima expectativa de una tempestiva y eficaz cobertura de salud del tratamiento de su enfermedad incapacitante; aun cuando había realizado todas las gestiones tendientes a obtener la autorización del estudio médico. Como es sabido, la indemnización del rubro tiene naturaleza resarcitoria (Fallos, 184:52; 311:1018; 316:2894; 318:1598; 321:1117; 325:1156; 326:847; 327:5991; 328:4175; 329:2688; 329:3403; 329:4944; 330:563), confirmada por la procedencia de otorgar en forma independiente otros montos económicos para sancionar la conducta del responsable; vgr. los daños punitivos previstos en el art. 52 bis de la ley 24.240. Yerra la demandada cuando afirma que el dolo es requisito para que proceda la indemnización por daño moral contractual. El art. 522 CC no exige la intención dolosa en el autor del hecho. La norma establece que el Juez ¿podrá? condenar al responsable a la reparación del agravio moral en los casos de indemnización por responsabilidad contractual ¿de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso?. En este daño, la prueba directa del hecho lesivo y la legitimación activa de la pretensora bastan para concluir su existencia (CNCom, esta Sala, in re: ¿Fernández, J. c. Autoplan -Círculo de Inversores S.A.? del 15-11-2002) y atribuir responsabilidad al dañador.

VIII. DAÑO PUNITIVO El accionante critica que la a quo dispuso un monto exiguo en concepto de daño punitivo, mientras que la defendida reprocha su procedencia. El agravio del accionante será acogido. La queja de la defendida sobre la improcedencia y la inconstitucionalidad del daño punitivo, se rechazará. Los daños punitivos, en realidad, pese a su denominación debida a una traducción objetable del inglés, incorporados en el art. 52 bis de la ley 24.240 son de naturaleza pecuniaria disuasiva/punitiva, en tanto se transforma en un elemento adicional a la hora de sancionar al victimario y evitar futuras conductas dañosas. Se puede distinguir en el daño punitivo una función principal y otra accesorio. La principal es la disuasión y la causación de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente (CNCom, esta Sala, in re: ¿Barrera, Jorge Ramón c./ Coto Centro Integral de Comercialización s./ ordinario? del 20-03-2016). La función accesorio es la sanción al dañador, ya que toda multa civil, por definición tiene una función sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria (CNCom, esta Sala, in re: ¿Raspo, Miguel Ángel y otros c./ Swiss Medical S.A. s./ordinario? del 02-06-2015). Los beneficios que mediante el perjuicio ocasionado, obtiene el victimario sobrepasan el costo de la indemnización y, este dañar se convierte en una ganancia (es decir en un incumplimiento intencional teñido de culpa lucrativa), situación configurada en autos. Es necesario imponer una suma de dinero que evite que damnificar se transforme en negocio. Por otra parte, como sostuvo esta Sala en el fallo: ¿Mourrut de Beauverger c./ Forenza S.A. s./ sumarísimo? del 21-03-2013, el daño punitivo comprende las sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños experimentados por el damnificado, destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. Lo anterior apunta a que el dañador pague a la víctima cierta suma de dinero, con el fin de castigar graves inconductas del victimario y evitar el acaecimiento de hechos semejantes en el futuro. Al cuantificarlos, deben contemplarse las circunstancias del caso; la gravedad de la falta cometida por el sujeto, su situación patrimonial, la dimensión de la reparación y su actitud con posterioridad al hecho. La accionada incurrió en una grave inconducta que le reportó beneficios económicos y, reitero la finalidad de estos daños es desbaratar la perversa ecuación. La conducta de la agresora se alejó de la buena fe (art. 1198 CCiv.). Obsérvese, que al tiempo en que el accionante solicitó a ¿Swiss Medical? autorización para realizar el estudio médico (entre septiembre y noviembre de 2011), se encontraba vigente la ley 26.682 (mayo de 2011) que impone la obligación de cubrir como mínimo las prestaciones comprendidas en el PMO y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, previsto en la ley 24.901 y sus modificatorias. Sintetizando, si la demandada sostiene que no actuó de mala fe, ni con dolo, al ignorar el pedido de autorización del estudio médico, transgredió el régimen legal y no puede excusarse en su ignorancia de la ley 26.682 para justificar su incumplimiento (art. 20 CCiv.). No tengo duda de que la falta en que incurrió ¿Swiss Medical? fue cruel y grosera, existiendo una manifiesta y grave despreocupación por las necesidades del accionante en condición de discapacidad. Por lo demás, su calidad de profesional de la salud, la responsabiliza de manera agravada, pues no procuró una comunicación efectiva con el accionante (en su condición de afiliado), sino que ignoró sistemáticamente sus requerimientos. Es que en cuestiones de salud, especialmente cuando -como en el caso de autos- está en juego la protección de las personas con discapacidad, el criterio a seguir debe ser de tolerancia cero (CNCom, esta Sala, in re: ¿Raspo Miguel Ángel y otros c./ Swiss Medical S.A. s./ ordinario? del 02/06/2015; ídem, in re: ¿Barrera, Jorge Ramón c./ Coto Centro Integral de Comercialización s./ ordinario? del 20-03-2016). El derecho de daños reconoce una ¿función de demarcación? (delimitación de fronteras entre ámbitos en que existe libertad de actuación y aquellos en los que ella se encuentra limitada en pos de la protección de determinados bienes e intereses (confr. Diez-Picazzo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 2011, t. V, p. 23). En este marco, resulta razonable considerar que se encuentran reunidos los extremos que hacen procedente la aplicación de la multa prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240. Por ende, estimo que corresponde sancionar a ¿Swiss Medical? como la causante de un daño de máxima gravedad, a fin de disuadir futuros comportamientos similares que provoquen hechos lesivos como los sucedidos en estas

actuaciones, restableciendo de este modo el equilibrio ante el padecimiento de la víctima (CNCom., esta Sala, in re: Raspo, Miguel Ángel y otros c./ Swiss Medical S.A. s./ ordinario? del 02-06-2015). En consecuencia, conforme con las pruebas producidas y los hechos suscitados, estimo apropiado elevar los daños punitivos a \$50.000. Coincidiendo con la Fiscal de Cámara que el monto fijado y apelado es exiguo, y por lo demás atiende al principio de congruencia, pues fue la suma reclamada por el rubro. IX.

CONCLUSIÓN Respecto de los agravios de la defendida voto por la negativa, y si mi criterio es compartido, deberá desestimarse el recurso. En relación al agravio del accionante, voto por acogerlo, y elevar a cincuenta mil pesos (\$50.000) la multa por daño punitivo prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240, con más sus intereses. Atento a que las partes no apelaron la imposición de los intereses correspondientes a los montos abonados al Hospital Italiano por la realización del estudio médico, y a la escribana por la notificación notarial de la carta documento, en ambos casos los intereses se deberán calcular partir de la fecha que la sentencia firme establece. En cambio, siendo que ésta nada dice respecto de cómo se calculan los intereses correspondientes al daño moral y a los daños punitivos, éstos se deberán calcular desde la fecha en la que se declaró la enfermedad. Las costas de esta instancia se impondrán -en su totalidad- a la demandada vencida (art. 68 CPr.). He concluido. X. HONORARIOS

En atención a la índole, extensión de los trabajos y las características e importancia del pleito, se elevan a veinticuatro mil pesos (\$ 24.000) los honorarios del letrado apoderado de la actora, Marcelo Raúl Otero -por las tres etapas del proceso- (arts. 6, 7, 9, 19, 37 y 38 de la ley 21.839).

Por los trabajos efectuados por los peritos intervinientes, ponderando la calidad de sus informes y presentaciones, se elevan a cuatro mil quinientos pesos (\$ 4.500) los estipendios de la contadora Marta Alicia Cuzzolaro y se confirman por el sentido del recurso -apelación por altos- en un mil doscientos pesos (\$ 1.200) los del médico Carlos E. Brodersen (art. 3 D/L 16.6338/57; L. 6742; L. 9348; D/L 1521/81). Se consideró como base regulatoria el monto del juicio integrado por el capital e intereses (CNCom., esta Sala, in re: ?Hernández Cristian Javier c./ Orbis Compañía Argentina de Seguros s./ ordinario? del 08-05-2013) devengados de conformidad con las pautas establecidas supra. Finalmente, por los trabajos realizados ante esta Alzada, que originaron la presente resolución, se fijan en siete mil doscientos pesos (\$ 7.200) los emolumentos del letrado apoderado de la actora, Marcelo Raúl Otero (art. 14 de la ley 21.839). Disidencia parcial de la Dra. Matilde E. Ballerini. Coincido en lo principal con la solución arribada por mi distinguida colega preopinante, tan sólo disiento con la fecha establecida para el comienzo de cómputo del dies a quo en lo que refiere a las indemnizaciones reconocidas en concepto de daño moral y daño punitivo. En punto a ello, estimo que el devengamiento de los intereses debe calcularse desde el 22-11-2011, fecha en que la accionada fue intimada mediante acta de notificación notarial a cubrir el estudio médico que debía realizarse el actor (ver copia a fs. 1315 vta). Así voto.

Disidencia parcial de la Dra. Díaz Cordero. Adhiero a la solución propiciada en su voto por la Dra. Piaggi, bien que con algunas discrepancias en punto al daño punitivo. Se ha definido al presente rubro como las "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 D., "Derecho de Daños", 2º parte, La Rocca Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.). Trátase entonces de una institución de sólido predicamento en el derecho anglosajón, que tiene adeptos y detractores, que ha comenzado a proyectarse, gradualmente, también dentro del sistema del derecho continental europeo y en Canadá y que ahora hizo su aparición entre nosotros. Participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinada -en principio- al propio damnificado. Y ésta existe cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros (liga de consumidores, organizaciones de tutela del medio ambiente, etc.). Así, la pena está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL, 2009-B, 949). Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob.cit.).

Asimismo, no todo incumplimiento puede dar lugar a la fijación de daños punitivos. Se requiere algo más. Y ese algo más tiene que ver con la necesidad de que exista dolo eventual o culpa grave por parte de aquel a quien se sancione con la multa. Se trata de casos de particular gravedad, que denotan, por parte del dañador, una gran indiferencia o menosprecio por los derechos ajenos, priorizando netamente aspectos económicos. Lo que se busca con esta figura es castigar la conducta desaprensiva que ha tenido el dañador

respecto de los derechos de terceros. Jurisprudencia cuyos fundamentos comparto se pronunció en igual sentido, y ha dicho que la multa civil es de aplicación excepcional y requiere de la comprobación de una conducta disvaliosa por la cual el responsable persiga un propósito deliberado de obtener un rédito con total desprecio de la integridad o dignidad del consumidor. Por eso la norma concede al Juez una potestad que el magistrado podrá o no utilizar según entienda que la conducta antijurídica demostrada presenta características de excepción. En el casus luce claro que existió un objetivo incumplimiento por parte Fecha de firma: 18/05/2016 de la demandada. Pero lo cierto es que la prueba colectada, impide considerar que ello se debió a un deliberado y desaprensivo proceder que, en los términos que calificó la doctrina especializada, pueda justificar la imposición de la multa. En ese contexto no resulta razonable considerar que en el caso -y a partir de las pruebas producidas y la trama fáctica que se verificó- se encuentren reunidos los extremos mencionados precedentemente necesarios para la procedencia del rubro reclamado. Entiendo que en el caso los daños producidos por la inadecuada conducta de la demandada deben ser reparados mediante la condena por el daño moral cuyo importe no puedo elevar conforme lo dispuesto por el art. 277 CPR. En cuanto a la fecha a partir de la cual se devengarán los réditos, adhiero a la solución propuesta por la Dra. Ballerini en su disidencia parcial. Así lo decido. Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron las Sras. Jueces de Cámara, Dras. Matilde E. Ballerini, María L. Gómez de Díaz Cordero, Ana I. Piaggi. Es copia fiel del original que corre a fs. 325/39 del Libro de Acuerdos Comerciales. Sala B. JORGE DJIVARIS SECRETARIO DE CÁMARA Buenos Aires, 18 de Mayo de 2016 Y VISTOS: Por los fundamentos del Acuerdo que precede se resuelve: modificar la sentencia elevando el monto del daño punitivo a pesos cincuenta mil (\$50.000) y, estableciendo que el devengamiento de los intereses correspondientes a los rubros daños punitivos y daño moral, deberá calcularse desde el 22-11-2011 y; confirmarla en todo lo demás que decide con costas a la demandada en ambas instancias por resultar sustancialmente vencida (art. 68 CPR.). Establecer las regulaciones introducidas en materia de honorarios tal como surge del punto X. Regístrese y notifíquese por Secretaría, en su caso, conforme Acordadas N° 31/11 y 38/13 CSJN y devuélvase. Oportunamente, cúmplase con la Publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada N° 15/13 CSJN. MATILDE E. BALLERINI En disidencia parcial MARÍA L. GÓMEZ ALONSO de DÍAZ CORDERO En disidencia parcial ANA I. PIAGGI Correlaciones: F., N. V. c/OSDE s/incidente de apelación - Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. - Sala I - 24/05/2016 010425E