

# Derecho A La Salud Negativa De La Prepaga A Cubrir La Intervencion Quirurgica Danos Y Perjuicios

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

## JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Negativa de la prepaga a cubrir la intervención quirúrgica. Daños y perjuicios Se mantiene el fallo que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios como consecuencia de la negación y/u omisión por parte de la empresa de medicina prepaga de brindar a la menor la intervención quirúrgica con carácter urgente que precisaba como consecuencia de una enfermedad que ponía en riesgo su vida, siendo que el incumplimiento de la demandada provocó un incremento del riesgo y un deterioro innecesario en la niña.

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 25 días del mes de noviembre de 2016, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de dictar sentencia en los autos: "Da Cruz, Juan Manuel y otros c/ Galeno Argentina S.A. s/ daños y perjuicios", y habiendo acordado seguir en la deliberación y el orden de sorteo de estudio el Dr. Ameal dijo: I.- Vienen estos autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de Primera Instancia dictada a fs. 418/27, expresando agravios la actora en la memoria de fs. 446/53, cuyo traslado no fuera contestado, obrando dictamen de la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces a fs. 461/62 y del Ministerio Público Fiscal a fs. 466. II.- Antecedentes. Juan Manuel Da Cruz y María Leticia Quevedo, por derecho propio y en representación de su hija menor de edad, M. A. D. C., promovieron demanda de daños y perjuicios como consecuencia de la negación y/u omisión por parte de Galeno Argentina S.A. de brindar a la menor las prestaciones médicas que precisaba como consecuencia de un cuadro de meningoencefalocèle que requería una intervención quirúrgica con carácter urgente. Adujeron que en el mes de octubre de 2008 su hija M. comenzó con otitis media supurada en oído derecho a repetición y hacia el mes de enero de 2009 se le constató un cuadro de hipoacusia. En el mes de mayo de ese año se le realizó un drenaje y se cotejó la presencia de hernia cerebral. Refieren que el diagnóstico consistió en colesteatoma en oído derecho, debiendo ser operada en tres oportunidades: junio, septiembre y diciembre de 2009. Dichas intervenciones quirúrgicas estuvieron a cargo del Dr. Chinski en el Sanatorio Trinidad de Palermo. Indicaron que como el cuadro no cedía y debido a la complejidad del caso, se decidió realizar consultas con otros médicos de cartilla, pero éstos no estaban en condiciones de encarar el tratamiento quirúrgico aconsejado por no resultar especialistas en la materia requerida. Ante dicha situación, debieron contactarse con el Dr. Hoschman quien prescribió cirugía por fosa nasal media a los efectos de reducir la hernia cerebral con cartílago conchal. Señalaron que, no obstante lo expuesto, se realizaron presentaciones ante Galeno que derivaron en la obtención de un turno con el equipo del Dr. Diamante quien lidera el equipo del instituto Superior de Otorrinolaringología. Así, con fecha 3 de marzo de 2010 concurrieron a dicho centro siendo atendidos por el Dr. Murcia quien les informó que él era el único médico especialista del equipo del Dr. Diamante habilitado para realizar el tipo de operación de reducción de hernia cerebral. También se les informó que ese centro no realizaba ese tipo de cirugías y que, en su caso, la operación debía realizarse conjuntamente con el Dr. Diamante en el Instituto Fleni. Agregaron que el Dr. Diamante no pertenece a la cartilla contratada por su plan. Manifestaron que para el 1/3/10 estaba individualizado el diagnóstico y la estrategia terapéutica a seguir. También se habían identificado dos equipos médicos con los cuales encausar la situación: Dr. Hoschman o Dr. Diamante. Ante tal situación se remitió a la demandada carta documento el 29/3/10 para que fijen posición al respecto, la que fue respondida recién el 30 de abril de ese año. Ante la falta de respuesta, con fecha 6 de abril se llevó a cabo en el Hospital de Clínicas la mentada intervención con resultado positivo. Sostuvieron que a raíz del incumplimiento de la demandada hubo riesgo de vida para la menor como deterioro de la audición por no haber sido tratada a tiempo. Galeno Argentina Sociedad Anónima negó en el responde los hechos invocados y reconoció la cobertura a favor de la menor registrada con el número de asociada ... en el plan G2010GL000. Manifestó que desde el inicio de su afiliación, la actora recibió la totalidad de las prestaciones y prácticas requeridas e indicadas por los médicos tratantes, no evidenciándose ningún incumplimiento contractual. Señaló que la empresa cuenta con profesionales extremadamente capacitados, por lo que no es cierto que los médicos especialistas de cartilla no estuvieran en condiciones de efectuar los tratamientos requeridos, indicando que se derivó a la menor a una consulta médica con el Dr. Diamante, como así también se le otorgó un turno con un otorrinolaringólogo a efectos de concretar la intervención quirúrgica peticionada, consulta a la que no concurrió. Agregó que M. D. C. se encontraba asociada a un plan de los denominados cerrados, es decir, la socia recibe atención médica a través de las instituciones y/o profesionales detallados en su cartilla de prestadores; y que al pretender ser intervenido por un profesional que no corresponde a la cartilla médica, le corresponde al socio hacerse cargo de su costo, no solo del profesional, sino también de la institución médica. Señaló que es falso que el Dr. Diamante no perteneciera a su cartilla y que se efectuó una derivación al Dr. Quintana por ser un profesional idóneo para la

patología requerida por M. D. C. III.- La sentencia. El Sr. juez de grado, entendió que no existe en el proceso prueba alguna de la que efectivamente pueda concluirse que la parte actora sufriera los daños que invoca como consecuencia del actuar culposo de la accionada, habiéndose acreditado que el Dr. Diamante se encontraba en la cartilla de prestadores y que era idóneo para realizar la prestación requerida. En consecuencia, rechazó la acción iniciada por Juan Manuel Da Cruz y María Leticia Quevedo por derecho propio y en representación de su hija menor de edad, M. A. D. C., contra Galeno Argentina Sociedad Anónima, con costas. IV.- Agravios. Contra dicha decisión se alza la actora quien apela la desestimatoria de la acción interpuesta contra la accionada. Sostiene que el a quo resolvió la cuestión basado en supuestas conductas falaces que fueron alegadas pero no acreditadas por la emplazada en lo que respecta al incumplimiento contractual de Galeno S.A., como a la negativa a otorgar los turnos pertinentes y proporcionar respuestas médicas para tratar las dolencias de la actora, y en rehusarse a cubrir los gastos de los honorarios de los profesionales que llevarían a cabo la intervención quirúrgica a la cual sería sometida la menor y que fueron generados exclusivamente a raíz de la omisión de tratamiento por parte de la demandada. En dicha inteligencia, considera que no se ha tenido en cuenta el intercambio epistolar entre las partes, donde ante el reclamo de la actora haciendo saber a la emplazada el estado de salud de la pequeña y pese a haber presentado en Galeno S.A. una presupuesto para practicar la intervención quirúrgica, no obtuvo respuesta alguna, respondiendo recién la entidad 31 días después, cuando la menor ya había sido intervenida. Sostiene que el a quo se basa en un informe pericial de auditoría que se limita a formular afirmaciones sin ningún sustento fáctico o teórico. Señala que no puede perderse de vista que no surge de los presentes que se haya acreditado el supuesto turno otorgado para el examen de M., así como tampoco la forma en que se hubiera notificado efectivamente al actor de la existencia del mismo. Destaca que la demandada estaba en mejores condiciones de probar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Que, en todo caso, se la debió intimar para que acompañe la carpeta administrativa iniciada por la actora a fin de obtener la cobertura de la intervención, tal como fue reiterado mediante medio fehaciente el 29/03/2010. Manifiesta que la decisión adoptada por los padres de la niña fue la única alternativa existente a fin de salvaguardar la vida de su hija frente a la desidia demostrada por los profesionales ofrecidos por la demandada al no proporcionar fecha de cirugía pese a la intimación cursada. Se agravia, asimismo, en cuanto el sentenciante limita el thema decidendum a si fue correcto o no que los actores concurren para la atención médica de la menor a un prestador que no se encontraba en cartilla, cuando el reclamo excede el mero incumplimiento contractual a cubrir gastos derivados de la intervención quirúrgica y honorarios profesionales, en tanto se endilga a Galeno Argentina S.A. el retraso en el tratamiento de la menor, la falta de profesionales idóneos puestos a disposición para tratar la patología padecida, la omisión de fijar fecha de intervención de urgencia dado el cuadro que presentaba, como las consecuencias derivadas del negligente actuar traducidas en daños físicos, psicológicos, moral, punitivo y gastos médicos. Sostiene que el Sr. juez de grado ignora la aplicación de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, lo dispuesto por los arts. 1,2 y 3 del Código Civil y Comercial de la Nación y lo prescripto por la ley 26.061. La Sra. Defensora de Menores e Incapaces solicita, asimismo, se revoque la sentencia recurrida y se haga lugar a la demanda en todas sus partes. V.- En primer lugar, cabe destacar, atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su art. 7 y teniendo en cuenta la fecha de producción de los hechos ventilados en autos, que resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil de Vélez. En efecto, la norma citada, siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato. La ley aplicable, entonces, es la vigente al momento de la constitución de la relación jurídica cuyas consecuencias se encuentran agotadas. VI.- Corresponde en consecuencia el tratamiento de los agravios vertidos. Los actores reclaman los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de Galeno Argentina S.A. en brindar las prestaciones requeridas y solicitadas a dicha entidad para enfrentar la situación sufrida por su hija, afiliada a la prepaga demandada. La cuestión propuesta excede, a mi criterio y contrariamente a lo sostenido por el Sr. juez de grado, la divergencia respecto a si la parte demandada contaba con prestadores idóneos o no para efectuar la prestación solicitada por los demandantes o si fue correcto o no que los actores concurren para la atención médica de la menor a un prestador que no pertenecía a la cartilla. Se trata, en cambio, de establecer si la accionada incumplió o no con su deber de prestar la atención médica asistencial que requería M. D. C. ante el grave cuadro que presentaba con riesgo de vida y a la cual se encontraba obligada en virtud de lo dispuesto por las leyes 24.754, 23.660 y 23.661. Conforme surge del informe de fs. 287/88 e historia clínica agregada a la causa, M. S. D. C. presentó desde el mes de diciembre de 2008 episodios de otitis media aguda derecha supurada a repetición con un granuloma que procedía del oído medio. Inicialmente fue medicada con antibióticos sin resultado positivo. En enero de 2009 se constató hipoacusia conductiva de 15 db por audiometría. En mayo de ese año se diagnóstico Colesteatoma en oído derecho y se realizó cirugía resectiva en el Centro de Otorrinolaringología del Dr. Chinski. Al presentar lesión residual por persistencia del granuloma, en septiembre de 2009 se le efectuó nueva resección constatándose hernia pequeña de meninges (meningoencefalocele). Ante ello, se decidió en el

mes de diciembre una reparación quirúrgica transmastoides de las granulaciones persistentes y eventualmente obliteración del techo. Al persistir la bolsa de techo se decidió el 5/01/10 esperar dos semanas, controlar y eventualmente efectuar RMN con gadolinio para su eventual cierre. A fs. 273 el Centro Diagnóstico TCB adjunta tomografía computada axial y coronal con interés en el oído medio realizada el 8/01/10, y a fs. 329/32 obra informe perteneciente a la Fundación Científica del Sur, donde se adjunta resonancia magnética realizada en 2010, luego de la tercer intervención quirúrgica, donde se desprende que en el oído derecho persistía el proceso inflamatorio y que a nivel de las mastoides del lado derecho existían restos del colesteoma operado o granuloma recidivante.

Por su parte, del informe histopatológico de fs. 305/06 emitido por el Centro de Patología Dr. Elsner, surge que coexisten pequeños fragmentos de corteza cerebral y sustancia blanca con astrogliosis e infiltrado inflamatorio crónico linfocitario. A fs. 303/315 el Hospital de Clínicas da cuenta que la menor fue intervenida quirúrgicamente con fecha 6/4/10, a raíz de comprobarse a través de tomografía Axial Computada y de la resonancia magnética por imágenes la existencia de una hernia cerebral de lóbulo temporal, debiendo permanecer internada por seis días. Destaca la perito médica en el informe presentado a fs. 358/64 que la lesión denominada meningoencefalocèle consiste en la protrusión de las meninges y tejido cerebral hacia el oído. Señala que este tipo de cirugía es realizada en general por un otoneurólogo (subespecialidad de otoringolaringología). Subraya que en estos casos es aconsejable realizar una cirugía en el menor tiempo posible, considerando que la menor tenía expuesto por el conducto auditivo externo, la herniación de las meninges y del encéfalo. Resalta que de presentar cualquier proceso infeccioso se manifestaría como una meningitis, la lesión con la fisura de la membrana meníngea determinaría una pérdida del LCR por el conducto auditivo externo.

Insiste en que debe considerarse que el cuadro que presentó la menor era de necesidad de resolución quirúrgica a la brevedad, considerando las complicaciones que podría presentar de producirse una infección o lesión en el oído, al estar en contacto con el medio ambiente la masa encefálica. De allí, que resulte razonable entender la necesidad de los padres en resolver el cuadro lo antes posible considerando las complicaciones que la menor podía sufrir. Conforme el cuadro expuesto, la indicación de cirugía tenía, ciertamente, el carácter de urgente, y a raíz de la conducta de la demandada de no cumplir con las prestaciones mencionadas en forma acabada, integral y oportuna es que los actores se vieron en la necesidad de llevar a cabo la intervención quirúrgica a través de otro profesional. Tales extremos se encuentran acreditados a través de la documental acompañada a la demanda. En efecto, a fs. 61/62 surge el reclamo efectuado por los padres de la niña a Galeno S.A., empresa de Medicina Prepaga a la que se hallaba afiliada la menor, a fin de que se le brinde una cobertura médica de excepción para la situación por la que aquella atravesaba, y ante la necesidad urgente de ser intervenida quirúrgicamente acompañando al efecto el presupuesto de un especialista, Dr. Hocsman. Si bien tal documental ha sido negada por la demandada, fue posteriormente reconocida en la carta documento enviada por la accionada con fecha 30/4/10 donde reconoce el presupuesto presentado oportunamente por la actora. Ante la falta de respuesta a la aludida presentación, debieron cursarle a la demandada carta documento N° ... de fecha 29/03/10 poniéndole en su conocimiento ¿nuevamente? el gravísimo estado de salud de la menor y la necesidad urgente de someterla nuevamente a una cirugía ( fs. 291/94). Hace referencia en la misiva a la anterior presentación ante las oficinas de la accionada sin respuesta alguna, como a la interconsulta con el Dr. Diamante sin que este fijara lugar y fecha para realizar la cirugía. Se hace saber, asimismo, que ante la urgencia del cuadro que presentaba la niña, y el peligro que la demora pudiera acarrear: Meningitis, y ante su falta de cobertura con profesionales idóneos en la materia, se vieron en la obligación de solicitar turno en el Hospital de Clínicas José de San Martín para el 7/04/10. Finalmente, intima a la accionada ¿a que en el plazo de 48 horas indique fecha y lugar en que se llevará a cabo la intervención quirúrgica de M., nombre del profesional interviniente y equipo médico que los asistirá, todo ello bajo apercibimiento de realizar la cirugía en el nosocomio ¿ut supra? indicado en la fecha señalada e iniciar en consecuencia las acciones legales tendientes a reparar el daño ya causado por el incumplimiento de prestación médica asistencial denunciado ante ustedes en más de una oportunidad?. Es decir, que la intimación cursada tuvo como finalidad que la empresa determine y fije fecha de intervención quirúrgica y profesional que se haría cargo de la misma, intimación que fuera respondida recién con fecha 30/04/10 (ver documental de fs. 59), negándole las prestaciones pretendidas por las razones allí invocadas y cuando la menor ya había sido sometida a la cirugía. Por tal razón, carece de relevancia, a mi criterio, si el Dr. Diamante (médico de cartilla según pericial de auditoría obrante a fs. 282), era un profesional idóneo o no para realizar la operación que requería la menor. Ello más allá, de si como sostiene la demandada, los reclamantes no asistieron a la consulta oportunamente indicada o sí, por el contrario, como afirman los actores, el citado galeno no les dio respuesta satisfactoria, toda vez que ante la intimación cursada por la actora no se tomó resolución alguna a fin de dar satisfacción al requerimiento impostergable planteado por los accionantes, a través de algunos de los profesionales propuestos y mencionados en la carta documento aludida. En tal caso, la decisión que tomaron los padres de la niña fue la única alternativa posible a fin de proteger la vida de su hija frente a la conducta de la demandada de no proporcionar fecha de cirugía y profesional a cargo para llevar a cabo la misma, pese a la intimación oportunamente cursada. Téngase en cuenta, que en el caso, por aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica, era la demandada quien se encontraba en mejores condiciones de acreditar la suerte

corrida por el reclamo administrativo efectuado por los accionantes y la solución propuesta al conflicto si tal como sostuviera en el responde, el Dr. Quintara estaría a cargo de la operación. Sin embargo, nada probó en tal aspecto. El derecho a la salud constituye un valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, revalidado a partir de la reforma constitucional de 1994 en la que se incorporaron con jerarquía constitucional una serie de declaraciones y tratados en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22 CN): Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (1969); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1986); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención sobre los Derechos del Niño (1990); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) (ver CSJN, Fallos 330:4647, entre otros). Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) expresa que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3); prescribiendo el art. 25.1 que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales. Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), señala que todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona (art. 1) y expresamente se señala que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medios sanitarios y sociales (art. 11). A su vez, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica-1969) declara que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y sea protegido por la ley (art. 4.1.). Se refiere además, al derecho a la integridad personal (art. 5), explicitándose que se debe respetar la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1.). El art. 12, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986) reconoce al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; y el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1986) establece que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y se encuentra protegido por la ley. La convención sobre los Derechos del Niño instituye en su art. 6, inc. 1 que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y prescribe el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y rehabilitaciones de la salud (art. 24, inc. 1°). La Constitución Nacional refiere, asimismo, en su art. 42, que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en relación al consumo, a la protección de su salud, seguridad, e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno, disponiendo a sus efectos, que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, etc. En ese orden, la ley de Defensa del Consumidor 24.240 reformada por la ley 26.361 dispone medidas específicas acerca de la protección de la salud (arts. 4, 5 y 6). Por su parte, la ley de Derecho del Paciente n° 26.529 establece en su art. 2do. el derecho esencial a la asistencia de la salud. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Bs.As. a su vez, garantiza en su art. 20 el derecho a la salud integral; haciendo lo propio la Ley "Básica de Salud" n° 153/99, en el capítulo segundo, art. 4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, reafirma el derecho a la preservación de la salud - comprendido dentro del derecho a la vida y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (conf. Fallos: 323:3229; 321:1684; 323:1339C.Nac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 27/03/13, Fuente: Microjuris). En ese contexto, las empresas de medicina prepaga como agentes del sistema nacional de seguro de salud, deben adecuar sus pretensiones a la ley 23.660 y ley 23.661. Así, la ley 24.754 dispuso que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales conforme lo establecido por las leyes 23.660 y 23661 y sus respectivas reglamentaciones. El sistema de la ley 23.661 tiene como objetivo fundamental proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda discriminación en base a un criterio de justicia distributiva (art. 2), con lo cual, en buena medida, este cuerpo legal, se comunica con los derechos de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud y a una mejora continua de las condiciones de existencia, enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus arts. 12.1 y 11.1 (CSJN "Cambio Pérez de Nealón, Celia María Ana y otros c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas", de fecha 28-08-2007). Se ha dicho en ese orden, que el Programa Médico Obligatorio (PMO) fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar, para cuya implementación se señaló que, si bien la idea es la de establecer límites en la cobertura, no resulta aceptable la implementación de un menú que reduzca las prestaciones habituales (conf. considerandos de la Resol. 939/00 del Ministerio de Salud, modificada por Resol. 201/02) y que, en tales condiciones, esa limitación en la cobertura debe ser entendida como un "piso prestacional", por lo que no puede, como principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas -que tiene jerarquía constitucional (Corte Suprema, Fallos 323:1339)-, máxime cuando

la ley 23.661 creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud con el objetivo fundamental de proveer el otorgamiento de prestaciones de salud integrales que tiendan a la protección de la salud con el mejor nivel de calidad disponible (cfr. conf. CNac. Civil y Comercial Federal Sala III, 27/03/13 ?A. J. A c/ Obra Social Bancaria s/ daños y perjuicios?; CNCiv. y Com. Federal, Sala I, ?Maestu c/ Galeno Argentina SA y otro s/ amparo?, 15/04/08). Por tal motivo, los prestadores de salud deben asegurar a sus afiliados las prestaciones médicas pactadas y las establecidas legalmente, ya que si bien su actividad reviste carácter comercial, se ordena a proteger los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad de las personas -arts 3º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; 4º y 5º, Convención Americana de Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250) y 42, Constitución Nacional, adquiriendo un compromiso social con sus usuarios..." (CNCiv., Sala L, "M., J.A. c. Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica", del 21-11-03; CS fallo citado: E.R.E. c/ Omint SA de Servicios). Su objeto tiene así una proyección social que los diferencia de los que celebran otras empresas comerciales; la intrínseca trascendencia y jerarquía constitucional del cúmulo de derechos involucrados, que más que a la salud hacen a la vida misma, impone recurrir a principios jurídicos y teléticos superiores y superadores. La función específica primordial de toda obra social o medicina prepaga consiste precisamente en la prestación médica integral u óptima, para la cuál cuenta con la afluencia de medios económicos que administra a fin de organizar adecuadamente aquel servicio, comprometiéndose la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor (cfr. CS, 29/3/84 ?González, Oronó de Leguizamón c/ Federación Trabajadores Jaboneros y Afines?, LL 1984-B-393 y ss.). Justamente el derecho a la salud, sobre todo tratándose de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida e incluso con el principio de autonomía personal toda vez que, por cierto, un individuo seriamente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (esta Sala Expte. No. 448/06, ?Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional?, el Dial.com- AA74C, del13/03/01; ?Campodónico de Beviacqua, Ana M. c/ Ministerio de Salud y Acción Social? elDial.com-AA625, del 24/10/00; ?Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de Buenos Aires ?el Dial.com-AA638C, Fallos,321:1684; ?S/N c. Omint Sociedad Anónima y Servicios?,de fecha13/03/2003). Por su parte, en el PMOE, Res. 201/2002, modificado por la resolución 199172005 (PMO), el propio Ministerio de Salud estableció que el modelo prestador debe garantizar ?la defensa de aquellos grupos más vulnerables, como niños, ancianos y todos aquellos protegidos por leyes especiales?. Cabe, asimismo, resaltar que en los casos en el que se debate la responsabilidad de un sistema asistencial médico prepago, es necesario analizar las circunstancias del caso con criterio de razonabilidad, por tratarse de un reglamento general, tipificado y predispuerto por la entidad, lo que impone inclinarse por los límites de su significado, en beneficio del adherente (CNCiv., Sala L, Recurso N°: L049433, 28-05-96 ?Arenas, Enrique c/ Centro Médico Santa Fe S.A.C. y/o otro s/ ordinario?, Revista L.L. del 12/6/97, p. 2). En efecto, el contrato de prestación médica es típicamente un contrato de adhesión, con cláusulas impuestas por el prestador del servicio en forma de plan o reglamento, frente al cual, la única opción del futuro adherente es aceptar la propuesta o rechazarla por completo. En tales condiciones, por encontrarse en juego el valor más preciado del ser humano, que es la propia vida, como así también el innegable derecho a obtener una amplia y completa asistencia sanitaria, resulta equitativo, lícito y jurídicamente correcto que las cláusulas predispuertas que componen dicho contrato deban ser interpretadas en contra del ente prestador del servicio. Desde tal perspectiva, los prestadores de un sistema cerrado de medicina prepaga, asumen la obligación de brindar atención médica integral al afiliado. En tales condiciones, la negativa a realizar una intervención quirúrgica indicada por un especialista ajeno al plantel institucional, consultado ante el fracaso de la terapéutica administrada por los médicos del plan de marras, importa la interrupción del servicio en perjuicio del reclamante, o, lo que es lo mismo, un claro incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato suscripto entre las partes (esta Sala Recurso N° 169843, 21-02-96 ?Giménez de Rueda, Adela María c/ Asociación Civil del Hospital Alemán y otro s/ d y p? J.A. del 20/8/97, p. 44). Así, el hecho de tratarse de un sistema "cerrado" de prestación médica, aumenta la responsabilidad de la entidad prestataria de los servicios médicos, debiendo éstos ser completos. El organizador debe responder no sólo por los servicios que pone a cargo del afiliado, sino también por la omisión en el servicio y por la eficiencia con que se lo presta. Y por cuanto se trata de una efectiva obligación de suministrar asistencia médica integral, el prestador debe estar en condiciones de poner en movimiento todo el aparato médico asistencial cuando sea necesario y en tiempo oportuno, derivando al paciente cuando ello no sea posible o reintegrando el gasto en que hubiere incurrido el afiliado para obtener su satisfacción por otra vía. La demandada tuvo en el caso, la oportunidad de justipreciar la situación de la menor de autos, comprobar sus necesidades impostergables al tratarse de un caso de alto riesgo y actuar en consecuencia y sin embargo, no lo hizo. Bajo tales lineamientos y conforme antecedentes mencionados, cabe tener por acreditado el incumplimiento de la demandada que provocó un incremento del riesgo y un deterioro innecesario en la niña, debiendo los accionantes peregrinar para que se brinde a su hija la cobertura que por ley le correspondía, dejándolos en un estado de total desamparo y desprotección que los ubicó en una situación de extrema fragilidad que legitima el reclamo de la reparación integral ante el daño injustamente padecido. En consecuencia, estando en juego derechos humanos y sociales fundamentales tutelados tanto por la Constitución como por tratados internacionales, como son la vida y la

salud; siendo que la menor requería, en virtud de su estado, un tratamiento médico oportuno y eficaz, la ausencia de las prestaciones médicas debidas, resulta intrínsecamente abusiva, y por tanto arbitraria e ilegal y ha provocado a la menor como a sus progenitores un daño evidente que amerita una condigna indemnización, por lo que la demanda habrá de ser admitida en este aspecto, debiendo la emplazada responder por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento haya irrogado, y en la medida que se compruebe como seguidamente se verá- la existencia de un vínculo causal adecuado entre el daño invocado y la inobservancia aludida. VII.- Corresponde, en consecuencia, el tratamiento de las partidas que integran la cuenta indemnizatoria de autos, debiendo resaltarse que los actores supeditaron su reclamo a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse. VIII.- Incapacidad sobreviniente. Reclamó la actora por este concepto a favor de la menor de autos, la suma de \$45.000. La incapacidad, definida como la inhabilidad o impedimento para el ejercicio de funciones vitales, supone la pérdida o la aminoración de potencialidades de que gozaba el afectado, teniendo en cuenta esencialmente sus condiciones personales (Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños", T° 2a, p. 281). Y debe resarcirse siempre que se acredite su relación causal con el hecho generador. En orden a ello, la perito médica informa en su dictamen de fs. 358/64, no impugnado por la actora, que la pérdida auditiva que presenta la niña es consecuencia de las cirugías a la que fue sometida e independiente del tiempo en que tardó en resolverse el cuadro o la falta de respuestas que los padres sienten por parte de la prepaga. Agrega, además, que por los cuadros de supuración y el diagnóstico de colesteatoma que presentó la menor, la hipoacusia es factible que ya estuviese determinada. Concluye que la incapacidad auditiva que presenta no se puede imputar al meningoencefalocelo en tanto no se han adjuntado en autos estudios audiométricos previos, sino a su patología de base que es el colestatoma. El meningoencefalocelo determinaría en la menor secuelas neurológicas que no han sido referidas. Destaca, por último, que el cuadro que presenta se resolvió sin complicaciones, desarrollando una vida normal. Las conclusiones a las que arriba la experta impiden tener por acreditado que el cuadro de hipoacusia que padece actualmente la niña, sea consecuencia del incumplimiento de las prestaciones por parte de la demandada. Ello, sin perjuicio de los demás daños que sí han sido demostrados y a los que seguidamente me referiré. En tal sentido, entiendo que respecto del presente resarcimiento no se ha acreditado uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, esto es la relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, de tal manera que pueda predicarse que el hecho es causa (fuente) de tal daño. Considerando lo expuesto, y no habiéndose probado que como consecuencia del incumplimiento de la demandada se hubiera agravado el cuadro de hipoacusia que presentaba la menor, y en tanto sólo resultan resarcibles los daños que se hallan en relación causal jurídicamente relevante, es que el presente rubro habrá de ser desestimado. IX.- Daño psicológico y gastos de tratamiento. Por el presente ítem los actores peticionaron la cantidad de \$45.000 y \$10.000 respectivamente a favor de M. D. C. El daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente. Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero ya sea como situación estable, o accidental y transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación (conf. Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños" t° 2a., p. 187 y ss). No debe por lo demás ser restringido al que proviene de una lesión anatómica, toda vez que hay importantes perturbaciones de la personalidad que tienen su etiología en la pura repercusión anímica del agente traumático, aunque el desequilibrio acarree eventuales manifestaciones somáticas. Lo psíquico de la persona humana, su modo de estar o su alteración por obra de terceros, no es indiferente al derecho; puesto que de no tenerse en cuenta se parcializaría la contemplación y el resguardo de quien es el centro del ordenamiento jurídico: El derecho es para el hombre y no el hombre para el derecho (Mosset Iturraspe en "Responsabilidad por daños" t° 4, ps. 35-36). Por lo demás, como en el caso de heridas u ofensas físicas (art. 1086 del Cód. Civil), en las lesiones psíquicas, la víctima tiene derecho a ser indemnizada ¿de todos los gastos de curación y convalecencia?. Ello implica la recurrencia a tratamiento psiquiátrico o terapia psicológica y a la medicación que fuese necesaria. El detrimento patrimonial que supone un tratamiento psiquiátrico indispensable para reparar lesiones en la salud suficientemente comprobadas y además económicamente mensurable, configura un daño cierto aunque las erogaciones respectivas puedan o deban tener lugar en todo o en parte, en tiempo ulterior. La perito psicóloga designada en autos señaló a fs. 353/54 que la niña padece un desarrollo reactivo moderado con una incapacidad del orden del 20%, mostrando un grado elevado de temor, preocupación y ansiedad con posibilidad de estado de crisis. Presenta alteraciones en la comunicación y expresión de sus emociones y sentimientos; relata con angustia que se encierra en sí misma, que siente mucho temor a ir a los médicos, clínicas o sanatorios. Presenta signos que muestran situaciones traumáticas con el cuerpo y pocas defensas frente a situaciones de stress. Señala la experta, que es importante descartar que la niña sufrió mucho, quedando durante un tiempo muy prolongado fuera del ámbito de su pares y que si bien poco pudo entender de clínicas y lugares donde fue intervenida, el estrés, la angustia, desesperación y sensación de desamparo e injusticia que vivieron sus padres repercutieron en ella de manera negativa, puesto que estaba en juego su salud y su vida; y si a todo ello, se suman inconvenientes burocráticos e intereses económicos por sobre la salud la situación se vuelve doblemente complicada y estresante. En tal sentido, destaca que los niños absorben e

internalizan todo lo que ocurre en su entorno, destacando que la menor contó situaciones que inevitablemente tuvo que saber y escuchar y que no son propias de la edad, no contando con los elementos psíquicos disponibles para procesar dicha situación. Por tal razón, presenta muchas conductas de sobreadaptación y poco procesamiento psíquico del hecho traumático con muchos efectos que indican daño. Sugiere la realización de un tratamiento psicológico con una duración de una vez por semana, durante al menos un año, a un costo de \$150 la sesión. La pericial fue impugnada a fs. 366/68. Sin embargo, considero que las manifestaciones vertidas no logran conmover con argumentos científicos suficientes, los fundamentos del dictamen, por lo que sus conclusiones habrán de ser receptadas en al Alzada. Por las razones expuestas, daño psíquico padecido por la menor, valorado en la medida del nexo de causalidad adecuado con el incumplimiento de la demandada, es que propongo otorgar la cantidad de \$160.000 por daño psíquico y \$7.800 por gastos de tratamiento (art. 165 del CPCC). X.- Gastos médicos, intervención quirúrgica, comidas, de farmacia y traslados. Por este rubro reclamaron los actores la cantidad de \$5.000 y \$1.000. Es criterio prácticamente uniforme, que los gastos reclamados se presumen, ya que aun a falta de pruebas sobre la entidad de gastos médicos y de farmacia los mismos pueden apreciarse en función del carácter y gravedad de las lesiones (Conf. Exptes. N° 37.034/04; 69.167/01 entre otros). No obsta a ello, la circunstancia que la accionante cuente con cobertura de medicina prepaga, que en el caso, precisamente, no fue brindada, pues los responsables de los daños deben colocar al damnificado en condiciones que le permitan recuperar la capacidad que ha quedado disminuida y de tal manera permitirle a aquel que pueda afrontar los gastos de los profesionales y de la entidad asistencial que a su criterio goce de mayor idoneidad (Expte. n° 11.596/98; 95.112/98, entre otros), siendo además lógico que en el transcurso del tratamiento el enfermo efectúe erogaciones en elementos necesarios para su curación y tratamiento que exceden la atención brindada en un hospital público y la cobertura médica. En función de lo expuesto y teniendo en cuenta la intervención quirúrgica a la que fue sometida la menor y los gastos en que debió incurrir, como lo manifestado al respecto por la perito médica, es que considero prudente otorgar por el concepto en examen, la cantidad de \$12.000 (art. 165 del CPCC). XI.- Daño moral de la menor M. A. D. C. El presente resarcimiento fue reclamado en la cantidad de \$30.000. Resulta aplicable al caso de autos lo establecido por el art. 522 del Código Civil, que además de los requisitos generales atinentes a la existencia del daño moral resarcible, presupone como específicos que haya preexistencia de una obligación válida y la inejecución de la misma, para que ésta genere consecuencias jurídicas resarcitorias, deberá ser imputable al deudor por algún factor de atribución. En tal sentido me remito a las consideraciones que vertiera en el precedente *Quevedo c/ Chacras s/ rescisión de contrato* de fecha 16/5/06, respecto a la interpretación armónica que cabe efectuar de los arts. 522 y 1078 del Cód Civil, debiendo complementarse recíprocamente, lo que determina la aplicación de criterios comunes a aspectos atinentes a: la legitimación para accionar; la forma de efectuar la reparación; los criterios probatorios: la transmisibilidad de la acción: la cuantificación del daño, etc. Ello es así porque conceptualmente tanto en la órbita contractual como en la extracontractual, al tratarse el daño moral se aborda una temática idéntica. En uno y otro supuesto el menoscabo de orden espiritual genera la obligación de indemnizar mereciendo idéntica reacción del ordenamiento jurídico. La ilicitud que justifica la reparación del daño, tiene vigencia como requisito del responder en todo tipo de incumplimiento ya sea que ocurra en el campo de la decisión privada lícita o en el ámbito aquiliano. El daño en sentido amplio motiva la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial, mientras que estrictamente, al considerarlo como presupuesto del responder civil, implica una consecuencia perjudicial o menoscabo que deriva de aquél siendo siempre susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1068 y 1069 y cons. del Cód. Civil). Aplicando tal criterio al daño moral encontramos que puede conceptualizarse como una modificación disvaliosa del espíritu derivado de una lesión a un interés extrapatrimonial. El daño moral importa así, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Pizarro, Daño Moral, p. 47). La indemnización tiene como finalidad la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación de índole patrimonial que se le impone a este último a favor de aquella, aunque no siempre el rol de tal indemnización es estrictamente resarcitorio sino que puede ser satisfactorio como ocurre en el daño moral. En esa instancia juega la prudente discrecionalidad del juzgador, quien si bien es cierto encuentra obstáculos en la valuación, como también ocurre con ciertos daños de índole material, debe llevarla a cabo analizando las circunstancias fácticas que enmarcaron el hecho dañoso o el incumpliendo contractual, así como las consecuencias de tipo individual o social que originaron. Tal valoración debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo (conf. Bueres, Ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil con la adhesión de los Dres. Banchio, Pizarro, Vallespinos, Zavala de González, entre otros). En tal sentido, señala Ramón Daniel Pizarro en la obra citada (p. 240) que *El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez,*

tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto?. En lo atinente a la prueba, si bien es cierto que el daño moral por aplicación de las reglas que rigen la carga probatoria debe ser acreditado por quien pretende su reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa por la índole espiritual y subjetiva del menoscabo. En cambio, es apropiado el sistema de la prueba presuncional indiciaria como idóneo a fin de evidenciar el daño moral. La prueba de indicios o presunciones hominis se efectúa a partir de la acreditación por vía directa de un hecho del cual se induce indirectamente otro desconocido, en virtud de una valoración hecha por el Juzgador basada en la sana crítica (art. 163 del ritual). Por lo tanto es necesario probar indefectiblemente la existencia del hecho que origina el daño debiendo darse entre aquel y este último una relación de causalidad que ¿conforme el curso normal y ordinario? permite en virtud de presunciones hominis evidenciar el perjuicio. Asimismo es conveniente producir la prueba respecto de las circunstancias que rodean al damnificado y al evento generador del perjuicio, lo que permite deducir su envergadura. Teniendo en cuenta todo lo expuesto y aplicando al supuesto de autos la postura doctrinaria que en la actualidad prevalece, debe tenerse por cierto que el hecho indicador está suficientemente acreditado, cual es el incumplimiento contractual en que incurrió la demandada, y considerando que la menor contaba con 8 años de edad a la fecha de los hechos de autos, como la afectación espiritual que tal incumplimiento le trajo aparejado, es que considero equitativo fijar el presente resarcimiento en la suma de \$100.000 (art. 165 del CPCC).

XII.- Daño moral reclamado por los padres de M. A. D. C. Los progenitores de la menor reclamaron la cantidad de \$15.000 para cada uno de ellos, respectivamente. Al respecto cabe destacar que pese a la restricción legitimaria impuesta por el art. 1078 del CC., el resarcimiento a favor de los padres resulta procedente en función de su condición de damnificados indirectos (art. 1079 CC), que reclaman por un daño propio. Tal limitación ha sido reiteradamente criticada por la doctrina y la jurisprudencia, dando origen a un criterio amplio, que en circunstancias de excepción, admite el daño moral de damnificados no contemplados por la redacción del art. 1078, pero por un daño propio; ello en virtud de lo dispuesto por los arts. 1068 y 1079 del Código Civil, criterio que he sostenido en autos ?H. J. M. c/ Clínica Sagrada Familia y otro?, del 13/6/2006, postura sostenida por otra corriente autoral que propugna la inconstitucionalidad del contenido del art. 1078 del CC, por su redacción restrictiva. La ampliación de lege ferenda de los legitimados activos para reclamar daño moral ha sido sostenida en forma absolutamente mayoritaria en Jornadas y congresos: Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas en San Juan en 1984; ?II Congreso Internacional de Derecho de daños?, Buenos Aires, 1991; ?III Jornadas de derecho Civil y Comercial de la Pampa?. 1991; ?XIV Jornadas nacionales de Derecho Civil?, San Miguel de Tucumán, 1993 y ?IV Congreso Internacional de derecho de Daños?, Buenos Aires, 1995. Sin perjuicio de la conveniencia de la reforma del sistema legal, entiendo que el art. 1079 del Código Civil marca la tendencia respecto a la reparación amplia y plena de todo daño, criterio que debe imperar integralmente en el campo del responder civil. Es por ello, que un análisis integral de la normativa no puede ignorar la directiva emanada de los arts. 1068 y 1079 del Cód. Civ., que apuntan a la indemnización plena de todo daño. De allí que, según estimo, no cabe indemnizar el daño moral en los términos del art. 1078 CC sino que resulta procedente en función de su condición de damnificados indirectos (art. 1079 CC), que reclaman por un daño propio. Ello es así, en razón de los principios solidaristas que rigen la materia, respaldando la reparación de todo perjuicio injustamente padecido. En esa situación se encuentran los padres del menor, que si bien son damnificados indirectos experimentaron y experimentan el daño como propio, y dada su magnitud merece ser contemplado en los rubros de la cuenta indemnizatoria. La protección de los intereses simples es ajustada a derecho según la postura mayoritaria y autorizada de la doctrina nacional, por lo que tratándose en el caso que nos ocupa de un supuesto que encuadra en esas características se impone una reparación equitativa que satisfaga los padecimientos experimentados por los progenitores. Se plantea así la necesidad de dar una respuesta justa frente a situaciones gravísimas como la de los padres (Jorge Mosset Iturraspe en ?Daño moral causado a personas privadas de conciencia o razón. Los padres como damnificados indirectos, JA 1992-IV-559/60).

La normativa legal que regula el derecho de daños debe interpretarse como orientada a lograr un remedio eficaz e integral a las consecuencias de la ilicitud ocurrida, en tal sentido ni puede admitirse como limitativo el contenido del art. 1078 del C.C. respecto a los legitimados activos para solicitar la reparación del daño moral, por cuanto éste, como una especie del perjuicio indemnizable, debe ser contenido por la pauta genérica que fluye del art. 1079 del mismo cuerpo legal. El resarcimiento admitido por el Código debe ser, de acuerdo con elementales principios de justicia y equidad, el más completo posible, ya que el derecho no es una serie de compartimentos estancos, sino un todo integrado al servicio del hombre y del orden social consiguiente. En el caso, toda la vida familiar, en especial la relación parental, se ha visto conmovida como consecuencia del hecho de autos. Es indudable que la situación vivida por los actores ante la falta de respuesta de la accionada y el grave cuadro que presentaba la menor con riesgo de vida, representó para aquellos una gran angustia, y un contexto de desamparo y abandono que provocado sin duda un perjuicio que debe ser resarcido. Con este alcance, el detrimento espiritual que debieron sufrir los actores ante incumplimiento de la demandada y las demás particularidades que muestra la causa, es que propongo conceder por este concepto la suma de \$ 50.000 a favor de cada uno de los actores (art. 165 del CPCC).

XIII.- Daño punitivo. Peticionaron los actores la suma de \$50.000 en

concepto de daño punitivo. En primer lugar, debo decir que comparto el criterio vertido por el Sr. Fiscal de Cámara en cuando considera abstracto el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240 articulado oportunamente por la demandada, por los argumentos expuestos en su dictamen, a los que me remito. Aclarado lo expuesto, cabe recordar que se ha definido al daño punitivo 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, p. 291 y ss.; Picasso, "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor" en Vázquez Ferreyra "Reforma a la ley de defensa del consumidor", p. 128, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Primera, Córdoba; Navarro, Mauricio J. vs. Gilpin Nash, David I. s. Abreviado, 27-10-2011, RC J 13681/11). En nuestro derecho positivo, hasta la sanción de la ley 26.361 (BO. 7 de abril de 2008), que incorporó el art. 52 bis a la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, no existían normas que regularan los daños punitivos. Sin embargo, con anterioridad a la reforma que introdujo en el sistema jurídico argentino el instituto en estudio, la idea de imponer penas privadas tuvo expansión porque se entendió que ciertos comportamientos no debían quedar sin consecuencias patrimoniales para el autor: casos en que no median daños, cuando su prueba es dificultosa o imposible; en ciertas situaciones particulares donde no resulta suficiente el resarcimiento pleno del daño (casos de difamación a través de la prensa, invasiones a la intimidad, daños al medio ambiente, a la propiedad industrial, a los derechos intelectuales, derivados de productos elaborados) sino que la conducta del deudor merece una condigna sanción de carácter retributivo etc. (Alterini, Ameal; López Cabana "Derecho de obligaciones", p.267 y sgtes.; Zavala de González M.- González Zavala, R. M. "Indemnización punitiva", en Bueres, A.J. Kemelmajer de Carducci A. (dir.), Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini, Buenos aires, 1977, p. 188). Para su cuantificación fueron empleadas variadas pautas de valoración: la gravedad de la falta, el patrimonio del dañador, los beneficios que el ilícito le procuró, la posición del mercado o de mayor poder del dañador, el carácter antisocial de su inconducta, su actitud ulterior, los sentimientos heridos de la víctima, etc. (Conf. Pizarro, R. D. "daños punitivos", en Kemelmajer de Carlucci, A. (dir.)- Parellada, C.A. (coord.), Derecho de daños. Segunda parte. Homenaje a Félix Alberto Trigo Represas, Buenos Aires, 1993, p. 287). En la actualidad, incorporado en el sistema normativo, el daño punitivo a favor del consumidor, su cuantificación debe ser graduada por el magistrado en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, estableciéndose como tope tarifario la multa del art. 47, inc. b. de la ley 24.240. Se trata, "de un plus que se concede al perjudicado, que excede el monto de la indemnización que corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños". Los daños punitivos "tienen un propósito netamente sancionatorio, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el perjuicio a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar para repararlo" (conf. Farina, "Defensa del consumidor y del usuario", p. 566). Así, la doctrina ha querido remarcar la naturaleza sancionatoria del daño punitivo, constituyendo éste una verdadera multa civil y también, como nota distintiva del instituto, su función preventiva, que se encuentra destinada a evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares, al que mereciera punición; de modo tal que, con las condenaciones punitivas, se crea un impacto psicológico, como amenaza disuasoria que constriña a desplegar precauciones impeditivas de lesiones análogas o a abstenerse de conductas desaprensivas (Santarelli, "El robo de las cajas de seguridad: Un nuevo rubro a reclamar, el daño punitivo", LA LEY, 07/01/2011, 1; Trigo Represas, "Daños punitivos" en La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 285). Si bien la inclusión de esta figura es absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la reparación (Farina, Juan M., Ob. cit., p. 567, Pérez Bustamante, Laura, La Reforma de la ley de defensa del consumidor", publicado en La Ley, Suplemento especial sobre la reforma de la ley de defensa del consumidor, Buenos Aires, 2008, (abril), p. 109.), lo cierto es que, los 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., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL 2009-B, 949)?: "Rueda...c/ Claro...?" del 29/ 7/ 2010: Sala 2º Cam. Apel. Civ. y Com. de Rosario. Ello así, por cuanto, como fuera señalado, por su propia naturaleza los daños punitivos no buscan reparar el perjuicio causado al consumidor, sino imponer una sanción ejemplar al autor de la conducta antijurídica (Roberto Vázquez Ferreyra, "La naturaleza de los daños punitivos", en Revista de Derecho de Daños -2011-2 Daño Punitivo, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, 1ª ed., ps. 103/4). El proyecto de Código Civil del año 1998, expresamente en su art. 1587, en consonancia con la opinión doctrinaria predominante, cuando regula la imposición de una multa civil, tiene en cuenta que ella corresponde cuando se actúa "con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva". Para que resulte entonces procedente la imposición de esta sanción deben cumplimentarse una serie de recaudos que permitan calificar el supuesto excepcional que se

analiza y, de ese modo, justificar la grave consecuencia que ellos implican. Tales extremos se verifican en autos, en tanto se encuentran reunidas, a la luz de los enunciados mencionados, las exigencias generales para la procedencia del reclamo, esto es un deliberado y desaprensivo proceder que, en los términos que calificó la doctrina especializada, pueda justificar la imposición de la multa. En efecto, la prueba colectada demuestra una conducta grave por parte de la demandada (quien guardaba la posición fuerte y dominante del contrato), en el cumplimiento de sus obligaciones y una gravosa indeferencia puesta en evidencia frente a las presentaciones impostergables que requería la afiliada (sujeto más débil). Por las razones dadas se hará lugar al daño punitivo, imponiéndose a la demandada por tal concepto una multa de \$150.000 en los términos del artículo 52 bis de la ley 24.240, según texto de la ley 26.361. XIV.- Intereses. Las sumas por las que prospera la cuenta indemnizatoria de autos habrá de devengar intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora, 30/03/10 conforme carta documento de fs. 291/94 (fecha a partir de la cual se verifica la falta de cumplimiento de las prestaciones requeridas conforme reclamo de la actora cristalizándose a partir de ese momento el daño) y hasta el efectivo pago (conforme doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos ?Samudio de Martínez, Ladislau c. Transportes Doscientos Setenta S.A. sobre daños y perjuicios? de fecha 20/4/09). XV.- Por las consideraciones expuestas propongo al Acuerdo: revocar la sentencia recurrida haciéndose lugar a la demanda deducida por Juan Manuel Da Cruz y María Leticia Quevedo por derecho propio y en representación de su hija menor de edad M. A. D. C. contra Galeno Argentina Sociedad Anónima, quien deberá abonar dentro de los diez días de quedar firme la presente, a favor de los primeros la suma de \$ 112.000 y a favor de la menor la cantidad de \$267.800, con más intereses a computarse en la forma indicada y costas de ambas instancias cargo de la demandada (Art. 68 del CPCC), imponiéndose en concepto de ?daño punitivo? en beneficio de la menor, una multa de \$150.000 en los términos del artículo 52 bis de la ley 24.240, según texto de la ley 26.361. Las sumas concedidas a favor de M. A. D. C. deberán ser depositadas en una cuenta a nombre de autos, como única forma válida de pago y a fin de que su administración y disposición se efectúe con el control del juzgado y la asistencia del defensor de menores. La Dra. Hernández por las consideraciones y razones aducidas por el Dr. Ameal, vota en igual sentido a la cuestión propuesta. OSCAR J. AMEAL LIDIA B. HERNANDEZ JAVIER SANTAMARIA (SEC.) Buenos Aires, ... noviembre de 2016. Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I) hacer lugar a la demanda deducida por Juan Manuel Da Cruz y María Leticia Quevedo por derecho propio y en representación de su hija menor de edad M. A. D. C. contra Galeno Argentina Sociedad Anónima, quien deberá abonar dentro de los diez días de quedar firme la presente, a favor de los primeros la suma de \$ 112.000 y a favor de la menor la cantidad de \$267.800, con más intereses a computarse en la forma indicada y costas de ambas instancias cargo de la demandada (Art. 68 del CPCC); II) imponer en concepto de ?daño punitivo? en beneficio de la menor, una multa de \$150.000 en los términos del artículo 52 bis de la ley 24.240, según texto de la ley 26.361; y III) diferir la regulación de honorarios de alzada para su oportunidad. Las sumas concedidas a favor de M. A. D. C. deberán ser depositadas en una cuenta a nombre de autos, como única forma válida de pago y a fin de que su administración y disposición se efectúe con el control del juzgado y la asistencia del defensor de menores Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN. Se deja constancia que la difusión de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Regístrese, notifíquese por Secretaría y devuélvase. Se deja constancia que la Dra. Díaz no firma la presente por hallarse en uso de licencia. Fecha de firma: 25/11/2016 Firmado por: OSCAR JOSE AMEAL, JUEZ DE CAMARA Firmado por: LIDIA BEATRIZ HERNANDEZ, JUEZ DE CAMARA 012450E