

## Danos Y Perjuicios Incumplimiento Contractual Empresa De Medicina Prepaga Omision De Cubrir La Intervencion Requerida

### JURISPRUDENCIA

### Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual. Empresa de

medicina prepaga. Omisión de cubrir la intervención requerida Se confirma el fallo que hizo lugar a la demanda de incumplimiento contractual y por daños y perjuicios dirigida contra la empresa de medicina prepaga, ya que la ausencia de cobertura de la prestación que ha sido requerida -intervención convencional en vez de láser- denota la deficitaria y omisiva actuación de esta última y el incumplimiento al mandato constitucional de proteger adecuadamente el derecho a la salud de su afiliada. En la ciudad de Mar del Plata, a los 24 días de Abril de 2018, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "ALLEGRO JORGELINA C/ SWISS MEDICAL S.A. S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Néliida I. Zampini y Rubén D. Gérez. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes CUESTIONES: 1) ¿Corresponde decretar la nulidad de la sentencia dictada a fs. 330/356? 2) ¿En caso negativo, es justa la sentencia de fs. 330/356? 3) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO: I) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo hacer lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual promovida por la Sra. Jorgelina Allegro contra Swiss Medical S.A., condenando a esta última a abonar a la actora la suma de \$ 108.003,43, con más intereses y costas. Para así decidir, expone el a quo que ha existido una conducta incumplidora, antijurídica y dañosa imputable a la demandada, en tanto considera que la ausencia de cobertura de la prestación que ha sido requerida denota la deficitaria y omisiva actuación de esta última y el incumplimiento al mandato constitucional de proteger adecuadamente el derecho a la salud de su afiliada. Refiere que la antijurídica y lesiva conducta de la empresa demandada constituye cosa juzgada en virtud de lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de esta ciudad en la causa caratulada "Allegro, Jorgelina c/ Swiss Medical S.A. s/ Amparo (expte. 99.564)" -de trámite por ante el Juzgado Federal nro. 2, Secretaría nro. 1 de esta ciudad-, por lo que afirma que su discusión no puede ser reeditada en el marco de este proceso. Agrega que las desventajas y contraindicaciones de la cirugía convencional (cuya cobertura ha sido ofrecida) demuestran el desfasaje entre dicha prestación y los derechos constitucionales en cuestión, y luego considera que no puede entenderse que la actora haya aceptado que el plan contratado no incluía la intervención requerida, en tanto refiere que aceptar ello importaría legitimar una conducta contractual abusiva y contraria a la buena fe, según variados argumentos que enuncia. Resalta el carácter consumeril de la relación que ligara a las partes, e indica que la empresa proveedora ha desconocido una garantía de indemnidad jerarquizada que ha asumido a partir de su posición dominante. En base a lo expuesto considera que son inviables los argumentos que sostienen que la práctica de cirugía láser no se encuentra incluida en el PMO, que la normativa sanitaria no la habilita, que la prestación nunca formó parte de la cobertura y del contrato y que se trataba de un sistema cerrado (o de cartilla). Continúa remitiéndose a lo resuelto por la Alzada Federal en la causa de amparo ya citada, y concluye aclarando que el hecho de que la actora no contara en su plan con beneficio de reintegro resultaba una condición contractual imperante mientras no se produjera un incumplimiento como el que ocurrió en el sub examine. Por último liquida los rubros indemnizatorios, admitiendo la suma de \$ 18.003,43 por daño directo (reintegro de práctica quirúrgica láser), de \$ 10.000 en concepto de daño moral, y la de \$ 80.000 por daño punitivo, con mas una suma en concepto de honorarios del mediador judicial que será considerado al momento de practicarse la liquidación. Ello con mas intereses a liquidarse desde el momento en que se produjo cada perjuicio (respecto del rubro "daño directo" desde las fechas de los desembolsos -\$ 43.330,27 pagados el 14/6/12 y \$ 1.407 satisfechos el 10/7/12- y respecto del "daño moral" a partir de la fecha en que fue denegada la cobertura -4/6/12-), y según la tasa de interés pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires. II) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 359 por el Dr. Santiago Andrés Rivera, en calidad de apoderado de la empresa Swiss Medical S.A., fundando su recurso a fs. 392/401, con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 403/409. III) La recurrente plantea los siguientes agravios: 1) no debió dictarse ninguna condena porque su parte no incumplió la ley específica que resultaba aplicable, 2) no se configuran los requisitos de excepción para imponer daños punitivos, 3) los daños punitivos no debieron ser cuantificados en \$ 80.000, 4) el rubro que la sentencia denomina "daño directo" no debió cuantificarse como lo hizo la sentencia, 5) si se aplican valores actuales, debe aplicarse un interés "puro" del 6% anual, 6) si se aplican valores actuales, los intereses debe arrancar en esa fecha, 7) omisión de agregar intereses al pago efectuado por el hoy apelante. En lo atinente al primero de los agravios, la apelante refiere que ofreció cubrir el

100% de la práctica idónea denominada "safenectomía interna y/o externa con ligaduras y/o resecciones escalonadas bajo el código 070612", e indica que la prestación que pretende la actora no se encuentra en el PMO. En base a ello afirma que la sentencia obliga a su parte a cubrir algo no previsto en la ley, y destaca además que este proceso no es un amparo de salud, sino un proceso de daños, en virtud de lo cual aduce que no puede prosperar al no existir una conducta antijurídica de su parte. Sostiene en tal sentido que la sentencia inobserva la ley 24.754 y desvirtúa el sistema de salud, y luego se expide sobre la cobertura que entiende que deben brindar los agentes de salud y sobre el valor normativo y sentido del PMO. Considera además que es irrelevante que se trate de un contrato de consumo con cláusulas predispuestas, y afirma que la ley no puede ser desplazada por la confianza en la marca. Como segundo agravio refiere que aún suponiendo que ha existido un incumplimiento contractual, no concurren los requisitos adicionales para aplicar la multa prevista en el art. 52 bis de la Ley del Consumidor y Usuario, dado que no se configura un caso excepcional y grave. Argumenta en tal sentido que el incumplimiento por sí solo no alcanza, y que acatar normas específicas no puede implicar jamás una "grave indiferencia". Agrega que la sentencia formula reproches sin basamento objetivo, y sostiene que adoptar decisiones como la recurrida transformaría a los daños punitivos en una consecuencia automática ante cualquier incumplimiento en materia de consumo, lo cual considera que resulta ser una consecuencia negativa. Concluye afirmando que no existió un ilícito lucrativo, que no se ha demostrado una particular subjetividad dañadora, que no ha existido dolo ni culpa grave, y que no se ha configurado un grave menosprecio. Como tercer agravio aduce que la sentencia es nula por incongruente, en tanto aduce que se ha fijado un monto excesivo de \$ 80.000 en concepto de daño punitivo, habiendo la actora reclamado por este rubro la suma de \$ 35.000. Aduce además que la fundamentación resulta aparente por resultar meramente cualitativas, genéricas y abstractas las circunstancias que valora el fallo, y entiende que al menos deben fijarse en una suma considerablemente inferior. En base a lo expuesto concluye que la condena es nula por incongruente y por encontrarse deficientemente fundada, y que además es intrínsecamente excesiva ante las características del caso. En cuarto lugar se agravia de la cuantificación del denominado "daño directo", y refiere al respecto que la actora no pidió una suma actualizada por este concepto, como reconoce la sentencia, por lo que entiende que la misma es ultra y extra petita. Agrega que el fallo apelado efectúa una repotenciación prohibida por la ley de convertibilidad y que no es una obligación de valor, y advierte además que la actora ya había efectuado un desembolso, por lo que entiende que a todo evento su parte tendría que restituir esa suma, con mas intereses. Luego critica que se dispusieran intereses del daño patrimonial y moral desde el supuesto incumplimiento, que se aplique una tasa de interés que a su entender es altísima y que contiene ingredientes anti inflacionarios, y que no se aplique ningún interés a la suma que su parte depositó antes de la condena, por lo que concluye que la sentencia es nula por incongruente, que viola indirectamente la prohibición de indexar y que soslaya que no se trata de una obligación de valor, sino de una obligación dineraria. Como quinta crítica, expone que no corresponde simultáneamente considerar valores actuales y fijar desde la mora una tasa que contiene componentes anti inflacionarios como tasa la "pasiva más alta fijada por el BAPRO en operaciones de depósitos a 30 días", e indica en tal sentido que la condena incurre en duplicidad. Detalla que la tasa de interés pasiva no sólo comprende el efecto inflacionario, sino también una tasa de renta, de riesgo e incobrabilidad, conceptos éstos dos últimos que indica son ajenos o no trasladables a un supuesto reclamo de responsabilidad civil contractual. En virtud de lo anterior, considera que debe aplicarse la tasa pura del 6% anual, importando lo contrario un enriquecimiento sin causa. Como sexto agravio sostiene que si se aplican valores actuales, los intereses deben arrancar en esa fecha, y refiere que computarse intereses en forma retroactiva desde el 2012 sobre valores actuales, importará una nueva actualización del monto de condena y un enriquecimiento sin causa. Es así que para el caso de mantenerse la condena por los rubros daño directo y moral, requiere que corran los intereses a partir del undécimo día de quedar firme el pronunciamiento. Por último y como séptimo agravio, afirma que la sentencia debió aclarar que la suma que su parte ya le pagó a la actora también debe llevar intereses, tal como dispuso respecto de la suma que esta última puso de su bolsillo. IV) Antes de pasar a analizar los agravios traídos a esta instancia, relataré los ANTECEDENTES DE LA CAUSA: A fs. 4/14 se presenta la Dra. Jorgelina Allegro, actuando en causa propia, y promueve acción de daños y perjuicios y daño punitivo contra la empresa Swiss Medical Group por la suma de \$ 55.000, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse y establezca el criterio del suscripto, intereses, gastos y costas. Refiere que durante varios años ha sido afiliada, junto a su familia, al plan de salud de medicina prepaga de Swiss Medical, siendo su credencial la nro. ?, Plan SB04, válido hasta el mes de agosto de 2014. Relata que en el año 2010 se le diagnostica una enfermedad por insuficiencia venosa en las extremidades inferiores, y explica que tras la aparición de sensaciones desagradables como hormigueo, pesadez y dolor en su pierna izquierda y una visible protuberancia color morada a la altura de la pantorrilla, consultó a varios especialistas de esta ciudad como los Dres. Vellettaz, Demichelli y Basso, decidiendo someterse a la cirugía que le recomendaban los profesionales, única solución para la patología descripta. Señala que todos los médicos coincidieron en el diagnóstico de una enfermedad por insuficiencia venosa de las extremidades inferiores, así como que el único tratamiento era quirúrgico, no sólo para la desaparición de los síntomas y corrección estética, sino también para evitar

complicaciones futuras como trombosis, que requerirían una intervención de urgencia, siempre más complicada y riesgosa. Indica asimismo que los médicos consultados y todas las investigaciones a las que ha tenido acceso coinciden en que la cirugía láser resulta menos agresiva que la convencional, menos dañina para la piel, con un post-operatorio poco traumático, con inmediata reinserción laboral, menos doloroso y con mejores resultados estéticos. Sostiene que la especialidad por láser es una de las más privilegiadas en cuanto a los avances en cirugía venosa, y que frente a ello el paciente puede ejercer su legítimo derecho de optar por la técnica que respete con mayores garantías su dignidad humana e integridad física y por esa razón eligió la cirugía láser. Manifiesta que concertó turno para la intervención quirúrgica, que se llevó a cabo el día 12 de junio de 2012 en el Hospital Privado de Comunidad con el Dr. Jorge Basso, y explicita que en dicho nosocomio le informaron que la cobertura que poseía no cubría la práctica solicitada. Indica que el día 4 de junio de 2012 se presenta en las oficinas de la accionada, haciéndole saber mediante nota firmada los antecedentes y solicitando la cobertura íntegra que conforme presupuesto de la institución médica ascendía a \$ 5.738. Expresa que la nota fue respondida de manera telefónica por la empleada sindicada para la atención al socio, Patricia Rampi, quien esa misma tarde le expresó que su empleadora sólo accedía a la cirugía convencional, negándose a brindar la respuesta por escrito. Relata que al día siguiente presentó una nueva nota recepcionada por la misma empleada, haciendo saber su repudio al rechazo informado y que iniciaría el reclamo judicial. Luego detalla las diferencias entre la cirugía convencional y la cirugía láser, y explica que la enfermedad de insuficiencia venosa en los miembros inferiores produce várices, que son venas dilatadas, que tienen varios síntomas y que pueden llegar a ser muy peligrosas para el organismo. Indica que en su caso la vena safena era la principalmente afectada y que la intervención quirúrgica permitiría mejorar la circulación y aventar el riesgo de trombosis, y resalta que una trombosis venosa profunda puede desprenderse y causar un problema serio en los pulmones conocido como embolia pulmonar, un infarto o un derrame. Precisa que en la cirugía láser no se efectúan cortes y que por ende no hay riesgos de infecciones ni hemorragias, y detalla que la anestesia y el post-operatorio son menos complejos, dado que no es necesaria la internación del paciente, que es menos dolorosa e invasiva, y que los resultados estéticos son superiores ya que no quedan cicatrices. Por el contrario, expone que en la cirugía convencional hay corte en la pierna, extirpación de la vena y costura, lo que conlleva sangrado, sutura y cicatrices antiestéticas, riesgos de hemorragia, infecciones y un mayor período de internación y post-operatorio. Luego cita opinión médica especializada y se expide sobre el derecho a la salud, el respeto de la dignidad humana, la integridad física del paciente y el derecho a elegir la técnica menos agresiva y más efectiva disponible para la cura de la patología. Agrega que por resolución general 247/96 se aprobó el "Programa Médico Obligatorio" (PMO) para los agentes del seguro de salud comprendidos en el art. 1ro. de la ley 23.660, y señala también que la ley 24.754 estableció la obligación legal de las empresas de medicina prepaga de cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales. Afirma que ello significa que los entes mencionados deben asegurar a sus beneficiarios que mediante sus propios servicios o a través de efectores contratados, se garanticen las prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico, sin establecerse períodos de carencia, coseguros o co-pagos fuera de lo indicado en el PMO, entre las cuales se encuentra la cobertura del 100% de las enfermedades vasculares periféricas, comprensiva de la insuficiencia venosa que padece la actora. Destaca la aplicabilidad de la ley 26.529, que regula los derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, y se remite a la Constitución Nacional, en cuanto ésta protege el derecho a la salud, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Refiere que a pesar de resultar clara la regulación que obligaba a la demandada a brindar la cobertura de toda técnica quirúrgica, se negó sistemáticamente a cubrir la menos cruenta para el paciente, pretendiendo que elija la técnica más dolorosa, antiestética, riesgosa y de más lenta y compleja recuperación. Expresa que aunque la accionada lo niegue, la empleada le sugirió que le pida al médico que en la historia clínica indique que realizó la cirugía por práctica convencional, así ellos la cubrían y la actora solo pagaba la diferencia de precio respecto a la cirugía láser. Refiere que jamás pondría en ese compromiso a un profesional, y que por ello acudió a la justicia federal, promoviendo una acción de amparo. Continúa explicando que atento la proximidad de la cirugía programada y que los exámenes prequirúrgicos eran satisfactorios, la cirugía se realizó, no obstante que la sentencia no había sido dictada, abonando la misma de su peculio, adjuntando en el amparo la factura de pago para exigir su restitución. Remarca que obtuvo sentencia favorable en ambas instancias, ordenando la cobertura de la práctica solicitada y la restitución de las sumas desembolsadas, así como la imposición de las costas a cargo de Swiss Medical S.A. Luego cuestiona la conducta habida de la demandada antes y durante el proceso para con quien era su afiliada, y tilda de abusivo el proceder de la empresa, quien a pesar que el monto de la intervención era equivalente a lo que pagaba por la cuota de salud, y por lo tanto no suponía un inconveniente económico, no podía permitir el atropello incurrido. Refiere que si durante años pagó puntualmente su cuota de salud para su familia y ella, fue para que ante la primera contingencia la empresa contratada pagara como corresponde. Indica que al no sufrir problemas de salud que requirieran la contraprestación de Swiss Medical, durante años significó un negocio para la aseguradora, que recibía los pagos mensuales sin dar

absolutamente nada a cambio. Sostiene además que la demandada pretendió utilizar su desafiliación ocurrida con posterioridad a la iniciación de la acción de amparo en su contra para pretender incumplir su obligación de cubrir la cirugía láser. Califica de ofensiva y sin sustento jurídico la contestación de demanda efectuada en el proceso de amparo, y asevera que la accionada pretende minimizar y ningunear la patología que afectaba a la amparista, diciendo que "la vida de la actora nunca estuvo en peligro" o "que debió esperar a la sentencia" (textual). Entiende en tal sentido que Swiss Medical pretendía que: 1) quien era su afiliada mantuviera por tres años, mínimo, las incomodidades, dolencias y afecciones estéticas que le producía la dolencia diagnosticada en vez de pagar lo que para la prestadora era la irrisoria suma de \$ 5.700, 2) se sometiera a la cirugía convencional, con todas sus desventajas y 3) que luego de reconocerse su derecho a que se cubriera la intervención láser, quien fuera su afiliada se sometiera a un nuevo proceso judicial ordinario para lograr el reembolso de las sumas pagadas de su peculio para la realización de dicha práctica. Luego indica que reclama por daño directo y daño punitivo, y afirma que a la fecha de promoción de la presente la accionada aún no había pagado el costo de la cirugía realizada a pesar de haberse ordenado en dos instancias judiciales. Asegura que la conducta de la accionada le ha generado daños directos, en tanto se cercenó su derecho a la salud y a recibir un trato equitativo y digno en la relación de consumo, por lo que reclama por este parcial la suma de \$ 10.000. Aduce que también se ha afectado su paz y tranquilidad, obligándola a litigar y privándola de la calma que necesitaba y merecía para llegar al quirófano distendida y sin estrés. Menciona que cuando uno contrata con esfuerzo una empresa de salud de renombre y prestigio es para tener la tranquilidad que el día que se requiera su uso, se contará con el pleno respaldo y seguridad que solo habrá que abocarse a lo pedido por el médico y no luchar contra un "gigante" para que le reconozca unos míseros pesos para hacerse una cirugía con la técnica más apropiada. En base a ello reclama por daño moral la suma de \$ 10.000. Finalmente pretende en concepto de daño punitivo la suma de \$ 35.000, y requiere que para la determinación del importe se tenga en cuenta las reiteradas negativas de la demandada a la cobertura, la insignificancia del valor económico de la cirugía láser para una empresa como Swiss Medical, el trato despectivo sufrido en el proceso de amparo, donde se la trató de "caprichosa" y la falta de respeto a la dignidad humana, poniendo por encima intereses económicos, para colmo insignificantes. Resalta además que tuvo que esperar tres años para obtener una sentencia favorable, a pesar de lo cual la demandada aún no le pagó lo que le corresponde. Estima el daño punitivo en \$ 35.000, o lo que en más o en menos estime prudente el juzgador, considerando que este tipo de daño puede alcanzar la suma de \$ 5.000.000 (arts. 47 inc. b) y 52 bis de la ley 24.240), dependiendo del carácter de reincidente, cuantía de beneficios indebidamente obtenidos, proyección económica, peligro de generalización para todos los usuarios y repercusión de las infracciones atento la posición en el mercado. Por último explica que la sanción por daño punitivo debe guardar proporcionalidad con la gravedad de la falta, funda en derecho, ofrece prueba y concluye peticionando que oportunamente se haga lugar a la demanda, obligando a la accionada al pago de las sumas reclamadas, intereses y costas. A fs. 22/23 se dispone correr traslado de la acción según las normas del proceso sumario, se concede a la actora el beneficio de justicia gratuita y se da vista al Ministerio Público Fiscal. A fs. 24 toma intervención la Fiscalía. A fs. 26/27 la accionante amplía la demanda. Señala que en el proceso de amparo se suscitó otro hecho que le era desconocido y que también configura una conducta reprochable de la accionada. Explica que la contraria depositó en aquel expediente la suma de \$ 5.738, que es la cifra exacta abonada en julio de 2012 para la práctica que se negó a cubrir, e indica que esa cantidad fue dada en pago pasados tres años de su desembolso -aclarando que aún no lo percibió ya que el giro no fue librado-, sin estimar ningún interés, como si el costo de la cirugía fuese el mismo que hace tres años, como si en este país no hubiese inflación, ni devaluación monetaria del 2012 al 2015. Argumenta que ni aún con el cómputo de los intereses se logra resarcir el perjuicio ocasionado por la pérdida de valor de la moneda, y asevera que esa conducta especulativa de la demandada en perjuicio del consumidor es repudiable. Asimismo amplía la prueba. A fs. 30 la actora amplía nuevamente la demanda, incorporando al reclamo la suma de \$ 360 que abonó al Dr. Hernán Payetta para cumplir con el proceso de mediación obligatorio. Solicita la restitución de esa suma, más intereses hasta el efectivo pago. A fs. 37/47 se presenta el Dr. Santiago Andrés Rivera en carácter de apoderado de Swiss Medical S.A. a contestar la demanda instaurada en contra de su mandante, solicitando su rechazo, con costas. Niega los hechos expuestos y la documentación adjuntada con la demanda, y admite que la actora fue beneficiaria de los servicios brindados por su poderdante. Señala que cuando la contraria inició el amparo, allí se contestó que la prestación de cirugía láser requerida era improcedente, habida cuenta que el PMO no incluye dicha técnica en el Nomenclador Nacional para la cirugía reclamada. Indica que por el contrario, la cirugía de safenectomía incluida en el PMO es la interna y/o externa con ligaduras y/o resecciones escalonadas "bajo el código 070612" (textual), es decir la cirugía convencional, y que por esta razón de ninguna manera su mandante incurrió en incumplimiento contractual alguno y menos en una conducta reprochable. Que asimismo allí puso de resalto que el plan contratado por su esposo (titular) es de característica "cerrado", o sea que no posee beneficio de reintegro, y se expide respecto de las características del contrato de medicina prepaga. Explica que en este caso la accionante, por medio de su esposo titular del grupo familiar, contrató con su mandante un plan médico denominado SB04, del cual

surge los alcances de la cobertura médica contratada, aclarando que no posee beneficio alguno por fuera de lo establecido en el PMO por la prestación Safenectomía Láser. Concluye que del mencionado contrato no surge que su representada tenga la obligación de prestar la cobertura que la actora solicita y mucho menos con el alcance del 100% pretendido, y advierte que sin perjuicio de desconocer la documentación de la actora, en la orden médica suscripta por el Dr. Jorge Baseo se prescribió "Láser 070660" y tal código de nomenclador es inexistente, bastando la consulta del anexo II de la Res. M.S. 201/02. Destaca que su mandante posee obligaciones legales y contractuales, y señala que el Estado ha delegado una de sus principales funciones, cual es la de velar por la salud de sus habitantes, pero aquello que no ha delegado sigue siendo una obligación del propio Estado. Indica que las prestaciones obligatorias que deben cubrir las empresas de medicina prepaga y las obras sociales en virtud de la delegación efectuada por el Estado son las reglamentadas por la Res. 201/02 que aprueba el Programa Médico Obligatorio, y aduce que el PMO dispone la cobertura obligatoria de un "numerus clausus" de prestaciones entre las cuales no se encuentra la técnica láser para la cirugía de safenectomía y sí en cambio la convencional (código 070612) que fue la ofrecida a la Dra. Allegro y no aceptó. Agrega que el PMO tiene la clara intención de garantizar a la población todas las prestaciones esenciales para la salud, dentro de un marco eficiente del uso de las mismas, con la finalidad de preservar el financiamiento y normal funcionamiento de un sistema solidario en riesgo de desaparecer, por un mal uso de los recursos. Expone además que dentro del amplio y generoso menú prestacional -incluso a nivel comparativo internacional-, no se prevé como prestación la técnica láser requerida, y que si el Estado hubiese considerado necesario incorporar dicha técnica, lo hubiera hecho. Cita ejemplos de prestaciones que fueron incorporadas, y advierte que el Poder Judicial se encuentra vedado de entrometerse en temas de salud pública. Detalla el plan contratado por la parte actora, y concluye que del anexo al plan que detenta la Dra. Allegro no surge que se hubieran contratado beneficios especiales, como la técnica láser para la cirugía pretendida. Aduce que su parte cumplió con lo establecido normativa y contractualmente, autorizando la cirugía convencional de safenectomía en la Clínica Colón, y luego expone que no existió acto arbitrario o ilegal, dado que la actora pretende el reintegro (bajo el título de daño directo) de una prestación que nunca estuvo a cargo de Swiss Medical S.A.

Sintetiza su postura afirmando que: 1) la práctica nunca estuvo incluida en el PMO, 2) la normativa sanitaria no habilitaba la misma, 3) la práctica nunca formó parte de la cobertura y contrato prestacional que uniera a las partes y 4) su mandante oportunamente ofertó la cobertura de la práctica convencional, desestimada en forma incausada por la accionante. Refiere por lo expuesto que la actora carece de causa para pedir el reintegro de prestación médica, porque la práctica sigue sin ser incorporada al PMO, y expresa además que la sentencia condenatoria en el proceso de amparo carece de efectos en esta nueva causa. Luego refuta los rubros reclamados, y es así que en cuanto al daño directo expresa que la propia accionante en la ampliación de demanda reconoce que su parte ha depositado y pagado tal concepto, en el marco del proceso de amparo. Sostiene que el pago hecho por su mandante es incontrovertido, en virtud de lo cual plantea la defensa de pago total del rubro, pues se encuentra totalmente satisfecho.

Aclara que como admite la actora, su parte dio en pago el importe de \$ 5.738 sin ningún tipo de condicionamiento, e indica que la actora no ha agregado ningún tipo de recibo o constancia que avale la supuesta erogación. Cita jurisprudencia. Respecto del daño punitivo, argumenta que la doctrina ha cuestionado severamente la inclusión de este instituto absolutamente ajeno a nuestra tradición, con severos reparos constitucionales. Resalta la naturaleza punitiva de este tipo de sanciones, motivo por el cual se exigen todas las garantías propias de la sanción penal, entre ellas la de la absoluta irretroactividad de la ley penal. Cita doctrina y jurisprudencia, y recuerda que para Picasso la gran mayoría de los casos en los que resultaría aconsejable aplicar daños punitivos, pueden subsumirse sin problemas en delitos reprimidos por la ley penal vigente. Señala que para su procedencia debe haber un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador, existencia de lesión o daño y en principio, no aplicación en la esfera contractual. Considera que el art. 52 bis de la LCD es claramente inconstitucional pues no respeta ninguno de los principios que emanan del art. 18 de la Constitución Nacional, y agrega que en este caso no hay una sola circunstancia que acredite la supuesta "gravedad del hecho y demás circunstancias del caso" (sic). Indica que por el contrario su mandante ofreció a la actora la prestación y no fue aceptada por ésta en forma incausada. Manifiesta que si bien hay sentencia a favor de la actora en el proceso de amparo, no se puede catalogar la actuación de su representada como un pretendido incumplimiento y menos aún que, de haber existido, haya sido grave o doloso. Refiere además que la multa civil así fijada se superpone a la que impone la autoridad de aplicación de la LCD, incurriéndose en una doble o triple sanción penal por el mismo hecho. Ofrece prueba, funda en derecho, formula reserva del caso federal y peticiona que oportunamente se dicte sentencia, desestimándose la demanda, con costas. A fs. 58 se abren a prueba las actuaciones, a fs. 63 se proveen las ofrecidas, a fs. 306 se certifica sobre el resultado de las producidas y a fs. 316 se actualiza el certificado de prueba. A fs. 318 se da vista al Agente Fiscal, obrando su dictamen a fs. 319/321. A fs. 329 se llaman los autos para dictar sentencia, y a fs. 330/356 se dicta el resolutorio que hoy es materia de revisión. V) Trataré en primer lugar el planteo de NULIDAD DE SENTENCIA. Esta Cámara tiene resuelto que "...el recurso de nulidad se haya comprendido en el de apelación (art. 253 del CPC). De esta manera, por vía de apelación, esta Alzada adquiere competencia para

determinar acerca de los vicios de construcción de la sentencia, siempre y cuando se hubiere interpuesto en término el recurso; para ello no resulta decisivo que se argumente sobre los vicios "in procedendo", y aún de oficio puede dejar sin efecto el pronunciamiento del Sr. Juez de Primera Instancia cuando éste tenga vicios tan esenciales que obstan al tratamiento de dicho remedio..." (esta Cámara, Sala III, en la causa N° 147.550 ?Paulo, Germán c/ Mantilla, Jorge s/ cobro ordinario de sumas de dinero?, sentencia del 17-5-2011; esta cámara Sala III, en la causa N° 146.080 ?Castagnini, Marta y otros c/ Hospital Privado de Comunidad y otros s/ daños y perjuicios?, sentencia del 19-10-2010; esta Cámara, Sala II, en la causa N°143.386 ?Tellechea, Daniel Eduardo c/ Roca, Silvia s/ divorcio vincular?, sentencia del 10-08-2010; esta Cámara, Sala II, en la causa N°124.464 ?Ibarra, Norma c/ Bank. Boston N.A. s/ cumplimiento de contrato?, sentencia del 29-04-2008, entre otras). Dentro de este marco, el recurrente alega que la sentencia resulta nula por incongruente, argumentando a tal efecto que se ha fijado un monto superior al reclamado en concepto de daño punitivo y una suma actualizada en calidad de "daño directo" que no ha sido pretendida. Ante ello, me permito adelantar que en el caso de autos no corresponde decretar la nulidad del decisorio apelado, en tanto considero que no presenta vicios atinentes a la violación del principio de congruencia que lo descalifiquen como acto jurisdiccional. Dígase al respecto que las reglas de congruencia se quebrantan en caso que no exista conformidad entre la sentencia y el pedido formulado en la demanda respecto a las personas, el objeto y la causa, por ser de ineludible exigencia el cumplimiento de principios sustanciales del juicio relativos a la bilateralidad, igualdad y equilibrio procesal (argto. jurisprud. S.C.B.A. en la causa Ac. 62752 ?Obra Social para Empleados de Comercio c/ Caja de Previsión y Seguro Médico de la Pcia. de Bs. As. s/ repetición?, sent. del 01-III-2004). Es así que en lo atinente a la alegada determinación de un monto mayor al consignado inicialmente en la demanda, cuadra ponderar que es facultad del Juez graduar la multa en concepto de daño punitivo, conforme lo establecen los arts. 47 y 52 bis de la ley consumeril. En tal sentido se ha explicado que "El objeto de este instituto es impedir que el proveedor siga vendiendo un producto que genere perjuicios, estimando que resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad, por lo que se le otorga al Juez la facultad de aplicarlo o no en el caso concreto y graduarlo conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso" (Centanaro Esteban, "Contrato y relación de consumo: actualidad en torno a las últimas modificaciones legislativas" en Estudios de derecho civil con motivo del Bicentenario, citado por esta Sala en el antecedente "Umanzor Gonzalez Maritza Jesus y otro/a c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. y otro/a s/ Daños y perj. incump. contractual", expte. 163197, RSD-140-17, de fecha 15/6/17). Desde otro ángulo corresponde señalar, además, que la facultad de precisar sólo estimativamente el monto del perjuicio condicionado ?a lo que en más o en menos resulte de la prueba y establezca el criterio del Juzgador? (o fórmulas similares), puede ser ejercitada en los casos en que resulta razonable entender que el interesado no se encuentra en condiciones de denunciar su pretensión de manera precisa, ya sea por carecer de conocimientos técnicos o en razón de no contar con los elementos del caso (art. 330 in fine C.P.C.; argto. jurisprud. esta Cámara, Sala I, causa N° 153803 RSD 193/13 del 28/8/2013). Nuestro Máximo Tribunal Provincial se ha expedido en relación a dicha modalidad de la pretensión, exponiendo que "...Ningún impedimento legal existe para que así se peticione, por tanto no infracciona el principio de congruencia el pronunciamiento que en tales condiciones fija una suma dineraria mayor o menor a la estimada tentativamente en la postulación liminar" (argto. jurisprud. SCBA C. 99055 del 7/5/2014). En tal sentido, si bien es cierto que en el caso de autos la actora solicitó en la demanda la suma de \$ 35.000 por daño punitivo y que el rubro ha sido receptado en sentencia por la cantidad de \$ 80.000 (v. fs. 13 y 354), también lo es que la reclamante condicionó el monto total demandado a "...o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse y establezca el criterio de V.S..." (v. 4). De ello se infiere que en el caso de autos la actora ha actuado con sujeción a los precedentes citados, dado que ha supeditado el reclamo a la determinación final, debiéndose valorar además que ha quedado resguardado ampliamente la bilateralidad del contradictorio y asegurado el debido proceso con audiencia, igualdad y garantía plenas, de lo que se sigue que ninguna razón o motivo puede aducir la demandada para acusar una decisión incongruente (arg. art. 163 inc. 6 del CPC; argto. jurisprud. esta Cámara, Sala I, causa N° 153803 RSD 193/13 del 28/8/2013). Igual suerte corren los argumentos que sostienen que se ha fijado una suma actualizada no pretendida en calidad de "daño directo". Ello es así, en tanto en los procesos de daños y perjuicios los jueces se hallan facultados para fijar el quantum indemnizatorio al momento de dictar sentencia, tal como ha efectuado el a quo (cfr. arg. causas L. 77.503 y L. 75.346, sents. de 6-6-2001; C. 101.107, sent. de 23-3-2010; C. 100.908, sent. de 14-7-2010; C. 117.735, sent. de 24-9-2014). Nuestro máximo Tribunal Provincial ha explicado reiteradamente que no debe confundirse la actividad de estimar los rubros indemnizatorios a fin de reflejar los "valores actuales" con la utilización de aquellos mecanismos de "actualización", "reajuste" o "indexación" de montos históricos, cuya aplicación quebrantaría la prohibición expresamente contenida en el art. 7 de la ley 23.928, mantenida aún hoy luego del abandono de la paridad cambiaria dispuesta por la ley 25.561 (conf. causas Ac. 88.502, "Latessa", sent. de 31-VIII-2005; C. 119.449, "Córdoba", sent. de 15-VII-2015; entre otras). Ha especificado además la SCJBA que estos últimos suponen una operación matemática, en cambio la primera sólo expresa la adecuación del valor a la realidad económica del momento en que se pronuncia el fallo (conf. causas C. 117.501, "Martínez", sent. de 4-III-2015; C. 120.192, "Scandizzo de Prieto",

sent. de 7-IX-2016; entre muchas). De tal manera y por lo expuesto, siendo que en el sub lite el daño reclamado bajo el rótulo "daño directo" se identifica con el valor de la cirugía efectuada, no existe violación a la congruencia, en tanto el Juez de grado, ateniéndose a los precedentes citados, ha adecuado el valor a la realidad económica del momento en que se pronuncia el decisorio (arts. 34, inc. 4, 163, inc. 6 y 253 del CPC). Como corolario y a riesgo de abundar, considero oportuno mencionar que, en consonancia con lo que en reiteradas oportunidades ha resuelto nuestro Máximo Tribunal Provincial, las nulidades (y más aún cuando se trata de sentencias) deben acogerse con criterio restrictivo, partiendo de la idea que -en principio- debe estarse por la conservación del acto procesal y no por su decaimiento (argto. jurisp. SCBA. en la causa Ac. 91341 ?La Catalina S.C.A c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Expropiación inversa?, sent. del 26-IX-2007; SCBA. en la causa Ac. 85519 ?Jocano Raúl c/ Empresa Distribuidora de Energía Sur S.A s/ Proceso sumarísimo?, sent. del 3-III-2004; SCBA. en la causa Ac. 74998 ?Gazzotti Luisa c/ Merlo Atilio s/ Restricción y límites al dominio?, sent. del 12-XII-2001, entre otras). En definitiva, puede afirmarse que no ha existido un apartamiento de los términos de la relación procesal que configura una violación al principio de congruencia, de lo que se sigue que el planteo de nulidad no debe prosperar, lo que así propongo al Acuerdo (arts. 34, inc. 4, 163, inc. 6 y 253 del CPC). ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO: VI) Pasaré a analizar los agravios planteados. A manera introductoria, considero menester efectuar precisiones en relación a la ley aplicable al sub examine (derecho transitorio), a cuyo fin corresponde señalar que para el estudio de la constitución, extinción y efectos ya producidos, corresponde utilizar las normas del Código Civil (ley 340) y no el ya vigente Código Civil y Comercial de la República Argentina -ley 26.994-, ya que éste no es de aplicación retroactiva (Kemelmajer de Carlucci, ?El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme?, La Ley, 22/04/2015, AR/DOC/1330/2015; Junyent Bas, Francisco A., ?El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial?, La Ley, 27/04/2015, AR/DOC/1360/2015; Taraborrelli, José N., ?Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código?, LA LEY 03/09/2015, 1, AR/DOC/2888/2015). No obstante lo anterior, es menester diferenciar las consecuencias de la relación jurídica: las consumidas, agotadas o producidas, es decir las que ya concluyeron sus efectos, quedan en la órbita de la ley anterior (vgr. el daño que se consolidó antes de la entrada en vigencia del CCyCN); en cambio las consecuencias que no son instantáneas sino que se prolongan en el tiempo quedan alcanzadas por el nuevo Código. Conforme ello, las cuestiones inherentes a la cuantificación del daño se trata de consecuencias no agotadas, que quedan en la esfera de la ley nueva (arts. 1745, 1746, 1747, 1748 y concs. CCCN; Cám.Apel. Azul, Sala II, sentencia única en ?D. B., A. C/ A., L. C. y otros s/ Derechos Personalísimos? (Exp.Nº 56.441) y ?D. B., A. C/ A. L. C. y otros s/ Daños y perjuicios? (Exp.Nº 56.571), del 08/09/2015). Corresponde especificar además, siguiendo a la Dra. Aída Kelmemajer de Carlucci, que en lo que compete a las leyes de protección del consumidor, que el art. 7 no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata, ello con fundamento no sólo en las palabras de la ley que en el párrafo tercero se refiere a la aplicabilidad inmediata, sino en el párrafo segundo que impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público (Aída Kelmemajer de Carlucci, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", 1era. edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 61). Así las cosas, habiendo quedado delimitada la ley aplicable al caso, procederé a continuación a dar respuesta a cada uno de los agravios formulados por la parte demandada, siguiendo a tal efecto el orden predispuesto por el apelante. AGRAVIO PRIMERO (titulado como "no debió dictarse ninguna condena"): Es posible apreciar que el primer agravio se direcciona en lo sustancial a sostener que no existió conducta antijurídica de la empresa de medicina prepaga para que proceda un proceso de daños y perjuicios, en tanto el apelante aduce que ofreció la cobertura del 100% de la práctica convencional y que la prestación pretendida por la actora no se encuentra incluida en el PMO. La inviabilidad de tales argumentos se impone, pues considero acertado lo resuelto al respecto por el a quo, quien ha expuesto que constituye cosa juzgada la determinación del carácter de incumplidora, antijurídica y lesiva de la conducta de la empresa demandada, ello en virtud de las sentencias de primera y segunda instancia dictadas por la Justicia Federal en el proceso de amparo caratulado "Allegro Jorgelina c/ SWISS MEDICAL S.A. s/ Amparo (expte. nro. 99564/12)", causa que tramitara por ante el Juzgado Federal nro. 2 Deptal. y cuyas fotocopias autenticadas tengo a la vista en este acto (v. fs. 90/271). Como puede advertirse, en sede Federal se consideró irrazonable la conducta de Swiss Medical S.A. al ofrecer a la amparista exclusivamente la cobertura de la cirugía convencional, pero no la láser, incumpliendo de ese modo el mandato constitucional de proteger adecuadamente el derecho a la salud de su afiliada (v. fs. 161/166, 214/215 y 231/236). Como adelantara, coincido con el Juez de grado en que el análisis del carácter de la conducta no puede ser reeditada en el marco de este proceso por verse alcanzado por la cosa juzgada, criterio éste que ha sido clareado y delineado por el Dr. Roncoroni en el precedente de nuestra SCJBA citado, caratulado "Mirador de Lincoln S.A. c/ Municipalidad de Lincoln s/ Daños y perjuicios" (C. 83.245, S del 26/9/07). En prieta síntesis, el citado Ministro explica que el proceso de amparo es un juicio de conocimiento pleno, y que pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia que allí se dicte, ella constituye para el

Derecho la verdad legal del caso juzgado en cuanto a la existencia de la conducta lesiva atribuida al ofensor, y otro pronunciamiento no puede luego desdecirla sin incurrir en una contradicción esencial en sus bases. Así también el Ministro expuso específicamente en relación al proceso de daños y perjuicios iniciado luego del amparo, que "Las nuevas acciones, se tendrán que pronunciar sobre lo que no fue motivo del amparo, mas sin desconocer lo pronunciado en éste. Bien explica esta coexistencia e independencia de acciones, con particular referencia a los daños y perjuicios, Díaz, Silvia Adriana del siguiente modo: "El recaer sentencia sobre esa conducta lesiva no implica que el juez (del amparo) deba expedirse sobre responsabilidades que exceden el marco del amparo pero que pueden devenir como consecuencia de la misma relación que uniera a las partes. Tal el caso en que luego de la admisión de esta acción, el damnificado dedujera demanda por daños y perjuicios derivados del actuar lesivo. En tal supuesto, el amparo promovido sólo hace cosa juzgada en cuanto a la existencia de la conducta lesiva atribuida al ofensor; no así respecto a los perjuicios reclamados pues no han sido materia de debate por la vía sumarísima" (sic; voto del Dr. Roncoroni ya citado). Asimismo estimo útil acudir a estos efectos a la doctrina especializada, ámbito en el cual se ha explicado que "...el amparo gozará de una sentencia que, firme, pasará en autoridad de cosa juzgada material o sustancial, no pudiéndose volver a discutir el fondo del asunto por medio de otro amparo, ni por ningún medio procesal, sumario u ordinario." (Ceballos Maximiliano Alberto, "Amparo en la provincia de Buenos Aires", ed. Astrea, Bs. As. 2013, pág. 283). En igual sentido se ha expuesto que "...si la ilegalidad o la arbitrariedad manifiestas del acto impugnado fueren declaradas en la sentencia en el sentido de que medió lesión, restricción, alteración o amenaza de algún derecho constitucional o fundamental, tal decisión judicialmente expresada es irrevisable e inmutable tanto en el proceso de amparo como en cualquier otro proceso, adquiriendo la cualidad de cosa juzgada en sentido material. (Díaz Solimine, Omar Luis, "Juicio de amparo", ed. Hammurabi, Bs. As., 2003, pág. 365). Lo expuesto permite concluir que el incumplimiento imputable a la demandada ha sido expresamente determinado en la sentencia dictada en la acción de amparo, la cual al haber pasado en autoridad de cosa juzgada, impide revisar o discutir sus alcances (arg. art. 345 inc. 6 del CPC). En definitiva, la empresa demandada debe responder a consecuencia del incumplimiento imputable de brindar la prestación médica reclamada, por lo que considero que los agravios volcados al respecto no pueden prosperar (arts. 266, 267 y ccdtes. del CPC ; arts. 499, 505, 1137, 1197, 1198 y ccdtes. del CC; art. 218 inc. 3° Cód. de Comercio.).

**AGRAVIO SEGUNDO** (titulado como "no es un caso para daño punitivo"): Como segundo agravio refiere la demandada que aún suponiendo que ha existido un incumplimiento contractual, no concurren los requisitos adicionales para aplicar la multa prevista en el art. 52 bis de la Ley del Consumidor y Usuario. Adelanto que esta parcela del recurso se encuentra desierta, en tanto las manifestaciones del recurrente sobre el tópico se encuentran desvinculadas de los fundamentos volcados por el a quo. Es que a los efectos de dar curso al rubro "daño punitivo", observo que el Magistrado de la Instancia de origen ha efectuado valoraciones que no han sido cuestionadas. Véase que ha sopesado la conducta de la accionada de minimizar el pedido de cobertura aduciendo que la intervención no es urgente y que la enfermedad no revistió gravedad (fs. 352 vta.), así como también que la diferencia entre el costo de una cirugía láser y una convencional no constituye una erogación que desequilibra la economía de la entidad, concluyendo que la negativa a costearla evidenció una innecesaria ostentación de poder y un desprecio por los derechos de la afiliada. Ha descalificado además la postura asumida por la accionada en el proceso de amparo y en el presente, y ha considerado que ello evidencia un desinterés por encontrar la forma de reparar el menoscabo padecido (fs. 352 vta. y 353), y así también sopesó que la negativa de la demandada se produjo cuando la actora estaba próxima a ser intervenida quirúrgicamente. Ha concluido afirmando que la reiteración de conductas censurables y elusivas de parte de Swiss Medical S.A. configuran culpa grave y un notorio menosprecio por los derechos ajenos, y que además ha incumplido normas legales y contractuales en detrimento de la buena fe que debía presidir su actuación. Desentendiéndose de tales argumentos, el apelante se limita a manifestar de manera genérica que no se configura un caso excepcional y grave, refiriendo en tal sentido que acatar normas no puede implicar jamás una "grave indiferencia", que la sentencia formula reproches sin basamento objetivo, y que adoptar decisiones como la recurrida transformaría a los daños punitivos en una consecuencia automática ante cualquier incumplimiento en materia de consumo. En este orden de ideas, el memorial debió indicar punto por punto los errores, omisiones y deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento jurisdiccional, no bastando apreciaciones desvinculadas de las consideraciones esenciales de la sentencia, como se evidencia en el sub examine (art. 260 del C.P.C.). En efecto, lejos se encuentra el memorial del cumplimiento de dichas premisas, pues ningún fundamento esboza con el fin de desvirtuar las afirmaciones que ha volcado el a quo. Cabe recordar a esta altura del análisis que la fundamentación del recurso de apelación: "...debe contener un mínimo de técnica recursiva por debajo de la cual las consideraciones o quejas carecen de entidad jurídica como agravios, resultando insuficiente la mera disconformidad con lo decidido por el Juez, sin hacerse cargo de los fundamentos de la resolución apelada..." (Hitters, Juan Carlos; Técnica de los recursos ordinarios. Librería Editorial Platense SRL, La Plata, 1985, pág. 442; conc. Roberto G. Loutayf Ranea; "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 262). Desde esta perspectiva, ha sostenido esta Alzada que "... la expresión de agravios debe estar directamente dirigida a la sentencia, debiendo ser

una crítica objetiva y razonada de la misma; requiriéndose una articulación seria, fundada, concreta, orientada a demostrar la injusticia del fallo atacado...? (esta Cámara y Sala, en las causas; N°154.506 ?Cons. Prop. Edif. Calle 3 de febrero ? c/ Flomenbaum, Ricardo Gregorio s/ acciones de la ley de Prop. Horizontal?, sent. del 04-10-2013; N°154.404 ?Correa, Guido Armando c/ Juan José Boubee S.A.I.C.A.I. s/ resolución de contrato?, sent. del 06-08-2013; N°145.804 ?Herrera, Walter c/ Cons. Edif. Entre Ríos s/ daños y perjuicios?, sent. interlocutoria del 08-06-2010; N°144.507 ?Seguro de depósitos S.A. c/ Tabone, Gladis Noemí s/ ejecución?, sent. del 24-09-2009; entre otras). Entonces, recapitulando, la ausencia de una exposición de fundamentos con potencialidad para patentizar el error del fallo y justificar su eventual modificación, revela la inoperancia de la crítica en este punto, la que queda reducida a una manifestación en extremo genérica y desvinculada de las consideraciones esenciales de la sentencia, no reuniéndose así los recaudos del art. 260 del CPC. De conformidad con todo lo expuesto, no habiendo cumplido el apelante con la carga de efectuar la "crítica concreta y razonada" dispuesta en el art. 260 del C.P.C., mal puede atenderse la apelación deducida en este punto.

**AGRAVIO TERCERO** (titulado como "monto de los daños punitivos"): Como tercer agravio critica el apelante que se ha fijado un monto de \$ 80.000 en concepto de daño punitivo, mientras que la actora reclamó por este rubro la suma de \$ 35.000, y aduna a lo anterior que la fundamentación resulta aparente, dado que las circunstancias que valora el fallo son meramente cualitativas, genéricas y abstractas, sosteniendo a tal efecto que al menos deben fijarse en una suma considerablemente inferior. En lo atinente al argumento que se dirige a cuestionar que la sentencia recurrida ha fijado un monto superior al reclamado en concepto de daño punitivo, corresponde -en honor a la brevedad- remitirme a lo resuelto en el considerando V de este resolutorio, donde he explicitado los fundamentos que conllevan a su rechazo (art. 34 inc. 4, 163 incs. 4 y 5 y 164 del CPC). Luego y en lo que respecta a los elementos que ha valorado el a quo a los efectos de establecer el quantum de la multa, nuevamente debo advertir que no existe una crítica que reúna los recaudos exigidos por el art. 260 del CPC, circunstancia ésta que impone su deserción. En efecto, es posible apreciar que el apelante se ha limitado a sostener de manera genérica que la fundamentación resulta aparente y que las circunstancias que valora el fallo son meramente cualitativas, genéricas y abstractas, desatendiéndose de los extremos que ha sopesado el Magistrado a esos efectos, tales como que se trataba de un servicio de salud, la marcada indiferencia de la accionada por la situación de la afiliada y la obstinación en cumplir sus obligaciones, circunstancias éstas que han sido desarrolladas a lo largo del decisorio recurrido. En definitiva y por lo expuesto, se impone rechazar el presente agravio esgrimido por la parte demandada, confirmándose el quantum indemnizatorio fijado en la instancia de origen en concepto de daño punitivo (arts. 163 inc. 6, 165, 260, 330 in fine y ccetes. del CPC).

**AGRAVIO CUARTO** (titulado como "incorrecta cuantificación del daño directo"): En cuarto lugar se agravia de la cuantificación del denominado "daño directo", y refiere al respecto que la actora no pidió una suma actualizada por este concepto, como reconoce la sentencia. Agrega en tal sentido que el fallo apelado efectúa una repotenciación prohibida por la ley de convertibilidad, y advierte además que la actora ya había efectuado un desembolso, por lo que indica que a todo evento su parte tendría que restituir esa suma, con mas intereses. En lo atinente al argumento que aduce que se ha fijado una suma actualizada no pretendida en calidad de "daño directo", corresponde -en honor a la brevedad- remitirme a lo resuelto en el considerando V de este resolutorio, donde he explicitado los fundamentos que conllevan a su rechazo (art. 34 inc. 4, 163 incs. 4 y 5 y 164 del CPC). En relación a lo demás argumentado por el apelante, también me remito a lo expuesto en el citado "considerando V", en donde he explicitado in extenso que el a quo no ha efectuado una repotenciación, por lo que en modo alguno puede entenderse que se ha violado la ley de convertibilidad 23.928 (v. causas C. 119.449, "Córdoba", sent. de 15-VII-2015; entre otras ut supra citadas). De tal manera y por lo expuesto, exista o no desembolso, siendo que en el sub lite el daño reclamado bajo el rótulo "daño directo" se identifica con el costo de la cirugía efectuada, considero que corresponde mantener el cálculo del rubro determinado por el Juez de grado, el cual ateniéndose a los precedentes citados de nuestro Máximo Tribunal Provincial, ha adecuado el valor a la realidad económica del momento en que se pronuncia el decisorio. Ello conlleva a la desestimación del presente agravio, lo que así propongo al Acuerdo (arts. 266, 267 y ccetes. del CPC).

**AGRAVIO QUINTO y SEXTO** (titulados como "si se aplican valores actuales debe aplicarse un interés puro del 6% anual" y "si se aplican valores actuales, los intereses deben arrancar en esa fecha"): Dentro del marco de estas críticas, expone la apelante que no corresponde simultáneamente considerar valores actuales y fijar desde la mora una tasa que contiene componentes anti inflacionarios como tasa la "pasiva más alta fijada por el BAPRO en operaciones de depósitos a 30 días", e indica en tal sentido que la condena incurre en duplicidad. Detalla que la tasa de interés pasiva no sólo comprende el efecto inflacionario, sino también una tasa de renta, de riesgo e incobrabilidad, conceptos éstos dos últimos que indica son ajenos o no trasladables a un supuesto reclamo de responsabilidad civil contractual. En virtud de lo anterior, considera que debe aplicarse la tasa pura del 6% anual, y que si se aplican valores actuales, los intereses deben computarse desde esa fecha. Ante ello, solo cabe mencionar que es doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia Provincial que en este tipo de relaciones debe aplicarse la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las

reglamentaciones aplicables en cada caso (arts. 622 y 623 del Código Civil, 7, 768 inc. "c" y 770 del Código Civil y Comercial, 7 y 10 de la ley 23.928; conf. SCBA, causas C. 43.858, "Zgonc", 101.774 "Ponce", L. 94.446 "Ginossi", L. 118615 causa "Zócaro" del 11/03/2015, B. 62468 causa "Ubertalli" del 18/5/2016; 119176 "Cabrera"; esta Sala, causa N° 157012 RSD 213/14 del 21/10/2014, 158237 RSD 51/15 del 14/4/2015). La mentada tasa de interés es utilizada por nuestro Máximo Tribunal Provincial desde la mora incluso en supuestos donde se adoptaron valores indemnizatorios actuales, lo que conlleva a la desestimación de la crítica articulada en tal sentido. El citado Tribunal ha explicado al respecto, que "...aún cuando se establecieran "valores actuales", esto es, adecuados a la realidad económica en que se pronuncia el fallo, sin acudir a la "actualización", "reajuste" o "indexación", términos que suponen una operación matemática, no hay razón para variar la forma de liquidar intereses dispuesta para estos últimos supuestos (conf. causas Ac. 61.575 del 25-XI-1997; Ac. 59.040, sent. del 3-III-1998; entre otras)." (SCBA LP Ac 92667 S 14/09/2005, in re "Mercado, Amanda Jacinta c/Municipalidad de La Matanza s/Daños y perjuicios"). Dígase que cuando los pronunciamientos de nuestro Máximo Tribunal Provincial son reiterados y de sentido unívoco se constituyen en doctrina legal para los tribunales inferiores. Si bien es cierto, que no existe una norma legal que expresamente obligue a los jueces a seguir la doctrina emanada de la Suprema Corte Provincial, ello surge implícitamente desde que las normas constitucionales prevén el recurso de inaplicabilidad de ley a los fines de resguardar la correcta aplicación de la doctrina legal, a lo que se le debe sumar que las normas procesales imponen entre los jueces los deberes de asegurar los principios de celeridad y economía procesal. Siendo ello así, considero que la tasa aplicada por el a quo responde a la doctrina legal vigente y es la forma más clara para atender actualmente al principio de la "reparación integral", justificando ello su adopción a partir de la mora (arg. arts. 1083 del C. Civil y 1740 del CCyC). En definitiva y por lo expuesto, propicio al Acuerdo la desestimación de las presentes críticas (arts. 266, 267 y ccdtes. del CPC).

AGRAVIO SEPTIMO (titulado como "omisión de agregar intereses al pago de esta parte"): Por último y como séptimo agravio, afirma que la sentencia debió aclarar que la suma que su parte ya le pagó a la actora también debe llevar intereses, tal como dispuso respecto de la suma que esta última puso de su bolsillo. No merece mejor suerte el presente agravio, en tanto resulta improponible pretender que se reconozca el devengamiento de intereses por un pago efectuado en cumplimiento de una obligación contractual (conf. arts. 520, 622 y ccdtes. del CC). En definitiva, habiendo quedado demostrada la inatendibilidad de las críticas volcadas por SWISS MEDICAL S.A., propongo al Acuerdo la desestimación íntegra del recurso de apelación intentado, y la confirmación del pronunciamiento de grado, en cuanto fuera materia de agravio. Las costas de esta instancia deben imponerse a la accionada, dada su condición de vencida (arts. 260, 266, 267 y ccdtes. del CPC).

ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO: Corresponde: I) Rechazar el planteo de nulidad de sentencia (art. 253 del CPC); II) Rechazar los agravios traídos a esta instancia por el apelante a fs. 359 confirmando, en consecuencia, la sentencia recurrida. III) Imponer las costas a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C). IV) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967).

ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. En consecuencia se dicta la siguiente; SENTENCIA: Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se rechaza el planteo de nulidad de sentencia (art. 253 del CPC); II) Se rechazan los agravios traídos a esta instancia por el apelante a fs. 359 y se confirma, en consecuencia, la sentencia recurrida. III) Se imponen las costas a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C). IV) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 de la ley 14.967). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.

027424E