

Empresa De Medicina Prepaga Reembolso De Gastos Internacion En Centro De Rehabilitacion

JURISPRUDENCIA

Empresa de medicina prepaga. Reembolso de gastos. Internación en

centro de rehabilitación Se eleva el monto de condena establecido en la sentencia que hizo lugar a la demanda en la que se reclama el reembolso de los gastos en que debió incurrir el accionante como consecuencia de la internación de su madre en un centro de rehabilitación por indicación de su médico tratante, costo que no fue cubierto por la empresa de medicina prepaga. En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 4 días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala ?A? de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: ?C. M. J. c/ FEDERACION MEDICA GREMIAL DE LA CAP FED (FEMEDICA) s/ DAÑOS Y PERJUICIOS? respecto de la sentencia de fs. 568/574 el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿SE AJUSTA A DERESCHO LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: RICARDO LI ROSI - HUGO MOLTENI- SEBASTIÁN PICASSO A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. RICARDO LI ROSI DIJO: I.- La sentencia de fs. 568/574 hizo lugar a la demanda entablada por M. J. C. contra Federación Médica Gremial de la Capital Federal (FEMEDICA). En consecuencia, condenó a esta última a abonar al actor, en el plazo de diez días, la suma de Pesos Veintiséis Mil Novecientos Treinta (\$ 26.930), con más sus intereses y las costas del juicio.- Contra dicho pronunciamiento se alzan las quejas del demandante, cuyos agravios de fs. 590/592 fueron respondidos por la accionada a fs. 594/596.- La emplazada funda su recurso a fs. 597/599, obrando réplica del accionante a fs. 601/602.- II.- Previo a proceder al análisis de los agravios formulados en esta Alzada, resulta oportuno efectuar una breve síntesis de los hechos que motivaron el presente conflicto.- Señala el actor que su madre -D. I.- se encontraba afiliada a la Federación Médica Gremial de la Capital Federal (FEMEDICA) y que en octubre de 2009 sufrió una meningitis bacteriana que le ocasionó severos daños cognitivos, los cuales se fueron agravando con el transcurso del tiempo.- Indica que su madre debió ser internada por espacio de 14 días en el Sanatorio Güemes, nosocomio en el cual fue atendida por la Dra. V. T. Dicha profesional prescribió el día 1° de noviembre de 2011 la internación de la paciente en un centro de rehabilitación.- Sostiene que a partir de allí empezaron sus problemas ya que la empresa de medicina prepaga empezó a retacear las autorizaciones y no existía propuesta alguna para solucionar el problema.- Indica haber concurrido en numerosas oportunidades a la sede de FEMEDICA pero nunca obtuvo una respuesta satisfactoria.- Destaca que el cuadro médico de su madre no podía esperar ya que el deterioro en este tipo de enfermedades se produce rápidamente si no tiene la atención debida.- En función de ello, luego de consultar varios centros de rehabilitación, el actor eligió la opción que consideraba más adecuada y que le brindaba una de las tarifas más accesibles.- Alega haber internado a su madre en la Clínica ALCLA el día 6 de noviembre de 2009, habiéndose hecho cargo de manera íntegra de su costo sin que la empresa demandada haya atinado a afrontar la internación de la Sra. I.- Luego de describir el intercambio epistolar cursado con la emplazada, el demandante expresa que los motivos de dicha internación fueron la negativa de cobertura por parte de FEMEDICA y el agravamiento de su estado de salud.- Afirma que la empresa demandada manifestó que tenía otro centro disponible para la internación de la paciente cuando ésta ya hacía más de veinte días que estaba internada y sólo ofrecían un reintegro parcial.- Expone que la Sra. D. I. fue externada el 9 de diciembre de 2009 y su salud se siguió deteriorando, por lo que se le entregó el certificado de discapacidad. Sin embargo, ni aún con ello la accionada se avino a reintegrar el dinero pagado.- Finalmente, el 27 de abril de 2010 se produjo el fallecimiento de la Sra. I.- A su turno, la demandada sostiene que el estado de salud de la Sra. I. no justificaba, en principio, su internación en un centro de rehabilitación.- Indica que frente a la orden médica de rehabilitación en un centro emitida por la profesional del Sanatorio Güemes con fecha 1° de noviembre de 2009, en su legítimo derecho de supervisar las prestaciones prescriptas a sus afiliados, efectuó una auditoría en terreno, examinando a la paciente y determinó que de acuerdo al estado y evolución de la salud de aquélla, el tratamiento de rehabilitación iniciado en el Sanatorio Güemes podía continuarse eficazmente en el domicilio de la asociada.- Expone que, si bien no le consta a su parte en forma fehaciente, el estado de salud de la Sra. I. lamentablemente presentaba un marcado deterioro. Prueba de ello es que la afiliada falleció a los cinco meses de recibir el alta del Sanatorio Güemes. Concluye que no existían grandes objetivos de rehabilitación que ameriten la internación en un centro sino que bastaba con simples cuidados que se podían brindar en su domicilio.- Sin perjuicio de ello, manifiesta que atento la insistencia del actor de internar a su madre en la Clínica ALCLA - entidad que no pertenecía a su red de prestadores-, se le ofreció cubrir 15 días de internación en dicho centro, reintegrando lo que FEMEDICA hubiera abonado a su propio efector por tal prestación. En esa oportunidad se puso especial énfasis en informar que la cobertura ofrecida estaba sujeta a

las necesidades de la paciente y a lo que determinase la auditoría médica.- Aclara que también se le ofreció el centro ALPI o la Clínica Santa Catalina, cualquiera de ellos contaba con la infraestructura suficiente para efectivizar la rehabilitación de la asociada.-

Sostiene que el ofrecimiento de reintegro fue aceptado por el Sr. C., motivo por el cual el 27 de noviembre de 2009 presentó ante el auditor de la demandada copia de la factura emitida por la clínica ALCLA por 15 días de internación.- Afirma que, sorprendentemente, al día siguiente el accionante le envió una carta documento intimando a reembolsar las sumas abonadas por la internación. Considera la demandada que del intercambio epistolar queda claro que su parte nunca denegó la cobertura de rehabilitación en un centro.- Postula que no se encontraba obligada a cubrir la rehabilitación de la Sra. I. con cualquier prestador.-

Asevera que el Sr. C. eligió de antemano a la Clínica ALCLA e internó a su madre para recibir la prestación de rehabilitación. Luego aceptó el ofrecimiento de reintegro hasta el valor que FEMEDICA abonaba a sus prestadores pero inmediatamente después se arrepintió y requirió el reembolso del total de lo abonado.- Concluye que no existe orden médica que indicara que la

rehabilitación debía hacerse indefectiblemente en la Clínica ALCLA como así también desconoce que dicha institución haya sido la mejor opción en relación costo-beneficio.- III.- Antes de tratar los planteos formulados por los recurrentes, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a

analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala F en causa libre N° 172.752 del 25/4/96; CS, en RED 18- 780, sum. 29; CNCiv., sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., sala I, ED, 115-677 -LA LEY, 1985-B, 263-; CNCom., sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105- 173, entre otras).- IV.- Liminarmente, corresponde señalar que el

contrato de medicina prepaga ha sido definido como el contrato por el cual una persona (o una empresa) promete a otra, llamado asociado o beneficiario, una determinada asistencia médica y recibe como contraprestación, el pago generalmente periódico de una suma de dinero (conf. Ghersi, Carlos y otros "Contrato de medicina prepaga", pág. 150).- Los elementos que caracterizan a esta

figura son: a) la existencia de una empresa que se compromete a dar asistencia médica por sí o por terceros; b) la existencia de una prestación de salud sujeta a la condición suspensiva de que se verifiquen determinados supuestos de hecho (determinada situación o enfermedad en el titular o el grupo de beneficiarios, la necesidad de prevenir afecciones, etc.); c) el cumplimiento de pagos

anticipados como técnica de financiamiento (captación anticipada de recursos por el organizador del sistema y el consiguiente ahorro de los propios adherentes al sistema) (conf. Japaze, Belén en "Ley de defensa del consumidor comentada y anotada", dirigida por Picasso-Vázquez Ferreyra, T° II, págs.127/128, ap. B).- Asimismo, resulta de aplicación al sub lite la ley de defensa del

consumidor.- Ello es así en tanto, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación -y lo ha ratificado el legislador mediante la sanción de la ley 26.682 (arts. 4, 27 y concs.)-, "es aplicable el régimen de defensa del consumidor al contrato de cobertura médica celebrado con una empresa de medicina prepaga, habida cuenta que se trata de un contrato de adhesión y

consumo" (conf. CSJN, 3/13/2001, "E.", R. E. c/ Omint S.A. de Servicios, LL, 2001-B-687; por remisión, en el caso, al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación).- En el mismo sentido se ha expedido esta Cámara: "Los contratos de afiliación a empresas de medicina prepaga, regulados por la ley 24.240, son contratos de adhesión y consumo, siéndoles aplicables, por ende, las

disposiciones de aquella normativa y las pautas jurisprudenciales generadas sobre ella" (conf. CNCiv., esta Sala, 4/7/2005, "D. de R., S.E. c/ Medicus S.A.", ED, 215-23).- En el mismo sentido, se ha dicho que la ley 24.240 "...es de aplicación a los servicios médicos porque ésta establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en

forma profesional aún ocasionalmente, produzcan, importen distribuyan o comercialicen cosas o prestan servicios a consumidores o usuarios" (conf. CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 26/9/2006, RCyS, 2006-685; vid. asimismo SCJ Mendoza, Sala 1, 11/10/1995, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, JA, 24/5/06; CNCiv., Sala L, "C. de A., O. R. c/ Obra Social del Personal Rural y estibadores de la República Argentina y otros", L. n° 568.586, del 2/2/2012).- En este orden de ideas, se ha resuelto que cuando el cumplimiento

de las prestaciones obligatorias a cargo de la empresa de medicina prepaga contratada pudieren resultar insuficientes para garantizar el derecho a la salud e integridad psicofísica, corresponde extender la cobertura a su cargo según los términos de la pretensión, por

cuanto la incidencia del mayor costo que pudiera pesar sobre la entidad privada no puede primar sobre el derecho a la salud que tiene supremacía constitucional. Es que la labor médica impone una actitud terapéutica orientada a alcanzar la curación del paciente, a la protección de la salud o a aliviar las consecuencias de una enfermedad. Este quehacer conlleva la obligación de prestar una

asistencia eficaz y del modo más idóneo, acorde con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en relación a la situación particular de cada enfermo y los distintos tratamientos, debiendo ser ejecutada con las exigencias y desarrollo evolutivo de la ciencia médica en un determinado momento histórico. Se debe conjugar la calidad de la prestación, los sistemas terapéuticos conocidos, las reglas y

técnicas que la medicina proporciona y lo previsto por el art. 1198 del Código Civil, que impone que el contrato obligue no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a sus consecuencias virtuales o implícitas según la naturaleza de la prestación y lo que las partes esperan verosímelmente (conf. Ghersi - Weingarten, "Contrato de Medicina prepaga", pág. 156/158).

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presenta rasgos mercantiles (arts. 7 y 8 inc.5 del Código Comercio), en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren también un compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato so consecuencia de contrariar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (conf. CSJN, Fallos, 324:677; 328:4747 disidencias de Fayt y Maqueda; C. 595.XLI. ¿in re? ¿Cambiasso c/Cemic? del 28/08/07).- A partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art.75 inc.22, por la inclusión de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que protegen "...el disfrute del más alto nivel de salud posible...? y?...una mejora continua de las condiciones de existencia...? (arts. 12.1 y 11.1 del último) (conf. CNCiv., Sala M, ¿E., M. A. c. Swiss Medical S.A.? del 16/04/2010, Publicado en: DFyP 2010 (agosto), Cita online: AR/JUR/31681/2010).- En tal contexto, el contrato de medicina prepaga contiene una obligación de seguridad a cargo del prestador, consistente en ejecutar el contrato, cuidando con la mayor diligencia de preservar de daños la persona y bienes del co-contratante. Como el objeto de la obligación de las organizadoras es precisamente prestar servicios relacionados con la salud de las personas, esta obligación de seguridad es central, y no accesorio, expresa, y no implícita (conf. Mayo, J., "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", LL, 1984-B, 949; Bustamante Alsina, J., "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 3º ed.; Gregorini Clucellas, Eduardo, "Los servicios de medicina Prepaga. La extensión contractual y legal de la cobertura"; LA LEY, 2005-A, 1282).- Frecuentemente se plantea el conflicto entre el derecho a la salud y el derecho económico de la empresa de medicina prepaga, y los valores que representan cada uno de ellos. En tal hipótesis, debe darse preeminencia de aquellos valores comprendidos en los derechos extrapatrimoniales constitucionalmente amparados, por sobre los patrimoniales. No se pierde de vista el carácter mercantil de la actividad de las empresas de medicina prepaga, pero tampoco se desatiende que ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquiriendo un cúmulo de compromisos que exceden el mero plano negocial (conf. CSJN, 13/03/2001, "in re" "Hospital Británico de Buenos Aires c. M. S. y A. S."). Ello no implica más que abogar por la protección y conservación de las relaciones privadas en la esfera de la buena fe (conf. CNCiv., Sala K, 19/09/2002, in re "P. de M. I. J. M. c. Hospital Alemán"; ídem, Sala L, 16/10/2003, "in re" "Lipski, Elena c. Minerva"; CNCom., sala A, ¿Z., J. A. c. Sistema de Protección Médica S.A. (SPM)? del 31/10/2006, Publicado en: LA LEY 19/03/2007, 11 ¿LA LEY 2007-B , 812 ¿IMP 2007-A , 773). Finalmente, se ha sostenido que la interpretación de un negocio jurídico complejo debe ser hecha por el Juez teniendo en cuenta el principio de buena fe, las conductas seguidas por las partes con posterioridad al acto, el fin económico perseguido al contratar y que en la valoración de los contratos sinalagmáticos y onerosos, debe regir el principio del equilibrio de las prestaciones y las reglas de equidad (conf. Vittorio Neppi, en la edición V , t II, pág. 129 de la obra de Francesco Messineo, ¿Doctrina General de Contrato?, trad. Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra; Josseland, ¿Derecho Civil?, trad. S. Cunchillos y Monterola, t.II, vol I, pág. 174, nº 239; C.N.Civ., Sala ¿D?, 25-10-63.L.L. t. 114, p. 450; id., ídem. 30-6-64, E.D. t. 10.p.119, fallo 5332 y L.L. t. 115-452; Sala ¿B?, 10-11-64, Rep.L.L.XXVII-320, sum.99; id. Sala ¿F, 28-6-65, L.L. t. 124, p. 1100; esta Sala, libre nº 195.302 del 18/7/96 y sus citas; íd. L. nº 463.837 del 12/3/07).- V.- Sobre la base del marco jurídico aplicable, deviene necesario proceder al análisis de las quejas formuladas en esta Alzada.- La accionada se agravia de que el Sr. Juez de grado considerara que está probada la necesidad de la internación de la madre del actor en un centro de rehabilitación.- En relación a esta cuestión, habré de anticipar que los elementos de prueba incorporados al proceso abonan la decisión cuestionada por la recurrente.- En tal sentido, al iniciar la demanda, el reclamante incorpora un instrumento suscripto por la Dra. V. A. T. -en hoja membretada del Sanatorio Güemes y que data del 1º de noviembre de 2009- en el cual se describe la dolencia que sufrió la Sra. D. I., la atención recibida en dicho nosocomio y las secuelas corroboradas. Asimismo, en dicho documento se expresa con total claridad lo siguiente: ¿Solicito internación en centro de rehabilitación? (cfr. fs. 35).- Si bien la citada documental fue desconocida por la accionada, lo cierto es que mediante informativa de fs. 537/539 la profesional interviniente deja constancia de su autenticidad.- No obsta a lo expuesto que en la prueba de informes la médica efectuara su respuesta en una hoja con membrete del Hospital de Clínicas José de San Martín pues tal circunstancia evidentemente se debió a que el oficio en cuestión fue diligenciado en ese establecimiento (ver constancia de fs. 532).- Por lo demás, lo verdaderamente trascendente es que la Dra. T. reconoció el instrumento que se le atribuye y que dicha profesional atendió a la Sra. I. en el Sanatorio Güemes en diversas oportunidades (ver historia clínica obrante a fs. 187/204).- Si bien la demandada sostiene que la indicación de la Dra. T. nunca llegó a la esfera de su conocimiento antes del egreso de la paciente de la Clínica ALCLA, lo cierto es que de la contestación de la demanda se desprende lo contrario.- Al respecto, cabe advertir que es la propia emplazada quien al presentarse a repeler la acción manifiesta lo siguiente: "...frente a la orden médica de rehabilitación en un centro, emitida por la profesional del Sanatorio Güemes con fecha 01-11- 2009, mi poderdante -en legítimo ejercicio de

supervisar las prestaciones prescriptas a sus afiliados por los efectores de su red- efectuó una auditoría en terreno, examinando a la paciente y determinó que de acuerdo al estado y evolución de la salud de aquélla, el tratamiento de rehabilitación -que ya se había iniciado en el Sanatorio Güemes, según surge del certificado médico de la Dra. T. (sic)- podía continuarse eficazmente en el domicilio de la asociada? (cfr. fs. 112 vta./113 apartado 5.2). Cabe aclarar que el subrayado efectuado en la precedente transcripción es de mi autoría.- A la luz de lo expuesto, resulta evidente que la emplazada tuvo conocimiento del documento en cuestión contemporáneamente a su emisión, lo que da por tierra el argumento tendiente a postular su ignorancia acerca de la existencia de dicha indicación médica.- Por otro lado, la pericia médica incorporada a fs. 523/524 también refleja la pertinencia de la prestación bajo estudio.- El informe elaborado por el médico fisiatra expone que la paciente fue internada en la Clínica ALCLA el 6 de noviembre de 2009 y fue externada el 9 de diciembre del mismo año.- El experto detalla las prestaciones de rehabilitación recibidas: ?kinesioterapia: recibió 2 sesiones por día, incluyendo entrenamiento en el gimnasio (a partir del 30-11-09), logrando a partir del 01-12-09 efectuar marcha dentro de las barras paralelas, o con andador y asistencia de la kinesióloga. Terapia ocupacional: recibió tratamiento diario desde su ingreso, mediante el cual se trabajó: control de tronco (requirió sujeción en la silla para seguridad, y evitar caídas de la misma), movilidad y fuerza de miembros superiores, destreza e independencia en A.V.D. (actividades de la vida diaria), pasajes y transferencias de silla a cama y viceversa. Psicología: hubo intervención desde esta área, día por medio, hasta el 13/11/09, para dar contención a la paciente y a los familiares. Nutrición y Fonoaudiología: consta en la historia clínica que la paciente fue visitada por profesionales de estas áreas para asegurar su correcta alimentación y reeducar y asegurar el mecanismo de la deglución en las distintas consistencias alimentarias y para evaluar y brindar tratamientos en la comunicación a raíz de su defecto de audición?.- Asimismo, en la pericia se detallan los progresos obtenidos por la Sra. I. durante la rehabilitación: ?en el contexto de una paciente que ingresó al centro de rehabilitación con una cuadriparesia del paciente crítico, con trastornos del equilibrio, con hipoacusia bilateral severa, con deterioro cognitivo, que respondía a órdenes y consignas simples, parcialmente orientada, y con escasa tolerancia para realizar bipedestación/ponerse de pie, y dependiente en AVD, según consta en la H.C., los progresos son los siguientes: lograr salir de la cama a una silla (transferencias), recuperar la capacidad de pararse y caminar en barras paralelas, o con un andador, en tramos cortos, y custodiada por una kinesióloga. Poder recibir alimentación por vía oral con una dieta general, en forma segura, sin riesgo de una broncoaspiración, y recuperar una independencia parcial en áreas de vestido, y mejorar su comunicación con el medio (comunicarse por escrito con una pizarra). Consta en la H.C. que hacia el final de su estadía la Sra. I. pedía su externación?.- Interrogado si, de acuerdo al estado de salud de la paciente, las prestaciones que recibía podrían haber sido brindadas en su domicilio, el idóneo responde que ?mediante la modalidad ?internación domiciliaria' que se utiliza hoy día, y cuya eficiencia depende de la obra social o empresa que la administra, las prestaciones de kinesioterapia, terapia ocupacional, fonoaudiología, nutrición y psicología y control médico que recibía la Sra. I. en el Centro de Rehabilitación ALCLA, podrían haber sido brindadas en domicilio. Estando en su domicilio, no hubiera tenido acceso a las prestaciones en el gimnasio terapéutico de rehabilitación, o en el área de terapia ocupacional del Centro ALCLA, elementos que habitualmente le brindan al paciente una mayor calidad, efectividad y motivación para su recuperación/rehabilitación, siempre que estuviera en condiciones de aprovecharlas?.- Más allá del esfuerzo argumental desarrollado por la accionada, lo cierto es que se encuentra acreditado que la paciente sí utilizó el gimnasio terapéutico y también recibió prestaciones de terapia ocupacional en el centro de rehabilitación.- A su vez, el experto informa acerca de los progresos que tuvo la Sra. I., a pesar de la gravedad del cuadro que presentó y de las secuelas que el mismo dejó.- Es más, el testigo A. N. G. -ofrecido por la demandada- es consultado si el tratamiento que necesitaba la paciente podía ser brindado en su domicilio, a lo que responde que ?...desde el punto de vista médico es muy complejo, porque además tenía incontinencias, problemas de audición, lo que hacía muy complejo realizarlo en su casa, por lo que se determinó que durante un período lo realizara en un centro de internación para luego pasar a su casa? (cfr. fs. 292, rta. 15ª).- Más allá de la valoración que más adelante haré en relación a la prueba testimonial, lo cierto es que el propio dependiente de la emplazada también corrobora la pertinencia de la internación de la Sra. I. en un establecimiento especializado.- Conforme a los elementos analizados, considero que no se encuentra probado que la afiliada hubiera podido acceder a las mismas prestaciones en su domicilio que las que efectivamente recibió en el centro de rehabilitación.- En consecuencia, se desestimarán los agravios vinculados a este aspecto de la sentencia.- VI.- Por otro lado, la accionada alza sus quejas en tanto en la sentencia se establece que fue renuente en derivar a la Sra. I. a un centro de rehabilitación.- Corresponde, entonces, analizar la prueba relacionada a esta cuestión.- Al promover la acción, el actor acompañó copia de las cartas documento cursadas a la demanda y sus respectivas respuestas, las cuales lucen agregadas a fs. 27/32.- En la primera misiva del 28 de noviembre de 2009, el reclamante pone en conocimiento de la emplazada que su madre requiere un tratamiento de rehabilitación en un instituto especializado denominado Clínica ALCLA. Expresa que, ante la urgencia del caso, procedió a internar a su madre en dicha clínica. En consecuencia, intima a la demandada a reintegrar el total del dinero pagado y a dar cobertura hasta el egreso de dicho nosocomio. En caso de negativa,

anticipa la promoción de acciones judiciales, entre ellas la de daños y perjuicios a fin de obtener resarcimiento integral tanto por las sumas abonadas como por el daño moral y psicológico ocasionado.- La respuesta de la accionada data del 2 de diciembre de 2009. Allí reconoce que se le ha prescripto realizar tratamiento de rehabilitación pero que no fue indicado para ser realizado específicamente en la Clínica ALCLA. Desconoce que haya existido negativa a brindar cobertura y manifiesta que ofreció cubrir dicho tratamiento con alguno de los prestadores que integran su cartilla prestacional, o bien por vía de reintegro hasta los valores que FEMEDICA debiera abonar. Expresa la sorpresa en el proceder del demandante, ya que éste habría estado de acuerdo con esta última variante de cobertura. Agrega que la extensión temporal y alcance prestacional de la cobertura estará sujeta a lo que determine la auditoría médica.- El accionante vuelve a dirigirse a la demandada en fecha 17 de diciembre de 2009, oportunidad en la cual manifiesta que internó a su madre en la Clínica ALCLA, por cuanto es la que brindaba mejores servicios y ofertaba la mejor relación costo- beneficio. Niega que la emplazada haya ofrecido brindar tratamiento alguno a través de sus prestadores ya que desde un primer momento se negaron a cubrirlo, argumentando que el tratamiento no era necesario. Vuelve a intimar al pago de las facturas correspondientes.- Finalmente, mediante carta documento del 29 de diciembre de 2009 FEMEDICA reitera que en ningún momento se ha negado a cubrir el tratamiento de rehabilitación. Asimismo, señala que las prestaciones se realizan exclusivamente con prestadores de la cartilla. Insiste en que puso a disposición la internación en la Clínica Santa Catalina.- Del intercambio epistolar reseñado surge que la demandada sostiene haber ofrecido cobertura a la internación en centro de rehabilitación bajo prestadores de su cartilla o bien bajo la modalidad de reintegro a valores que abona la emplazada; en cambio, el actor postula que la demandada negó la cobertura porque el tratamiento no era necesario.- Si bien la prueba analizada precedentemente no permite traer luz acerca de la cuestión bajo análisis, sí resulta menester destacar que la primera de las misivas fue enviada por el actor a fines de noviembre de 2009, cuando la Sra. I. ya se encontraba hacía varios días internada en la Clínica ALCLA.- Súmese a ello que en la contestación de la demanda -como así también en la expresión de agravios- la emplazada expone que el estado de salud de la paciente no justificaba su internación en un centro de rehabilitación y que, luego de haber analizado la orden del 1° de noviembre de 2009, una auditoría médica había dictaminado que podía continuar con la rehabilitación en su domicilio.- El hecho que la indicada auditoría arrojara tal resultado me permite tener por corroborada la negativa a cubrir la prestación por parte de la accionada, al menos al momento en el cual se dispuso el alta de la paciente del Sanatorio Güemes.- El ofrecimiento que alegara la demandada de abonar al accionante el costo de la internación por 15 días a valores de FEMEDICA o a través de prestadores propios no sólo resulta contradictorio a la luz de las conclusiones a las que habría llegado la auditoría médica sino que, además, carece de todo respaldo documental.- Resulta al menos llamativo que la accionada no acompañara elemento documental alguno del cual surja que la prestación había sido efectivamente autorizada, ya sea en una institución que resulte prestadora de FEMEDICA o bajo la mencionada modalidad de reintegro.- Lo que sí es evidente es que el pedido de cobertura existió a comienzos de noviembre de 2009 sin que la demandada incorporara instrumento alguno que indique cuál fue su respuesta a esa solicitud.- La accionada solicita que se tengan en cuenta las declaraciones testimoniales prestadas por los Sres. A., N. G. y V. (ver fs. 246/247, fs. 291/292 y fs. 314), quienes manifiestan que el accionante pretendía que la internación se realizara en un centro que no era prestador de FEMEDICA.- Creo oportuno recordar que el art. 456 del Código Procesal subordina la apreciación de la prueba testimonial a las reglas de la sana crítica, particularizando, al respecto, el principio general que sienta el art. 386 del Código Procesal. La doctrina y la jurisprudencia, por su parte, han enunciado diversas directivas cuya observancia facilita una adecuada crítica de las declaraciones y permite, por ende, el enjuiciamiento más exacto posible acerca de su credibilidad y eficacia. Por ello, supuesta la validez de la prueba, la pertinencia de los hechos sobre que versa y la aptitud genérica del testigo para asumir tal calidad procesal, las mencionadas directivas se relacionan, fundamentalmente, con las circunstancias personales de aquél, la naturaleza de los hechos sobre los cuales declara, la razón de ciencia enunciada como fundamento de su declaración y la concordancia de sus respuestas (conf. Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. IV, pág. 650/651 n° 486; CNCiv., esta Sala, L. N° 361.186 del 16/4/03 voto del Dr. Hugo Molteni).- Ahora bien, no puedo pasar por alto que los tres testigos no sólo resultan dependientes de la accionada sino que además se desempeñan en el sector de auditorías médicas y de atención al afiliado.- Si bien el hecho que los testigos sean dependientes de la demandada no autoriza a descalificar sin más la credibilidad de sus dichos, lo cierto es que esta situación obliga a juzgar sus manifestaciones con mayor severidad.- Sobre la base de esta circunstancia, considero que las expresiones de los testigos, al no encontrarse apoyadas por elementos instrumentales, resultan insuficientes para tener por probado que la internación fue autorizada por la demandada bajo la forma de reintegro a valores que abona FEMEDICA por un período de 15 días.- En definitiva, la Sra. I. estaba en plan de alta en el Sanatorio Güemes desde el 30 de octubre de 2009 (ver asiento en historia clínica de fs. 197), habiéndose extendido una orden de internación en clínica de rehabilitación en fecha 1° de noviembre de 2009, sin que la accionada aportara instrumento alguno del cual surja cuál fue la respuesta a dicha petición y habiéndose probado que el 6 de noviembre de 2009 ingresó a la Clínica ALCLA.- Así las cosas, habré de coincidir con el Sr. Juez de grado en que existen

suficientes elementos como para concluir que la demandada fue renuente en autorizar la internación de su asociada en un centro de rehabilitación o que su conducta fue, como mínimo, poco diligente.- En conclusión, entiendo que existen pruebas que corroboran la procedencia de la demanda y me llevan a desechar las quejas de la emplazada respecto a este medular aspecto del debate.- VII.- Establecido lo anterior, debo ahora proceder al tratamiento de las partidas indemnizatorias que han sido motivo de controversia.- Ambos recurrentes levantan sus quejas contra la suma conferida en concepto de daño patrimonial.- Al respecto, debe tenerse en cuenta que la indemnización por daños y perjuicios cumple una función de equilibrio patrimonial, es decir que está destinada a colocar el patrimonio dañado en las mismas condiciones en que se encontraba con anterioridad al hecho.- La demandada pretende que la condena por este rubro únicamente implique el reintegro -a valores de FEMEDICA- por 15 días de internación.- Ahora bien, dicha petición se funda en el invocado ofrecimiento que alegara la accionada pero que, tal como fuera desarrollado precedentemente, no fue debidamente acreditado por la interesada.- Así las cosas, la postura de la emplazada no puede ser receptada.- Por otro lado, asiste razón al demandante en tanto requiere que en la presente partida se contemplen las sumas efectivamente afrontadas por su parte.- En tal sentido, ha quedado corroborado que el accionante ha abonado a la Clínica ALCLA la suma de \$ 33.402,19 (ver documental de fs. 37/41 cuya autenticidad fuera comprobada mediante informativa de fs. 278).- No corresponde que la presente partida sea estimada conforme a las sumas que la demandada hubiera tenido que erogar a su prestadora, toda vez que no se ha acreditado en autos que existiera autorización de internación en alguno de los establecimientos de cartilla ni que hubiera arribado a un acuerdo con el accionante para reintegrar parcialmente las sumas correspondientes a esta prestación.- En definitiva, ante la falta de diligencia de la emplazada tendiente a brindar cobertura a esta prestación, es evidente que el actor decidió la internación particular de su madre en el nosocomio que consideró pertinente, no pudiendo exigírsele que lo hiciera en una entidad que tuviera convenio con FEMEDICA.- Por lo demás, los valores facturados por la Clínica ALCLA no resultan desproporcionados comparativamente con los que informara la Clínica Santa Catalina (ver informativa de fs. 224).- En síntesis, si mi voto fuera compartido, deberían admitirse las quejas del actor y elevar el monto por esta partida a la suma de Pesos Treinta y Tres Mil Cuatrocientos Dos con Diecinueve Centavos (\$ 33.402,19).- VIII.- También se encuentra cuestionado por parte de los recurrentes la indemnización conferida en concepto de daño moral, cuantificada en la suma de Pesos Cinco Mil (\$ 5.000).- Este daño puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Llambías, Jorge Joaquín "Tratado de Derecho Civil- Obligaciones", tº I, pág. 271, núm. 243; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas "Derecho de las Obligaciones", tº I, pág. 215; Mayo en Belluscio-Zannoni "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", Tº II, pág. 230; Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil", pág. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 179, núm. 556/7; Orgaz, Alfredo "El daño resarcible", pág. 223, núm. 55).- Si bien pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma dineraria y no resulta sencillo determinar su quantum; para ello debe tenerse en consideración las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores mencionados. Corresponde, pues, concluir que el daño no puede medirse en razón de las secuelas que denuncia la víctima, pues debe tenerse en cuenta en qué medida los padecimientos ocasionados pudieron haber significado un grado de afectación y quebrantamiento espiritual (conf. esta Sala, mi voto en Libres n 466.988 del 19/3/07, n 464.517 del 03/11/08 y n° 586.773 del 02/12/2011, entre otros).- Pueden destacarse dos cualidades en el daño moral: primera, que él supone, no sólo el dolor de afección, sino también el que resulta de cualquier atentado a la integridad de la persona humana: dolor físico, perjuicio estético. Segunda, que el daño moral debe ser el resultado de un ataque a los derechos de la personalidad, a su patrimonio moral, sea directa o indirectamente, sin que obste a ello la circunstancia de que a la par de él se produzca un perjuicio material para la víctima (conf. Acuña Anzorena, Arturo, "La reparación del agravio moral en el Código civil", La Ley, t. 16, n 532).- En la especie, es evidente que ante la postura asumida por la demandada el actor se vio en la obligación de efectuar trámites y reclamos extrajudiciales que, ante el resultado infructuoso, culminaron en la promoción de esta acción judicial.- No puedo perder de vista que mientras la accionada se mostraba poco diligente en autorizar la prestación requerida, el reclamante debió encarar de manera particular la internación de su madre cuyo estado de salud era delicado.- Así las cosas, es claro que las molestias e incordios que el actor debió afrontar como consecuencia del obrar de la emplazada resultan suficientes para justificar la procedencia de esta partida.- En cambio, considero que el fallecimiento de la Sra. I. a los pocos meses de haber sido externada de la Clínica ALCLA no guarda vinculación causal con el incumplimiento de la demandada, motivo por el cual no puede ser objeto de mérito a la hora de cuantificar este rubro

indemnizatorio.- A partir de las circunstancias señaladas, haciendo uso de las facultades que me otorga el art. 165 del Código Procesal, estimo adecuado confirmar la suma establecida para esta partida, por resultar equitativa (arg. arts. 1738 in fine y 1741 del Código Civil y Comercial).- Ello, sin pasar por alto que la evaluación del perjuicio moral constituye una tarea delicada, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del derogado Código Civil -noción que actualmente se encuentra receptada en el art. 1740 del Código Civil y Comercial-. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata sólo de dar algunos medios de satisfacción, lo que no es igual a la equivalencia. Sin embargo, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, los padecimientos propios de las curaciones y actuales malestares subsistentes (conf. CNCiv., Sala F, en autos ?Ferraiolo, Enrique Alberto c/ Edenor S.A. y otro s/ daños y perjuicios?, voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, del 6/9/2000; CSJN, en autos ?Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros? del 12/04/2011, Fallos: 334:376).- Es que, cuantificar este daño es tarea ardua y responde a una valuación necesariamente subjetiva por tratarse de daños insusceptibles de ser apreciados cabalmente en forma pecuniaria. La valoración de los sentimientos presuntamente afectados debe ser hecha por el Juez en abstracto y considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en la que se halló la víctima del acto lesivo. Se llega así a la determinación equitativa de la cuantía de este daño no mensurable (conf. Bustamante Alsina, Jorge ?Equitativa valuación del daño no mensurable?, publicado en ?Responsabilidad Civil-Doctrinas Esenciales-Partes General y Especial?, dirigido por Félix A. Trigo Represas, T° III, pág. 689).- IX.- Es hora de analizar las quejas del actor que se alzan contra el rechazo de lo reclamado en concepto de daño punitivo.- Liminarmente, cabe poner de resalto que los daños punitivos son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (conf. Pizarro, Ramón Daniel ?Daños punitivos? publicado en ?Derecho de daños- Segunda parte?, pág. 291/292, ap. c).- El art. 52 bis que la ley 26.361 incorpora a la ley 23.240 dispone que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el Juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.- Leído así, el artículo pareciera sentar un presupuesto de hecho en el que basta el simple incumplimiento de una obligación legal o contractual. Sin embargo, tal mención sólo debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva. Dicho en otras palabras, si no hay incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño punitivo, situación que se dará en la mayoría de los casos. Para poder cobrar daños punitivos hace falta algo más. El elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos (conf. López Herrera, Edgardo ?Los daños punitivos?, págs. 365/366).- Conforme a la norma, se faculta al Juez para imponer una multa ?por el mero incumplimiento de las obligaciones contractuales? sin reclamar una actitud subjetiva relevante y sin siquiera exigir la existencia de daño probado, lo cual resulta absurdo. El art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor debió exigir el dolo o la culpa grave del infractor y no referirse a cualquier ?incumplimiento? (conf. Bueres, Alberto J. en ?Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada? dirigida por Picasso-Vázquez Ferreyra, T° I, pág. 640).- Así las cosas, se ha sostenido que la existencia de dolo o culpa grave es condición sine qua non, para la imposición del daño punitivo. Todo lo que haga el proveedor debe ser contrario a la buena fe de manera intencional. Si no hay intención de dañar, puede haber daño compensatorio por responsabilidad objetiva pero nunca daño punitivo (conf. López Herrera, Edgardo, ob. cit., págs. 368).- También se ha dicho que, más allá del texto legal, no todo incumplimiento o ilícito civil llevará aparejada la imposición de una condena a pagar daños punitivos. Siempre se requerirá una conducta gravemente dolosa, una actitud absolutamente desaprensiva hacia los derechos del consumidor que amerite la imposición de una sanción, la que a su vez jugará un papel ejemplificador (conf. CNCiv., Sala H, en autos ?San Miguel, María Laura c. Telecentro S.A. s/ daños y perjuicios?, voto de la Dra. Abreut de Begher, del 10/12/2012, Publicado en: RCyS 2013-VI, 148, Cita online: AR/JUR/74009/2012).- Uno de los caracteres propios de la figura de los daños punitivos, el cual hace a su viabilidad, es -precisamente- el particular reproche de conducta que se exige en cabeza del agente dañador. Así, se ha dicho que los daños punitivos son excepcionales, toda vez que proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño "de una amplitud inusitada". En este mismo sentido, se ha aceptado la aplicación de la mentada figura siempre y cuando se compruebe la existencia de una conducta dolosa o cercana al dolo en cabeza del agente dañador. Es decir, que la simple culpa no es suficiente ni que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable con relación específica al hecho perjudicial, sino que basta una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Ello es así, pues no interesa tanto la subjetividad

orientada hacia el hecho, como la que existe hacia la ilegítima obtención y conservación de los frutos colaterales. Es éste el tipo de conducta a la que los daños punitivos están destinados a sancionar (conf. CNCiv., Sala E, en autos ?Palavidini, Haydée Deolinda y otro c. Coviare S.A. s/ daños y perjuicios? del 15/11/2012, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/63132/2012).- Sobre la base de los principios expuestos, no se advierte que haya mediado intención de dañar a la afiliada por parte del sujeto pasivo de esta acción, ni siquiera se configura un supuesto de culpa grave.- En tal sentido, a pesar de haberse corroborado una actitud renuente o poco diligente en autorizar la internación de la paciente, considero que aquélla no ha importado una grave indiferencia de la entidad demandada para con su afiliada.- Tales consideraciones me llevan a concluir que no se reúnen en el caso bajo estudio los requisitos que tornan procedente la imposición de daños punitivos.- En consecuencia, si mi voto fuera compartido, debería confirmarse el rechazo del reclamo por este concepto.- X.- En cuanto a los intereses, la accionada sostiene que no ha mediado incumplimiento de su parte por lo que peticona que no se computen intereses moratorios sobre el capital.- Ahora bien, ya fue debidamente analizada la conducta de la accionada que demuestra su incumplimiento, lo cual justifica la procedencia de los intereses fijados en la sentencia apelada.- Por su parte, el actor se agravia de que los réditos se hayan establecido a partir de la fecha de la mediación toda vez que existió una interpelación previa al deudor.- En tal sentido, asiste razón al apelante en cuanto a que la primera interpelación resultó la carta documento cursada por el actor en fecha 28 de noviembre de 2009, recibida por la demandada el 1° de diciembre de 2009 (ver fs. 27/28).- En dicha misiva el Sr. C. intima a FEMEDICA a reintegrar las sumas abonadas y a brindar cobertura a la internación de su madre bajo apercibimiento de promover acción de daños y perjuicios. El contenido del intercambio epistolar existente entre las partes fue expresamente reconocido por la accionada (cfr. fs. 111 vta. pto. 4).- En consecuencia, habrá de modificarse el lapso de devengamiento de los intereses, los cuales deberán computarse desde la primera interpelación que tuvo lugar el 1° de diciembre de 2009.- XI.- Asimismo, debe ser confirmada la imposición de las costas a la parte demandada, en tanto se ha dicho que en estos casos la vencida debe cargar con la totalidad de las costas, aunque los daños no hayan prosperado con la entidad pretendida en la demanda e incluso se haya desestimado algún capítulo resarcitorio. Se considera que los gastos causídicos forman parte de la indemnización y como su regulación está dada por la cuantía de la condena no deben ser distribuidas con el actor, quien debe recibir sin menguas la reparación del daño inferido.- En consecuencia, debe la condenada soportar la totalidad de las costas, aún cuando alguno de los renglones no fueron acogidos, porque las costas forman parte de la indemnización y como su cuantía es acorde al monto de la condena, excluidos los rubros desestimados, es la emplazada a quien debe imponérsele estos accesorios.- XII.- Voto, en definitiva, para que se modifique parcialmente la sentencia apelada, elevando la partida por daño patrimonial a la suma de Pesos Treinta y Tres Mil Cuatrocientos Dos con Diecinueve Centavos (\$ 33.402,19) y readecuando el lapso de devengamiento de los intereses conforme a lo determinado en el punto X del presente voto, confirmándosela en lo demás que decide y fue objeto de agravios.- Las costas de Alzada deberían distribuirse en un 85% a la demandada y en un 15% al actor, atento la existencia de vencimientos parciales y mutuos (art. 71 del Código Procesal).- El Dr. Hugo Molteni dijo: Si bien adhiero al voto del vocal preopinante, creo oportuno aclarar, con relación al rechazo del daño punitivo, que la controversia que se suscita difiere de la fallada recientemente en autos ?Miraglia, Mariano Sebastian y otros c/ Organización de Servicios Directos Empresarios s/ daños y perjuicios? (expte. 111.090/2011), de fecha 19 de octubre del corriente año. Es que si bien en ese caso considere precedente la imposición de la sanción pecuniaria prevista en el art 52 bis de la ley 24.240 (T.O. ley 26361) a la empresa de medicina prepaga, por la injusta y reiterada denegación de prestaciones medico-asistenciales, en ese supuesto puntual, a diferencia del actual, se encontraba configurado el factor de atribución agravado exigido por la doctrina y la jurisprudencia, es decir, el dolo o la culpa grave del proveedor del servicio.- Estos extremos ,como fundadamente pone de relieve el primer voto, no se encuentran reunidos en este caso, por lo que me adhiero a la confirmación del rechazo de este renglón y además comparto la solución que propicia el Dr. Li Rosi en los restantes puntos del debate.- El Dr. Sebastián Picasso dijo: I. Disiento con el importe de la reparación del daño moral. Considero que por imperativo constitucional (art. 19, Constitución Nacional, según la interpretación que viene haciendo de él la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y últimamente, en el precedente ?Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios?, 27/11/2012, Fallos: 335:2333) todo daño debe ser objeto de una adecuada reparación, aún si su monto es relativamente poco importante. Comparto en tal sentido las palabras de Calvo Costa: ?Aun cuando el perjuicio sea leve, si el mismo reviste el carácter de ?injusto' para la víctima (...) debe ser reparado por el responsable. Resulta -a nuestro entender- contrario al espíritu actual del derecho de daños, rechazar la posibilidad de que la víctima pueda reclamar la reparación de un perjuicio que ha sufrido injustamente argumentándose como defensa su insignificancia. Además, no surge de lege lata en nuestro derecho civil prohibición o limitación alguna de reclamar los daños sufridos en razón de la insignificancia de los mismos? (Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 236, con cita de Mayo, Zannoni y Boffi Boggero). Asimismo, resalto que ?si se acepta que los perjuicios económicos mínimos son indemnizables, por fuerza también deben serlo los desmedros espirituales de

escasa significación, el mayor o menor alcance del daño no excluye el resarcimiento, sólo define la importancia de la indemnización? (Zavala de González, Matilde, 'Los daños morales mínimos?', LL 2004-E-1311). En definitiva, para la existencia de un daño moral resarcible basta con que el hecho ilícito haya lesionado intereses extrapatrimoniales de la víctima y tenido cierta repercusión en la esfera espiritual de la persona, sin que sea preciso que nos encontremos ante daños catastróficos o circunstancias excepcionales o gravemente lesivas. Siguiendo a Pizarro, 'El daño moral importa (...) 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, Daniel R., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31). En lo que atañe a su prueba cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Código Procesal, se encuentra en cabeza del actor la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Pizarro, op. cit., p. 625; Zavala de González, Resarcimiento de daños, cit., t 3, p. 173; Bustamante Alsina, Jorge, 'Equitativa valuación del daño no mensurable?', LL, 1990-A-655). Así las cosas, es presumible -a mi juicio- que el hecho de tener a su madre en un estado de salud delicado y ante la falta de respuesta de la prepaga haya ocasionado temor y un cierto grado de inquietud espiritual al actor, a lo que deben sumarse los trámites y reclamos que realizó el demandante ante Federación Médica Gremial de la Capital Federal que llegaron al punto que tuvo que afrontar la internación de su progenitora en una clínica sin el respaldo de la emplazada. En consecuencia, entiendo procedente el reclamo. En cuanto a su valuación cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: 'Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida? (CSJN, 12/4/2011, 'Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros?', RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós). En otras palabras el daño moral puede 'medirse' en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., 'Breve apostilla sobre el daño moral (como 'precio del consuelo') y la Corte Nacional?', RCyS, noviembre de 2011, p. 259). La misma idea resulta del art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial, a cuyo tenor: 'El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas'. Así las cosas, por aplicación del criterio legal consideraré para cuantificar el importe de este ítem el valor actual aproximado del costo del traslado y el alojamiento para un viaje a un balneario de la Costa Atlántica (como Pinamar o Mar del Plata) durante un fin de semana largo, el que fijo en la suma de \$ 15.000 (art. 165, Código Procesal). II. En lo que atañe a los daños punitivos, ante todo, aclaro que no existe ningún inconveniente para declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240, aunque no haya sido solicitado por la emplazada. Corresponde al juez aplicar el derecho, con independencia de las alegaciones de las partes, y va de suyo que esta tarea debe comenzar por la aplicación de la Constitución Nacional, que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico. No otra cosa sostiene actualmente la Corte Suprema de la Nación (Fallos, 324:3219, 327:3117, y 27/11/2012, 'Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios?', LL 2012-F, 559). Mis colegas rechazan el daño punitivo solicitado por el apelante con fundamento en que no se demostró la intención de dañar por parte del proveedor, ni se configuró en el sub lite un supuesto de culpa grave. Además, se sostiene en el primer voto que la aplicación del art. 52 bis de la ley 24.240 es facultativa para el juez. Por mi parte, he sostenido en diversas ocasiones que el art. 52 bis de la ley 24.240 es inconstitucional. Esta constatación se funda en que, en primer lugar, los 'daños punitivos' tienen naturaleza penal, y en segundo término, en que el mencionado art. 52 bis no respeta las condiciones constitucionalmente necesarias para la imposición de una sanción de esa naturaleza, y además -al disponer que la multa es embolsada por la víctima- vulnera el principio de igualdad ante la ley (vid. Picasso, Sebastián, 'Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor?', en Vázquez Ferreyra, Roberto (dir.), Reforma a la ley de defensa del consumidor, suplemento especial La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 123 y ss.; ídem., comentario al art. 52 bis en Picasso, Sebastián-Vázquez Ferreyra, Roberto A., Ley de defensa del consumidor comentada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 593 y ss.; ídem., 'Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil y Comercial

unificado?, en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, octubre de 2012, p. 82; Bueres, Alberto J. - Picasso, Sebastián, 'La responsabilidad por daños y la protección del consumidor?', Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1-31; ídem., 'La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos?', Revista de Derecho de Daños, 2011-2-21). En la especie, sin embargo, dado que la suerte del agravio sobre este tema ya se encuentra sellada por el voto mayoritario de mis colegas, considero innecesario extenderme sobre la cuestión, sin perjuicio de dejar sentada mi opinión al respecto y mi voto disidente propiciando la declaración de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240. A mayor abundamiento, remito a mi voto en esta sala, en la causa caratulada 'M., Mariano Sebastian y otro c/ Organización de Servicios Directos Empresarios s/ Daños y perjuicios', expte. n.º 111.090/2011, de fecha 17/10/2017.

III. Siguiendo la opinión tradicional, el Dr. Li Rosi sostiene que en los casos de responsabilidad contractual los intereses se deben desde la mora que, en este caso sería desde la fecha de que fue recibida la interpelación fehaciente por la demandada. Por mi parte creo que no cabe hacer aquí ninguna distinción, y que los intereses deben correr de la misma manera que en los supuestos de responsabilidad aquiliana. Ante todo, nadie discute que tanto el incumplimiento obligacional como el acto ilícito extracontractual dan lugar al nacimiento de una nueva obligación -en los términos del art. 499 del Código Civil-, consistente en reparar los daños causados a la víctima (Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 66). Dado que la de reparar es una obligación, su régimen se encuentra, en todos los casos -y ya sea que la responsabilidad tenga fuente contractual o no- en los arts. 495 y ss. del Código Civil, y en particular, en los arts. 616 y ss. (obligaciones de dar sumas de dinero). Esta simple constatación echa por tierra cualquier intento de establecer una diferencia, en lo que al curso de los intereses se refiere, entre los que acceden a la obligación de reparar que resulta del incumplimiento de una obligación previa y los que acompañan a la responsabilidad derivada de la comisión de un delito o cuasidelito. Es cierto que la violación del deber general de no dañar -que funda la responsabilidad aquiliana- no precisa la previa constitución en mora del deudor, como sí puede llegar a requerirlo, en algunos casos excepcionales, la configuración de la responsabilidad derivada del retardo en el cumplimiento de una obligación. Pero una vez causado el daño -cualquiera sea su fuente-, nace en cabeza del responsable una obligación dineraria, consistente en resarcir ese perjuicio, que es claramente distinta del deber preexistente vulnerado, y cuyo régimen -según acabo de explicarlo- no puede ser otro que el establecido en los arts. 616 y ss. del Código Civil, sea la responsabilidad 'contractual' o delictual. Luego, si -según es universalmente admitido, y lo ha dicho expresamente la jurisprudencia plenaria de esta cámara- en la responsabilidad extracontractual el curso de los intereses se inicia en el momento en que se sufre cada daño, la misma solución cabe adoptar en materia de responsabilidad contractual, porque tanto en uno como otro supuesto el responsable está vinculado por una obligación de dar sumas de dinero sujeta a idéntico régimen. Y si, por el contrario, se postulara -como se hace en el primer voto- que en la responsabilidad contractual se debe interpelar porque la obligación de reparar es pura y simple, a similar conclusión debería llegarse también en el terreno aquiliano, donde tampoco cabe duda de que el hecho ilícito ha dado lugar a idéntica clase de obligación. Lo que a mi juicio no es de recibo, empero, es crear por vía pretoriana -y sin base legal ninguna- un régimen de constitución en mora distinto para la deuda de intereses de origen 'contractual' y la extracontractual, so pena de vulneración del principio ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. Por lo demás, tal distinción se revela sumamente problemática en atención a las sutilezas que en el derecho contemporáneo determinan muchas veces la calificación de un caso específico como relevando de la responsabilidad contractual o de la delictual. Así, la responsabilidad del cirujano que celebró un contrato con su paciente es contractual, pero si ese facultativo debe operar al mismo enfermo en un estado tal que le impide prestar su consentimiento (v.g., en estado de inconsciencia) su deber de responder tendrá fuente aquiliana. ¿Puede seriamente afirmarse que, si en ese trance media mala praxis del galeno, los intereses se deberán en un caso desde el traslado de la demanda y en el otro desde el momento del daño? Otro ejemplo: quien intentando subir a un colectivo es arrollado antes de haber podido ascender al vehículo es una víctima extracontractual, pero si inmediatamente antes ha logrado al menos pisar el primer escalón de acceso a la unidad, y luego resbala y cae, el contrato de transporte se ha perfeccionado, y la responsabilidad es contractual. ¿De esas minucias dependerá que los intereses se computen a partir de momentos tan disímiles? Adicionalmente, si en esos y otros casos existieran también víctimas indirectas -cuya pretensión se enmarcará, por definición, en la esfera aquiliana- la aplicación del criterio que impugno llevaría a la paradójica situación de que, mientras para el damnificado directo (el acreedor contractual) los intereses correrían desde la notificación de la mediación, para los otros damnificados - que únicamente sufren daños 'de rebote'- lo harían desde el momento en que se causó efectivamente cada perjuicio.- El mismo razonamiento puede aplicarse a la situación inversa, en la que existan varios responsables frente a una sola víctima, pero cuyo deber de reparar tenga diversa naturaleza. Es lo que sucedería, en el ejemplo que recién he planteado, si el pasajero transportado que ha sufrido un accidente demandara al mismo tiempo al chofer del colectivo (responsable en los términos del art. 1109 del Código Civil) y a la empresa de transporte (que respondería ex art. 184 del Código de Comercio). ¿Se dirá que, pese a que los demandados responden concurrentemente, los intereses son debidos por el chofer desde el día del accidente, mientras que la empresa transportista

únicamente los adeuda desde el momento de la notificación de la audiencia de mediación? Me adelanto a subrayar que esta distinción no se registra ni siquiera en la jurisprudencia de esta sala, pese a que sería la lógica consecuencia de la postura que contesto (vid., a modo de ejemplo: esta sala, L. 618.409, L. 618.415 y L. 618.413, ?C., I. E. c/ V. M. I. y otros s/ daños y perjuicios?- ?V., M. I. c/Cárdenas Sociedad Anónima de Empresas de Transportes y otros s/daños y perjuicios? - ?P., M. Z. c/B., R. A. y otros s/daños y perjuicios?, del 30/7/2013). Por otra parte, la consagración de semejante diferencia entre los damnificados contractuales y los extracontractuales, sin apoyo en ningún texto legal que la refleje, es claramente violatoria del principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional), porque lleva a establecer distinciones arbitrarias en la cuantía del resarcimiento que corresponde a las víctimas -que, naturalmente, también está integrado por los intereses- por el simple hecho -muchas veces contingente, como se acaba de ver- de que la responsabilidad respectiva sea calificada como contractual o aquiliana. Y pierde de vista que, en virtud del principio de reparación integral, que tiene rango constitucional (art. 19, Constitución Nacional; CSJN, 17/03/1998, ?Peón, Juan D. y otra c/ Centro Médico del Sud S. A?, LL, 1998-D, 596; ídem, 21/9/2004, ?Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.?, ED, 25/10/2004, p. 5, entre muchos otros), el dañado tiene derecho a una indemnización que compense íntegramente los perjuicios que sufrió, lo que no sucede si, pese a haberse causado el nocumento en un determinado momento, se posterga el inicio del curso de los intereses para una oportunidad ulterior (sobre la relación entre el principio de reparación integral y el curso de los intereses vid. Wayar, Ernesto C., Tratado de la mora, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 630 y ss.). Señalo también que la aplicación de la solución que postulan mis colegas debería llevar a fijar los intereses desde el día de la interpelación -o de la audiencia de mediación- para una importante serie de supuestos, que incluyen muchas veces daños corporales que no se diferencian de los que pueden sufrirse a raíz de un hecho ilícito extracontractual (daños causados a espectadores durante espectáculos públicos, al pasajero transportado, responsabilidad de las clínicas, responsabilidad del abogado frente a su cliente, etc.). Pero de hecho la jurisprudencia de esta sala no registra esa distinción en muchos de los casos que he mencionado (vid., entre otros, L. 608.717, ?D'A., R. V. c/ Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors y otros s/ Daños. y Perjuicios?, del 20/12/2012; L. 595.422, ?R., J. F. c/ Trenes de Buenos Aires y otro s/ Daños y Perjuicios?, del 27/12/2012; L. 561.835, ?D., M. c/ L., H. y otros s/ Daños y Perjuicios?, del 29/11/2011; L. 590.706, ?T., R. F. c/ Swiss Medical S.A y otro s/ daños y perjuicios?, del 15/11/2012; L. 582.467, ?T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y aux.?, del 11/5/2012, entre otros). En definitiva, tanto los hechos ilícitos como el incumplimiento de obligaciones dan origen a una obligación de dar sumas de dinero, por lo que resulta imposible hacer una distinción en punto al curso de los intereses en uno y otro supuesto, por falta de base legal que así lo autorice. Por el contrario, el régimen de esas obligaciones es uno solo, aplicable en todos los casos (según ya lo he dicho, arts. 616 y ss., Código Civil). Por consiguiente, tanto en materia contractual como extracontractual la reparación se debe desde que se sufre cada perjuicio, y es desde ese mismo momento que corren los intereses (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 4, p. 563). Finalmente señalo que el hecho de que la obligación de dar sumas de dinero que resulta del incumplimiento dañoso de una obligación tenga el carácter de pura y simple no permite concluir que es necesario interpelar, sino que, por el contrario, es precisamente por esa calidad que no se requiere interpelación alguna para constituir en mora al deudor. En efecto, el art. 509 del Código Civil, que se refiere al régimen de la constitución en mora, resulta aplicable, según lo dice expresamente su texto, a ?las obligaciones a plazo?. Ahora bien, es claro que la obligación de reparar -ya tenga su origen en un hecho ilícito o en la inexecución de una obligación- no está sujeta a plazo alguno, sino que es exigible desde el momento mismo en que se causa cada perjuicio. Siendo ello así, es evidente que no resulta posible requerir una interpelación, pues ese instituto está previsto por la ley únicamente para ciertos supuestos excepcionales de obligaciones a plazo (como el plazo tácito; arg. art. 509, ya citado) y no puede extenderse a situaciones en donde el cumplimiento de la obligación no se halla diferido a ningún momento futuro.

En ese sentido señalan Pizarro y Vallespinos que en el derecho positivo actual rige, aunque con mucha imperfección técnica, el principio de la mora automática, y que las razones que llevan a su vigencia cuando la obligación tiene un plazo determinado no difieren sustancialmente de las que pueden justificar su aplicación, como regla, en las obligaciones puras y simples, esto es, la adecuada protección de los intereses del acreedor y, fundamentalmente, la conexión entre el retardo del deudor y el factor tiempo, sin necesidad de requerimiento alguno. Por eso cabe concluir que, salvo los supuestos en que la ley requiera expresamente una interpelación, o cuando la aplicación de este criterio constituya un abuso del derecho, la configuración del incumplimiento de las obligaciones puras y simples se produce instantáneamente, sin necesidad de requerimiento alguno del acreedor (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 545/546.). Y no hay mejor prueba de que esa debe ser la regla en las obligaciones puras y simples que lo que -según se acepta hoy indiscutidamente- sucede en los delitos y los cuasidelitos, pues también en esa materia la obligación de reparar tiene el carácter de pura y simple (no podría ser de otra manera, en atención a la ya señalada unidad de naturaleza de esa obligación y la que resulta de la responsabilidad contractual), y sin embargo nadie sostiene la necesidad de interpelar previamente al deudor para constituirlo en mora (Pizarro-Vallespinos, op. cit., t. 2, p. 549).

De hecho, uno de los fundamentos que sustentaron el criterio sentado por la mayoría de esta cámara en el fallo plenario in re "Gómez, Esteban c. Empresa Nac. de Transportes", del 16/12/1958, consistió en afirmar que la obligación de reparar surgida de un delito o cuasidelito tiene el carácter de pura y simple, y por ello mismo no se requiere una previa interpelación para constituir en mora al deudor (vid. el considerando 1, punto 16, del voto del Dr. Gondra, al que adhirió la mayoría del tribunal). Por último, resulta definitorio que la postura que propicio ha sido adoptada expresamente por el Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo art. 1748 -que en virtud de lo dispuesto en el art. 1716 del mismo código es aplicable indistintamente a la responsabilidad contractual y la extracontractual- dispone: "Curso de los intereses. El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio". Señalo que, aunque ese nuevo cuerpo legal no resulte aplicable al sub lite, las soluciones que consagra deben forzosamente orientar la interpretación de los textos del Código Civil derogado (esta sala, 25/6/2015, "Cáceres, Jéscica María c/ Bergmann, Carlos Ricardo y otros s/ Daños y Perjuicios"). En este mismo sentido se ha decidido: "en casos de responsabilidad médica como el presente deben computarse desde que aconteció el perjuicio (...) el criterio que distingue el inicio del cálculo de los accesorios según la responsabilidad médica sea contractual o extracontractual puede dar lugar a soluciones inequitativas frente a un mismo hecho (...). Este criterio, por otra parte, ha sido seguido por Corte Suprema en los casos de responsabilidad médica (Fallos: 324:2984; 322:1393) y es el que prescribe el actual art. 1748 del Código Civil y Comercial de la Nación" (esta cámara, Sala G, 30/11/2015, "M. G. y otro c/ Centro Médico de Cirugía Plástica Barbieri Juan Pintos y otros s/ Daños y perjuicios"). Por estas razones estimo que corresponde hacer lugar al agravio del actor, y en consecuencia, por todo lo dicho, los intereses deberían correr desde la fecha en que se hizo el desembolso cuya devolución se solicita. Sin embargo, atento el alcance del agravio, a fin de no vulnerar el sentido del recurso y evitar consagrar una reformatio in pejus, acompañaré a mis colegas en este punto de la decisión. IV. Por los motivos que dejo expresados adhiero al fundado voto del Dr. Li Rosi, con la salvedad que acabo de efectuar en punto a la procedencia del "daño punitivo", y la aclaración respecto al lapso de devengamiento de los intereses. Con lo que terminó el acto.-

Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala "A" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.- Buenos Aires, 4 de diciembre de 2017. Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se modifica parcialmente la sentencia apelada, elevándose la partida por daño patrimonial a la suma de Pesos Treinta y Tres Mil Cuatrocientos Dos con Diecinueve Centavos (\$ 33.402,19) y readecuándose el lapso de devengamiento de los intereses conforme a lo determinado en el punto X del presente pronunciamiento, confirmándose en lo demás que decide y fue objeto de agravios.- Las costas de Alzada se distribuyen en un 85% a la demandada y en un 15% al actor.- Los honorarios se regularán cuando se haga lo propio en la instancia de grado.- Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase. RICARDO LI ROSI HUGO MOLTENI SEBASTIÁN PICASSO (EN DISIDENCIA PARCIAL)

027023E