

Incumplimiento De La Empresa De Medicina Prepaga En La Atencion Integral De Discapacitados

JURISPRUDENCIA

Incumplimiento de la empresa de medicina prepaga en la atención

integral de discapacitados En el marco de una acción de daños y perjuicios por incumplimiento de los deberes contractuales de la empresa de medicina prepaga en la atención de un paciente con discapacidad, se confirma la sentencia que había hecho lugar a la demanda, modificándose el monto del daño material. Se hace lugar al reintegro de los gastos realizados porque no era aconsejable introducir cambios en el tratamiento de una niña que sufre una extraña patología y requiere de un equipo interdisciplinario.

En Buenos Aires, a los 28 días del mes de noviembre de 2017, se reúnen en Acuerdo los señores jueces de la Sala II de esta Cámara para dictar sentencia en los autos del epígrafe. Conforme con el orden de sorteo efectuado, el doctor Ricardo Víctor Guarinoni dice: I.- La sentencia de fs. 648/659 vta., hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por Florencia Montovio y Gabriel Cornejo Biaus -ambos por su propio derecho y en representación de su hija M. C. M.- contra la empresa de medicina prepaga Swiss Medical S.A., por los daños y perjuicios producidos a la familia y a la niña, por el incumplimiento de sus deberes contractuales, procurando el cobro de \$ 55.799,50 (daños materiales la suma de \$ 5.799,50; daño moral la cantidad de \$ 50.000 y el daño punitivo que establezca el Juez), o lo que en más o en menos resulte de la prueba de autos, más los intereses y costas. II.- Para así decidir, la juez a quo consideró que se encuentra adecuadamente probado el carácter de afiliada de M. a Swiss Medical S.A., adherida a un Plan que tiene como característica que se trata de un sistema cerrado de prestaciones, como así también la discapacidad padecida por la niña y que posee Certificado de Discapacidad. Asimismo, basó su decisión en las leyes 24.754 y 26.68, en los derechos a la salud de usuarios y consumidores, en los derechos a la preservación de la salud y de la vida humana reconocidos por la Constitución Nacional (arts. 42, 14, 14 bis, 19 y 33) y en los tratados internacionales de rango constitucional. Por otra parte, con relación a las ?consultas médicas? llevadas a cabo con diferentes profesionales ajenos a la cartilla de prestadores, estimó que le asistía razón a la demandada, en la medida que la parte actora no acreditó en debida forma que Swiss Medical S.A. hubiese incurrido en incumplimiento contractual. En ese sentido, declaró improcedente el reclamo de las consultas médicas con relación a los doctores Fernanda de Castro Pérez, Horacio Miscione, Alberto F. Maffey, María C. Mansilla, Julieta L. Domínguez y Bettina F. Ferraro, pues la actora no acreditó que dichos profesionales pertenecieran a la red de prestadores de la demandada, que M. tuviese que atenderse imprescindiblemente con dichos profesionales, que Swiss Medical no contara con prestadores idóneos o que hubiese requerido a la demandada cobertura para dichas prestaciones y que aquélla se lo hubiese negado o guardado silencio. Ello, sumado al carácter cerrado que tiene el sistema de cobertura contratado por los demandantes. Distinta Solución mereció el reclamo de la actora respecto a los gastos efectuados con relación a los doctores Pedro L. Dogliotti y Virginia Fano. En este caso, la magistrada de la anterior instancia señaló que al haber accedido la demandada a reintegrar el 100 % del costo de los servicios brindados por aquéllos profesionales con anterioridad, mal puede luego cambiar dicho comportamiento negándose a esos desembolsos. En consecuencia, ponderando los gastos efectuados por la actora, según constancias de fs. 114, 117, 196, 198, 212 y 226, estimó que correspondía admitir el progreso de la acción con relación a ese reclamo, otorgando la suma de \$ 1.220. En lo atinente al pedido de reintegro en concepto de ?diferencia de cobertura de ortopedia?, en lo que respecta al segundo corsé, dado que la demandada había abonado la suma de \$ 1.100, la magistrada condenó al pago de \$ 475, que componía la diferencia que faltaba restituir a la parte actora. En cuanto a las prestaciones psicológicas, también estableció el pago de \$ 63,45, que restaba resarcir por parte de la demandada. Por lo demás, consideró procedente el pago de la suma de \$ 1.640, a fin de indemnizar el gasto efectuado para llevar a cabo el estudio genético (ver fs. 167 vta.). Hizo lugar al daño moral por la cantidad de \$ 4.000 para cada uno de los actores y al daño punitivo por la suma total de \$ 3.000. Finalmente, en cuanto a las cantidades indicadas en concepto de daño material (\$ 3.398,45) y de daño moral (\$ 8.000), estableció que devengarán intereses desde la fecha de notificación de la demanda hasta el día del efectivo, a la tasa activa. En cuanto al monto de \$ 3.000 reconocido por daño punitivo, los accesorios correspondientes se calcularán según la tasa activa indicada, desde que este pronunciamiento resulte ejecutable y hasta el día de su efectivo pago. Finalmente, impuso las costas a la demandada vencida. III.- Tal pronunciamiento mereció la apelación de la demandada a fs. 672, mas dicho recurso fue declarado mal concedido por este Tribunal a fs. 684/685. También apeló la parte actora y la defensora oficial. Los accionantes expresaron agravios a fs. 689/703, a los que adhirió la Defensora Oficial a fs. 707, los que no merecieron respuesta de la contraria. IV.- Las quejas consisten en: a) la ?a quo? no admitió los reintegros de los gastos por consultas médicas por encontrarse la actora afiliada a un plan cerrado y por haber asistido a especialistas fuera de la cartilla de prestadores de Swiss Medical; y b) los montos otorgados por daño moral y daño punitivo. V.- Ante todo, cabe recordar que la Corte Suprema fijó un estándar elevado para la protección de

los niños, niñas y adolescentes como sujetos vulnerables, con el fin de garantizar su derecho a la salud. En tal sentido, precisó que la Convención sobre los Derechos del Niño encarece su tutela y eleva su 'interés superior' al rango de principio que debe no sólo orientar sino también condicionar la decisión de los jueces en los conflictos que involucran sus derechos (Fallos 331:2135; 332:1394, entre otros). Además de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional dirigidos a promover y facilitar las prestaciones de salud que requieren los niños (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), la Ley 26.061 obliga a los organismos estatales a garantizar el acceso a los servicios de salud de aquellos y reconoce el derecho a la atención integral, a la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a las acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud. Con esta plataforma normativa, el Alto Tribunal sostuvo que '... el 'interés superior del niño' implica que los tribunales deben considerar como criterios rectores el resguardo del desarrollo y del ejercicio pleno de sus derechos en todos los órdenes de la vida, dispensándoles un trato diferente en función de las condiciones especiales, para lo cual el Estado argentino se comprometió a adoptar medidas positivas...' (Fallos 339:381). Asimismo, es preciso recordar que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable, constituyendo el derecho a la vida un valor fundamental a cuyo respecto los restantes valores siempre tienen carácter instrumental (Fallos 316: 479 y 323:1339). Por consiguiente, encontrándose en riesgo el derecho a la salud de una persona (arts. 42 de la Constitución Nacional y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, ratificado por ley 23.313 -de jerarquía superior a las leyes internas, según el artículo 75, inc. 22, de aquélla-) corresponde examinar la cuestión a la luz de las características concretas del caso y las particularidades del sistema en el que la relación se inserta, antes que según un riguroso encuadramiento de la vinculación en el marco formal de los negocios comerciales (esta Sala, causa 995/08 del 13.6.08). Por otra parte, que conforme con la ley 23.661, el Sistema Nacional del Seguro de Salud fue creado 'a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica ...' (art. 1, de la ley 23.661) y tiene como objetivo fundamental 'proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud ...' (art. 2, de la ley 23.661). En esta línea, el Congreso Nacional diseñó específicamente un sistema de prestaciones básicas de atención a cargo de las obras sociales (arts. 1, y 3, de la ley 23.660). VI.- De acuerdo al modo en que ha quedado planteada la cuestión traída a conocimiento de la Alzada, corresponde abordar el tema con relación a los reintegros pretendidos por los accionantes respecto de la consultas médicas llevadas a cabo por los profesionales que conforman el equipo interdisciplinario que atiende a M. desde el año 2008 -la pediatra, Dra. Fernanda de Castro Pérez; el ortopedista y traumatólogo infantil, Dr. Horacio F. Miscione; el pediatra especialista en neumonología infantil, Dr. Alberto F. Maffey; oftalmólogas, Dras. María Celeste Mansilla y Julieta L. Domínguez; y la psicóloga, Lic. Bettina F. Ferraro-, que fueron rechazados por la a quo en virtud de que los accionantes no han acreditado que dichos profesionales pertenecieran a la red de prestadores que ofrecía la demandada, dado su un plan de cobertura de tipo cerrado y, además, no probaron que la niña tuviera que atenderse imprescindiblemente por tales profesionales, o bien que la accionada no contaba con prestadores idóneos dentro de sus prestadores, o que hubiese requerido a la demandada cobertura para dichas prestaciones y que aquélla se lo hubiese negado o guardado silencio. VII.- Los actores sostienen que la doctora Castro Pérez fue derivada por la demandada y es la médica de cabecera de M. y quien coordina el tratamiento, habiendo designado a cada uno de los especialistas por conocerlos en forma particular, para poder formar un equipo de trabajo donde todos actúan conjuntamente. También hacen mención a que la demandada procedió siempre a reintegrar los gastos incurridos para llevar a cabo el tratamiento hasta fines del 2009. VIII.- Tal como se desprende de la sentencia recurrida, en autos no se encuentra controvertido el carácter de afiliada a Swiss Medical de Micaela (ver fs. 10/11); su condición de persona con necesidades especiales (cfr. certificado de fs. 8); y la patología que presenta consistente en 'Hidrocefalo, no especificado. Displasia metafisaria. Retardo del desarrollo' (v. certificado recién citado). Ahora bien, entiendo que la cuestión central se ciñe en determinar si la falta de acreditación por parte de la actora -si es que la hubo- en cuanto a que era imprescindible atenderse por los profesionales que en esta instancia intenta adquirir la restitución de los gastos por la atención médica por ellos realizada a M., o bien que la accionada no contaba con prestadores idóneos dentro de sus prestadores, o que hubiese requerido a la demandada cobertura para dichas prestaciones y que aquélla se lo hubiese negado o guardado silencio; constituye -en este caso- un óbice que impida su posterior reconocimiento judicial, para así establecer si corresponde o no reconocer el derecho de los actores a la restitución de la suma. IX.- En torno al interrogante que se plantea, no me caben dudas que si bien de los documentos adunados en la presente causa no surge constancia concreta en cuanto al requerimiento de la actora a Swiss Medical de la cobertura de las prestaciones que M. necesitaba, tal circunstancia no resulta de por sí suficiente para impedir la viabilidad de lo que aquí se reclama. Sucede que, como se verá, en el sub lite se sucedieron ciertas particularidades que no pueden ser desatendidas al momento de reconocer el

derecho de los padres al reintegro de lo pagado. X.- Corresponde en primer término repasar la legislación aplicable al caso, no pudiendo escindir del análisis su finalidad tuitiva respecto de los sujetos que sufren algún tipo de incapacidad, propósito normativo que, por otra parte, no puede ser desconocido por la demandada y que debe prevalecer sobre cualquier obstáculo formalista. En primer lugar, cabe aclarar que Swiss Medical, ya sea en su carácter de empresa de medicina prepaga (Ley N° 26.682) o de obra social, debe cumplir con el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la Ley N° 24.901. Dicho ello, de acuerdo a la patología que presenta la niña, resulta aplicable al sublite -entre otras- la Ley N° 24.901 que instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, que contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1). En efecto, esa norma instituyó un sistema de prestaciones básicas de atención a favor de las personas con necesidades especiales que incluye acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1), estableciendo además que las obras sociales se encuentran obligadas a afrontar íntegramente las prestaciones allí previstas (art. 2). Asimismo, dispone en su artículo 6° que: "Los entes obligados por la presente brindarán las prestaciones básicas a sus afiliados con discapacidad mediante servicios propios o contratados?; con lo cual, no se está diciendo que dichos entes tengan sólo las obligaciones que surjan de sus reglamentos o contratos -lo que sería una obviedad- sino que pesa sobre ellos atender las necesidades de los discapacitados por cualquiera de las dos modalidades, tendiendo a la más integral de las coberturas. Una necesidad especial demanda una satisfacción, asimismo especial; la intención del legislador ha sido la de reconocerle derechos a las personas más necesitadas en materia de salud, y la de posibilitarle a las obras sociales y entidades de medicina prepagas y a quienes contraten con ellas como proveedores o prestadores, la inclusión dentro del cálculo vectorial de la incidencia de este tipo de situaciones -de ahí la evaluación previa a la que se alude en ese artículo siguiendo los "criterios definidos y preestablecidos-" (art. 6 cit.). En virtud de ello, pesa sobre los entes obligados el deber de suministrarle al paciente discapacitado primero y al tribunal después, toda la información que permita juzgar sobre la idoneidad y experiencia de los profesionales e instituciones de su cartilla en condiciones de atender la patología de la actora. XI.- En el caso, dada la complejidad de la niña y sus múltiples problemas activos, necesita de un seguimiento especializado, multidisciplinario, coordinado e integral para planificar estrategias acordes al momento evolutivo de su enfermedad. También requiere de terapias de rehabilitación y estimulación intensivas para acompañarla en su desarrollo (ver informes de fs. 15, 16 y 17). De la pericia médica que luce a fs. 481/483, el experto señaló en el punto 3, que M. requiere un tratamiento multidisciplinario (diferentes especialidades médicas y terapéuticas) e ininterrumpido, así como cuidados de internación domiciliaria, debido a su compleja discapacidad física prenatal. Asimismo, en el punto 5, expuso que las displasias óseas son enfermedades muy infrecuentes y que dentro de ellas, existe la denominada displasia espondilo-metafisaria -que padece M.- (extremadamente infrecuente). También señaló que "No existe tratamiento curativo, sino paliativo o correctivo de las deformidades ortopédicas progresivas que la patología genera, ocasionando una discapacidad física permanente, con necesidad de supervisión o asistencia de terceros según la gravedad de la misma. Se necesita la intervención multidisciplinaria de diferentes especialistas como cirujanos, ortopedistas, genetistas, neumonólogos, neurólogos, kinesiólogos, terapeutas físicos, psicólogos, psicopedagogos, etc." (ver fs. 482, punto 5). Además, el experto manifestó, en el punto 6 "Conclusiones" que: "Su detención temprana mejora el pronóstico de tan severa y devastadora patología congénita de temprana aparición postnatal. Su tratamiento y educación requieren especializados equipos profesionales interdisciplinarios, formados en el conocimiento de la patología, y con una labor coordinada, continua y prolongada en el tiempo." (cfr. fs. 482 y vta.). Asimismo, la doctora Castro Pérez, cuando se le preguntó si la menor presenta alguna patología o discapacidad, señaló que "si una displasia esquelética severa con discapacidad física en un alto porcentaje. Es una enfermedad muy rara progresiva e invalidante que afecta todos los huesos del paciente, produjo una desviación de su columna que ya requirió dos cirugías, con dolor crónicos y con un pronóstico de vida reservado, es de causa genética y solo hay descripto dos casos en la literatura" (ver fs. 306, cuarta pregunta). Continuó manifestando que "La paciente requiere un seguimiento interdisciplinario que está integrado por varios especialistas y yo coordino este equipo y los motivos son controles post quirúrgicos de la columna dado que tiene una prótesis de titanio..." (cfr. fs. 306, quinta pregunta). También expresó que "Las decisiones médicas y quirúrgicas de esta paciente requieren de mucha comunicación entre los profesionales dada la edad crítica de la paciente y los pocos casos publicados..." (ver fs. 306 vta., sexta pregunta). Ahora bien, con relación a si correspondía que M. continuara su atención con la doctora Castro Pérez, del detalle de todos los consumos efectuados por la niña desde el 1° de mayo de 2008 en adelante -acompañado por Swiss Medical en la causa n° 3068/2013 sobre medidas cautelares (que tengo a la vista)-, surge que dicha profesional atendió a M. desde agosto de 2008 (ver fs. 109 y vta., 110, 123, 123 vta., 124, 130, 141, 141 vta., 143) sin constar de que se hubiese reintegrado suma alguna por tales consultas, lo que me lleva a deducir que la cuestionada profesional formaba parte de la cartilla de Swiss Medical. Lo expuesto concuerda con la declaración testimonial de la Dra. Castro

Pérez, de fs. 306/307, donde afirma que "...fue médica de internación domiciliaria cuando fui derivada por la empresa de Swiss Medical para la internación de la paciente...que trabajó para la empresa...me la adjudicaron como paciente...en el año 2008?" (ver fs. 306 primera y tercera pregunta). Asimismo, de la prueba testimonial se puede deducir el reconocimiento de la demanda de la relación laboral entre la Dra. Castro Pérez y Swiss Medical. Ello, en virtud de la primera repregunta efectuada por la accionada a dicha profesional que dice: "¿cuándo dejó de ser prestadora de Swiss Medical?", a lo que Castro Pérez contestó que "2009, me parece, no estoy muy segura, a fines" (ver fs. 306 vta.). En función de ello, es preciso advertir, que Swiss Medical, se limitó a ofrecer el sistema cerrado, sin haber acreditado en forma fehaciente la existencia de un prestador propio en condiciones de obtener iguales o mejores resultados de los que se han venido logrando hasta ahora. Y es allí precisamente, en donde entronca el principio de ejecución, en virtud del cual la circunstancia de que la prestación haya tenido principio de ejecución, pone de manifiesto la necesidad de asegurar la permanencia y continuidad de la atención médica recibida por M. y torna desaconsejable introducir cambios en los tratamientos (Corte Suprema, Fallos 327:5373; art. 25 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad). Lo expresado, con mayor razón aún, cuando en el caso se ha puesto de manifiesto, que la menor ha presentado siempre una notoria mejoría con resultados alentadores en su pronóstico (ver informes escolares acompañados en la causa 3068/13 citada, fs. 17/22 e informe de apoyo a la integración escolar a fs. 26/28). En suma, en razón de lo que antecede y ponderando los superiores intereses del niño, es posible concluir que si la doctora Castro Pérez atendió a M. desde el inicio de sus necesidades especiales que luego derivaron en la patología que actualmente presenta, no resulta aconsejable introducir cambios en el tratamiento aludido (esta Sala, causas n° 2694/13 del 13.9.13; 5237/12 del 22.3.13; 7772/11 del 6.6.12; y 8129/07 del 14.3.08, y su cita), teniendo en cuenta particularmente que en el caso se encuentra en juego el desarrollo integral de la niña, quien sufre un tipo de displasia ósea catalogada por el propio perito médico de "extremadamente infrecuente" (cfr. fs. 482, punto 5). Por otra parte, tengo en cuenta que si bien la demandada sostiene que jamás la actora le comunicó cuales eran las necesidades de M., lo cierto es que, del detalle de todos los consumos efectuados por la niña desde el 1° de mayo de 2008 en adelante -cfr. fs. 108/157, acompañado por Swiss Medical en la causa n° 3068/2013, antes mencionado-, surgen no sólo las consultas, asistencias e intervenciones recibidas por M. sino que algo más importante todavía, que es el propio registro de la demandada de la condición de "DISCAPACIDAD" de la niña (ver fs. 121 vta. y ss.). Y más grave aún es que, a sabiendas de que estaba frente a una niña con necesidades especiales -por lo menos desde junio de 2009- nada hizo al respecto en ese momento, como tampoco nada acreditó en la contestación de la demanda en cuanto a la existencia de una oferta concreta de tratamiento adecuado (seguimiento especializado y multidisciplinario coordinado e integral), a la índole de las necesidades especiales que requiere M. Por ello, el hecho de que dicha profesional no formara más parte de la cartilla de la demandada en el período en que se reclaman las facturas presentadas por la actora, no resulta un fundamento contundente para rechazar los gastos efectuados por los actores con relación a la doctora Castro Pérez. Una última consideración conviene formular respecto al argumento esgrimido en el sentido de que se trata de una profesional que no pertenece a la cartilla de prestadores. En tal sentido cabe recordar que la misma ley contempla la atención por especialistas que no pertenezcan al cuerpo de profesionales contratados, cuando su intervención sea imprescindible debido a las características específicas de la patología del paciente, o cuando así lo determinen las acciones de evaluación y orientación que, de acuerdo con el texto legal, se encuentren a cargo de un equipo interdisciplinario (arts. 39 y 11 de la Ley N° 24.901). Y que de las constancias aportadas a la causa -que ya expuse surge claramente la extraña patología que sufre M. y la necesidad imprescindible de un equipo interdisciplinario, razones que justifican hacer lugar al reclamo de la actora con relación a los recibos emitidos por la doctora Castro Pérez, cuyo reintegro se solicita. En consecuencia, corresponde restituir la suma de \$ 1.180 por los gastos irrogados por los actores, por las consultas médicas con relación a la doctora Fernanda de Castro Pérez (ver constancias de fs. 113, 116, 119, 191, 193, 197, 199, 209, 214 y 222 y prueba pericial contable fs. 510/510 vta., Anexo B), que deberá adicionarse al capital de la condena. De la misma manera, considero procedente el reclamo por los gastos efectuados por los demandantes con relación a los doctores Horacio Miscione, médico ortopedista, especialista en cadera y del neumonólogo Alberto F. Maffey, dado que formaban parte del equipo interdisciplinario que atendían a M. (ver informes de fs. 14/15, 16 y 17, como así también la prueba testimonial de fs. 306 vta.). Por consiguiente, corresponde hacer lugar a la queja y fijar la suma de \$ 990 con relación a los egresos efectuados por los actores a fin de costear las consultas con el doctor Miscione y la cantidad de \$ 250 en cuanto al profesional Maffey (cfr. fs. 115, 118, 195, 204 y 206, corroborado por el informe contable a fs. 510/510 vta., Anexo B), montos que también deberán adicionarse al capital de condena. En cuanto al reclamo por los gastos en la atención oftalmológica de la doctora María Celeste Mansilla, si bien la demandada ha procedido a reintegrar el 100 % del costo de los servicios brindados con anterioridad al recibo que se reclama actualmente y que luce a fs. 210 (ver pericia contable, fs. 503 y vta.), lo cierto es que tal documento no contiene la firma de la profesional en cuestión. Por ende, no corresponde hacer lugar al reclamo por tal consumo. Por último, las erogaciones efectuadas por la atención de los doctoras Bettina F. Ferraro (psicóloga) -por las sumas de \$ 120 y \$ 280 (ver fs. 216 y 221)- y Julieta

Domínguez (oftalmóloga) -por la cantidad de \$ 100 y \$ 120 (ver fs. 213 y 223)-, no serán reconocidas. Ello, dado que ambas profesionales no forman parte del equipo interdisciplinario que figura en los informes de fs. 14/15, 16 y 17, como así tampoco, tal información mana de la prueba testimonial de la doctora Castro Pérez, quien figura como la pediatra coordinadora del equipo que lleva adelante la patología de M. (ver fs. 306/307). XII.- Analizaré a continuación la queja vinculada a la cuantía del rubro indemnizatorio ?daño moral?, discutido por la parte actora pues considera escaso el monto de \$ 4.000 otorgado para cada progenitor.

El ítem indemnizatorio cuestionado, es la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente, como eficaz para el reclamante, un detrimento que de otro modo quedaría sin resarcir. Siendo así, de lo que se trata es de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido. En su justiprecio, ha de recurrirse a las circunstancias sociales, económicas y familiares, valoradas con prudencia para evitar un enriquecimiento indebido. Tal como he afirmado en otros precedentes, el presente caso se vincula con el artículo 522 del Código Civil, dado que la parte actora ha reclamado resarcimiento moral por incumplimiento contractual, en razón de las mortificaciones sufridas por los titulares de la afiliación ante la negativa de la parte demandada en satisfacer las prestaciones que correspondían a una niña con necesidades especiales. En autos, no se trata de la inquietud normalmente derivada de todo incumplimiento contractual, que no suscita indemnización por daño moral (cf. Sala I, causa n° 8924 del 28/9/94; causa n° 211/00 del 21/5/02 entre otras). Cabe señalar que, en materia contractual, para el reconocimiento del daño moral el Juez debe ponderar su procedencia en atención al hecho generador y a las particulares circunstancias del caso, siendo necesaria la constatación de molestias o padecimientos que hieren las afecciones legítimas de la víctima. Es decir, que excedan la mera contrariedad por la frustración de la relación convenida y esperada (conf. Sala I, de esta Cámara, causa n° 7170/01 del 20/10/05), pues la finalidad del rubro no es engrosar la cuantía de la indemnización por daños materiales, sino mitigar, mediante una ?compensación de bienes?, los males o las heridas causados a las afecciones más estrechamente ligadas a la dignidad y a la plenitud del ser humano (conf. Sala I, causa n° 16.407/03, del 29/03/07).

Las molestias sufridas por los padres de la niña con necesidades especiales son mortificaciones espirituales que exceden el ámbito regular del contrato y merecen ser resarcidas como daño moral propio de los titulares de la afiliación. En autos se ha producido el dictamen del Lic. Jorge Daniel Cortese (ver fs. 574/594), quien llegó a la conclusión, respecto de los padres de la niña, que ?...la angustia, incertidumbre y alteración emocional que ha vivido y siguen viviendo es provocado por la enfermedad de M. y la falta de fondos necesarios, para seguir costeadando el tratamiento, y lo necesario, que la empresa, Swiss Medical S.A., parece no efectuarlo.? (cfr. fs. 594 vta.). En tales condiciones, propicio hacer lugar al agravio y elevar a la suma de \$ 6.500 para cada progenitor a fin de indemnizar el daño moral padecido, que considero justa y equilibrada en relación a las constancias de la causa. XIII.- Finalmente, la parte actora considera irrisoria la suma de \$ 3.000 otorgada a fin de resarcir lo que estima es su derecho a percibir por lo que denomina daño punitivo, en los términos del artículo 52 bis de la ley 24.240. Ahora bien: la admisión de una pena privada está estrechamente vinculada con la idea de prevención de ciertos daños mediante una sanción ejemplar y al desmantelamiento de los efectos de los actos ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz Rubén S. y Pizarro Ramón, Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, La Ley 2009-B-p. 949). En este expediente, no encuentro configurada la necesidad de aplicar una sanción ejemplar. El agente de salud entendió equivocadamente el alcance de la cobertura y los jueces han esclarecido el punto debatido. Por lo demás, tanto la decisión judicial en la presente causa cumple una función de elemento de disuasión frente a la eventual repetición de las conductas reprochables. Por lo demás, no puedo dejar de tener presente que fue la actora quien decidió no reclamar la prestación ante Swiss Medical. Esta circunstancia, si bien indiferente a la hora de evaluar la procedencia del reintegro, no coadyuvó a que la entidad cumpla con su obligación de un modo más oportuno. Por tanto, sobre el punto, dado que no hubo recurso de la demandada, propicio confirmar lo resuelto en la anterior instancia y desestimar los agravios articulados. XIV.- Con relación a las costas de Alzada, teniendo en cuenta que la demandada resultó sustancialmente vencida y el hecho de que el monto de la indemnización se encontrara sujeto a la etapa de prueba (ver fs. 182vta./183, punto 14), impide exceptuar a la accionada del principio objetivo de la derrota. Ello significa que esa parte debe cargar con las costas de esta instancia (art. 68, primera parte, del Código Procesal) (conf. Sala 3, causa "SANTUCHO PEDRO ARCADIO Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DE DEFENSA Y OTRO s/ proceso de conocimiento"). XV.- Por todo lo expuesto, propongo: confirmar la sentencia apelada, salvo con relación al monto del daño material, respecto del cual se reconoce en más la suma de \$ 2.420; que deberá adicionarse al capital de condena fijado en la sentencia apelada y en cuanto al daño moral que se eleva a la cantidad de \$ 6.500, para cada progenitor. Las costas de Alzada se imponen a la demandada sustancialmente vencida (art. 68, primera parte, del Código Procesal). El doctor Eduardo Daniel Gottardi, por razones análogas a las expuestas por el doctor Ricardo Víctor Guarinoni, adhiere a su voto. El doctor Alfredo

Silverio Gusman no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta sala RESUELVE: confirmar la sentencia apelada, salvo con relación al monto del daño material respecto del cual se reconoce la suma de \$ 2.420, que deberá adicionarse al capital de condena fijado en la sentencia apelada y en cuanto al daño moral que se eleva a la cantidad de \$ 6.500, para cada progenitor. Las costas de Alzada se imponen a la demandada sustancialmente vencida (art. 68, primera parte, del Código Procesal). Regístrese, notifíquese y pasen los autos a resolver honorarios. EDUARDO DANIEL GOTTARDI RICARDO VÍCTOR GUARINONI

033328E