

\_\_\_\_\_ SALTA, 20 de septiembre de 2016 \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados “**F. R., M. E.; B., J. I.,** por sí y en representación de su hijo menor **B. T. c/ SWISS MEDICAL S.A. – SUMARIO:** Daño Punitivo”, Expte. N° 357166/11 del Juzgado de 1° Instancia en lo Civil y Comercial 11° Nominación; N° **CAM 426120/13 de esta Sala Quinta** y, \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **CONSIDERANDO** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La Dra. Soledad Fiorillo dijo: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ D) Vienen los presentes autos a esta Sala V en virtud de lo dispuesto en el punto II de la sentencia de fs. 382/388 vta. de la Corte de Justicia de Salta, a los fines de resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 257 por el Dr. Carmelo Russo Paz, en representación de los actores, en contra de lo resuelto a fs. 255/256, el que fue concedido a fs. 258. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Manifiesta el recurrente que le causa agravio que se hubiese concluido que no existió una indisposición por parte de la demandada a prestar servicios, sobre la base de la pericia agregada a fs. 229/231, ya que ésta fue presentada en copias simples y fue tachada de parcial e inexacta. Destaca que la indisposición se manifestó durante toda la relación contractual y que se la puede advertir especialmente en la baja calidad y poca eficiencia de las prácticas autorizadas, en el incumplimiento de la auditoría ofrecida y no cumplida, y en la violación al principio de buena fe contractual, la que enmarcada en la relación de consumo adquiere especial relevancia. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Sostiene luego que resulta desacertada la justificación encontrada por el Sr. Juez de primera instancia para rescindir el contrato, relacionando el liminar diagnóstico del Dr. Pertiné con la posterior petición de autorización de un medicamento como el recetado. Por el contrario considera que ello implicó una violación a la obligación que pesa sobre todo proveedor de seguridad y garantía de la salud e integridad física de los consumidores usuarios, sobre todo en este caso en el cual mediante notas, cartas documentos e intentos de mediación se peticionaban autorizaciones a los fines de obtener certezas en los diagnósticos. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Se queja también del fundamento dado en relación a la falta de proporción del monto reclamado con la probabilidad de la causación del daño, ya que el daño punitivo pretendido no tiene naturaleza indemnizatoria sino justamente de desalentar conductas desaprensivas de los derechos de los clientes priorizando aspectos económicos de los proveedores. Destaca que la gravedad del caso radica en la actitud intencional, temeraria y contraria a la buena fe contractual de la empresa, quien ofreciendo excelentes servicios no agotó los medios a su alcance para cumplir con la seguridad de cobertura de servicios sociales de salud. Denuncia incumplimiento de obligaciones constitucionales, legales y contractuales, entre ellas, seguridad, protección de la salud, falta de trato digno, falta de información, práctica abusiva y actitud desaprensiva en el incumplimiento de las obligaciones a su alcance y rescisión unilateral injustificada de un contrato de consumo en el que además, se encuentra involucrado un menor. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Sostiene que se equivoca el sentenciante al centrar su atención en el monto exigido de daños punitivos, omitiendo analizar las prácticas abusivas y los incumplimientos de la demandada, ya que aquél no requiere el daño en sí mismo sino más bien el incumplimiento de una obligación legal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Cuestiona además, la imposición de las costas por el orden causado con fundamento en que ninguna de las partes condujo la prueba para lograr determinar una conexidad causal entre la sanción punitiva y la cadena de causalidad sobre el tratamiento y la historia clínica del menor que haga inferir la cifra reclamada. Destaca que debe estarse al principio objetivo de la derrota y en consecuencia, deben recaer sobre quien, con sus conductas antijurídicas e incumplimientos legales, motivó el proceso en cuestión. Finalmente enumera éstos últimos y pide la nulidad de la sentencia ante la omisión de intervención en los autos del ministerio público. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 299/316 contesta el Dr. Francisco Patrón Costas, en representación de Swiss Medical S.A. postulando la deserción del recurso de apelación incoado y en subsidio peticiona su rechazo en base a los argumentos que expone a los que cabe remitirse por razones de brevedad. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 321/322 obra dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara, quien considera que debe revocarse la sentencia. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 352/357 la Dra. Mirta Lapad, en su carácter de Asesora General de Incapaces, toma intervención en los presentes autos en protección de los derechos del niño T. E. B., en virtud de lo dispuesto por el Código Civil, ley N° 7328 y conforme lo decretado por la Corte de Justicia a fs. 349. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 404/405 la Dra. Catalina Russo Manenti, en su carácter de Asesora de Menores N° 8, toma intervención en los términos del art. 103, inc. a del CCyC, por T. E. B., y estima que la conducta de la empresa de medicina prepaga encuadra en el concepto de práctica abusiva que la ley pretende desalentar mediante la sanción peticionada. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 406 se llaman autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y a fs. 405 pasan a despacho. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ II. Respecto a la deserción del recurso postulada por la parte demandada, debe precisarse que si bien es cierto que la expresión de agravios tiene que contener una crítica concreta y fundada del fallo apelado que no se traduzca en meras discrepancias con el razonamiento del Juez de primera instancia, debe seguirse un criterio amplio en lo que respecta a su admisibilidad, ya que es el que mejor condice con el principio constitucional de la defensa en juicio, y tal ha sido el criterio sustentado por este Tribunal en diversos precedentes (Sala V, t. XXXIV, f° 285/296; Sala II, t. 2006, 2° parte, f° 300/301; Sala III, t. 2002, f° 267/270; Sala IV, t. XXI, año 1999, f° 576), en concordancia con la doctrina de la Corte de Justicia de Salta (CJS, T 44:1109).

\_\_\_\_\_ Así se decidió que, si el apelante individualiza, aún en mínima medida, los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada, no procede declarar la deserción del recurso, por cuanto la gravedad de los efectos con que la ley sanciona la insuficiencia de la expresión de agravios, torna aconsejable aplicarla con criterio amplio favorable al recurrente (CNPaz, Sala V en LL, 17-854, 23.426-S; CNFedCC en Rep. LL XXX, pág. 151, n° 212; CApelCCSalta, Sala IV, t. XXXV- S, f° 29/ 34). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En esa inteligencia y considerando que el memorial de agravios contiene una crítica suficiente de la sentencia apelada, corresponde proceder al análisis del recurso interpuesto. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ III. La sentencia recurrida rechaza la pretensión deducida a fs. 2/9, la que tenía como único objeto que se condene a Swiss Medical S.A. a abonar la suma de \$ 500.000 –sin perjuicio de su valoración judicial- en concepto de daño punitivo. Para así decidir, el Sr. Juez de primera instancia se basó en tres circunstancias esenciales: a) la inexistencia de indisposición de la demandada a prestar servicios hasta que se rescindió el contrato de medicina prepaga; b) razonabilidad de la decisión tomada por la empresa en forma unilateral y c) la congruencia entre las prestaciones autorizadas, la declaración jurada suscripta por la actora y las conclusiones de la pericia de fs. 229. Finalmente y al fundar la imposición de las costas por su orden, se refirió a la falta de conexidad causal entre el monto peticionado en concepto de sanción punitiva y la cadena de causalidad. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ El daño punitivo previsto en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor es una figura sobre la cual existe un profundo debate en la doctrina, con voces de adhesión y crítica, que dan cuenta de un largo proceso de reflexión sobre el tópico. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Se ha dicho que los daños punitivos son de naturaleza pecuniaria disuasiva/punitiva en los cuales se puede distinguir una función principal y otra accesoria. La principal es la disuasión de causar daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente (CNCom. Sala “B”, “Barrera, Jorge Ramón c/ Coto Centro Integral de Comercialización s/ Ordinario, 20/03/16) y la función accesoria es la sanción del dañador, ya que toda multa civil por definición tiene una función sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria (CNCom., Sala “B”, “Raspo, Miguel Ángel y otros c/ Swiss Medical S.A. s/Ordinario”, 02/06/15). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Para la mayoría de los autores no basta el mero incumplimiento sino

que es necesario que se trate de una conducta particularmente grave, que existan factores de atribución, dolo, dolo eventual o culpa, en la que se aprecie una grosera negligencia (conf. Ricardo Luis Lorenzetti en “Consumidores”, Segunda Edición, 2003 - pág. 562 y siguientes citado por CApel. CC. Salta, Sala II, año 2013, f° 328/336).

---

\_\_\_\_ Por su parte, la jurisprudencia fue fijando los contornos de este novedoso tipo de daño -ajeno a nuestra tradición civilista-, superando en gran medida los defectos técnicos del artículo antes citado, a fin de sortear los desbordes a que podría haber llevado una inadecuada aplicación de la figura (v. Hernández, Carlos A. –Gonzalo Sozzo, “La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina”, en Rev. de Daños, n° 2011-2, “Daño Punitivo”, Rubinzal –Culzoni, p. 361 y ss.; Bueres, Alberto J. – Sebastián Picasso, “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos, p. 68), evitando que se transforme en una fuente de enriquecimiento sin causa e injustificado o en una duplicación de sanciones. Es así que se ha resuelto que la Ley 24.240 en su artículo 52 bis, que autoriza la aplicación de los llamados “daños punitivos”, “sólo confiere al juez la facultad de imponer sanciones al disponer que el aquél “podrá” aplicar una multa civil a favor del consumidor. Así, no estamos en presencia de una imposición al juzgador sino sólo una potestad que el magistrado podrá o no utilizar según entienda que la conducta antijurídica previamente demostrada presenta características de excepción que exigen una condena que permita sancionar al responsable, quitarle todo resabio de rédito económico derivado de la inconducta, y que genere un efecto ejemplificador que prevenga su reiteración (CNCom, Sala D, “LIBERATORE LYDIA LILIAN C/ BANCO SAENZ SA S/ ORDINARIO”, 31/08/2012, Lex Doctor voz “daños punitivos, consumidor”).

---

\_\_\_\_ IV. Partiendo de la doctrina fijada por la Corte de Justicia en la sentencia de fs. 382/388 vta. que sostiene que la LDC no niega la posibilidad de iniciar una demanda autónoma por daño punitivo ni exige para incoarla que se invoque la existencia de un daño, corresponde meritar si la conducta

desplegada por la empresa Swiss Medical S.A. en relación a la problemática del menor T. E. B., encuadra dentro de los presupuestos de hecho previstos en el art. 52 bis de la LDC a los fines de la aplicación de la multa civil peticionada. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Del referido artículo surge que dos son las cuestiones a tener en cuenta: a) la existencia de un incumplimiento legal o contractual y b) la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso para la fijación de la multa. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A los fines de analizar si medió en el sub-lite alguno de esos tipos de incumplimientos, liminarmente cabe recordar que la calificación del vínculo que une al afiliado con la empresa de medicina prepaga, como una relación de consumo, ha sido recepcionada de manera casi pacífica por la jurisprudencia del país y por la más prestigiosa doctrina nacional, aun antes del dictado de la Ley 26.682, considerándose que la prestataria del servicio de medicina prepaga era mucho más que un simple “proveedor”. Así, se había dicho que “Cuando un afiliado reclama a la empresa de medicina prepaga el cumplimiento o la extensión de la cobertura que ha contratado, no persigue un mero producto o servicio. Lo que está en juego es, ni más ni menos, que su derecho a la salud, a su integridad psicofísica, a su plenitud, a su seguridad. Ello así, pues tal como lo ha señalado la Corte de Justicia de la Nación, los entes de medicina prepaga, más allá de su constitución como empresas, tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial (CSJN- 13/03/2001 “E.R. c/ Omint S.A. de Servicios” LL 2001-B-687). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En este orden de ideas, cabe poner de relieve que la Ley 24.240 ejecuta el mandato constitucional dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional, que otorga como derechos de los consumidores en la relación de consumo el “derecho a la salud”, que desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, S.670.XLII; RHE “Sánchez Elvira Norma c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro”, de fecha 15/05/2007)”. Estas consideraciones que importaban una verdadera y decidida protección al consumidor o usuario destinatario de los servicios de medicina prepaga, que venían siendo sostenidas por la casi totalidad de la doctrina y la jurisprudencia y cuyas consecuencias no podían ser desatendidas por los Tribunales en sus implicancias de hecho, tuvo su concreción legal el 26/05/2011, cuando se promulgó la Ley N° 26.682, la cual brinda una regulación específica a las empresas de medicina prepaga, las que hasta ese momento se regían, por analogía, por lo dispuesto para las obras sociales por las Leyes 23.660, 23.661, 24.455 y 24.754. Dentro de sus disposiciones particulares, el artículo 4 califica a la relación que existe entre las partes contratantes como una relación de consumo. Por ello, si un simple consumidor merece de la legislación vigente toda la amplia protección que se le ha acordado, cuánto más debe protegerse al usuario del servicio de salud, sea ésta pública o privada, que reclama la defensa de un derecho subjetivo que encuentra su base legal en las normas de rango constitucional. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En el caso de autos, es dable destacar que se encontraba en juego el derecho a la salud, atributo inalienable de cada individuo, cualidad de cada persona desde el comienzo hasta el final de su vida, que no debe verse vulnerado, alterado o violado bajo ninguna circunstancia y que en nuestro país a partir del texto constitucional del año 1994, se impuso al Estado, no sólo la imposibilidad de alterar el derecho a la salud mediante leyes o disposiciones sino que, claramente, se le asignó la obligación de resguardar el derecho de los consumidores a través de, por un lado, la legislación –mediante la cual las autoridades estatales deberán establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos sobre el tema, sino además a través de la necesaria participación de las asociaciones que tengan como finalidad la

defensa del consumidor. Por otra parte, la protección del derecho a la salud en juego, se encontraba doblemente tutelado, ya que T. era y es un niño -lo que lo coloca en el grupo de sujetos vulnerables- pero también era un afiliado y paciente que asumía el rol de la parte más débil en esa relación de consumo dada la disparidad existente entre los sujetos contratantes (usuario –empresa de medicina prepaga) por la posición asimétrica que ocupaba cada uno. En este aspecto es dable advertir que el mayor aporte que le otorga la ley 24240 es el principio “pro consumidor” declarado en su art. 3º, principio general protectorio del que derivan reglas particulares para su aplicación como la irrenunciabilidad de derechos y el de indemnidad (el consumidor no debe sufrir perjuicios materiales ni morales en la relación de consumo). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_En este contexto, corresponde meritar los agravios esgrimidos por el recurrente en relación al incumplimiento legal y contractual alegado. Asevera éste que contrariamente a lo sostenido por el juez de grado, la indisposición de la empresa a prestar los servicios requeridos y legalmente debidos se evidenció durante toda la relación contractual y que la decisión de rescindir unilateralmente el contrato no fue razonable. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Al respecto, cabe destacar que enmarcada la relación entre las partes dentro de una relación jurídica de consumo, ésta abarca todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar ya que siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles (Lorenzetti- ob. cit. p. 74). En efecto, estas obligaciones se extienden durante toda la relación de consumo, abarcando todo el iter contractual y aun luego de concluido éste. En la etapa precontractual se persigue que el usuario sea correctamente instruido antes de concretar la operación pudiendo preverse las vicisitudes del vínculo jurídico. Luego, debe contribuir a la ejecución del contrato y/o a la prevención de riesgos. Esta protección integral es la que mejor se adecua a una correcta hermenéutica, si se tiene en cuenta que su fundamento principal está en la normativa constitucional. En este sentido se dijo que no debe perderse de vista que en el derecho a la salud adquiere



particular importancia la prevención o anticipación, finalidad protectoria de aquélla que se refleja en diligencias de índole y naturaleza variada que el proveedor debe desplegar en todas las etapas del proceso (Lowenrosen, Derecho del Consumidor, Teoría y Práctica, Volumen I, Ed. Jurídica Bs. As.- 2008, pág. 187).

Por ello, corresponde analizar la conducta de la demandada durante todas esas etapas.

El principal argumento de la empresa demandada para aseverar que no medió ningún incumplimiento ni contractual ni legal de su parte, radica en que no es posible incumplir un contrato que nunca existió ya que el suscripto con la actora devino nulo de nulidad absoluta e insanable por el vicio producido ante la omisión dolosa de ella y por lo tanto, nunca existió una relación de consumo entre las partes.

El fundamento de esta rescisión unilateral con causa en esa nulidad radicó en la existencia de una enfermedad preexistente que -a criterio de la demandada- era conocida por la madre contratante. En efecto, sostiene la apelada que el contrato que la unía a la actora nunca se perfeccionó porque el menor se encontraba enfermo al momento de suscribir su oferta para contratar y su madre no lo informó, lo que generó la falta de una de las características esenciales de este tipo de contratos, la “aleatoriedad”.

En virtud de ello, cabe meritar si la decisión de rescindir unilateralmente ese contrato se tomó en forma adecuada en el marco de la relación de consumo que unía a las partes. En otros términos, si las causas alegadas por Swiss Medical S.A. para actuar como lo hizo realmente eran objetivas y razonables o si aquélla debió -atento las particulares circunstancias de la situación y en pro del principio de solidaridad que rige en materia de consumidores- prestar toda la colaboración necesaria a los fines de constatar que efectivamente, el niño T. padecía la supuesta enfermedad preexistente que constituyó el motivo alegado para considerar nulo el contrato, a efectos de garantizarle a aquél su salud, su integridad, su seguridad e intereses económicos, brindándoles además, tanto a la madre como al hijo, el trato

digno y equitativo que merecían conforme mandato constitucional, y a su vez, cumpliendo de esta manera con las obligaciones establecidas por el llamado estatuto del consumidor. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Dentro de ese contexto, se puede calificar de apresurada la decisión de la empresa de rescindir el contrato dando por sentado la preexistencia de la enfermedad alegada y por ende, la falsedad en la declaración suscripta por la actora, sobre la base del informe médico del Dr. Luciano Chavarría –fechado el 30 de enero de 2011- donde se ponía de manifiesto que T. E. B. padecía hemofilia A y Von Willebrand desde el año de vida. Ello así, toda vez que en los pedidos de derivación del niño al Centro Pavlovsky sito en la ciudad de Buenos Aires, anteriores a dicho informe -datan del 03/01/11- los Dres. Antonio Salgado y Basilio Pertiné, dejan sentado que no compartían el diagnóstico dado con anterioridad ya que los estudios no lo confirmaban e, incluso, se advertía que la derivación a los fines de comprobar efectivamente la enfermedad, redundaría no sólo a favor del niño –ya que la medicación indicada por la Dra. Quinteros era perjudicial para menores de seis años- sino que también sería un ahorro para la empresa dado su alto costo (cfr. fs. 18 y 19). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ De ello se puede deducir que al momento de la rescisión (febrero de 2011), la demandada tenía conocimiento de la incertidumbre que pesaba sobre el diagnóstico y no obstante ello, no sólo no informó en debida forma las causales por las que no autorizaba la derivación sino que procedió sin más a rescindir el contrato, sin tener pruebas fehacientes del vicio alegado para considerarlo nulo de nulidad absoluta cuando además, indudablemente, era ella quien se encontraba en mejores condiciones de hacerlo, no sólo en ese momento sino también en la oportunidad en que decidió afiliarse a la actora y a su hijo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En efecto, era la empresa la que se encontraba en ambas ocasiones en mejores condiciones para acreditar debidamente la enfermedad ya que era ella quien, inicialmente, contaba con mayores y mejores herramientas que la usuaria para verificar los datos de la declaración que fueran importantes para

fijar los términos del contrato y que fuera plausible que se desconozcan, como también al momento de decidir la rescisión unilateral, toda vez que a raíz de la actividad a la que se dedica no le resultaba costosa la verificación médica de los datos que considerara relevantes, sobre todo en el caso de autos, en el cual desde un comienzo se mencionó al Centro Pavlovsky como el más indicado para despejar las dudas sobre el diagnóstico, situación conocida por Swiss Medical. Es dable traer a colación un fallo en el que se consideró que si la empresa de medicina prepaga, en el contexto de la celebración de un contrato de los llamados de adhesión, solicita al afiliado que cumplimente como único requisito de admisión la declaración jurada sin la realización del examen médico de ingreso, y a posteriori -luego de casi un año de sostenerse el vínculo prestacional- lo notifica de la revocación del contrato escudándose en lo que fuera su propia omisión o decisión respecto de la determinación de una enfermedad preexistente, no sólo es injusto y desajustado a derecho, sino que además manifiesta una actitud arbitraria e ilegal por parte de la entidad de medicina prepaga, quien no es más ni menos que un agente integrante del sistema de salud de la Nación. Incluso se dijo que “no parece justo ni adecuado a derecho, que la empresa pretenda endilgar a la afiliada “una reticencia culposa, cuanto menos dolosa, como causal que habilite la rescisión contractual dispuesta en forma unilateral por parte de la demandada sin haber practicado las diligencias necesarias que hubiesen permitido advertir la presencia de enfermedades preexistentes y sin conciliar una solución distinta a la impuesta cuyo resultado no es otro que exponer a mayor riesgo la salud de la actora” ( M. S. O. c/ Medicus s/ Amparo”; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, Fecha: 28-oct-2011; Cita: MJ-JU-M-72685-AR | MJJ72685 | MJJ72685, 2 julio 2012, Ed. Microjuris.com Argentina).

\_\_\_\_\_ En virtud de ello y teniendo en cuenta que los estudios en el Centro Pavlovsky fueron realizados entre el 17/01/11 y el 16/02/11, fecha en la cual la Dra. Meschengieser informa los resultados y certifica de manera concluyente la inexistencia de la enfermedad de Von Willbreand y que la decisión de rescindir el contrato fue notificada a los actores el 15/02/11 (cfr.

fs. 23 Expte. Administrativo), se puede concluir, cuanto menos, que aquélla fue apresurada además de denotar indiferencia frente a la otra parte caracterizada precisamente por su vulnerabilidad –entendida ésta como debilidad o hiposuficiencia económica, técnica, jurídica, informativa o material-, y que implica un desequilibrio entre las partes de la relación de consumo, sobre todo si tiene en cuenta la particular situación antes descrita y el conocimiento específico en su área de actividad comercial, la que permite considerar a la demandada como “experta” a diferencia de la actora, a la que se puede calificar de “novata” en la materia. Indiferencia que contrasta claramente con la actitud asumida por los Dres. Salgado y Pertiné, quienes ante la negativa de la demandada a cubrir la derivación, decidieron correr con los gastos necesarios para poder obtener un diagnóstico certero (cfr. declaración testimonial del Dr. Salgado a fs. 147 del Expte. Administrativo), decisión que hoy debe ser valorada en toda su dimensión toda vez que efectivamente el niño no padece la enfermedad de Von Willebrand con manifestaciones hemofílicas, factor VIII. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_V. Más allá de ello, una conducta contraria a la adoptada por la empresa demandada encontraba también justificación en uno de los pilares básicos que rige toda relación contractual y en base al cual deben interpretarse los hechos, actos y comportamientos efectuados por las partes integrantes de dicha relación: el principio de buena fe consagrado en los arts. 1198 del CC de Vélez y 961, 968, 1061 y 1063 del CCyC y específicamente en al art. 37 in fine de la LDC. Al respecto, Claudia Lima Márquez dice que “Buena fe significa una actuación reflexiva, pensando en el otro, en la contraparte contractual, respetándola, respetando sus intereses legítimos, sus derechos, respetando los fines del contrato, actuando con lealtad, sin abuso de su posición contractual, sin causar lesión o desventajas excesivas, con cuidado para la persona y el patrimonio del cocontratante, cooperando para alcanzar la finalización de sus obligaciones, esto es, el cumplimiento del objetivo contractual y la realización de los intereses legítimos de ambos contratantes. Se trata de la buena fe objetiva, un paradigma de conducta leal, con base en la

confianza despertada en la otra parte cocontratante, respetando sus expectativas legítimas y contribuyendo para la seguridad de las relaciones negociales” (Contrato de Servicios a los Consumidores, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2005, pág. 144). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Sobre la base de este principio de buena fe y teniendo en cuenta que – tal como la propia empresa lo expresara- lo que existía era una sospecha, la actitud esperable de su parte a fin de proteger al niño, no era que rescindiera sin más el contrato sino que al menos, hubiese autorizado la derivación solicitada por los médicos para que la Sra. F. R. pudiera obtener un diagnóstico certero sobre la salud de su hijo. Cabe destacar que con anterioridad al pedido realizado por el médico clínico y el hematólogo, a mediados de 2009, la Dra. Morales ya había recomendado la derivación a la Academia Pavlovsky, pero Swiss Medical los envió a un prestador propio, Diagnolab. Quizás si hubiese autorizado en esa oportunidad la derivación al especialista en el tema, hubiese tenido mucho tiempo antes la certeza sobre la inexistencia de la enfermedad de Von Willebrand en T..\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ VI. Por otra parte, cabe considerar que el comportamiento de la demandada hacia una madre que se encontraba ante un diagnóstico de la gravedad como el dado por la Dra. Quinteros -en virtud del cual su hijo hubiera tenido que consumir durante toda su vida una medicación tan fuerte como la indicada- y la razonable duda sobre la existencia de la enfermedad por parte de otros dos profesionales, dista mucho del trato digno exigido por la Constitución Nacional y el art. 8 bis de la LDC hacia los consumidores, entendido éste como el debido respeto que aquéllos merecen en tanto personas y en virtud del cual, no pueden ser sometidos a menosprecios o desconsideraciones ni mortificaciones. En este sentido se dijo que la violación de los deberes impuestos por los arts. 42 de la CN y 8 bis de la LDC, se refieren a comportamientos vinculados a la relación de consumo, estos es, a las tratativas previas a la constitución del vínculo, a los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación, y a las conductas postcontractuales; y como la exigencia de condiciones de

atención y trato digno apunta a la situación subjetiva, el respeto del consumidor como persona no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones; el derecho a recibir un trato digno y equitativo, impone pautas de conducta, colocando una nota humanista en el sistema normativo, debiendo en caso de duda resolverse siempre a favor del consumidor, evitando las prácticas comerciales que eviten o nieguen sus derechos. En este sentido, el actual Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 51, incorpora a su regulación el principio fundamental de raíz iusfilosófica de “respeto a la dignidad humana”, eje del sistema legal del que derivan el resto de los derechos constitutivos de la persona humana. En el sub-lite , la afeción a la dignidad humana de los actores se advierte notoriamente agravada ya que excede un mero incumplimiento contractual y ataca a esta obligación general imputable a todos los integrantes de la sociedad.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_VII. También se advierte que no se ha cumplido en debida forma con otra de las obligaciones fundamentales impuesta por la ley al proveedor de los bienes o servicios, el deber de información. En efecto, en la etapa precontractual -y tal como lo pone de manifiesto la Resolución N° 2835 de la Secretaría de Defensa del Consumidor- aquélla no recibió la información necesaria a fin de lograr un entendimiento acabado de lo que se le estaba preguntando, debiendo destacarse la “especificidad y especialidad del vocabulario utilizado en el cuestionamiento en el que se advierten términos cuyas respuestas supondrían un conocimiento cabal y científico por parte de la denunciante del estado de salud integral de su hijo y que hubieran requerido de la presencia de un profesional del arte de curar para facilitar su entendimiento en el momento de contestar las diferentes patologías detalladas (cfr. fs. 272 vta., 2° párrafo). En este sentido se ha dicho que la información debe ser clara, es decir, comprensible para su destinatario, relacionándose así con el nivel educativo del profano. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Se vislumbra además falta de información de manera adecuada al comunicarle a la actora que se había iniciado un proceso investigativo en relación a la afiliación de su hijo ante indicios “objetivos y razonables” sobre

la existencia de enfermedades o patologías no declaradas oportunamente (cfr. copia carta documento agregada a fs. 17 Expte. Administrativo), sin especificación alguna de aquéllos. Tampoco consta en autos que la empresa demandada hubiese brindado en debida forma los fundamentos por los cuales no se autorizaban las derivaciones peticionadas por dos médicos (fs. 18 y 19 del Expte. Administrativo). Al respecto, Lorenzetti sostiene que el deber de informar es, desde el punto de vista normativo un deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dichos datos, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra si dicha información no se suministra (Consumidores, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2009, pág. 205/206).

\_\_\_\_\_ VIII. A su vez esta falta de información en debida forma en todas las etapas de la relación lleva a incumplir lo dispuesto en el art. 19 de la LDC, el que establece que quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos y condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos. Se ha dicho al respecto el art. 4º y el art. 19, auténticos pilares del estatuto consumerista, actúan como el frente y el revés de una misma medalla. Son, si se quiere, infracciones reversibles. El servicio ofrecido se convierte en defectuoso al no haber sido informada una alteración en las condiciones esenciales en que se ofrecía; luego, la falta de esa información se constituye –en sí misma- en un vicio en la forma en la que deben ser brindados” (CApel. CC. Salta, Sala III, T 2015, fº 429/439).

\_\_\_\_\_ Todas estas consideraciones enmarcadas en la relación de consumo que unía a las partes, impiden que pueda considerarse que no existió indisposición por parte de la demandada a prestar servicios hasta que se rescindió el contrato de medicina prepaga ni que pueda calificarse de

razonable la decisión de rescindir el contrato en forma unilateral ni que existiese congruencia entre las prestaciones autorizadas y la declaración jurada suscripta por la actora, tal como lo concluye el Sr. Juez de primera instancia, y por el contrario llevan a concluir que Swiss Medical incumplió tanto con obligaciones contractuales como legales, configurándose en consecuencia el presupuesto fáctico y cualitativo exigido por el art. 52 bis de la LDC para tornar procedente la multa civil peticionada, como así también que existió una conducta seriamente reprochable y decididamente desinteresada por los derechos de la actora y de su hijo -un niño-, por lo cual los agravios esgrimidos por el recurrente, resultan procedentes.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_IX. En virtud de lo resuelto, corresponde ahora cuantificar el monto del daño punitivo reclamado, estimado por la actora en la suma de \$ 500.000 - sin perjuicio del criterio valorativo e interpretativo judicial (cfr. fs. 2, II)- con fundamento en la impotencia, el dolor, la angustia y el daño moral o psicológico que sufrió y continúa sufriendo el grupo familiar.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_A los fines de la graduación de este tipo de daño, la ley utiliza una fórmula vaga y laxa ya que sólo refiere a “la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”, determinando como tope el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47 inc. “b” de la LDC, norma que fija como límite la suma de cinco millones de pesos. Si a ello le agregamos que los daños punitivos son condenas extraordinarias, excepcionales, impuestas por encima del valor de los daños compensatorios que pudieren existir y que no constituyen una indemnización toda vez que no tienen por finalidad mantener la indemnidad del patrimonio de la víctima ni restablecer las cosas a su estado anterior, sino punir graves inconductas del demandado, prevenir hechos similares por parte de éste en el futuro y también disuadir a otros de imitar esa conducta, se puede concluir que a los fines de fijar el monto correspondiente a este tipo de daño, de naturaleza autónoma y eminentemente sancionatoria, no cabe tener en cuenta los parámetros pretendidos por la parte actora al solicitarlo, sino que aquél queda sujeto al prudente arbitrio de los jueces de conformidad a las circunstancias particulares de cada caso y sobre la base de



determinados parámetros dados por la jurisprudencia. En este sentido se dijo que “si bien la determinación de la multa depende del prudente arbitrio judicial, el juzgador debe tener en cuenta a los fines de su cuantificación la capacidad económica del dañador, la naturaleza y grado del reproche, la extensión del beneficio obtenido, la propagación de los efectos de la infracción y la extensión de los riesgos sociales” (Juanes, Norma y otros, “Daños punitivos en el derecho argentino actual, determinación y destino de la multa”, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tomo 5, Córdoba, 2009, p. 161). Por su parte, Zavala de González resalta que aunque la gravedad del mal individual puede ser pauta para graduar la multa, mucho más decisiva es la repercusión comunitaria de la infracción, incluso como riesgo abstracto, sin desarrollo fáctico hacia afecciones precisas (“Indemnización punitiva”, Foro de Córdoba N° 38, 1997, p. 74).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Sobre la base de esos parámetros y teniendo en cuenta la posición en el mercado de Swiss Medical S.A, su calidad de profesional en la salud, la gravedad del riesgo en el que se encontraba el niño –sujeto que requiere especial atención-, el estado de vulnerabilidad y desamparo en el que se dejó a sus padres, ante la existencia de una duda razonable en el diagnóstico de una enfermedad crónica como la de Von Willebrand –la que necesita una medicación muy fuerte, de por vida y con riesgo para su salud- y con la finalidad de disuadir futuros comportamientos similares, se considera justo fijar en el caso de autos la multa civil peticionada en la suma de \$ 150000 (pesos Cien Cincuenta Mil). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En virtud de todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 257 por el Dr. Carmelo Russo, en carácter de apoderado de la parte actora y en su mérito, revocar la sentencia de fs. 255/256, haciendo lugar a la demanda interpuesta a fs. 2/9 por los Sres. M.E.F.R. y J I B., por sí y en representación del niño T. E. B. y condenando a SWISS MEDICAL S.A. a abonar a aquéllos la suma de \$ 150000, en concepto \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ daño punitivo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_En cuanto a las costas, atento lo dispuesto por los arts. 67, 68 y 273 del CPCC se imponen en ambas instancias a la demandada vencida.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_El Dr. Alfredo Gómez Bello dijo: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Que por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede.

\_\_\_\_\_Por ello,\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **LA SALA QUINTA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_I. **HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto a fs. 257 por el Dr. Carmelo Russo, en carácter de apoderado de la parte actora y en su mérito, **REVOCA** la sentencia de fs. 255/256, **HACIENDO** lugar a la demanda interpuesta a fs. 2/9 por los Sres. M. E. F. R. y J. I. B., por sí y en representación del niño T. E. B. y **CONDENANDO** a SWISS MEDICAL S.A. a abonar a aquéllos la suma de \$ 150000 (Pesos Ciento Cincuenta Mil), en concepto de daño punitivo, conforme considerandos. Con costas en ambas instancias a la parte demandada.

\_\_\_\_\_II. **CÓPIESE**, regístrese, notifíquese y oportunamente, **REMÍTASE**