



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

REGISTRADA BAJO EL N° 262-s

Fo. 1386/9

Expte. N° 168199

Juzgado Civil y Comercial

N°4

En la ciudad de Mar del Plata, a los 10 días del mes de octubre de 2019 reunida la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados “**GASTIARENA, DAIANA C/ OMINT S.A. DE SERVICIOS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**”, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi y Roberto J. Loustaunau.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ª) ¿Es justa la sentencia definitiva dictada el 3 de mayo de 2019?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

I. La sentencia definitiva del 3 de mayo de 2019 viene a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por el actor mediante escrito electrónico n° 19085146 del 13/05/2019 y por la demandada mediante escrito electrónico n° 19524957 del 24/05/2019.

En lo que aquí interesa destacar, el juez de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por Daiana Gastiarena contra OMINT S.A. y condenó a esta última a abonar a la actora \$167.406,40.- más intereses y costas.

Para así decidirlo, explicó que las partes son contestes en la relación contractual que las unió en virtud de la afiliación de la actora a la prepaga en el mes de junio de 2016. También reconocen que medió una exclusión de cobertura unilateralmente decidida por la demandada y comunicada mediante remisión de carta documento; no fue discutido tampoco que la actora fue diagnosticada con una migraña con aura que derivó en una cefalea crónica diaria. El debate —explicó el juez— gira en torno a la legalidad del accionar de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Omint al desafiliar a Gastiarena por considerar que falseó la declaración jurada presentada al momento de afiliarse.

Argumentó que la autoridad de control no ha aprobado un modelo de declaración jurada que indique cuáles datos de salud o enfermedades pueden ser tipificadas como una preexistencia al formalizar el contrato. Por ello, todo dato que no posea un diagnóstico ni un tratamiento no puede ser considerado en sí mismo como una preexistencia sin una norma específica que la regule.

Luego de evaluar los recaudos técnicos contenidos en el art. 9 del Decreto 1993/2011 señaló que la demandada fundó su decisión en la orden fechada el 28/07/2016 en el que se señala que la paciente tiene 28 años de edad y un diagnóstico de migraña con aura de años de evolución que prosperó en cefalea crónica diaria refractaria a los analgésicos.

Sobre la base de jurisprudencia nacional conforme la cual la accionada debe probar que el afiliado obró de mala fe, apuntó que las pruebas producidas en la causa no permiten corroborar que hubiera una preexistencia de la dolencia o la determinación de un diagnóstico médico concreto.

Agregó que tampoco surge demostrado que hubiera existido un diagnóstico concluyente respecto a la patología de la actora con anterioridad a la suscripción de la declaración jurada, y que los ingresos a la guardia carecen de entidad a fin de considerar que la actora tenía conocimiento cierto de padecer el cuadro que luego fuera determinado mediante numerosos estudios.

Los “años de evolución” a que refirió la Dra. Machado en la orden de fs. 19 no pasa de ser una expresión volcada al momento de fundar el pedido de un estudio, pero no tenía la virtualidad de obligar a la actora a aclararlo en la declaración jurada. Máxime si los puntos incluidos en ese formulario son específicos y la actora carecía de un diagnóstico comprobable, más allá de molestias y dolencias.

Sobre esa base, consideró ilegítima la rescisión formulada por la demandada e hizo lugar a la demanda. Con relación a los rubros pretendidos, hizo lugar a los siguientes: **1) Gastos**, \$17.406,40.-; **2) Daño moral**, \$100.000.-; y **3) Daño punitivo**, \$50.000.-

II. Los agravios.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

II.a. La actora expresó sus agravios mediante la presentación electrónica n° 21168089 del 12/07/2019. Formuló los siguientes puntos de crítica:

a) Que se equivoca el colega de la instancia previa al no obligar a la demandada a cumplir el contrato y mantener la afiliación, teniendo en cuenta su delicado estado de salud y los costos que insume su tratamiento. Solicita se ordene a la demandada a otorgar la cobertura de salud contratada (por sí o por terceros).

b) Que el rubro de gastos ha sido injustamente reconocido en forma parcial. Muchas de las erogaciones efectuadas -dice- han sido informales y carece de comprobantes a su respecto (remises, taxis, profesionales, farmacias).

c) Que el daño moral ha sido cuantificado en una suma que estima insuficiente. Pide se retome -y se actualice- el monto originalmente reclamado en la demanda.

d) Que el daño punitivo ha sido establecido en una suma también escasa.

II.b. La demandada fundó su recurso en la presentación electrónica n°21254466 del 15/07/2019. Sus agravios pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) Que se equivoca el juez al considerar que no medió mala fe de la actora al momento de afiliarse. Dice que no tiene por qué someter a los postulantes a un examen médico y que las enfermedades preexistentes solo pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario. Alega que era deber de Garciarena mencionar las patologías a su ingreso. Funda su derecho en el art. 10 de la Ley 26.682 y en el decreto reglamentario 1993/2011. Dice que la declaración jurada de Garciarena no puede ser interpretada “como no intencional”.

b) Que la obra social no tenía la obligación de acreditar que la actora mintió porque es la ley la que determina que las enfermedades preexistentes “solo pueden establecerse a partir de la declaración jurada”. Alega que en el año 2015 la actora “venía atendándose” (sic, punto II.i. del memorial).

c) Que el daño moral es improcedente por falta de prueba. Subsidiariamente, exige que se reduzca su monto.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

d) Que no se dan los recaudos técnicos que justifiquen la aplicación de la multa civil. Reitera que su comportamiento no fue ilegítimo y que actuó conforme a derecho. Entiende que el monto no se adecua a la situación planteada en autos.

e) Que la sentencia es arbitraria por no adecuarse a las constancias obrantes en el expediente ni a la ley aplicable. Pide sea revisado y revocado.

f) Critica que se hayan fijado intereses desde la fecha de ocurrencia del supuesto perjuicio, dado que se han debatido deudas de valor que se cuantifican a la fecha del fallo. Pide que los intereses moratorios corran desde la fecha de la sentencia.

III. Tratamiento de los agravios

Abordaré en primer lugar los agravios de la demandada que versan sobre la legitimidad en el ejercicio de la facultad de rescisión. Seguido a ello, daré tratamiento al reclamo de la actora para que se mantenga la vigencia del contrato (cuestión que, alega, fue incorrectamente resuelta en la sentencia de primera instancia). Sobre el final, abordaré las quejas que ambas partes formulan sobre los distintos rubros que componen la condena (art. 34.4 y 163.5 del CPCBA).

III.a. La ilegitimidad de la rescisión contractual. Subsistencia de la afiliación.

III.a.1. Adelanto que la decisión del juez de primera instancia de considerar ilegítima la rescisión del contrato por parte de OMINT es justa y debe ser confirmada.

Es cierto que, como señala la demandada, el artículo 9 de la Ley de Medicina Prepaga autoriza a la empresa a rescindir el contrato con el usuario cuando este incurra en la falta de pago de tres cuotas consecutivas o cuando *"haya falseado la declaración jurada"*.

Pero esa norma debe ser interpretada conjuntamente con la reglamentación contenida en el Decreto 1993/2011 y que dispone que *«[p]ara que la entidad pueda resolver con justa causa el contrato celebrado, deberá acreditarse que el*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

usuario no obró de buena fe en los términos del artículo 1198 del CODIGO CIVIL» (art. 9 del Anexo del Decreto 1993/2011).

Más allá de la muy objetable técnica legislativa, la norma debe ser interpretada como una garantía que protege a la parte débil —al consumidor postulante— y no como una atribución de la empresa que puede ser ejercida en forma arbitraria O sea: si el afiliado cuestiona la legitimidad de la rescisión del contrato por la causal de falsedad, **es carga de la obra social demostrar que se verifica el presupuesto de hecho central que justifica el ejercicio de esa prerrogativa negocial** (esto es, que el consumidor «*no obró de buena fe*»).

Esto último no se abasteca con la mera incompatibilidad entre lo consignado en la declaración jurada y lo que luego se corrobora médicamente que ocurría en la realidad. O, dicho de otro modo, la supuesta falsedad no se juzga en forma objetiva contrastando *el estado de cosas declarado* por el postulante con lo que luego, por la razón que sea, se corrobora que era *el estado de cosas real* al momento de completar el formulario.

Por el contrario, la ley manda a realizar un escrutinio muy distinto. La justificación del ejercicio de la facultad rescisoria exige que la obra social demuestre un elemento subjetivo consistente en la mala fe del afiliado que completa la declaración jurada brindando información que sabe que es falsa u omitiendo intencionalmente consignar lo que sabe que es verdadero (arg. art. 1198 del CC y 961 del CCyC).

Nada de ello fue probado en este pleito por OMINT.

Según se desprende de las misivas remitidas por la demandada en instancia prejudicial en fechas 17/08/2016 [fs.48] y 02/09/2016 [fs.50], del acta celebrada el 18 de noviembre de 2016 en la Dirección de Defensa del Consumidor local [fs. 360] y en la contestación de demanda [fs. 131, punto 17], OMINT en todo momento justificó su decisión de rescindir el contrato sobre la base de una única imputación: que Gastiarena falseó su declaración jurada porque de su historia clínica surge que fue diagnosticada con “*una migraña con aura de años de evolución y que ha progresado a cefalea crónica diaria refractaria*”. Se refiere, entiendo, al certificado suscripto por la médica Machado el 28 de julio de 2016 y cuyo original obra glosado a fs. 19.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

El argumento de la obra social es inadmisibile.

La sola existencia de un certificado médico fechado luego del alta de la afiliada y en el que un profesional de la medicina establece un diagnóstico que justifique un estudio no significa —ni OMINT explica cómo podría significar— que la paciente sabía a ese momento o en alguno anterior que tal era la razón que explicaba la presencia de los síntomas que la llevaron a consultar a un galeno.

Un diagnóstico inserto en una prescripción médica refleja una hipótesis de trabajo, una explicación posible frente a uno o más síntomas y funciona además como una justificación técnica de la orden del estudio. No hay allí un elemento que permita inferir sin más —como pretende la demandada sin acompañar otros elementos de convicción— que la paciente ya conocía o se encontraba informada de la preexistencia de una patología, o que debiera haberla supuesto sobre la base de la presencia de los síntomas o que ya había sido diagnosticada con anterioridad al afiliarse en la obra social.

No digo que ello no pueda ocurrir, sino que no es posible de una cosa inferir automáticamente la otra si no existen otros elementos de convicción —aún más no sean indiciarios— que justifiquen esa inferencia y permitan arribar a esa conclusión.

Es llamativa la pasividad probatoria que la empresa accionada ha tenido en este pleito: no produjo una pericia médica para indagar el historial clínico de la paciente, no se consultaron a otros médicos que hubieran atendido a Gastiarena antes del mes de junio de 2016, no acompañaron historias clínicas de nosocomios en el que se verifiquen consultas o tratamientos anteriores a la afiliación y que refieran a alguna de las enfermedades consignadas en el formulario contenido en la declaración jurada.

La única consulta médica fechada con anterioridad a la afiliación es el ingreso por guardia en el Hospital Privado de la Comunidad por una “cefalea” el 9 de febrero de 2015. Ignoro qué significa “*registros variables de TA*” (ninguna pericia se produjo para clarificarlo) y tampoco hay constancias de que de esa consulta se hubieran seguido otros tratamientos (y que, llegado el caso,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

hubieran derivado un diagnóstico definitivo que la actora hubiera podido conocer antes de junio de 2016).

En suma, absolutamente nada ha probado la obra social para demostrar lo que el artículo 9 del Decreto 1993/11 le manda a acreditar: la mala fe de la postulante al completar la declaración jurada.

La estrategia de OMINT, tanto al rescindir el contrato como al defenderse en este pleito, ha reposado en un argumento sumamente endeble que posee un problema lógico de atingencia grave: hay un salto infundado entre la única premisa invocada (que el 28 de julio de 2016 una médica, ante la presencia de un síntoma, requirió un estudio acompañándolo de un diagnóstico determinado) y la conclusión (que la paciente conocía ese diagnóstico a esa fecha -28/7/16-, también lo conocía 42 días antes al completar la declaración jurada -el 16/6/16-, e incluso mucho antes, cuando los síntomas comenzaron a manifestarse).

Este razonamiento se replica en el recurso en el que se incurre nuevamente en una petición de principios: OMINT parte de la base de considerar demostrado aquello que tenía la carga de acreditar; dando por hecho que la mala fe de Gastiarena emerge *in re ipsa* del diagnóstico de la Dra. Machado realizado más de un mes después de la afiliación. No solo ello no es así (dado que, como dije, una cosa no permite inferir la otra), sino que —insisto— ningún esfuerzo ha hecho la empresa para acompañar algún elemento de prueba que permita siquiera sospechar de un conocimiento pretérito de Gastiarena con relación a su dolencia y la intención deliberada de ocultarlo al requerir su afiliación.

Nada quita y nada agrega la consideración del giro “años de evolución” que utilizó la médica Machado en el documento de fs. 19, y sobre el cual tanto hincapié hace la demandada en su escrito defensivo.

El síntoma de base que denunció la paciente era un dolor de cabeza. Esta afirmación de la actora guarda correlación con el certificado de la misma médica glosado a fs. 18 en el que requiere una resonancia consignando como diagnóstico “cefalea” (o sea: un dolor de cabeza intenso -v. rae.es, último día de visita 26-9-19-). Y aun aceptado por hipótesis que la Srta. Gastiarena hubiera tenido dolores o cefaleas recurrentes durante años e incluso a la época de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

cuestionada afiliación: ¿cómo de ello se podría inferir que sabía que tenía una patología como la que tiempo después de afiliarse le fue diagnosticada y que, además, omitió maliciosamente consignarla en el formulario inicial?

Insisto a riesgo de ser reiterativo: ninguna prueba, siquiera pericial o documental, intentó producir la obra social para acreditar esa circunstancia o cualquier otra de la que pudiere inferirse un comportamiento malintencionado de la actora.

Más aún, OMINT imputa a la Gastiarena mentir al responder la pregunta n°2 de la tercera página de la declaración jurada [v. misiva del 17/8/16 y cuestionario de fs. 126].

Pero no puedo sino preguntarme de qué modo podía saber la accionante si sus dolores de cabeza —aun aceptando su recurrencia y antigüedad— encuadran como una “enfermedad”, una “anormalidad”, una “deficiencia”, una “secuela física o psíquica” o “una discapacidad”, siendo tales los términos técnicos que incluye la pregunta que se supone fue respondida con mala fe (v. fs. 126).

El artículo 987 del Código Civil y Comercial recepta la clásica regla «*contra proferentem o contra stipulatorem*» de interpretación de los contratos: las cláusulas ambiguas predispuestas se interpretan siempre en contra de la parte predisponente. Es la proveedora (OMINT) y no el consumidor o usuario (Srta. Gastiarena) quien debe soportar los costos derivados de los problemas que se susciten como consecuencia de la ambigüedad, vaguedad o imprecisión de las declaraciones juradas que ella misma confecciona.

El problema de fondo pareciera ser la modalidad con la que la obra social tramita sus afiliaciones: la empresa admite postulantes sin efectuar ningún tipo de revisión médica por profesionales a su cargo y somete al consumidor a un único requisito, cual es el de completar un capcioso formulario que la propia empresa diseña y en el que se le realizan preguntas plagadas de términos médicos que el profano ha de responder a su sola conciencia y sin asistencia profesional.

Eso genera un doble efecto: primero, se deja recaer enteramente en el consumidor la determinación del parámetro final a partir del cual juzgará luego



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

la preexistencia de las dolencias que pudieren motivar el pedido de cobertura de prácticas médicas. Derivado de lo anterior, se genera un escenario sumamente pernicioso para el paciente dado que cuanto más impreciso e indeterminado ha sido su declaración jurada (reitero, completada a su conciencia, sin examen médico y seguramente incurriendo en errores de hecho completamente excusables) tanto más sencillo es para la empresa encontrar luego supuestas ocultaciones maliciosas y endilgar falsedades malintencionadas con relación a patologías o dolencias que el postulante o no reconocía como tales, o ignoraba que las padecía.

Y si bien la obra social parece justificar la falta de control médico en la letra del art. 10 de la Ley 26.682 (que establece que «*[l]as enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario*») lo cierto es que: **i)** esa norma ha sido pensada como un sistema de protección del consumidor, prohibiendo a la obra social rechazar postulantes enfermos; mal puede ser invocada para perjudicarlos o colocarlos en una situación de mayor vulnerabilidad; y **ii)** el argumento no luce sincero dado que la propia empresa se auto adjudica igualmente —y pese a la letra e interpretación de la norma que ella misma invoca— una facultad de fiscalización médica a cargo del “Departamento Médico” que puede “*obtener y analizar cualquier información necesaria y complementaria*”, conforme se lee en el diminuto apartado que luce a fs. 126, debajo de la “planilla de observaciones”.

Se ha dicho que “los usuarios del servicio de las empresas de medicina prepaga, y en general los usuarios del sistema de salud, poseen una concepción de la enfermedad que difiere de la del profesional, y que en muchos casos ignora. Por ello, (...) parece irrazonable dejar librado al usuario informar lo que en muchas ocasiones no está en condiciones de conocer y asumir así la responsabilidad por su condición de profano en la ciencia médica (...). [P]arece más valiosa la doctrina judicial según la cual la entidad tiene la carga de adoptar todas aquellas medidas que considere pertinentes a los fines de delimitar la cobertura, pues cuenta para ello con mecanismos, recursos técnicos y profesionales a su alcance. Entendemos que, dentro de esas cargas, se halla la realización del examen previo. De ahí que el incumplimiento de dicha carga no puede afectar al paciente —parte débil del contrato— que no tenía un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

conocimiento pleno y cabal de su enfermedad, colocándolo en un estado total de indefensión y sin cobertura” (Mendizábal, Gonzalo Alejo, Sobre las enfermedades preexistentes en la Ley 26.682, en clave de líneas jurisprudenciales. Comentario al fallo "*Fernández, Graciela B. V./ Omint S.A De Servicios S/Amparo*", La Ley, LLBA 2014 (junio), 643).

La gravedad de las consecuencias que se derivan de una rescisión unilateral de un contrato de medicina prepaga justifica exigir de la proveedora la mayor de las prudencias y la más fundada de las convicciones al momento de imputarle al afiliado una actitud maliciosa consistente en falsear una declaración jurada.

Esa misma vulnerabilidad e inmediata desprotección en la que se puede ver inmerso el consumidor al quedarse sin cobertura justifica también un razonable contrapeso procesal: si el usuario controvierte la decisión de la obra social, la demostración de la «mala fe del usuario» que exige el art. 9 del Decreto 1993/2011 debe ser justipreciada a la luz de un estándar probatorio más riguroso y estricto, debiendo la empresa proveedora acreditar en juicio —con evidencias sólidas y concluyentes— la supuesta maniobra páfida del afiliado al completar los formularios de ingreso (art. 1, 2 y cctes. de la Ley 24.240 y 1094 del Código Civil y Comercial).

Sobre tales premisas concluyo que en el caso de autos la decisión del colega de primera instancia ha sido la correcta en tanto: **1)** no se advierte que, por fuera de un aislado certificado médico, existan elementos de convicción convincentes que hubieran permitido a la accionada inferir un comportamiento malicioso como el que se le imputó a Gastiarena; y **2)** gestada la contienda judicial, la demandada incumplió imperativos probatorios que la ley pone a sus espaldas y omitió demostrar la mala fe de la afiliada, lo que —en retrospectiva— termina por comprobar la arbitrariedad y la ilegitimidad con la que rescindió unilateralmente el negocio (art. 375 y 384 del CPCCBA).

Por lo demás, cabe agregar que en la segunda misiva -la de 2/09/2016- OMINT también imputa a la actora falsear la respuesta a la quinceava pregunta del formulario afiliatorio y que versa sobre internaciones pendientes,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

operaciones programadas o estudios programados a realizar dentro de los siguientes siete meses.

Esta imputación no resiste un simple análisis dado que la programación de operaciones, el carácter “pendiente” de internaciones o la orden de estudios debe preexistir al llenado de la declaración jurada para que pueda invocarse una hipotética falsedad.

La resonancia magnética ordenada por la Dra. Machado —si es que acaso a ello se estaba refiriendo la demandada, dado que no lo aclara ni en las misivas, ni en la demanda ni en el recurso— está fechada cuarenta y dos días después de la declaración jurada, por lo que no puede ser invocado como fundamento de una supuesta malicia en la declaración afiliatoria.

En suma, y para resumir todo lo dicho: la empresa demandada no acreditó el obrar de mala fe de la Srta. Gastiarena al completar la declaración jurada. La decisión de primera instancia, en este punto, debe ser confirmada y los agravios que a esta cuestión refieren deben ser desestimados (arts. 9 de la Ley 26.682, 9 del Dec. 1993/2011, 1198 del CC y 961 del CCyC; art. 375 del CPCCBA).

2. La actora tiene razón al cuestionar que se haya omitido disponer la continuación de la vigencia del contrato de medicina prepaga.

Surge del escrito postulatorio que la Srta. Gastiarena reclamó los daños derivados del incumplimiento contractual pero también reclamó que el vínculo negocial —y la cobertura que de él deriva— sea reestablecida nuevamente (fs. 66/vta, punto 5). Nada dijo el juez en su sentencia sobre este punto.

Hay sobrados indicios en la causa que dan cuenta de una particular situación de vulnerabilidad de la accionante, tanto en lo que respecta a su actual estado de salud como a los recursos con los que cuenta para afrontar sus tratamientos (testigos Antl, Mansilla Iturralde y Garzón, fs. 267/9).

Por ello, a los fines de asegurar una tutela judicial efectiva y rápida (procurando que el tiempo que insume reconocimiento jurisdiccional de un derecho no termine por frustrarlo o empeore la situación de su titular), considero conveniente resolver directamente en esta instancia la cuestión omitida de conformidad con la facultad regulada en el art. 273 del CPCCBA. Máxime si en el caso no se avizora la posibilidad de afectar el derecho de defensa de las partes puesto que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

la pretensión fue objeto de debate tanto en la etapa postulatoria como al momento de bilateralizar las respectivas expresiones de agravios (art. 18 y 75.22 de la CN; 8.1 de la CADH y 12 del PIDESCCyP).

Dicho lo anterior, entiendo que si ha sido declarada ilegítimo el ejercicio de la facultad rescisoria que contempla el artículo 10 de la Ley 26.682, no cabe otra solución más que acceder a la pretensión de la parte actora. Corresponde que la demandada, dentro de los cinco días de quedar firme la condena, reincorpore a la Srta. Gastiarena como afiliada de OMINT, brindándole la cobertura originalmente contratada en el mes de junio de 2016 (arts. 724, 730 inc. "a", 959, 1092, 1093, 1094 y cctes. del CCyC).

III.b. Daño moral.

Ambas partes cuestionaron el modo en que fue receptado el rubro daño moral. La actora critica la escasez de su cuantía; la demandada objeta su procedencia y también el monto.

Adelanto que, a mi modo de ver, tiene razón la actora.

Esta Sala ha dicho en otras oportunidades que la doctrina y la jurisprudencia se ha dividido entre quienes sostienen que el daño moral contractual debe ser acreditado mediante prueba directa y quienes -por el contrario- aceptan que pueda inferírsele de las circunstancias del caso (v. causas 143.753 S. 23-3-2010 Reg. 55-S; 145.930 S. 16-5-2011 Reg. 52-S; 151.842 S. 29-11-12 Reg. 323-S; 154320 S. 3-12-2013 Reg. 313-S).

Así, según una postura, en el ámbito de la responsabilidad contractual el acaecimiento de esta clase de perjuicios debe ser suficientemente acreditado por el reclamante, pues, a diferencia de lo que ocurre en la órbita extracontractual -en principio- no cabe presumirlos *in re ipsa*; abundante jurisprudencia así lo establece (CNCom., Sala C, 22/6/93, ED 157-164; Sala E, 20/12/96, ED 175-303; CNCiv., Sala K, 15/8/94, LL 1995-D-778; Cám. Civ. y Com. Santa Fe, Sala I, 26/2/93, JA, 1997-III, síntesis, entre otros).

En tal sentido, la Cámara de Apelaciones San Isidro, Sala I, ha señalado que "*...el resarcimiento del daño moral en materia de daño contractual (art. 522 del Cód. Civil), debe ser interpretado con criterio restrictivo (Caivano, Roque J. "La ruptura intempestiva del contrato de distribución y la obligación de*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

indemnizar", en La Ley 1994-D-111), ello para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica, quedando a cargo de quien lo invoca la acreditación precisa del perjuicio que alega haber sufrido (SCBA, Ac. n° 56.328, de 5/8/97; esta Sala causas n° 76.639, 74.022, 102.061, entre muchas otras). Quien invoque tal daño debe acreditar, no sólo su existencia, sino también que ha excedido las simples molestias propias de todo incumplimiento contractual (Borda, Guillermo, "La reforma de 1968 al Código Civil", Bs. As., Perrot, 1971; "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, T. II, pág. 194, Bs. As., Perrot, 1966)..." (v. causa n° 108.784, RSD 34-10 del 1/3/10).

Por el contrario, refiriéndose a la carga probatoria, Matilde Zavala de González entiende que no es esencial la índole del deber incumplido (previamente asumido o el genérico de no dañar), ni el consiguiente encuadramiento de la responsabilidad como contractual o aquiliana, sino las características del perjuicio mismo en confrontación con el suceso lesivo que lo produce ("*Resarcimiento de daños*", 5ª, "*Cuánto por daño moral*", Hammurabi, Buenos Aires, 2005, págs. 158 y ss.).

La autora, luego de citar un fallo de esta Sala, concluye que es equivocado requerir siempre prueba específica sobre el daño moral contractual, o sea, descartando apriorísticamente la posibilidad de que sea presumido por el magistrado sobre la base de elementos objetivos aportados a la causa (ob.cit. pág. 160).

Puntualiza no obstante que, aunque no se exija una prueba exhaustiva de la afección espiritual padecida, las circunstancias del caso deben posibilitar al juez que -en ejercicio de sus facultades propias y aplicando las reglas de la experiencia- juzgue si de acuerdo al normal acontecer, el hecho alegado tiene aptitud para provocar el perjuicio cuya indemnización se solicita (Zavala de González, Matilde, "*Resarcimiento del daño moral*", Ed. Astrea, 2009, págs.189 y sgtes.).

Adhiero a esta última tesis. A mi modo de ver, la decisión del juez ha sido correcta dado el cúmulo de circunstancias adversas por las que injustamente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

tuvo que atravesar la Srta. Gastiarena arroja material de convicción suficiente para considerar demostrada la afección moral cuya reparación se reclama.

Pero esas mismas circunstancias que permiten inferir las angustias, sinsabores y frustraciones en el ánimo de la actora como consecuencia de la conducta de la obra social son las mismas que me llevan a pensar que el monto reconocido en el fallo es insuficiente. Propondré al acuerdo elevar la suma de este parcial a **\$150.000.-** (arts. 522 CC, 1741 del CCyC, 384 del CPCCBA).

III.c. Daño punitivo.

Ambos litigantes cuestionaron la recepción y la cuantificación de la multa civil aplicada por el juez con base en lo normado en el art. 52 *bis* de la Ley 24.240.

Adelanto que el recurso de la demandada no prosperará y el de la actora será admitido en forma parcial. Analizaré en primer lugar la procedencia de la multa y luego me expediré sobre el monto.

1. La procedencia de la sanción

a. He señalado en otras oportunidades (mi voto en causas 162.615 -"Curry..."- del 27/04/2017 y 164.060 -"Gabas..."- del 07/02/2018) que el daño punitivo consiste en sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (Pizarro, Ramón D., "Derecho de Daños", 2º parte, La Roca Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.).

En mi voto en la causa "*Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ Reclamo contra actos de particulares*" (Expte. 143.790, res. del 27/05/2009) expuse el amplio alcance que le fue asignado normativamente al instituto en el art. 52 *bis* de la Ley de Defensa del Consumidor contrasta con las posturas dominantes en el derecho comparado, en cuanto afirman que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en **supuestos de particular gravedad**, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

evidencia **menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva** (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "*Reformas a la ley de defensa del consumidor*", LL 2009-B, 949).

He coincidido siempre con esta postura que es, además, la que se impone en la jurisprudencia nacional en forma mayoritaria: efectivamente, el mero incumplimiento de la normativa no basta para que proceda la aplicación de la multa civil. Para la configuración del daño punitivo debe concurrir un elemento subjetivo agravado en la conducta del proveedor de bienes o servicios, que se traduce en culpa grave o dolo, negligencia grosera, actitud temeraria o notorio menosprecio por los derechos ajenos, así como un elemento objetivo consistente en un daño que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional demande la imposición de una sanción ejemplar (mi voto en causas c. 161024 -"Tavolaro..."-, del 07/06/2016, 165165 -"Massacesi..."-, del 05/04/2018, 166.363 -"Bassano..."-, del 02/10/2018, 166.517 -"Faggiolini..."-, del 09/10/2018, 167.624 -"Taliercio..."-, del 11/06/2019, entre otros; en otras jurisdicciones. v. CNCom. Sala A, "Emacny S.A. s/ ordinario" S. 9/11/2010, elDial.com AA6880; idem Sala F, "R.S.A. c/ Compañía Financiera Argentina S.A." S. 10-5-2012, elDial.com AA769F y "Murana c/ Peugeot Citroën Argentina S.A." S. 5-6-2012, elDial.com AA792B; idem Sala D, "E.N. c/ Galeno S.A." 28-6-2012 elDial.com AA7AC3; idem Sala C, "P.G.M. c/ Nación Seguros de Vida S.A." S. 11-7-2013, elDial.com AA8856; CNCiv. Sala H, "San Miguel c/ Telecentro S.A." S. 10-12-2012, elDial.com AA7CC9; CNCiv. y Com. Fed. Sala I, "L.M. c/ Edesur S.A." S. 15-7-2014, elDial.com AA8A08; TSJ Córdoba, "Teijeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A." S. 15-4-2014, elDial.com AA8934; Cám. Sexta Civ. y Com. Córdoba, "R.S. c/ Amx Argentina S.A." S. 26-3-2015, elDial.com AA8EA7; Cám. Civ. y Com. Rosario, "Rodríguez c/ AFA" S. 9-4-2013, elDial.com AA80D2; Cám. Civ. y Com. Azul, "Rossi c/ Whirlpool Arg. S.A." S. 11-6-2013, elDial.com AA805D, entre otros).

b. He leído minuciosamente la totalidad de las constancias obrantes en este expediente, he reparado con atención en los reproches que la actora formuló sobre la conducta de la firma demandada y —por último y primordialmente— he ponderado con detenimiento la entidad del incumplimiento de la obra social OMINT y las particulares circunstancias en las que esa ilicitud se verificó.

La conclusión a la que he arribado es la misma que la que tuvo el colega de la anterior instancia: corresponde aplicar una sanción a la firma demandada.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

La rescisión directa y unilateral de la empresa de medicina prepagada a partir de la sola consideración de un aislado certificado médico y una arbitraria acusación de falsedad en el llenado de una declaración jurada es reveladora de un grave menosprecio por los derechos de la Srta. Gastiarena. El nulo fundamento probatorio de las defensas postuladas por la accionada en este proceso termina por confirmar esta hipótesis y dan cuenta, en retrospectiva, que aquella intempestiva ruptura del vínculo negocial careció de fundamento y conllevó una grave indiferencia y desprecio por los derechos de la consumidora, incumpliendo el deber de ofrecerle un trato digno (art. 1, 2, 8 bis y cctes. de la Ley 24.240).

Pero además, y como ha dicho la Casación, citando a Morello, «*los jueces no pueden ser fugitivos de una realidad que se presenta objetivamente ante sus sentidos*» (SCBA, causa 92.313 del 10/10/2007, c. 92112 del 20/08/08, c. 111.698 del 08/08/2012; Morello, Augusto M., "La Corte Suprema, piloto de tormentas", publicado en La Ley, Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), 91).

La conducta de OMINT no se muestra como un caso aislado y excepcional sino como una muestra más de un amplio conjunto de pleitos en los que se ha verificado el mismo patrón de comportamiento que ha gestado numerosos reproches en la justicia federal y ordinaria, de esta y otras tantas jurisdicciones (a modo de ejemplo, Sala Primera de esta Cámara, autos "Techera, Noelia Denise...", c. 166.964 del 04/04/2019; Cámara Federal de Mar del Plata, autos "F., G. B. c. Omint S.A. de Servicios", del 27/12/2012 -publicado en LL, AR/JUR/73529/2012-, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala A, "B., A. R. c. Omint SA de servicios - amparo", del 07/02/2013 -publicado en LL, AR/JUR/184/2013-, Cámara 4ta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, "B., C. C. y otro c. Omint S.A. s/ abreviado – otros – recurso de apelación", del 21/05/2013 -publicado en LL, AR/JUR/21498/2013-, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala A, "M., M. c. Omint S.A. de Servicios s/ amparo", del 23/08/2013 -publicado en LL, AR/JUR/44828/2013-, entre otros).

Pocos días atrás esta misma Sala ha tenido que resolver un caso muy similar a éste en el que —al igual que aquí— OMINT rescindió unilateralmente un contrato *so pretexto* de una supuesta falsedad de denuncia, dejando sin ningún tipo de cobertura a un afiliado que requería prestaciones médicas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

urgentes ante el riesgo de perder la visión de un ojo, lo que finalmente ocurrió (causa 168070, in re “Caballero...” del 08/10/2019).

El caso “Techera” resuelto algunos meses atrás -en abril de 2019- por la Sala Primera de esta Cámara de Apelación también reviste singular analogía con los hechos que fueron debatidos en el caso “Caballero” (Sala II, c. 168.070) y que son objeto de debate en este pleito.

En aquel supuesto, como ocurrió en “Caballero” y sucede también en autos, *“el comportamiento desplegado por la demandada —consistente en la inicial reticencia a otorgar cobertura de una práctica médica exigida con suma urgencia por la afiliada, y su posterior decisión de resolver el contrato sin acceder a la pretensión y librándola a su suerte— exhibe un grado de indiferencia hacia el usuario y su situación particular que se traduce en un trato indigno y vejatorio”* (fallo cit. voto del Dr. Rosales Cuello, Sala I, c. 166.964 del 04/04/2019).

Agregaron allí los colegas de la Sala Primera que *“[e]n este aspecto estimo que el desinterés y la impasibilidad manifestada por la empresa con su actitud ante un escenario que, indudablemente, colocaba a la afiliada en un estado de extrema vulnerabilidad, tornan operativa la sanción prevista en el artículo 52 bis de la LDC en la medida en que las aristas particulares del caso ameritaban de su parte una conducta acorde con el riesgo inminente que se cernía sobre la actora; máxime teniendo en mira que la accionada desarrolla su actividad lucrativa como prestadora de cobertura en el ámbito del servicio a la salud desempeñándose en una esfera del mercado por demás sensible, con la consecuente necesidad de conducirse con cautela y diligencia y extremar los recaudos para evitar cualquier daño que podría irrogar sus decisiones hacia personas que requieren de medicación, tratamiento o intervenciones con carácter impostergable”*.

Por último, apuntaron que *“la «gravedad del hecho» está dado por aquel comportamiento del proveedor frente a un evento que revestía un peligro sustancial y sus posibles consecuencias; conducta que, en función del abandono que supuso, trasunta un trato indigno para la actora ante el desprecio*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que implicó en función del delicado estado que padecía” (autos “Techera, Noelia Denise...”, c. 166.964 del 04/04/2019, voto del Dr. Rosales Cuello).

Los hechos que dan fundamento a la demanda de la Srta. Daiana Gastiarena, puestos en contraste con el amplio conjunto de casos en los que se ya se han juzgado rescisiones unilaterales similares o idénticas (incluyendo a los citados en párrafos precedentes), solo dejan en pie dos hipótesis: **1)** o bien una negligencia grosera y mayúscula de la obra social al auditar a sus afiliados y juzgar la sinceridad de las declaraciones juradas (ejerciendo en forma sumamente ligera e imprudente la facultad de rescisión que contempla el art. 10 de la Ley de Medicina Prepaga); o bien **2)** lo que estimo más probable, una calculada y premeditada decisión económica de la empresa consistente desprenderse de aquél usuario que requiere una cobertura costosa o que, presumiblemente, requeriría otras prestaciones en lo sucesivo, acudiendo para ello al sencillo artilugio de acusar al afiliado de mentir en una babélica declaración jurada que la propia empresa diseña y predispone (y en la que se adjudica facultades de control que ella misma omite ejercer).

En cualquiera de las dos hipótesis la conclusión es la misma: contrariamente a lo alegado por la demandada en su recurso, se encuentran sobradamente verificados los presupuestos que justifican la aplicación de una multa civil de conformidad con lo normado en el art. 52 *bis* de la Ley 24.240.

2. La cuantía de la multa

a. La tarea de establecer el monto exacto de la sanción no es sencilla dado la norma que regula el instituto omite brindar pautas de cuantificación claras y precisas. El legislador solo prescribió que la punición «*se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan*» (art. 52 *bis* de la LDC).

Como punto de partida, debemos recordar que el daño punitivo tiene una finalidad económica que justifica su aplicación: debe funcionar como un elemento disuasivo para que el proveedor de un producto o servicio no continúe, mantenga o repita conductas similares a las que motivaron la multa, destruyendo la denominada “ecuación perversa” conforme la cual al empresario le resulta menos costoso dañar y reparar en el caso individual antes que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

prevenir y evitar en la generalidad de los casos (Irigoyen Testa, Matías, “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?”. RCyS 2009-X, 16; Cám.Ap.Civ.Com. de Rosario, Sala IV, "Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/ daños y perjuicios", del 07/08/2012).

Irigoyen Testa —cuyas ideas nutrirán en gran medida los párrafos que siguen— ha diseñado una herramienta matemática con una sólida base conceptual que permite determinar la cuantía de los daños punitivos en forma tal que no sea inferior ni exceda el monto necesario para cumplir esa función disuasoria y que, tratándose -como en autos- de daños reparables, busca hacer coincidir la responsabilidad total esperada del dañador con los daños reparables esperados que se derivan de su comportamiento.

De ese modo se logra cumplir con la *función principal disuasoria* (que se ajusta a los niveles de precaución socialmente deseables) y la *función accesoria sancionatoria* (que implica una multa civil extracompensatoria que se afronta adicionalmente, luego de haberse compensado perfectamente al damnificado) (Irigoyen Testa, Matías, *Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables*, La Ley, DCCyE, 2011 (diciembre), 87).

El autor propone una fórmula superadora de aquella que se han diseñado en el derecho comparado (en particular, las propuestas por la doctrina estadounidenses a partir de los desarrollos del Análisis Económico del Derecho) y en la que se revisan los presupuestos de hecho que justifican el cálculo, enmendando variables que descansan en supuestos irreales que carecen de base teórica y práctica que los justifique (v.gr. la coincidencia entre el daño causado y la indemnización fijada en casos de daños irreparables; o la probabilidad del 100% de condena por daño punitivo de existir una condena por indemnización, etcétera).

El cálculo diseñado procura que el costo privado del empresario coincida con el costo social total del producto que ofrece: si además de su condena por indemnización la empresa también posee una condena esperada adicional por daños punitivos entonces en el futuro preferirá corregir su conducta. De ese modo, deja de resultarle provechoso inobservar el comportamiento debido.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

[Irigoyen Testa, M. *Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables*. La Ley, DCCyE, 2011 (diciembre), 87].

La fórmula es la siguiente: $D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$, donde: D = es la cuantía de los daños punitivos a determinar; C = es la cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados; pc = es la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados; pd = probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria.

En el caso en estudio, la indemnización de la actora **[C]** asciende a \$167.406.4 comprensivo del rubro gastos y daño moral (éste último, en el valor receptado en la presente sentencia). La probabilidad de que un afiliado demande a la obra social y obtenga una condena que le procure una reparación por los daños ocasionados **[Pc]** la estimaré en 10% (o sea que solo uno de cada diez usuarios afectados por una maniobra de esta naturaleza asumirá los costos y el esfuerzo que implica transitar por el proceso de mediación, iniciar el juicio y esperar su resolución favorable). La probabilidad matemática equivale entonces a 0,1 (10/100). Luego, la probabilidad de condena por daños punitivos **[Pd]** es alta por dos motivos: la cantidad de precedentes jurisprudenciales que tienen a la demandada como parte protagonista y el grave desprecio que las conductas allí reprochadas revelan sobre los derechos del consumidor (y los severos perjuicios que este tipo de rescisiones generan en los afiliados). La fijaré por ello en un 90% (9/10=0,9).

Entonces, aplicando al caso la fórmula « $D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$ » resulta que $D = \$167406,40 \times [(1-0,1)/(0,1 \times 0,9)]$; luego se sigue que $D = \$167406,40 \times (0,9/0,09)$; finalmente, $D = \$167406,40 \times 10$. El daño punitivo debe ascender entonces al total de **\$1.674.064.-**

Tal es el monto con el que, entiendo, se conforman los incentivos adecuados para que la accionada mute su comportamiento en un futuro, deje de especular con una baja probabilidad de condena derivada de incumplimientos negociales y procure en lo sucesivo no incurrir en conductas socialmente indeseadas como las que aquí han sido objeto de reproche y que importan una violación a los derechos de los consumidores y usuarios (arts. 42 de la CN, 1, 2



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

y cctes. de la LDC, 1092 y cctes. del CCyC).

Es importante destacar que ambas probabilidades contenidas en el cálculo (la de resistir un juicio en el que resultará vencida [Pc], y la de ser condenado por DP [Pd]) obedecen a estimaciones realizadas sobre la base de la experiencia que, como tales, son completamente opinables. Pero las críticas que pudieren efectuársele a esas consideraciones no son achacables al cálculo matemático propiamente dicho ni a la base conceptual que le da sustento, sino a la operación que he realizado consistente en cuantificar una probabilidad contando con muy poca o ninguna información. No tengo manera de saber con precisión —sino solo de presumir o estimar— los cálculos especulativos de la accionada con los que analizó los costos y beneficios de uno u otro camino de acción (y a partir de los cuales eligió finalmente la conducta que implicó incumplir el contrato de consumo).

Quiero decir con ello que las objeciones que pudieran hacérsele a estas estimaciones no son demostrativas de una debilidad del cálculo sino de una virtud: las variables al ser explicitadas en el fallo pueden ser susceptibles de control. La solución alternativa sería establecer un monto con base en la sola "prudencia" judicial, lo cual consistirá en no más que una capciosa manera de esquivar el problema, omitiendo consignar en el fallo cálculos —conscientes o inconscientes— que necesaria e inevitablemente giran en la mente del juzgador al adoptar una solución y no otra.

He enfatizado en otra oportunidad, y creo necesario reiterarlo aquí, que si una suma de dinero es el resultado de la ponderación "prudente y razonable" de un conjunto de variables, no cabe sino concluir que algún tipo de operación matemática ha tenido lugar en el razonamiento del juez al momento de adoptar su decisión. Ese resultado numérico final es tal respecto de algún cálculo previo que le ha dado sentido.

Y si ello es así, y no dudo que lo sea, el problema no radica en verdad en la disyuntiva de usar o no usar fórmulas matemáticas, sino que el debate pasa por definir qué tipo de cálculos creemos que deben utilizarse para realizar correctamente esa tarea y si acaso consideramos valioso exigirle al juez que motive su decisión explicitando el tipo de operación matemática realizada (que,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

seguramente, puede ser representada por una fórmula por simple que sea) y detallando el valor que le asignó a cada una de las variables escogidas, posibilitando a las partes corroborar y eventualmente criticar el resultado obtenido en instancias recursivas (mi voto en causa “*Paco Beltrán*”, Sala I, c. 164.033, del 21/08/2018).

La Sala Segunda de la Cámara de Apelación de Bahía Blanca ha efectuado reflexiones similares en los distintos fallos en los que ha aplicado esta fórmula para cuantificar multas civiles (“*Frisicale, María L. c. Telecom Personal SA*”, c. 148.485 del 15/08/2017, “*L., R.A. c. E., G.L.*” del 24/05/2017 -La Ley, AR/JUR/24659/2017-), uno de los cuales han merecido -en este tópico- la aprobación de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (causa “*Castelli, María C. c. Banco de Galicia*”, c. 141.404 del 28/08/2014; SCBA, in re “*Castelli...*”, C.119.562 del 17/10/2018).

Ha dicho el Tribunal bahiense —en reflexiones que comparto plenamente— que aquellas variables “*son relaciones opinables y que la actora encontrará razones para argumentar que he sobreestimado la probabilidad y la demandada, por el contrario, que la he subestimado. Pero hacer explícito mi razonamiento —y por lo tanto permitir su cuestionamiento por ambas partes—, lejos de constituir una fisura, descubre una virtud, cual es permitir un suficiente debate —en el marco de eventuales recursos— que permita un acabado ejercicio del Derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional). No debe dejar de advertirse que, por callarlos, los fundamentos no se tornan inexistentes: si yo hubiera dicho simplemente que estimo “mesurado, prudente y acorde a las circunstancias del caso” fijar un daño punitivo de la misma entidad, habría tenido en cuenta esos mismos porcentajes probabilísticos aunque sin explicitarlos, y lo único que hubiera logrado es hacer más inatacable la sentencia con la inaceptable contrapartida de respetar en menor medida el derecho de defensa en juicio. Porque es obvio que es menos cuestionable la “mesura” o “prudencia” de determinada suma con la que se cuantifica una multa civil que las probabilidades que he decidido incluir en la fórmula de matemática financiera, pues en este caso basta la demostración de que el guarismo es erróneo mientras que en aquél la discusión se perderá en argumentaciones*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

retóricas que solapadamente hallarán cobijo en lo recóndito de lo opinable” (voto del Dr. Peralta Mariscal en la causa “Castelli” citada).

Estas ideas se acompasan con lo que este Tribunal viene diciendo desde hace más de tres años sobre el uso de fórmulas para la cuantificación de daños personales por incapacidad o muerte (Sala II, c. 161.169 -"Ruiz Díaz, J. c. Kreymeyer, I."- del 18/08/2016, entre otros).

La utilización de las fórmulas matemáticas no hace desaparecer la compleja y fundamental tarea de justipreciar concienzudamente la prueba producida por las partes y asignar valor a cada una de las variables que ella contempla. Todo lo contrario, esa carga intelectual y argumental se intensifica enormemente, obligando al juzgador a explicitar en su sentencia todos y cada uno de los pasos que componen su razonamiento: qué variables ha tenido en cuenta, qué valor les ha asignado y cómo las ha interrelacionado a través de un cierto modelo de cálculo.

La virtud de este modelo de decisión consiste entonces en reducir lo máximo posible el margen de discrecionalidad que se genera al momento de determinar el contenido económico de un crédito resarcitorio. Es loable -y socialmente preferible- que los jueces tengamos la carga de argumentar más y mejor nuestras decisiones y debemos buscar y promover herramientas que permitan lograr ese objetivo (mi voto en causa “Paco Beltrán”, Sala I, c. 164.033, del 21/08/2018 y Sala II, causa “Caballero”, c. 168.070, del 08/10/2019). Todo ello no hace más que consolidar el postulado preambular de afianzar la justicia.

En suma, por todo lo dicho hasta aquí, considero que la multa impuesta por el juez de primera instancia es insuficiente. Por ello, a los fines de disuadir a la demandada de reiterar en el futuro comportamientos de esta naturaleza, y sin dejar de sopesar la multa confirmada por la Sala Primera en el caso "Techera" (Sala I, c. 166.964; \$200.000) y la que fijó este Tribunal en la causa "Caballero" (Sala II, c. 168.070, \$600.000), propondré al acuerdo hacer lugar al agravio formulado por la parte actora y elevar el monto de la sanción pecuniaria disuasiva a **\$1.674.064.-**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En tal medida se hace lugar al recurso de la Srta. Gastiarena y se modifica el fallo de primera instancia (arts. 42 de la CN, 1, 2, 52 *bis* y cctes. de la LDC, 1092 y cctes. del CCyC).

III.d. Intereses moratorios

El agravio de la demandada que versa sobre los intereses moratorios no supera el estándar argumentativo regulado en el art. 260 del CPCCBA y por ello debe declararse desierto.

Sin ninguna referencia concreta y precisa a la sentencia apelada, la recurrente alega en forma genérica que se fijaron “indemnizaciones a valores actuales” y que por esa razón los intereses moratorios deben fijarse “desde el dictado de la sentencia” (punto “v” del memorial).

La condena de primera instancia es representativa de la suma de tres rubros independientes: una indemnización por los gastos médicos (\$17.406,40.-), la reparación del daño moral (\$100.000.-) y la sanción en concepto de daño punitivo (\$50.000.-). El juez fijó una fecha de mora específica para cada una de las partidas precitadas.

No solo la recurrente no explica a cuál de estos tres créditos refiere en su memorial, sino tampoco explica por qué ha de considerarse que alguno de ellos —no puedo saber cuál— fue cuantificado “a valores actuales”, como -sin mayor detalle- consigna en su recurso. Máxime si del fallo surgen sobrados elementos de convicción que llevan a considerar que los valores contemplados no fueron actuales sino pretéritos y ello repercutió en la determinación de la fecha de mora y la tasa de interés fijada en el considerando V de la sentencia.

Cualquiera sea el alcance que la accionada pretendió darle a su queja, he dicho en otra oportunidad y reitero ahora que *"no cabe a esta Alzada hacer ingentes esfuerzos para comprender lo que, en rigor, debió ser una fundamentación clara e inteligible que permita interpretar cuál es el error en el que habría incurrido el juzgador y cuáles son los motivos para así considerarlo"* (mi voto en causa n° 161241 -"Figliuolo, Armando..."-, del 25/08/2016).

Idéntica solución cabe adoptar con relación a la lacónica objeción al modo en que se impusieron las costas (punto “vi” del memorial), y en el que la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

recurrente no ha brindado ningún argumento que de sustento a su queja (art. 260 y 261 del CPCCBA).

III.e. Gastos.

El agravio de la actora vinculado al reconocimiento parcial de los gastos no es procedente.

El fallo apelado reconoce el derecho de la Srta. Gastiarena a que le sean reembolsados los gastos en los que incurrió como consecuencia de la ilícita rescisión negocial dispuesta por su empresa de medicina de prepaga. Si bien es cierto que algunas erogaciones pueden presumirse sobre la base de la dificultad para procurarse un comprobante idóneo, lo cierto es que la diferencia entre lo demostrado y lo reclamado es demasiado grande como para que el déficit probatorio sea suplido por vía probatoria indirecta (arg. art. 163.5. seg. párr. del CPCCBA).

En efecto, tanto al demandar como al fundar su recurso la actora debió explicar qué tipo de terapias, tratamientos, estudios o diligencias fueron supuestamente abonados sin obtener comprobantes de modo de justifiquen los casi 50.000 pesos de diferencia entre los valores liquidados a fs. 66/vta punto "V.a." de la demanda (que totalizan algo más de 31.000 pesos) y los \$80.000 que se solicitaron por el rubro *so pretexto* de aquella dificultad probatoria (fs. 67)

Esta imprecisión se mantiene en el recurso: la actora cuestiona la decisión del juez de hacer lugar al reintegro de gastos que sean causalmente atribuibles al incumplimiento de la demandada, pero no indica -siquiera mínimamente- cuáles son esas *otras erogaciones* sobre las que no se logró procurar prueba fehaciente. Ausentes estas explicaciones, entiendo que la sentencia admite en su justa medida el rubro que fuera objeto de reclamo.

Por este motivo, el agravio debe ser desestimado (art. 163 inc. 5° in fine y 375 del CPCCBA).

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

Corresponde: **I)** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora modificando la sentencia de primera instancia en lo que respecta al rubro daño moral (elevándose a \$150.000) y daño punitivo (que se eleva a \$1.674.064.-) y condenando a la demandada a reincorporar a la Srta. Daiana Gastiarena como afiliada de OMINT dentro de los cinco días de quedar firme la condena, brindándole la cobertura originalmente contratada en el mes de junio de 2016; **II)** Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada **III)** Imponer las costas de segunda instancia a la demandada en su calidad de parte vencida (art. 68 del CPCCBA); **IV)** Diferir la regulación de los honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967).

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: **I)** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora modificando la sentencia de primera instancia en lo que respecta al rubro daño moral (elevándose a \$150.000) y daño punitivo (que se eleva a \$1.674.064.-) y condenando a la demandada a reincorporar a la Srta. Daiana Gastiarena como afiliada de OMINT dentro de los cinco días de quedar firme la condena, brindándole la cobertura originalmente contratada en el mes de junio de 2016; **II)** Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada **III)** Imponer las costas de segunda instancia a la demandada en su calidad de parte vencida (art. 68 del CPCCBA); **IV)** Diferir la regulación de los honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967); **V) Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula** (art. 135 del CPC). Cumplido, devuélvase.

RICARDO D. MONTERISI

LOUSTAUNAU

ROBERTO J.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ALEXIS A. FERRAIRONE
SECRETARIO