

Datos del Expediente

Carátula: TECHERA N. D. C/ OMINT S.A. DE SERVICIOS S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)

Fecha inicio: 20/11/2018 **Nº de Receptoría:** MP - 33439 - 2016 **Nº de Expediente:** 166964

Estado: En Letra

REFERENCIAS

Sentencia - Folio: 149

Sentencia - Nro. de Registro: 47

Sentido de la Sentencia Confirma

04/04/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

REGISTRO Nº 47.S FOLIO Nº 149

Sala Primera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata

Expte. Nº 166964.-

Autos: "TECHERA N. D. C/ OMINT S.A. DE SERVICIOS S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)".-

En la ciudad de Mar del Plata, a los 4 días de Abril de 2019, habiéndose practicado oportunamente en esta Sala Primera de la Cámara de Apelación Civil y Comercial el sorteo prescripto por el artículo 263 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, del cual resultó el siguiente orden de votación: **1º) Dr. Ramiro Rosales Cuello** y **2º) Dr. Alfredo Eduardo Méndez**, se reúnen los Señores Magistrados en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos "**TECHERA N. D. C/ OMINT S.A. DE SERVICIOS S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)**".

Instruidos los miembros del Tribunal, surgen de autos los siguientes

A N T E C E D E N T E S :

A fs. 186/98 el Sr. Juez de Primera Instancia a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 3 dictó sentencia: 1) haciendo lugar a la pretensión promovida por la actora y condenando a la demandada a abonarle la suma de \$ 101.761, más intereses; 2) aplicando a la accionada una multa de \$ 200.000 que deberá abonar a favor de la reclamante, más intereses para el caso de mora. Todo ello con costas a la vencida. La causa viene a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada mediante presentación electrónica del 22/10/2018, concedido a fs. 206 y fundado del mismo modo el 06/11/2018. Corrido el traslado de ley, en fecha 14/11/2018 la actora contestó vía electrónica la expresión de agravios, solicitando se declare la deserción del remedio y exigiendo a todo evento su rechazo, con costas.

Cumplida la vista ordenada a fs. 212, pto. II, con la respuesta de la Fiscalía General de Estado del 13/12/2018 a fs. 213 se ordenó pasar los autos para sentencia.

En base a ello, los Señores Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S :

1ª) ¿Cumple el recurso de apelación de la parte demandada con la carga impuesta por el art. 260 del C.P.C.C.?

2ª) En su caso, ¿es justa la sentencia de fs. 186/98?

3ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO:

I. Análisis de los agravios.

Luego de citar el resolutorio del fallo la accionada alude someramente a lo consignado por el *a quo* respecto de su falta de contestación de demanda. Señala que, si bien tal circunstancia crea una presunción en contra del remiso, ello no significa que corresponda admitir sin más el reclamo. Estima que la sentencia contiene una interpretación arbitraria de los hechos y del derecho.

A renglón seguido enuncia sus agravios.

Con relación al incumplimiento contractual que se le imputa, comienza por recordar lo explicado por el Juez en cuanto al encuadre jurídico de la actuación de OMINT según lo normado en el art. 9 de la ley 26.682 y Dec. Reglamentario 1993/11.

En ese orden señala que, conforme el magistrado, para resolver con justa causa el contrato la prepaga debía demostrar la mala fe del usuario en los términos del art. 1198 del C.C que transcribe, como así también las disposiciones del Código Civil y Comercial que recogen el principio allí sentado.

Discurriendo por ese cauce entiende que la declaración jurada de salud era comprensible, aduciendo que no da lugar a hesitaciones interpretativas. Afirma que la Sra. Techera vulneró la buena fe contractual al haber omitido declarar los abortos espontáneos sufridos anteriormente, conociendo tal circunstancia atento ser atendida por un especialista como se desprende del certificado suscripto por el Dr. García Hambran.

Sobre esa base objeta la conclusión a la que arribara el Juez en cuanto a la ausencia de demostración por OMINT de la mala fe de la actora.

Asimismo, disiente con lo aseverado por el *a quo* en cuanto a que “no todo ocultamiento puede ni debe ser considerado sin más como doloso, ya que puede ocurrir que aquél responda a la carencia de conocimientos médicos” (ver agravios, pto. II.B).

Interpreta que el silencio frente a la demanda es inhábil para generar incertidumbre sobre el sentido y el significado de las preguntas contenidas en el formulario, sin que de ello pueda inferirse una carencia de

conocimientos de la actora con relación a lo inquirido. Reitera sus argumentos y alega que, tanto al firmar la declaración como con posterioridad, la requirente tenía plena conciencia de su estado de salud y del embarazo que cursaba, a más de las restantes cuestiones atinentes a su patología.

Desde otro ángulo contradice lo afirmado por el Juez respecto de la obligación de OMINT de cubrir la prestación en virtud de lo ordenado por el art. 26, inc. A de la Ley 26.682. Cita dicha disposición legal y aclara que el principio que consigna de brindar cobertura se aplica al alcance del plan, sin comprender la baja por falseamiento de la declaración jurada. En su opinión, al margen de la situación atravesada por la actora, en autos no había duda de que no podía acceder a la prestación requerida.

Sostiene que OMINT se ajustó a la normativa vigente, sin haber incurrido en incumplimiento contractual o violación al deber de información y siendo la actora quien obró de mala fe al haber omitido intencionalmente consignar datos trascendentes en su declaración jurada de salud.

Insiste en lo dicho y agrega que, de haber conocido el estado y antecedentes de la actora, la prepaga podría haber solicitado el pago de una cuota acorde con ese cuadro.

Reitera que no incumplió con el contrato, sin haber incurrido en falta al negar cobertura y ejercer la facultad resolutoria.

En segundo lugar se queja de lo sentenciado con relación al daño moral.

Señala que la accionante no acompañó prueba tendiente a su acreditación y objeta la decisión que se inclinó por admitirlo presumiendo su existencia. Acusa a lo resuelto de arbitrario y carente de fundamento, retomando lo expuesto sobre la ausencia de incumplimiento de su parte y la omisión deliberada de la actora de declarar antecedentes. Parafrasea los motivos de impugnación esgrimidos en su primer agravio y resalta la mala fe de la Sra. Techera en su obrar, solicitando se desestime el rubro impugnado.

Finalmente alega la improcedencia al caso de la figura del daño punitivo previsto en el art. 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor, agraviándose a todo evento de la cuantía de la multa por estimarla desproporcionada.

Memora los presupuestos del daño punitivo, reseñando el Considerando IV, punto c) de la sentencia.

Explica que la ausencia de un ofrecimiento para arribar a un acuerdo en las audiencias celebradas no puede calificarse como “una violación al deber jurídico de tratar en forma digna a la usuaria” como interpretara el Juez, constituyendo la actitud lógicamente asumida al entender que la Sra. Techera había incumplido con el art. 9 de la Ley 26.682 y sin que corresponda ponderar esa circunstancia para imponer la sanción.

Por otra parte afirma que, como surge de la declaración jurada redactada en un lenguaje claro, conciso y de uso general, cumplió con su deber de información.

En la misma línea objeta el encuadre y la calificación de su comportamiento como “inconducta grave” y reitera que su proceder se ajustó a las disposiciones aplicables.

Añade que, antes de la sentencia, no medió resolución administrativa o judicial que determinara la existencia de una violación a la Ley de Defensa al Consumidor, configurando tal extremo “otra de las

condiciones para la procedencia de la multa civil.” (v. ap. II.C., pto. c), 3er párrafo). Apunta que a los fines de la aplicación del daño punitivo deben evaluarse las circunstancias del caso y la entidad del incumplimiento. Cita doctrina y jurisprudencia y solicita el rechazo de la multa, impugnando subsidiariamente su cuantía.

Por último acusa de arbitrariedad a la sentencia por considerar que el *a quo* se apartó de la prueba obrante en la causa. Precisa que, en autos, la arbitrariedad reside en el dictado de una resolución que no aparece como fundada en la ley y en las constancias del expediente, sin que la solución impuesta constituya una derivación razonada del derecho vigente y de los elementos de prueba adunados.

Exige se revoque la sentencia y se desestime la demanda, con costas.

II. Corrido el traslado de ley, el 14/11/2018 la actora dedujo su contestación solicitando la deserción del remedio. En subsidio procedió a contestar los agravios vertidos, remitiendo aquí a su lectura por razones de brevedad expositiva.

III. Cumplida la vista ordenada a fs. 212 y habiendo dictaminado el Fiscal General mediante presentación electrónica del 13/12/2018, antes de ingresar en el análisis de los agravios corresponde me expida sobre el pedido de deserción articulado por la actora en el punto II de su contestación.

La reclamante estima que la contraria ha omitido precisar las deficiencias u omisiones de la sentencia, sin desplegar un estudio de lo resuelto que permita advertir el supuesto error cometido por el magistrado de origen. Cita jurisprudencia y exige se declare desierto el recurso por falta de cumplimiento de lo normado en el art. 260 del C.P.C.C.

Su pretensión no ha de prosperar.

En su planteo la actora incurre en similar defecto al que imputa a la contraria, desarrollando su embate en un plano de abstracción y generalidad que impide conocer y analizar el vicio endilgado a la impugnación.

En rigor su argumento se reduce a lo esgrimido en el punto II, 2do párrafo, alegando la hipotética ausencia de un examen fundado de la sentencia que trasunte las supuestas falencias de lo resuelto.

La sola mención de un presunto defecto en el cumplimiento de la labor impugnativa es insuficiente para declarar la deserción, siendo pasible de idéntica objeción a la alzada por el actor para intentar justificar lo peticionado. Es que, a los fines requeridos, no basta con invocar que el quejoso no ha cumplido con su tarea sino que es preciso indicar los motivos que apuntalan semejante afirmación, individualizando las partes de la resolución que han sido indebidamente rebatidas o que no han merecido ataque idóneo y evidenciando de ese modo la carencia de fundamentación que exhibe el embate ensayado.

En autos el actor ha cimentado su pedido de deserción en la aparente inexistencia de un análisis que permita advertir el error que porta la sentencia; aseveración que no encuentra sustento al no identificarse con el rigor exigible la deficiencia atribuida.

Por otra parte, entiendo que la apelación contiene una crítica que merece tratamiento, al venir a cuestionar las bases del razonamiento en que el *a quo* apontocara su decisión.

En este sentido el memorial contiene motivos que colocan en crisis las premisas sobre las cuales el magistrado cimentó su decisión, tales como la indebida ponderación de la prueba rendida y la interpretación del significado, alcance y efectos de la declaración jurada de salud oportunamente suscripta, además del cuestionamiento a la aplicación de los daños punitivos al no reunirse los presupuestos al efecto.

Considerando que el apelante ha cumplido con la carga que le era inherente según lo normado en el artículo 260 del C.P.C.C., me inclino por desestimar el pedido de deserción (arg. art. 260 del C.P.C.C., doctrina legal SCBA Ac. 84043, 08/09/2004; Ac. 89.863, 28/05/2008; entre otras; ver Azpelicueta, J.J.– Tessone, A., "La Alzada, Poderes y Deberes", Ed. L.E.P., La Plata, 1993, p. 14).

A la primera cuestión **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO:

IV. Despejado el primer interrogante, paso a examinar lo invocado en el apartado II.B., del memorial.

En forma liminar entiendo pertinente efectuar la siguiente aclaración.

Sabido es que, según lo normado por el artículo 272 del Código de Rito, no es factible introducir en la instancia revisora cuestiones que no hayan sido sometidas a la decisión del magistrado de origen (argto. y doct. art. 272 del C.P.C.C.). Y tal regla también se aplica en caso de incontestación de la demanda y de rebeldía, pues de lo contrario quien se hallara en tal posición se encontraría en mejor situación que aquel que se hubiese presentado a estar a derecho, contando con la posibilidad vedada para este último de plantear ante la Alzada aspectos no propuestos al examen del inferior.

Ahora bien, sin desconocer esa directriz -que gobierna los límites de la jurisdicción abierta por el recurso así como el carácter revisor de la segunda instancia en función de la necesidad de evitar la vulneración del principio de congruencia y del derecho de defensa en juicio-, es preciso establecer el significado y alcances de la expresión referida en aquel artículo del Código Procesal, para de ese modo poder discernir supuestos que se subsumen en la denominación de "capítulos no propuestos", de otros que quedan excluidos de esa categorización atento no alterar la relación sustancial del proceso configurada con la traba de la *litis*.

Al respecto se tiene dicho que "el artículo quiere indicar que el Tribunal se encuentra impedido de estimar agravios que importen el reemplazo de los sujetos activos o pasivos, la transformación del objeto inmediato o mediato de la pretensión, o la alteración de la causa"; destacándose que, desde la perspectiva refleja de la oposición, no cabe "introducir planteos novedosos respecto de la legitimación procesal activa o pasiva de las partes o cuestiones que impliquen modificar la causa o el objeto." (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. II, LL, Bs. As., 2012, p. 1102).

La aclaración que antecede adquiere relevancia en la medida en que -definidos en los términos antedichos- los "capítulos no propuestos" se distinguen de las alegaciones de nuevos argumentos que no suponen una

modificación de las circunstancias tenidas en mira por el magistrado al resolver, ni implican una afectación del derecho de defensa de las partes. Tal diferenciación resulta trascendente en tanto los argumentos solo constituyen “elaboraciones teóricas, inferencias o deducciones que por su carácter de tales no requieren de nueva prueba o que se apoyan en las introducidas en las ya incorporadas en relación con el material fáctico y jurídico que integró la relación procesal.” (*ibíd.*, p. 1103).

En ese orden se interpreta que el objetivo al que tienden los argumentos se ciñe a la formulación de un enfoque o criterio dirigido a explicitar el modo en que ocurrieron los hechos que constituyen la causa de la pretensión, o bien a exponer sobre esa misma base un error en la decisión impugnada sin incursionar en cuestiones fácticas o jurídicas que no pudieron ser merituadas por el *a quo* ante la ausencia de postulación oportuna, circunscribiéndose en ese intento impugnativo al límite del objeto procesal conforme quedara cristalizado con la traba de la *litis* y la ponderación y juzgamiento efectuado por el magistrado.

En consecuencia, el planteo de argumentos es admisible siempre que no se trate de afirmaciones de hechos que requieran de prueba para su confirmación “sino de construcciones argumentales que se hagan en relación con esos hechos o con la solución jurídica que se pretende”, con el debido respeto en todo caso del derecho de defensa (cf. *Código...*, p. 1103).

En sintonía con lo expuesto estimo que, no obstante la falta de contestación de demanda y la declaración de rebeldía, lo alegado por el accionado en su apelación respeta al cauce argumental delineado precedentemente, limitándose a intentar rebatir lo consignado por la Jueza pero sin pretender introducir cuestiones que no fueron sopesadas por ésta o que impliquen una alteración de la causa o el objeto del proceso, absteniéndose de deslizar en su crítica otras cuestiones que las ya postuladas por la propia actora y valoradas por la sentenciante.

En esa tesitura -y adhiriendo al criterio conforme el cual una adecuada metodología para distinguir “capítulos” de argumentos susceptibles de articularse en Alzada reside en evaluar si la cuestión podía ser refutada o merecía de probanzas específicas-, considero que lo argüido por el quejoso no desborda aquel restringido marco, consistiendo en el despliegue de motivos que, con sustento en los mismos elementos que los planteados por la accionante y la interpretación desenvuelta por la *a quo*, darían pábulo a una solución distinta del conflicto, sin que esos argumentos hayan sido ignorados por la reclamante y sin que lo alzado en la fundamentación exija de producción probatoria, pues se basa en idéntico plexo que el configurado en estas actuaciones.

Conforme lo expuesto concluyo entonces que, a pesar de la incontestación de la demanda y la rebeldía declarada, cabe ingresar en el tratamiento de los agravios del recurrente en el entendimiento de que se fundan en argumentos pasibles de formularse ante esta instancia de revisión.

V. Sentado lo anterior y abordando el agravio que constituye el eje de la apelación observo que el ataque se centra en la mala fe imputada a la actora al completar su declaración jurada de salud, falseando -según se alega- los antecedentes médicos al omitir consignar datos trascendentes. En este sentido se afirma que el cuestionario contestado por la Sra. Techera era diáfano, y que ésta violó la buena fe.

No coincido con lo argüido por la quejosa, sin compartir su enfoque respecto de la interpretación de las preguntas del formulario reproducidas en el memorial, y sin considerar por tanto que existió mala fe de la actora.

Estimo que las preguntas en cuestión exhiben un margen de incertidumbre que justifica la postura asumida por la actora ante la negativa expresada por la demandada, habilitando una interpretación distinta a la afirmada de modo tajante por esta última. Tal circunstancia, valorada a la luz del principio protectorio del artículo 42 de la Constitución Nacional y los arts. 3 y 37 del de la Ley N° 24.240 -amén de su recepción en los artículos 1094 y 1095 del Código Civil y Comercial- en función de su condición de usuario y ante la posición que ocupaba como parte más débil en el vínculo contractual, resulta determinante.

En rigor, lo dispuesto en el articulado del nuevo ordenamiento legal (que recoge el principio de buena fe del artículo 1198 del Código derogado, el cual remite a su vez al artículo 29 de la ley 26.682), no solo no desvirtúa la conclusión a la que arribara el magistrado de origen sino que apontoca su decisión, en tanto la pauta rectora allí fijada debe leerse partiendo del principio *in dubio pro consumidor* que se proyecta sobre el caso.

En este sentido subrayo que el régimen de defensa del consumidor se encuentra imbuido de aquel principio que se plasma en la regla según la cual “cuando una norma, general o particular, puede llevar a dos o más interpretaciones posibles, el intérprete debe privilegiar aquella que sea más favorable al consumidor en el caso concreto.” (Morea, A., “Derecho del consumidor. Principios jurídicos vigentes”, 05/03/2018, cita: MJ-DOC-12751-AR | MJD12751).

Como he señalado, el criterio de marras es receptado en los arts. 1094 y 1095 del nuevo régimen al establecer que, en caso de duda sobre la interpretación del Código o leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor, y que los contratos de consumo han de entenderse en el sentido más beneficioso para este último; siendo reafirmado en los artículos 3, 2do párrafo, y 37, anteúltimo párrafo de la Ley N° 24.240.

Siguiendo esa tesitura considero que en autos no cabe afirmar que la actora obró de mala fe al completar la declaración jurada de salud. Ello por cuanto, desde mi óptica, pudo haber interpretado válidamente que los antecedentes cuya omisión se le reprocha no quedaban aprehendidos en las preguntas incluidas en el cuestionario.

En este aspecto disiento con lo alegado por la accionada quien, con cita de los artículos 961, 1061 y 1063 del C.C.C., adujo que el significado de las palabras era claro, fundando sobre dicha plataforma la hipotética mala fe de la Sra. Techera al haber obviado -a su entender- información relevante en su contestación a las preguntas 8 y 9.

Retomando lo dicho con anterioridad, observo que la pregunta referida al eventual padecimiento actual o pretérito por la aspirante de una afección de orden ginecológico, obstétrico o mamario presenta un grado de indeterminación que aqueja el sentido de lo indagado y se extiende al alcance de la información requerida.

Para ser exacto, a mi juicio la terminología utilizada por OMINT al proponerse averiguar sobre posibles etiologías de índole ginecológico u obstétrico se abría a un campo de interpretación para quien debía

responder, siendo dable que una persona sin conocimientos profesionales específicos asumiera que su situación personal no se enmarcaba concretamente en ese cuadro genérico.

Siguiendo esa línea de razonamiento –que vertebra mi decisión- entiendo la actora pudo haber considerado que la interrupción espontánea de embarazos anteriores no se subsumía en el concepto antedicho, en tanto tales eventos se produjeron en circunstancias particulares sin que en su conjunto hayan sido calificados y diagnosticados por los galenos bajo el cuadro de una enfermedad puesta en conocimiento de la paciente.

Desde esa óptica resalto que, aun cuando la definición en abstracto de la palabra “afección” puede aparecer como comprensible, lo cierto es que el significado que cabe asignarle es una consecuencia del contexto en el que se inserta. Ello por cuanto el texto siempre se inscribe en un determinado contexto que marca el límite de su interpretación admisible, de modo que sin contexto no hay texto posible.

En tal orden de ideas agrego que el significado está determinado por el uso, marcado por un registro y sujeto a interpretación en función de esas variables y de la cultura en que se inscribe. Esa variedad de uso del texto -seleccionada en función de la situación en que se produce- se efectiviza en un contexto que, de algún modo, la determina y habilita. En dicho escenario los interlocutores, en su condición de actores sociales, “negocian” los significados de acuerdo al uso y conforme su conciencia de la potencialidad del texto y su realización.

Se desprende de lo expuesto que, en ese proceso, es factible que por distintos motivos la negociación no alcance plenamente su objetivo y se genere una distancia entre el significado pretendido por quien, en el esquema tradicional de la teoría de la comunicación, ocupa el sitial de emisor del mensaje, y aquel que lo recibe y decodifica, interpretándolo en su contexto bajo el influjo de variables no previstas o deseadas.

Afincado en esa plataforma teórica entiendo que lo inquirido en el formulario elaborado unilateralmente por OMINT y suscripto por la Sra. Techera era pasible de ser interpretado por la actora entendiendo que -en su contexto específico- aludía a una enfermedad diagnosticada, y no a episodios circunstanciales que, a pesar de su recurrencia, no fueron calificados por los especialistas como síntoma de un desorden patológico comunicado a la aquí actora.

Se ha señalado que, desde una perspectiva amplia, el problema de la ambigüedad no se reduce al plano sintáctico sino que puede ser planteado semánticamente. En ese plano el efecto de unidad de un texto “puede ser perturbado por fenómenos de co-referencia indecible o de falsa atribución referencial que producen ambigüedad”; supuestos en los que la explicación “estaría más cerca de un enfoque informacional, una *pragmática* donde entrarían en juego no solo el *contexto lingüístico* sino también el *contexto situacional*” en el que –cabe presumir- ostentan incidencia las condiciones subjetivas (cf. Rosa, Nicolás, *Léxico de lingüística y semiología*, CEAL, 1978, Bs. As., p. 14).

Sobre esa base y ante el escenario descrito considero que no cabe afirmar la mala fe de la Sra. Techera al contestar las preguntas 8 a 10.

Asimismo, no existen elementos contundentes que permitan tener por cierto que la actora sabía fehacientemente que cursaba un embarazo, sin que ello surja de los informes adunados ni de la restante prueba. Por ende, en este punto lo recriminado no encuentra asidero firme.

Por otro lado añadido que, en la relación contractual entablada entre la empresa de medicina prepaga y la actora, era OMINT en su carácter de predisponente quien se hallaba en mejores condiciones de indagar sobre posibles padecimientos de la eventual afiliada. Sin embargo la accionada se abstuvo de llevar a cabo una indagación sobre aspectos que podría haber estimado relevantes, renunciando a ejercer una atribución reconocida expresamente por la actora, con el compromiso que suscribiera de quedar a disposición para someterse a exámenes y estudios que la empresa estimara necesarios por los médicos que se designaran a tal fin (ver declaración jurada, fs. 165, *in fine*: “Autorizo a OMINT, para que a través de su Departamento Médico obtenga y analice cualquier información necesaria y complementaria de los datos declarados”),

En efecto, siendo que el contenido del cuestionario para admitir a sus aspirantes es estipulado por OMINT, es ésta quien ha de articular los medios para obtener una información lo más acabada y exacta posible de los puntos objeto de pesquisa, disipando de esa forma toda potencial incertidumbre que pudiese suscitarse al respecto. Desde esa óptica el desentendimiento generado sobre un aspecto que bien pudo haber sido dilucidado por la empresa no puede redundar en perjuicio del consumidor.

En función de lo expuesto coincido con el magistrado de origen al concluir que, en el *sub lite*, no surge demostrado que la actora haya incurrido en mala fe en oportunidad de solicitar la afiliación, sin que ello emerja de lo consignado en la declaración jurada atento la posibilidad de una comprensión razonable por parte de la Sra. Techera que difiere de la interpretación argüida por la apelante.

Por ende, en tanto la mala fe endilgada a la accionante aparece indemostrada –sin poder aseverarse de manera categórica que incurrió en la conducta dolosa que se le imputa-, la resolución del contrato fue injustificada, concordando con el Juez en que medió un ejercicio irrazonable de esa facultad por parte de la empresa.

Y, puesto que la baja del contrato dispuesta por OMINT careció de justificación, debe cargar con las consecuencias de ese proceder y afrontar la responsabilidad por los daños ocasionados al negarse a brindar cobertura para la realización de una práctica médica requerida con urgencia por la actora.

En consecuencia, se rechaza el primer agravio.

VI. Analizando el segundo motivo de queja anticipo que tampoco ha de prosperar.

El embate se apoya en similares fundamentos que los alegados para fundar el primer agravio, objeto de desestimación.

Así, la demandada insiste en sostener la mala fe de la actora nacida de un ocultamiento deliberado de información, cuestión descartada en el considerando anterior.

Respecto de la falta de prueba que acredite el daño moral considero que de las constancias de autos surge tanto la existencia como la magnitud del perjuicio sufrido.

En este aspecto la cobertura exigida por la reclamante para que se le practique un legrado a fin de extraer una gestación inviable al comprobarse la existencia de un embrión sin latidos, no solo demandaba celeridad para evitar el riesgo de infección generalizada sino que, por el carácter que revestía la intervención, suponía una delicada situación emocional y afectiva.

Al respecto basta leer lo dictaminado por la perito en su presentación de fecha 10/06/18, que da cuenta de esas circunstancias como también de la demora de la prepa y de su rechazo de lo solicitado, viéndose obligada la afiliada a concurrir al Hospital Público para recibir el tratamiento prescripto ante la posibilidad de infección uterina (argto. arts. 384, 474 del C.P.C.C.).

En similar sentido la Dra. Carolina Arenas -médica obstétrica que declarara a fs. 181 y vta.- indicó que ordenó el legrado con carácter urgente por hallarse la Sra. Techera con un aborto espontáneo en curso incompleto que debía concluirse acudiendo a esa técnica quirúrgica para eliminar intrauterinamente los restos ovulares, y al encontrarse en riesgo la integridad física de la paciente que estaba con pérdida de sangre (fs. 181vta., rta. 5ta y 6ta). En ese cauce declaró que la situación “tiene que resolverse a la brevedad, si no es en el día, al día siguiente, en el momento que uno lo diagnostica se tiene que realizar...” (*ibíd.*), agregando en cuanto a las consecuencias que podía acarrear la tardanza que “anemia es lo más probable, aparte de todo lo que conlleva saber que uno pierde un embarazo y conocer que no se resuelve, con la angustia que conlleva para la persona.” (fs. 182, rta. 7ª; argto. arts. 384, 424 y ccdtes. del C.P.C.C.).

De la prueba citada y documental acompañada se desprende de modo irrefutable la existencia del daño moral experimentado por la Sra. Techera a partir de la dilación y la ulterior negativa de cobertura de la prepa.

Las consideraciones que anteceden apreciadas en consonancia con lo explicado en el apartado previo me llevan a tener por demostrado que lo vivido por la actora tiene que haber impactado en su estado emocional, generándole un perjuicio que merece reparación. Ello a partir de un suceso que la colocó en una situación de vulnerabilidad, con la incertidumbre derivada de la postergación de una solución inmediata a su problema y el peligro hacia su integridad corporal; aspectos que –cabe inferir- repercuten en un cuadro de angustia e inestabilidad interna configurativos de un daño resarcible (argto. y doct. arts. 384, 385, 424, 474 y ccdtes. del C.P.C.C.).

Conforme la doctrina en la materia, en el daño moral hay una modificación del espíritu de la persona, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial (conf. Daniel Pizarro y Horacio Roitman, “El daño moral y la persona jurídica”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro. 1, p. 224). El gravamen padecido por la actora en esta esfera me conduce a confirmar el parcial, toda vez que la turbación en su ánimo e integridad excede sobradamente las meras molestias que han de tolerarse en el plano cotidiano de la convivencia humana.

En última instancia aclaro que la doctrina que exigía la prueba del daño moral para acceder a su reparación en el ámbito contractual, queda de lado frente a la regulación de daño directo contemplado en el art. 42 de la LDC.

Considerando lo expuesto, se rechaza el segundo agravio.

VII. El agravio relativo a la aplicación del daño punitivo comparte el destino de los anteriores, sin que corresponda hacer lugar a lo peticionado.

Recuerdo que esta Alzada ha tenido oportunidad de expedirse con relación a la operatividad de la figura en numerosos precedentes (vgr. Sala II, 27/05/2009, “Machinandiana Hernández, Nicolás c/ Telefónica de

Argentina”; Sala I, expte. N° 160.869, 17/04/16, “Carmona, Sergio”, Reg. 76 Folio 263; 159.759, 26/06/2016, autos “Bahl, Juan”, Reg. 96 Folio 331; 163.649, 20/12/2017, autos “Buonocore, Ezequiel”, Reg. 301 Folio 1040; 163.639, 08/03/2018, “Castella, Maria”, Reg. 30 Folio 87; 163.163, 15/05/2018, “Luchessi, Pierina”, Reg. 88, Folio 292; 165.483, 02/08/18, “Safe, Claudia E. c/ Volkswagen S.A. s/ daños y perjuicios”, Reg. 169, Folio 589, etc.).

De aquellos antecedentes se desprenden a grandes rasgos los lineamientos generales que configuran el marco conceptual del daño punitivo.

En ese sentido es sabido que el artículo 52 bis de la Ley 24.240 de Defensa al Consumidor conforme Ley 26.361 incorporó la figura en los siguientes términos: “**Daño Punitivo.** Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”

Asimismo, el art. 8 bis de la Ley brinda un criterio de aplicación al establecer: “**Trato digno. Prácticas abusivas.** Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.”

Este microsistema -compuesto en principio por sendos artículos de la LDC- integra un sistema mayor conformado por la Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial, que establece los paradigmas del derecho privado a través de principios que estructuran el resto del ordenamiento (Lorenzetti, R., “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación, LA LEY 2014-E-1243). En esa estructura normativa y según inveterada doctrina que gobierna la teoría general de la responsabilidad civil, la obligación de indemnizar se asienta sobre cuatro pilares: daño, antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución.

En dicho marco se entiende que, si bien el incumplimiento de los deberes del proveedor –extremo verificado en autos- constituye uno de los presupuestos del daño punitivo, no es de por sí suficiente para hacer lugar a la multa, pues su carácter de condición necesaria no desemboca en una aplicación automática de la sanción.

Es que, además del incumplimiento y la petición de parte, para su procedencia debe mediar un elemento adicional que se configura, sea por la culpa grave, dolo o malicia del sancionado, sea por la obtención de un enriquecimiento a partir de su conducta incumplidora o bien –como aquí acontece- por un grave menoscabo evidenciado en la actitud asumida por el proveedor respecto de derechos individuales del consumidor o de naturaleza colectiva, correspondiendo ponderar “la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso” (cf. arts. cit. y López Herrera, E., “Daños punitivos en el derecho argentino”; JA 2008-II-1198; SCBA, Ac. 2078, 17/10/18, c. 119.562, voto Dr. De Lázzari).

Desde esa perspectiva y aplicando las pautas reseñadas considero que, en autos, concurren los extremos para la aplicación del daño punitivo.

Ello por cuanto, en mi opinión, 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.

En 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.

En concordancia con lo expuesto destaco que, en el *sub lite*, 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 que implicó en función del delicado estado que padecía.

Sobre esa base concluyo que la actitud de la demandada no se redujo a un mero incumplimiento contractual sino que, ateniéndome al criterio relativo a la gravedad del hecho y las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la obligación del proveedor de garantizar un trato digno, se tradujo en una vulneración palmaria de aquel deber, colocando a la Sra. Techera en una situación inadmisibles.

En efecto, a raíz de esa inconducta la reclamante se vio impelida a atravesar una experiencia que -conforme mi parecer- significó un tratamiento degradante, sin respetar su dignidad al optar la prepaga por negar la cobertura y resolver, sin más, el contrato, cuando tenía a disposición otras alternativas menos gravosas para responder a la urgencia del caso salvaguardando a un tiempo sus propios intereses, sin necesidad de expulsar a la afiliada del sistema y desentenderse de ofrecer una solución (vgr. modificación de la prima abonada en función de las circunstancias alegadas como causal de resolución, reclamo ulterior de una cuota complementaria, repetición de pago de lo cancelado, etc.).

Sin embargo, la prepaga asumió la postura que, entre las opciones posibles, dejaba a la afiliada en la peor situación que podía vivenciar, rechazando cubrir la práctica urgente e inclinándose por la desvinculación. Esa decisión, en conjunto con las otras cuestiones aquí analizadas, genera en mí la convicción de la procedencia en el caso de los daños punitivos cuya aplicación estimo irreprochable (argto. y doct. arts. cit. de la LDC).

Para finalizar, en cuanto a las objeciones enarboladas respecto de la ausencia de resolución administrativa previa y el *quantum* fijado, ambos argumentos son inatendibles desde que lo alzado no constituye un presupuesto para la aplicación de la figura en el ámbito jurisdiccional, sin que lo alegado sobre la cuantía se eleve a la categoría de “crítica” en tanto se restringe a una simple disconformidad, limitándose a la invocación de una indemostrada desproporcionalidad entre la suma establecida y la entidad del hecho que justifica la multa.

Por los motivos indicados, me pronuncio por la desestimación de este agravio, confirmando la sentencia apelada con relación a la sanción impuesta en concepto de daños punitivos.

VIII. El último agravio tampoco merece acogimiento.

El acuse de arbitrariedad articulado constituye una manifestación de parte carente de virtualidad para justificarse a sí misma, sin que las citas jurisprudenciales y doctrinales vengan a suplir esa ausencia de fundamentación. No alcanza con sostener que la arbitrariedad reside en “el dictado de una resolución que no aparece como fundada en la ley y en las constancias anexadas a las actuaciones”, o que lo decidido no constituye una derivación razonada del derecho vigente y las pruebas rendidas, si se prescinde de identificar en concreto los supuestos defectos. En este aspecto la queja se muestra incapaz de conmover la sentencia por ausencia de crítica eficaz (art. 260 del C.P.C.C.).

Sin perjuicio de ello, lo desarrollado en apartados precedentes con relación a la valoración de la prueba –y, en particular, a la declaración jurada de salud, cuyo contenido cabe interpretar según lo ya consignado- da por tierra con lo argüido respecto de un apartamiento de los elementos recabados en la causa al tiempo de dirimir la contienda.

A la segunda cuestión **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO:

Corresponde: **I.** Declarar que el recurso de apelación de la parte demandada cumple con la carga impuesta por el art. 260 del C.P.C.C.; **II.** Rechazar el remedio intentado, con costas a la vencida (art. 68 del C.P.C.C.)

ASÍ LO VOTO.

EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

Por ello, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y sus fundamentos, se dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

I.) Declarando que el recurso de apelación de la parte demandada cumple con la carga impuesta por el art. 260 del C.P.C.C.; **II.)** Rechazando el remedio intentado, con costas a la vencida (art. 68 del C.P.C.C). **III.)** Difiriendo la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 de la ley 8.904/77). **NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula (art. 135 CPCC). DEVUÉLVASE.**

RAMIRO ROSALES CUELLO

Si-///

///guen las firmas

ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ

JOSÉ GUTIÉRREZ

- Secretario-