

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 26 días del mes de mayo del año 2025. Reunidos en Acuerdo la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA, DE MINERÍA Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA de la Tercera Circunscripción Judicial, los Dres. Federico Emiliano CORSIGLIA y Emilio RIAT, y la Dra. María Marcela PÁJARO, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "**R.A.P.C. C/ SWISS MEDICAL MEDICINA PRIVADA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (SUMARÍSIMO) (LEY 24240)**" BA-30176-C-0000, y discutir la temática del fallo por dictar, con la presencia del señor Secretario Dr. Alfredo Javier ROMANELLI ESPIL, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A la cuestión planteada, el Dr. CORSIGLIA dijo:**

I. Vienen los presentes actuados a conocimiento de esta Cámara a fin de resolver el recurso apelación interpuesto (E0025) contra la sentencia de fecha 19/06/2024 (I0033) concedido libremente y con efecto suspensivo (I0034).

**II. Antecedentes.**

La Sra. Pamela Celeste Ripi Allivellatore en fecha 16/11/2020 inicia demanda de daños y perjuicios contra Swiss Medical Medicina Privada S.A, por la falta de cobertura de un tratamiento de fertilización asistida, mediante la cual reclama daño emergente, daño psicológico, daño moral, daño punitivo.

Relata que el 29/01/2019 solicitó a la demandada autorización para el procedimiento de fertilización asistida, dicho tratamiento fue recomendado por profesionales, a raíz de un cuadro de esterilidad primaria y diagnóstico de factor masculino severo, sumado a su urgencia biológica por tener 38 años.

La demandada no autorizó el referido tratamiento por lo que la actora inició una acción de amparo ante en el juzgado de familia N° 7. Con posterioridad a la interposición de la demanda, Swiss Medical, le envió carta documento haciéndole saber que no había informado en la declaración jurada una enfermedad preexistente.

En dichas actuaciones se presentó la demandada e incorporó documentación.

Según la actora, Swiss Medical adjuntó una declaración jurada con su firma falsificada, sin acompañar la declaración jurada original donde consignaba como enfermedad preexistente artritis reumatoidea desde el año 2014.

En esa acción, se hizo lugar al amparo y se condenó a la demandada a cubrir el tratamiento en cuestión.

No obstante, previo al dictado de la sentencia la actora hizo saber al juzgado interviniente que de todos modos iniciaría el tratamiento bajo su exclusivo costo, ya que por cuestiones biológicas y de agenda de los profesionales había comenzado con los estudios previos, a la espera que luego se le reintegren los gastos.

Retomando, en la presente acción la actora relata que quedó embarazada luego del tratamiento y con posterioridad perdió el embarazo por la situación de angustia que tuvo que vivenciar, por las negativas de la obra social a cubrir el tratamiento con fundamento en la firma falsificada, haciendo frente a todos los gastos médicos y de farmacia.

Con fecha 26/03/2021 se presenta la requerida, contesta demanda, y solicita su rechazo.

Refiere que el 02/10/2018 la actora realizó una oferta para contratar el servicio de medicina prepaga, y que en esa oportunidad suscribió solicitud de ingreso y declaración jurada de enfermedades, la cual fue aceptada por Swiss Medical perfeccionándose el contrato entre las partes el día 01/10/2018.

Manifiesta que la aceptación de la actora en la contratación del servicio lo fue en virtud de las omisiones en las que incurrió, debido a que no consignó que padecía artritis reumatoidea, como así tampoco ningún tipo de afección relacionada con la patología detallada.

Menciona que la actora contrarió la buena fe al omitir informar dicho antecedente, ya que era una condición esencial para otorgarle la cobertura, y es por ese motivo que se produjo la resolución del contrato con la empresa conforme el art. 9 de la ley 26.582 y su decreto reglamentario.

Con fecha 07/06/2024 se llamó a autos para sentencia, luego de producida y concluida la etapa probatoria.

### **III. La sentencia en crisis.**

El sentenciante entendió y así lo expresó en su decisorio, que no hay controversia respecto del vínculo contractual que une a las partes mediante la suscripción del contrato de medicina prepaga, en el cual la demandada se obligaba a brindar diversas prestaciones médicas y la actora a abonar una cuota mensual.

Asimismo al vínculo habido entre las partes, aplicó el régimen vigente de defensa al consumidor.

Argumentó que la cuestión debatida tiene estrecha vinculación con el derecho a la salud, ya que se reclaman daños y perjuicios por incumplimientos de parte de la demandada, y la cuestión a dilucidar es si existió o no incumplimiento contractual.

Así, luego de hacer un análisis de la acción de amparo antes referenciada, y teniendo en cuenta las constancias incorporadas, concluyó que el contrato de salud celebrado entre las partes se encontraba plenamente vigente al momento en el que la actora solicitó la cobertura del tratamiento de fertilidad, y sostuvo que no puede tenerse por resuelto el contrato celebrado por ambas partes, pues la parte demandada no inició ninguna acción tendiente a ello, tal como lo referenció la jueza del amparo.

Argumentó que surge en forma evidente que la parte demandada no cumplió con las prestaciones a las que se había obligado, por cuanto no autorizó el tratamiento solicitado con fundamento en la resolución del contrato, y con ello obligó a la actora a abonar las prestaciones, tratamiento, estudios y medicación correspondiente.

Puso de resalto que se presentaron dos declaraciones juradas diferentes, una por parte de la actora y otra por la demandada, las cuales no resultan coincidentes.

Sumado a ello, la demandada no produjo prueba pericial caligráfica para demostrar cuál era la verdadera declaración jurada que se presentó al momento del ingreso de la actora como afiliada.

Concluyó que al encontrarse vigente el contrato entre las partes y no haberse demostrado la falsedad de la declaración jurada, no existen razones para justificar el incumplimiento de la demandada en las obligaciones a su cargo.

Recordó que era la demandada quien debía probar las circunstancias invocadas ya que se encontraba en mejores condiciones para hacerlo (art. 53 ley 24.240), todo ello de

acuerdo al principio de las cargas probatorias dinámicas, que coloca dicha obligación en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar.

Asimismo, que la condición de infertilidad o la imposibilidad de concebir un embarazo no se considera como situación de preexistencia en los términos del art. 10 de la Ley 26682 (Art. 8 del decreto 956/2013 reglamentario de la ley 26862).

Para terminar, la sentencia ahora en crisis, condenó a la demandada a abonar en concepto de daño patrimonial emergente la suma de pesos 270.452,63; estableció la reparación del daño extrapatrimonial en la suma de pesos 5.000.000, monto actualizado a la fecha de la sentencia; rechazó el daño psicológico, y con relación al daño punitivo declaró su procedencia por un importe de \$3.000.000, monto actualizado a la fecha de la sentencia.

#### **IV. Agravios de la demandada.**

La demandada interpuso recurso de apelación, con sustento en los siguientes agravios:

a) La ilegítima resolución del contrato: Se agravia por cuanto se considera que se debía haber iniciado un juicio de conocimiento para resolver el vínculo contractual con la actora y cita jurisprudencia al efecto (Guiliano, Héctor Javier c/ Swiss Medical SA s/ ordinario, exp 29788/2019; juzgado n° 30 sec. n° 59, Sala Comercial C, sentencia del 14/07/2023).

Expresa que la causa de la baja de la actora fue que no habría informado que padecía artritis reumatoidea, que tampoco informó que padeció infertilidad, que es el objeto del reclamo del presente ya que solicitó reintegros por tratamientos de fertilidad.

Expresa que a los tres meses del ingreso al sistema de medicina prepaga solicitó la autorización para los tratamientos de fertilidad asistida, y por tanto era evidente que conocía que padeció infertilidad y que esa información no fue suministrada.

Para terminar afirma que la baja de la filiación es legítima, y que iniciar un juicio de conocimiento, como lo dice el sentenciante, para establecer la mala fe del usuario representaría iniciar juicios a diario.

b) La interpretación favorable al consumidor y la doctrina de la carga dinámica de la prueba: Expresa que el principio de la interpretación más favorable al consumidor

debe aplicarse solo en caso de duda, y que en este supuesto no existe duda de que la actora ocultó de manera deliberada la patología que presentaba.

Considera que en caso de confirmarse el decisorio del juez de grado, se obligaría a la empresa a asumir riesgos que no estaban previstos, generando un desequilibrio contractual, ya que la actora tenía el deber de obrar con buena fe, debió informar las manifestaciones de la enfermedad, sus signos, dolores o cualquier malestar, siendo inexacta la declaración jurada y por ello el efecto es la anulación del contrato

Hace saber que si Swiss Medical hubiera sido notificada de las patologías contratada en otras condiciones con la actora.

Afirma que no advierte, respecto de la carga dinámica de la prueba, fundamento para su aplicación ya que la actora tenía conocimiento de su patología.

Para cerrar este agravio expresa que la actora jamás se encontró en una situación de vulnerabilidad o desamparo, ni la conducta de Swiss Medica ha sido lesiva de su derecho a la salud, ya que la actora pudo realizar la práctica de manera privada y ello no revestía urgencia.

c) Sobre el derecho a la salud: Se agravia por cuanto el a quo hace una errónea valoración de la prueba y aplica como principio protectorio aplicable al caso el derecho a la salud. Expone que en el ámbito de la medicina privada, uno de los sujetos que interviene en la relación contractual (empresa prestataria) posee características propias y específicas, por ello no debe perderse de vista el derecho a la propiedad de la empresa de medicina, que al igual que el derecho a la salud es reconocido y defendido constitucionalmente. En su virtud, las declaraciones juradas constituyen un pilar fundamental ya que de no hacer distinción entre las personas que padecen una enfermedad y las cuotas, los fondos no alcanzarían para solventar los gastos de atención.

En tal sentido expresa que no ha estado en juego el derecho a la salud, en primer lugar porque la actora pudo solventar la práctica en forma privada y no resultaba ser una cuestión urgente, y porque en todo caso, corresponderá al estado, como garante de los derechos proveer al enfermo lo necesario para su tratamiento y eventual curación.

d) La procedencia del daño moral: Se agravia de la procedencia de este rubro por cuanto la actora no aportó prueba en autos de haber sufrido una lesión a los

sentimientos, de afecciones o de la tranquilidad anímica. Vuelve a referir que no existió una resolución ilegítima del contrato de afiliación.

Menciona que la actora supedita el daño moral a tres situaciones a) daño al proyecto de vida; b) la preocupación en que incurrió al tener que arbitrar los medios económicos requeridos para afrontar el tratamiento y c) la incertidumbre por el rechazo que afectaron su tranquilidad, incertidumbres, preocupaciones y temores propios de la situación.

Describe que el daño moral sufrido por un incumplimiento contractual debe probar la existencia de una lesión de sentimientos que no deben confundirse con las inquietudes propias del mundo de los negocios o cualquier molestia que se origine en el incumplimiento contractual, y nada de ello fue probado.

e) Improcedencia del daño punitivo por falta de conducta particularmente grave: Expone que los daños son una figura excepcional, que se entiende que debe haber dolo o culpa grave: “grave indiferencia” o “grave menos precio”. Expresa que no se dan las condiciones para la procedencia de esta multa y hace remisión a los argumentos de los dos primeros agravios.

f) Intereses al daño punitivo: Se agravia respecto de los intereses aplicados por el sentenciante al rubro daño punitivo, a la tasa de 8% anual desde la fecha de la mora 29/01/2019 y hasta el presente. Enfatiza que se equivoca el sentenciante por cuanto al tratarse de una sanción, su obligación de pago nace recién con la decisión judicial que la impone, ya que dicha obligación a pagar se genera a partir de la resolución. Cita doctrina y jurisprudencia al respecto.

g) Aplicación de intereses: Se agravia por cuanto el a quo al establecer los montos por daño moral y daño punitivo lo hace al momento de la sentencia, es decir que fueron otorgados a valores actuales, por tal motivo no corresponde aplicar intereses sobre los mismos. Se agravia de las tasas aplicadas por el sentenciante.

Para terminar solicita se revoque el decisorio y mantiene la reserva del caso Federal

#### **V. Respuesta a los agravios.**

Respecto de la ilegítima resolución del vínculo contractual, reitera lo dicho por el STJ respecto que para que la entidad pueda resolver el vínculo contractual tiene que

acreditar que el usuario no obró de buena fe en los términos del CCyC. Asimismo recuerda que en autos existen dos declaraciones juradas, y por ello el problema de la falsedad por parte de la actora no existe ya que ambos documentos son distintos.

En relación al segundo de los agravios, resalta que aquí no solo operó el cese de la afiliación, sino que además operó un destrato, falta de información, etc., que se obligó al consumidor a tener que litigar en un proceso judicial por las propias negligencias y destrato de la empresa.

Con relación al derecho a la salud, puntualizado en el tercer agravio, refiere que la urgencia biológica fue receptada en el amparo, en cuanto a que podía pagarlo refiere que justamente como es salud y no podía esperar decidió llevar adelante la práctica medica. Concluye observando que el rol del estado nada tiene que ver en estos actuados.

Luego se avoca a los rubros contenidos en el decisorio, y expone que el daño moral es indiscutible, que todo lo que implicó este proceso, la desafiliación, el amparo y la falsificación de firmas, es todo abarcativo del daño moral; en cuanto al daño punitivo reconoce que es excepcional, pero que en el caso corresponde aplicarlos, ya que la pretensión es que la empresa no vuelva a falsificar firmas, y desafiliar pacientes por errores administrativos, y justamente el daño punitivo es una construcción jurídica con fines preventivos. Expresa que la conducta en la instancia administrativa y judicial fue negligente, y se violaron los deberes de información y trato digno.

## **VI. Análisis y solución del caso.**

Compuesto que ha sido el conflicto, caben las siguientes consideraciones;

**VI.1.** El primer y principal agravio que sostiene la accionada se vincula con la resolución del contrato y su legitimidad.

La empresa de medicina controvierte la afirmación del a quo en cuanto a que era ella –la accionada- quien en su caso debería haber promovido un juicio de conocimiento a los fines de acreditar la mala fe de la actora, fundamentada en la omisión en la declaración jurada de enfermedades preexistentes.

Entiende que conforme jurisprudencia que cita, no le correspondía a ella; A tal fin cita primero un precedente emitido por la justicia nacional que le ha sido favorable a la propia empresa, en otro reclamo, pero que como veremos contiene diferencias con el

caso en análisis, precisamente en relación a la plataforma fáctica que fuera acreditada en aquel caso, pero no en este, y luego otro de la Corte Nacional en similar sentido.

Ahora bien, en ambos casos el eje central del análisis trasunta en orden a la interpretación del art. 9 de la Ley 26682 y su decreto reglamentario, y sobre esa base se afinca la decisión, en ambos casos favorable a la posición que asume la accionada.

La ley 26.682 que contiene el marco regulatorio de la medicina prepaga, en su artículo 9 dispone que: “ARTICULO 9º — Rescisión. Los usuarios pueden rescindir en cualquier momento el contrato celebrado, sin limitación y sin penalidad alguna, debiendo notificar fehacientemente esta decisión a la otra parte con treinta (30) días de anticipación. Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada. En caso de falta de pago, transcurrido el término impago establecido y previo a la rescisión, los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley deben comunicar en forma fehaciente al usuario la constitución en mora intimando a la regularización dentro del término de diez (10) días. (El resaltado me pertenece).

Sin embargo, de las constancias obrantes en la causa puede concluirse que el contrato suscripto por las partes se encontraba plenamente vigente al momento de la solicitud del tratamiento de fertilización asistida.

En el punto concuerdo con el a quo en cuanto a que en este caso no solo no es la actora quien debe accionar en un juicio de conocimiento para demostrar su buena fe en la contratación, sino que además de la prueba incorporada no surge una falsificación de la declaración jurada, por el contrario, existen dos declaraciones juradas incorporadas, una por la actora y otra por la demandada que no son coincidentes.

En ese escenario, la invocación del art. 9 ley 26.982 y 9 del decreto reglamentario 1993/2011 para la baja de la afiliación de la actora, sin expresar nada en forma fundada y categórica que acredite que la actora conocía su preexistencia, no tiene la entidad que la apelante pretende otorgarle, puesto que el presupuesto fáctico que el artículo presupone, no se da en el caso, o al menos no pudo ser acreditado.

Más aún, no existiendo el contexto presupuesto por la norma, es la prestadora del servicio de salud quien debe acreditar que el usuario no actuó de buena fe en los

términos del CCyC.

La jurisprudencia tiene dicho que la empresa no debe proceder a dar de baja a un paciente argumentando que ocultó o falseó datos en la solicitud de ingreso y declaración jurada, cuando se verifica que la conducta del reclamante no ha sido dolosa ni culposa al desconocer su dolencia en el momento de su ingreso (CNCom., sala B, 14/11/1996, Rodríguez Barone, N v. Medicus SA s/ ordinario).

De tal modo, es la accionada quien debe acreditar el eventual ocultamiento doloso que le permita sostener en derecho una decisión tan extrema como es la exclusión y el desamparo de su afiliado.

Más aun, la demandada tuvo oportunidad de probar que la declaración jurada por ella presentada era veraz y sin embargo desistió de la prueba, no solo en este proceso sino también en el proceso de amparo oportunamente resuelto.

En el punto, el propio STJRN en la oportunidad de analizar la acción de amparo, expuso que: “Adviértase, en tal sentido, que al evacuar el informe (fs. 33/59) SWISS MEDICAL S.A. propuso la designación de un perito calígrafo en caso de desconocimiento de las firmas en cuestión (aún cuando errara el nombre de la persona que debería ser citada a tales efectos); pero luego consintió el auto de fs. 79 que omitió proveer dicho pedido de conformidad, e hizo lo propio con el llamado de autos para sentencia de fs. 85 y el posterior de fs. 99; circunstancias éstas que obstan a la procedencia del recurso incoado, en tanto se encuentra cerrado el debate sobre el punto controvertido sin que se haya acreditado el presupuesto de hecho de la defensa planteada...”(Voto Dr. Ricardo A. Aparian).

Luego, en los presentes actuados la demandada solicitó la intervención de perito calígrafo (punto VIII. 5 de la contestación de demanda) a raíz del desconocimiento por parte de la actora de las firmas consignadas en la declaración jurada

Resulta relevante recordar que la demandada delega la guarda de la documentación original en la empresa Administradora de Archivos S.A. (ADEA), sito en la calle Roque Saenz Peña 832, 2º Piso, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), la cual informó en fecha 09/09/2022 lo siguiente: ”Se hace saber que la documentación original requerida fue pedida y retirada en consulta por el cliente (Swiss Medical SA), el día 11/06/2019 y a la fecha no retorno a ADEA administradora de archivos SA. En

consecuencia, no es posible remitir la documentación original solicitada”.

En 27/04/2023 (E0016) la demandada expresa “Que ante el extravío de la documental requerida, y siguiendo expresas instrucciones de mi mandante vengo a desistir de la prueba pericial Caligráfica y Contable”.

De acuerdo a lo transcrito puede observarse que la prueba fundamental sobre la cual la demandada estructuraba su justificación para la rescisión del vínculo contractual no pudo ser llevada a cabo por su expresa responsabilidad, ello como consecuencia de la pérdida de la documentación, en poder de la demandada.

Es decir que no pudo probar los extremos que planteaba, y así tampoco el supuesto contemplado en el citado art. 9 del marco regulatorio de medicina prepaga y su reglamentación.

Por tanto, debe concluirse que el vínculo contractual se encontraba plenamente vigente, y que la resolución por parte de Swiss Medical fue ilegítima.

De tal modo, el agravio debe ser rechazado.

**VI.2.** El segundo agravio hace foco en el principio de interpretación más favorable al consumidor, y la doctrina de la carga dinámica de las pruebas.

Parte de sostener que el citado principio solo resulta de aplicación en caso de duda, pero no siendo el caso su aplicación conlleva la asunción de riesgos por parte de la empresa que no tiene contemplados.

Sin embargo, el presente agravio no se encuentra aislado del análisis supra desarrollado, pues la accionada parte de sostener que hay una declaración jurada que contiene errores, intencionales, lo cual como se analizará no ha sido probado.

Entonces, no siendo el escenario el propuesto por la accionada, se debe tener en consideración que la apreciación de las cláusulas y prerrogativas insertas en un contrato de medicina prepaga o en el reglamento debe efectuarse conforme a los principios del derecho del consumidor, y en caso de duda, decidir lo más favorable para éste, máxime cuando se trate de la rescisión del acuerdo que tiene por efecto la baja de la cobertura sanitaria.

En las relaciones de consumo que caen bajo la órbita normativa de la Ley 24.240

(reformada por Ley 26.361), el art. 53 impone a los proveedores la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder en orden a las características del bien o servicio y les agrega el deber de prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio. De allí que en todo procedimiento en donde esté en juego una relación de consumo, rige en toda su dimensión el principio de la "carga dinámica" en materia probatoria.

Las negativas genéricas y/o particulares fundadas en el aforismo de que quien alega debe probar, en el caso no resultan de recibo; por el contrario, estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión. El proveedor tiene una obligación legal que consiste en colaborar con el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal, con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor. (Cf. Junyent Bas, Francisco - Del Cerro, Candelaria, Aspectos procesales en la ley de defensa del consumidor, LA LEY 2010-C, 1281; SCBA, "G., A. C. c/ Pasema S.A. y otros s/Daños y perjuicios", del 1.05.2015).

En tal orden de ideas, no solo por encontrarse en mejores condiciones de hacerlo, sino también porque la legislación vigente le impone un rol activo, tanto en el aporte como en la producción de aquellas pruebas que se encuentren dentro de su alcance, que ayuden a esclarecer la controversia, la demandada no puede válidamente escudarse en una mera negativa genérica de los hechos denunciados por la actora. (36146-J5-12 - COLIÑIR, ANAHI FLAVIA C/ LA CAMPAGNOLA SACI-GRUPO ARCOR S / ORDINARIO S/ CASACION).

De tal modo, nuevamente el rechazo del agravio se impone.

**VI.3.** Por último, la parte apelante se agravia por la aplicación por parte del a quo cuanto como principio protectorio el derecho a la salud.

Ahora bien, basta con observar los actuados para entender que efectivamente se encuentra comprometido dicho derecho.

La doctrina incluye el derecho a la salud dentro del catálogo de los derechos de la personalidad, o sea aquellos "destinados a proteger el reconocimiento, la integridad y el libre desenvolvimiento de la personalidad humana, tanto en su aspecto físico, como en

el moral o intelectual." (SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. 4ª Edición. Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires 1.928, página 37 in fine).

La propia ley 26.862 en sus considerádoos expresa que prevalece, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (art.75, inc 22 CN), los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud. El derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la ley 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana.

A mayor abundamiento, no puede omitirse repasar que el propio artículo 10 de la ley 26.682 -marco regulatorio de la medicina prepaga-, dispone que: “ARTICULO 10. — Carencias y Declaración Jurada. Los contratos entre los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley y los usuarios no pueden incluir períodos de carencia o espera para todas aquellas prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio. Las otras modalidades prestacionales y los tiempos previstos en el contrato como período de carencia deben estar suficientemente explicitados en el contrato y aprobados por la Autoridad de Aplicación. Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación. (El resaltado me pertenece).

Y, la ley 26.862 que regula el “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida...”, dispone en su artículo 8 en cuanto regula la cobertura no solo que no se considerará como situación de preexistencia, en los términos del artículo 10 de la Ley N° 26.682, la condición de infertilidad o la imposibilidad de concebir un embarazo, sino que además quedan incluidos en el programa médico obligatorio (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8 de la Ley N° 26.862.

Todo ello da cuenta de que efectivamente el derecho a la salud se encuentra en juego en el caso.

Por último, el argumento en orden a sostener que el derecho a la salud no se encuentra en juego en tanto la actora pudo solventar la práctica en forma privada, claramente no resulta un argumento válido y de peso para la pretensión de autos, donde justamente la actora pretende recuperar, entre los rubros pretendidos, el dinero que tuvo que disponer para la práctica.

Lo expuesto conlleva también al rechazo del agravio.

Los restantes agravios se vinculan con los rubros que se declararan procedentes en la instancia de grado, como así también los intereses que han sido fijados para los mismos, veamos:

**VI.4. Daño Moral y el interés fijado.** Es cierto que tradicionalmente el resarcimiento del daño moral contractual es de interpretación restrictiva, a fin de no atender a reclamos que respondan a una excesiva susceptibilidad o carezcan de significativa trascendencia jurídica, debiendo quien lo invoca acreditar el perjuicio sufrido.

Ahora bien, la jurisprudencia más reciente se inclina por una posición más receptiva en cuanto a la procedencia de dicho daño, y pone el foco en la naturaleza del hecho dañoso, cuando éste por su magnitud, entidad y características, torne razonable presumir que repercutirá negativamente sobre el ánimo de cualquier persona promedio.

Además, la procedencia del daño extrapatrimonial (o daño moral) en casos de responsabilidad contractual ha sido reconocida, especialmente en situaciones donde el incumplimiento contractual afecta derechos personalísimos o genera perjuicios espirituales.

En el punto, este Tribunal tiene dicho que “VI.2. Daño moral. En punto al agravio por daño moral, adelanto que corresponde receptar el rubro. No soslayo que en el ámbito contractual el daño moral es de interpretación restrictiva, quedando a cargo de quien invoca la acreditación precisa del perjuicio que alega haber sufrido (Cf. Art. 522 C.C.) Sin embargo desde hace unos años la jurisprudencia se inclina hacia una posición más favorable en el sentido de admitir este rubro cuando la índole del hecho generador de responsabilidad y las circunstancias del caso evidencien su existencia, máxime en el

ámbito de los derechos del consumidor. En ese sentido se ha dicho que: "bien en materia contractual el daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, para no caer en una susceptibilidad excesiva o reclamos banales, este criterio debe ser morigerado tratándose de una relación de consumo, ya que el ordenamiento consumeril debe ser interpretado de modo tal que no desvirtúen los derechos y garantía consagrados en favor del consumidor y el usuario por el art. 42, Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial y la Ley 24240 (...) Su cuantificación debe guardar relación con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso." (Cf. Autos: López, Lucas Alberto vs. Altinium S.A. s. Cumplimiento de contratos civiles/comerciales. C 2ª CC Sala II, La Plata, Buenos Aires; 07/04/2020; Rubinzal Online; 126946; RC J 1633/20.) También se expuso que: "En materia contractual, puede reputarse como definitivamente superado el criterio de que el daño moral contractual solo puede existir en la hipótesis de incumplimiento intencional, (cfr. Llambias, J. J., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", Buenos Aires, 1973, t. I, p. 353, n° 270 bis); por el contrario, la referencia del Cciv: 522 a "... la índole del hecho generador de la responsabilidad..." no tiene el significado de restringir la indemnización al supuesto de una conducta dolosa del deudor, tal como lo ha explicado la doctrina mayoritaria; de ahí que sea indemnizable cualquiera sea el factor de atribución aplicable (cfr. Mosset Iturraspe, J., "Responsabilidad por daños - El daño moral", Buenos Aires, 1985, t. IV, ps. 118/119, n° 45; Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", Buenos Aires, 1979, t. 2, p. 730, n° 1; Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 2006, t. 2-A, p. 229; Pizarro, R., y Vallespinos, C., "Instituciones de derecho privado Obligaciones 2, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 684, n° 547; Zannoni, E., "El daño en la responsabilidad civil", Buenos Aires, 1982, ps. 257/258; etc.).(Cf. Autos: Rivero Potes, Oscar Alberto y otro vs. Tiesqui, Ana Cristina y otro s. Ordinario. CNCom Sala D; 30/04/2009; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 16807/09). (Cf. A-3BA-424-C2013 - BOTBOL, ARIEL Y OTROS C/ DELTA AIRLINES INC. ARGENTINA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS)

En el caso no hay dudas de que se encuentra afectada la esfera personal o espiritual de la actora. No cabe duda que la falta de cobertura de la actora para su tratamiento, cuando se encontraba vigente el vínculo contractual, afectó su espíritu y su tranquilidad.

Por ello la suspensión de la cobertura médica, con la consecuente rescisión del vínculo contractual, alegando la falsedad de la declaración (extremo que no ha sido probado), en el momento que la actora había solicitado la cobertura para realizar un tratamiento médico al cual accedió por medios propios, es presumible que haya generado un menoscabo en el ánimo, un estado de angustia e incertidumbre que califica fácilmente como daño moral.

No puede dejarse de lado, tal como lo señalara el a quo, que la índole de la prestación médica en cuestión no fue cualquier prestación ordinaria, sino de aquella vinculada con la cobertura de un tratamiento de fertilidad, que de por sí sola contiene una carga emotiva que con razonabilidad permite concluir que, en el contexto de esa prestación, el incumplimiento habido, pudo lógicamente provocar el daño indemnizado.

Por lo expuesto la confirmación del rubro se impone.

Por cuestiones metodológicas, considero apropiado tratar el agravio respecto del interés al daño moral, en este apartado.

El quejoso expresa que al establecer que el monto del daño moral se encuentra actualizado a la fecha de la sentencia, resulta improcedente la aplicación de intereses.

Sin embargo en el punto basta con recordar que existe una doctrina legal obligatoria, que justamente determina que se deberá aplicar desde la fecha del hecho generador de la responsabilidad y hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, donde se cuantifica el rubro, una tasa pura del 8% y a partir de entonces y hasta su pago, la tasa legal que corresponda conforme la doctrina dispuesta por el STJRN para cada período.

Así el máximo Tribunal Provincial ha expresado que: "Cuando las sumas de condena representan obligaciones de valor cuantificadas al momento de la sentencia, no existe ningún impedimento de aplicar a las mismas una tasa pura de interés, desde el momento en que el perjuicio se produjo y hasta la fecha de la sentencia de Primera Instancia; ya que la misma está destinada a retribuir el uso del capital". (STJRN S1 - Se. 100/16 "Torres"; Se. 89/17 "Garrido"; Se. 04/18 "Tambone"). Asimismo que: "La tasa de interés puro del 8% anual pudo ser aplicada a una deuda de valor para el período comprendido entre la mora y la fecha de la sentencia siempre y cuando el monto de la indemnización hubiere tenido en cuenta los valores de reposición vigentes a la época de

su dictado” (STJRN S1, Se. del 06-07-2021).

Dicha postura, dado su condición de doctrina obligatoria (art. 42 Ley 5190) ha sido sostenida por ésta Cámara en sus precedentes (in re: “Tartaglia c. Club Los Pehuenes”; “Kissner c. Microomnibus Tres de Mayo”; “Galván c. Llancanao”, entre muchos otros) y lo propio corresponde a los jueces de primera instancia.

Por tanto, el agravio en el punto tampoco puede prosperar.

**VI.5. Daño punitivo y la determinación de su interés.** La multa civil ha sido considerada por la doctrina generalizada como una condenación adicional a la estrictamente resarcitoria, que se impone al dañador con carácter esencialmente sancionatorio y disuasivo, autónoma de la indemnización, cuya cuantificación y destino debe resultar de la ley, respetando los principios de razonabilidad y legalidad, y que rige en caso de daños graves. Asimismo posee una innegable función disuasiva del actuar desaprensivo de los proveedores, en el sentido del artículo 2 de la ley de defensa del consumidor y que consiste en una suma de dinero otorgada a favor del damnificado independiente de la indemnización por sobre el daño sufrido.

Su finalidad es sancionar al incumplidor, para disuadirlo de continuar con la misma conducta o con conductas similares y también se orienta con una finalidad de prevención general para disuadir a otros proveedores respecto de la práctica de dichas conductas. Es exigencia conforme consenso doctrinario y jurisprudencial casi unánime, que debe detectarse en el proveedor una conducta de culpa grave (dolo eventual) o dolosa (Cf. Lorenzetti, Ricardo Consumidores Ed. Rubinzal Culzoni, 2009, p. 563).

Por su parte, el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 modificada por la ley 25.361 (B.O. 07/04/08) incorporó la figura del daño punitivo en estos términos “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. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inc b) de esta ley”.

En el caso, no puede dejar de recordarse que se llegó a esta instancia por la falta de pago por parte de la demandada de las erogaciones en las que incurrió la actora para

solventar el tratamiento que debió haber sido cubierto por la accionada Swiss Medical, quien además no probó ni en la acción de amparo antes citada, ni en el presente expediente, su plataforma fáctica que sustentaba toda su argumentación, como lo era la veracidad de la declaración inicial de enfermedades persistentes, en contraposición a la sostenida como presentada por la actora, lógicamente disímiles.

La actora se vio obligada a iniciar una acción de amparo, en la cual la demandada solicitó pericia caligráfica para luego, por su exclusiva responsabilidad, perder la oportunidad de producir dicha prueba. Con posterioridad la actora solicitó por vía administrativa el reintegro de los gastos, instancia a la que no se llegó a un acuerdo, para luego dar inicio al proceso de mediación, sin resultados.

Una vez iniciado el presente -noviembre de 2020-, la demandada nuevamente incorpora una declaración jurada por la cual solicita pericial caligráfica, para luego desistir, no debe perderse de vista (tal como se dijo anteriormente) que dicha documentación estaba en poder de la accionada desde 11/06/2019, según lo informado por ADEA.

Obsérvese que la demandada nunca inició proceso de conocimiento para resolver el contrato y demostrar la mala fe de la actora, por ello es claro que Swiss Medical debió reintegrar los gastos en los que incurrió la actora pero nada de ello sucedió, al contrario persiste en su postura.

Es decir que el actuar de la entidad fue notoriamente desaprensivo y desentendido del planteo realizado por la actora como lo sostiene el sentenciante.

Por los motivos expuestos se impone rechazar el agravio respecto del daño punitivo y consecuentemente confirmar el decisorio.

Ahora bien, respecto de los intereses al daño punitivo entiendo que corresponde receptor el agravio por cuanto los mismos resultan de improcedente aplicación a la multa civil.

La controversia de este agravio radica en la aplicación de intereses al rubro daño punitivo desde 29/01/2019, momento en que la actora solicitó la autorización del procedimiento de fertilización asistida de alta complejidad, hasta la fecha de la sentencia.

Ahora bien, en razón de que el daño punitivo es un instituto de tipo disuasorio y

sancionatorio, pero no resarcitorio, es improcedente aplicar intereses al monto condenado en concepto de multa civil. En todo caso, los intereses se devengarán en forma posterior a su determinación en el supuesto de incumplimiento de la condena en el plazo asignado para su efectivización por parte del condenado.

El decisorio que impone la multa es de indudable carácter constitutivo del derecho del consumidor por lo tanto es a partir de allí desde cuándo se deberán computar intereses (Fallo STJ 24949/16 Guiretti, Denise Mariana c/ Guspamar SA y Otros s/ sumarísimo s/ Casación).

Por lo tanto, corresponde hacer lugar al recurso de apelación en este punto, y por ello modificar la sentencia de grado y establecer que los intereses solo correrán desde el vencimiento del plazo dispuesto por la sentencia para el cumplimiento de la condena, y hasta su efectivo pago, a la tasas legales fijadas por la doctrina del Superior Tribunal de Justicia para los distintos períodos.

**VII. Costas:** Imponer las costas de la segunda instancia, a la vencida. (art. 62 CPCC).

**VIII. Por lo expuesto y de ser compartido mi criterio, propongo:**

PRIMERO: Rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia de primera instancia, con excepción de lo referente a los intereses al daño punitivo, conforme el tratamiento realizado para el rubro.

SEGUNDO: Costas: Imponer las costas de segunda instancia a la accionada vencida (art. 62 CPCC).

TERCERO: Regular los honorarios del Dr. OJEDA GONZALO NICOLAS, Abogado de la actora, en el 25% de lo regulado en favor de todos los letrados que actuaron por la misma parte por las labores de primera instancia, y los del Dr. MIGUEL E. COLOMBRES, abogado de la parte demandada, en el 25 % de lo regulado en favor de todos los letrados que actuaron por la misma parte por las labores de primera instancia.

CUARTO: Protocolizar y notificar la presente a través del sistema informático de gestión judicial (artículos 120 y 138, Leyes 5777 y 5780).

QUINTO: Devolver oportunamente las actuaciones.

**A la misma cuestión, el Dr. RIAT dijo:**

Por compartir lo sustancial de sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. Corsiglia.

**A igual cuestión, la Dra. PAJARO dijo:**

Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 242 del CPCC).

**Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, de Minería y Contencioso Administrativa,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia de primera instancia, con excepción de lo referente a los intereses al daño punitivo, conforme el tratamiento realizado para el rubro.

**SEGUNDO:** Costas: Imponer las costas de segunda instancia a la accionada vencida (art. 62 CPCC).

**TERCERO:** Regular los honorarios del Dr. OJEDA GONZALO NICOLAS, Abogado de la actora, en el 25% de lo regulado en favor de todos los letrados que actuaron por la misma parte por las labores de primera instancia, y los del Dr. MIGUEL E. COLOMBRES, abogado de la parte demandada, en el 25 % de lo regulado en favor de todos los letrados que actuaron por la misma parte por las labores de primera instancia.

**CUARTO:** Protocolizar y notificar la presente a través del sistema informático de gestión judicial (artículos 120 y 138, Leyes 5777 y 5780).

**QUINTO:** Devolver oportunamente las actuaciones.