

CAUSA N° CH-00075-C-2022

Choele Choel, 13 de mayo de 2025.

**AUTOS Y VISTOS:** Para resolver en estos autos caratulados: "**GAMBINO ANDRES FERNANDO C/ ACA SALUD COOPERATIVA DE PRESTACION DE SERVICIOS MEDICO ASISTENCIALES LIMITADA S/ SUMARÍSIMO - DAÑOS Y PERJUICIOS**", EXPTE. N° CH-00075-C-2022, de los que,

**RESULTA:** Que en fecha 10/08/2022 adjunta documental y se presenta el Señor Andrés Fernando Gambino, por su propio derecho y en representación de su hija Delfina Gambino Gerber, con el Patrocinio Letrado del Doctor José Luis Darriba, iniciando demanda sumarísima en los términos del Art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor contra la empresa de medicina prepaga AVALIAN -Cooperativa de Prestación de Servicios Médico Asistenciales Limitada- por incumplimiento contractual e indemnización de daños y perjuicios.

En tal sentido, solicita se condene a la demandada a reparar los daños ocasionados debiendo pagar una indemnización que asciende a la suma de \$2.160.000 y/o lo que en más o menos surja conforme a la prueba que resulte de autos, más los intereses calculados hasta el efectivo pago, con costas a su cargo.

Manifiesta que con la demandada de autos lo vincula una relación de consumo, en los términos del Art. 3 LDC, en virtud de ser titular junto a su hija Delfina de la cobertura de salud que aquella brinda, ubicándose así en el carácter de consumidores de acuerdo surge del Art 1 LDC y la prepaga como prestadora de un servicio de salud se ubica en el Art. 2 LDC.

Dice que en fecha 23/08/2021 envió a su obra social una solicitud de internación y presupuesto para una cirugía en el oído derecho (para el día 31/08/2021) a la que debía someterse su hija, a fin de que le brinde la cobertura correspondiente.

Continúa diciendo que frente a ello, AVALIAN le informa que el presupuesto está mal ya que figura la colocación de una prótesis; por lo que puso en conocimiento al médico tratante a fin de que lo modifique. Cumplido ello, presentó nuevamente el presupuesto a su obra social junto con el informe de la tomografía realizada a Delfina.

Refiere que el día 25/08/2021 AVALIAN solicita la historia clínica completa de su hija, lo que cumplió en debida forma, y presumiendo que todo estaba conforme a lo solicitado desde esa fecha y hasta el día anterior a la cirugía no volvió a comunicarse con su prepaga.

Indica que llegado el día 30/08/2021 atento a no tener una respuesta respecto de la autorización de la cirugía que debía realizarse su hija al día siguiente, intentó comunicarse con la filial de General Roca, mediante llamadas telefónicas y correos electrónicos, pero no obtuvo respuestas.

Dice que finalmente pudo comunicarse con la filial de Bahía Blanca, que cerca de las 17:00 hs le envió la autorización de la cirugía vía e-mail; mientras que al mismo tiempo haciendo las gestiones pertinentes desde la oficina de Rio Colorado le consiguieron las otras dos autorizaciones que faltaban.

Sigue diciendo que envió toda la documentación al médico tratante, y éste le informó que la obra social solo autorizó dos códigos de los cuatro pedidos y que en caso de no autorizar los dos restantes debía abonar la suma de \$100.000.

Relata que siendo las 18:00 hs. del día 30/08/2021 intentó comunicarse incansablemente con las filiales de Bahía Blanca y General Roca, pero fue imposible ya que solo atendían hasta las 17:00 hs. Finalmente logró comunicarse al 0810 publicado en la página web de AVALIAN, y allí le informaron que al día siguiente le darían una solución.

Afirma que el día de la cirugía llevó a Delfina al Hospital Italiano de Bahía Blanca y mientras la intervenían cerca de las 08:00 hs. se dirigió a la Filial de la Ciudad a fin de solicitar una solución frente a las autorizaciones que faltaban; recibiendo argumentaciones que nunca antes le habían manifestado.

Sostiene que durante la mañana se comunicó por teléfono con la filial de Bahía Blanca donde le explicaron que se comunicarían con la auditora y lo llamarían al mediodía; pero como eso no ocurrió, a las 13:00 hs. aproximadamente, se dirigió nuevamente a la filial y allí le informaron que no recibieron respuestas de la auditoría.

Manifiesta que pasaron los días y sin tener novedades intentó comunicarse en varias oportunidades a General Roca y a Bahía Blanca, mediante llamadas telefónicas y vía WhatsApp, sin recibir una sola

respuesta.

Indica que el día 09/09/2021 le informaron desde la filial de General Roca que el presupuesto había sido rechazado, por lo que debía abonar los \$160.000 en concepto de honorarios médicos.

Afirma que la situación descripta lo llevó a tener que afrontar gastos y honorarios médicos que no tenía por qué soportar, ya que deberían ser absorbidos por AVALIAN; lo que le generó sentirse abandonado, maltratado y sometido a un desgastante sistema que busca el cansancio y provoca angustia en situaciones como la aquí relatada.

Refiere que la prestación médica solicitada quedó incorporada en el Programa Médico Obligatorio, y por tanto todas las obras sociales y asociaciones de obras sociales del Sistema Nacional incluidas en la Ley 23.660 y las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga, deberán incluir los tratamientos médicos y todas las prácticas que sean necesarios para la patología que padecía Delfina.

Destaca que el derecho a la salud se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a la vida digna, por lo que en su concepto más extenso significa el derecho a gozar de una mejor calidad de vida.

Refiere que frente al reclamo realizado en Cejume a fin de obtener la devolución del dinero abonado, la demandada ha mantenido una postura distante y solo ha ofrecido la suma irrisoria de \$50.000, que no fue aceptada.

Considera que la prepaga ha incumplido con sus obligaciones contractuales y legales por lo que debe indemnizar los daños que le ha causado.

Reclama los rubros de: daño emergente y daño punitivo.

Funda en derecho, ofrece prueba y peticiona.

En fecha 12/08/2022 se dispone correr vista al Fiscal en Jefe.

En fecha 06/09/2022 el Fiscal en Jefe contesta la vista expidiéndose respecto de la competencia de esta Judicatura.

En fecha 13/09/2022 se tiene por contestada a vista del Fiscal.

Asimismo, se tiene por presentado Señor Andrés Fernando Gambino, por su propio derecho y en representación de su hija Delfina Gambino Gerber, parte, con patrocinio letrado y por constituido domicilio procesal.

Se la prueba documental acompañada y se tiene por ofrecida la restante.

Se asigna el trámite de las normas del proceso sumarísimo en los términos del art. 53 de LDC, y se corre el traslado de la demanda

En fecha 11/05/2023 adjunta documental y se presenta la Doctora Marcela Adriana Saitta, en carácter de Letrada Apoderada de AVALIAN/ACA SALUD COOPERATIVA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MEDICO ASISTENCIALES LTDA, contestando la demanda incoada en su contra, cuyo total rechazo solicita con costas.

Niega, desconoce e impugna la documental aportada por la actora.

Seguidamente y de conformidad con lo dispuesto por el Art. 356 del CPCC niega todos y cada uno de los hechos invocados en el escrito de demanda que no sean objeto de un expreso reconocimiento de esa contestación.

En particular niega que en fecha 23/08/2021 su mandante hubiere recibido Solicitud de internación para el día 31/08/2021; que la empresa de medicina prepaga AVALIAN hubiere notificado que el presupuesto presentado estaba mal; que AVALIAN no se hubiere comunicado con el asociado entre los días 25/08/2021 y 30/08/2021; que las filiales de Bahía Banca y General Roca no hubieren contestado el teléfono ni correo electrónico del asociado en fecha 30/08/2021; que la filial de Bahía Blanca hubiere enviado la autorización de cirugía por correo electrónico en fecha 30/08/2021; que AVALIAN hubiere autorizado dos códigos para cirugía; que el asociado le hubiere informado a su mandante que si no autorizaban los cuatro códigos él debía abonar la suma de \$100.000 por la cirugía de su hija; que su mandante no hubiere dado respuesta a ningún reclamo del asociado, por diferentes medios y en diferentes sedes; que el asociado hubiere tenido que afrontar gastos y honorarios médicos; que la filial de General Roca le hubiere informado al asociado en fecha 09/09/2021 que el presupuesto de cirugía había sido rechazado; que su mandante se hubiere desatendido de sus obligaciones contractuales y que ello ocasionare su responsabilidad de indemnizar supuestos daños y perjuicios; entre otras negativas.

Manifiesta que el día 23/08/2021 el accionante solicitó a su mandante AVALIAN la cobertura de la cirugía a la que debía someterse su hija: “*timpanoplastia, mastoidectomía, cirugía 2da y 3ra porc nervio facial, incisión y drenaje de aurícula sutura del pabellón auricular (códigos: 030202+030207+030211+030105) cirugía por video...*”; y frente a ello, la prepaga en fecha 30/08/2021 informó a Gambino que se encontraba autorizada la cirugía requerida para su hija Delfina Gambino Gerber.

Refiere que luego de un arduo examen de las resonancias y estudios de imágenes aportados por la actora, llevado a cabo por la Auditoría Médica de AVALIAN, se arribó a la conclusión que de no se observaban comprometidas las estructuras para autorizar los cuatro códigos objeto de esta litis, correspondiendo únicamente para el diagnóstico y cirugía en cuestión la autorización de dos códigos, los referidos referidos a la "Timpanoplastia + Mastoidectomia", no encontrándose justificación médica para la autorización de los restantes códigos.

Dice que su mandante puso a disposición del actor un prestador idóneo, con profesionales capacitados para resolver la patología de su hija y llevar a cabo la cirugía; por lo que es inaceptable que le adjudique el desamparo y el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Impugna los rubros reclamados. Funda en derecho, ofrece prueba y peticiona.

En fecha 23/05/2023 se tiene por presentado, parte, en el carácter invocado y con domicilio procesal constituido.

Por contestado traslado en tiempo y forma.

Por ofrecida prueba.

De la documental acompañada, se dispone conferir traslado.

En fecha 28/08/2023 se fija Audiencia Preliminar en los términos del Art. 361 del CPCC.

En fecha 21/09/2023 se celebra Audiencia Preliminar. Se provee la prueba ofrecida por las partes.

En fecha 16/04/2024 se agrega informe del Hospital Italiano Regional del Sur de

Bahía Blanca.

En fecha 20/09/2024 se agrega informe del médico tratante Doctor Vinent Gastón.

En fecha 14/11/2024 se celebra Audiencia de Prueba de conformidad con lo previsto en el Art. 368 CPCC, en la que se recibe declaración testimonial a Raúl Alberto Gambino y Agustín Alberto Gambino.

En fecha 09/12/2024 se certifica la prueba producida por secretaría, se declara clausurado el período probatorio. Se ponen autos a disposición de las partes para alegar.

En fecha 04/04/2025 pasan los autos para dictar Sentencia.

**CONSIDERANDO: I.-** Que han sido puestas las presentes actuaciones a despacho de la suscripta a efectos de dictar Sentencia Definitiva que dirima la controversia ventilada por las partes, que versa sobre una relación de consumo en los términos de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante LDC); conforme surge detalladamente de un pormenorizado relato de los hechos realizado en las resultas de este decisorio.

Ello es así, ya que conforme surge de los escritos postulatorios de las partes se desprende que el Señor Andrés Fernando Gambino y su hija Delfina Gambino Gerber son titulares de la cobertura de salud brindada por la empresa de medicina prepaga AVALIAN.

Conforme surge de los términos de las Leyes 23.660 y 23.661, y el DNU 70/2023, las obras sociales y las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga, deben prestar un servicio de salud adecuado a sus afiliados, por lo que son responsables de garantizar el cuidado, la integridad y la salud de sus afiliados y beneficiarios, constituyendo ello su objeto principal.

El derecho a la salud se encuentra expresamente consagrado en el Artículo 42 de la Constitución Nacional, según el cual los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho a la protección de su salud, siendo reconocido tal derecho por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que gozan de jerarquía constitucional, por imperio de lo normado en el Artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

Dichos instrumentos reconocen el derecho que tiene toda persona a que se le garantice un nivel de vida adecuado; al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; y a que se le asegure a ella y su familia, entre otros, la salud y el bienestar, la asistencia médica, y el acceso a los servicios sociales necesarios.

En este orden de ideas, el pleno ejercicio de este derecho a la salud exige, entre otros aspectos, que se faciliten las condiciones, para el acceso efectivo al sistema de salud, en caso de enfermedades; y que, por ende, los afiliados puedan recibir la atención adecuada, para tratar las dolencias que padecen, debiendo ésta ser acorde con las prestaciones que están reconocidas y garantizadas por la ley.

Es claro, por tanto, que las obras sociales aparecen como entes aptos y apropiados para ejercer acciones que permitan proteger los derechos constitucionales a la salud y la integridad física y jurídica de sus afiliados y beneficiarios, y, como derivación, el derecho a la vida.

Por lo expuesto, el afiliado o beneficiario de una obra social o empresa de medicina prepaga posee el status de un consumidor, desde el momento que se trata de una persona que utiliza los servicios de salud, en beneficio propio o de su grupo familiar, para satisfacer necesidades vinculadas con la protección y resguardo de un derecho fundamental. (Cfrme. Art. 1 LCD).

Y por su parte, la obra social o empresa de medicina prepaga aparece como el organismo encargado de prestar los servicios destinados a la satisfacción de esas necesidades de los usuarios de los servicios de salud. Presentando así el carácter de una proveedora de los servicios que utiliza el afiliado (Cfrme. Art. 2 LDC).

Por lo que, entre el afiliado y la prestadora del servicio de salud se entabla una relación que fue receptada por el Art. 42 de la CN y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y además por Arts. 1092 del CCyC y los Srts. 1, 2 y 3 de la LDC, primando el orden público.

**II.-** Delimitado el marco normativo aplicable al caso, resulta pertinente realizar una breve reseña de las posturas esgrimidas por las partes

Así, se tiene que la parte actora considera que la demandada ha incumplido con

sus obligaciones legales y contractuales, al no haber brindado la cobertura total de la cirugía a la que debió someterse su hija y que de acuerdo al Programa Médico Obligatorio debía cubrir.

Afirma que se sintió desatendido y desamparado por la prestadora del servicio de salud, ya que incansablemente trató de comunicarse por distintos medios a las diferentes filiales -Bahía Blanca, General Roca y Río Colorado- para obtener respuestas en cuanto a las autorizaciones y cobertura de la cirugía, sin éxito, por lo que tuvo que afrontar los gastos y honorarios médicos no previstos.

A su turno, la demandada considera que no cabe la responsabilidad que le endilga el actor, ya que frente a la patología de su hija le puso un prestador idóneo a disposición para llevar a cabo la cirugía, por lo que nunca lo desamparó. Asimismo, refiere que informó al actor que la cirugía se encontraba autorizada y que fue la Auditoría Médica la que solo aprobó los códigos referidos a la "Timpanoplastia + Mastoidectomía" y entendió que no existía justificación médica para la autorización de los restantes códigos (Cirugía 2da y 3ra porc nervio facial e Incisión y drenaje de aurícula Sutura del pabellón auricular).

**III.-** Expuestas las posturas de las partes in extenso en las resultas del éste pronunciamiento y conforme ha quedado trabada la litis, corresponde ahora analizar la prueba producida a fin de evaluar si se configura en autos el incumplimiento contractual denunciado por el accionante y sobre el cual funda su reclamo.

En primer lugar, del análisis de la documental que acompaña la parte actora, tengo a la vista la Solicitud de internación de fecha 23/08/2021 suscripta por el médico tratante de Delfina, Doctor Gastón Vinent.

Allí se detalla la patología de la paciente, la que transcribo a continuación: *"Gambino Delfina. Paciente que presenta otitis media crónica en oído derecho, que no mejora con medicación habitual ... Es necesario realizar cirugía otológica de alta complejidad para revisión del oído medio e intentar solución de su patología"*.

Junto con ello, acompaña la orden médica prescripta por Vinent para presentar en la prepaga, que reza lo siguiente: *"Solicito internación para cirugía el día 31/08/2021 a*

las 7:30 hs. en el Hospital Italiano. Código: 030202+030207+030211+030105.  
Diagnostico: *Otitis media crónica con posible colesteatoma oído derecho*".

Asimismo, adjunta el presupuesto para la cirugía en la que se consignan los datos de la paciente y su obra social, su diagnóstico y la práctica quirúrgica a realizar: *"Intervención: Timpanoplastia, Mastoidectomia, Cirugía 2da y 3ra porc nervio facial, Incisión y drenaje de aurícula, Sutura del pabellón auricular (Códigos: 030202+030207+030211+030105) Cirugía por video. Diagnostico: Otitis media crónica posible colesteatoma oído derecho"*.

Allí se aclara que en concepto de honorarios médicos debe abonarse la suma de \$160.000, lo que incluye los honorarios del cirujano, de la ayudante y de la instrumentadora; así como también que dicho valor no incluye los honorarios del anestesista ni la internación.

Por último acompañó la factura de Afip N° 0002-00001459 de fecha 10/09/2021 por la suma de \$ 160.000 abonada.

Todo lo que surge de la documental *supra* referida, se encuentra corroborado con la prueba informativa producida en autos, y por medio de la cual el Hospital Italiano de Bahía Blanca, informa en fecha 16/04/2024 que el día 31/08/2021 a las 10:00hs. se realizó cirugía de oído derecho a la paciente Delfina Gambino Gerber, siendo el médico cirujano el Doctor Vinent Gastón; detallando la práctica realizada: *"Timpanoplastia, Mastoidectomia, Cirugía 2da y 3ra porc nervio facial, Incisión y drenaje de aurícula Sutura del pabellón auricular (Códigos: 030202+030207+030211+030105)"*.

A su vez, en dicho informe obra glosada la historia clínica de Delfina de la que surgen sus datos personales, su prestadora del servicio de salud -AVALIAN- y el consentimiento informado suscripto por la paciente, por su padre Andrés Gambino y por el médico cirujano Vinent.

Siguiendo con la prueba informativa que obra glosada en autos, tengo que en fecha 20/09/2024, previo envío de un oficio judicial al Doctor Vinent, se agregó un informe del que surge que él intervino quirúrgicamente a Delfina Gambino Gerber, DNI: 47471873, el día 31/08/2021 y que sus honorarios médicos ascendieron a la suma de \$160.000, los que fueron abonados por el Señor Andrés Fernando Gambino. Acompañó la factura N° 0002-00001459 que así lo acredita.

De manera que, conforme la prueba analizada, tengo acreditado que Delfina Gambino Gerber el día 31/08/2021 fue sometida a una cirugía de oído derecho - Timpanoplastia con Mastoidectomía, Cirugía 2da y 3ra porc nervio facial, Incisión y drenaje de aurícula Sutura del pabellón auricular-, siendo intervenida en el Hospital Italiano Regional del Sur de Bahía Blanca por el médico cirujano Gastón Vinent y que los honorarios de ese fueron abonados .

Ahora bien, el Señor Gambino achaca responsabilidad a la prepaga AVALIAN considerando que no ha cumplido con las obligaciones a su cargo en la prestación del servicio de salud que los une. En tanto afirma que la cirugía realizada a su hija debía ser cubierta en su totalidad por la demandada de acuerdo a lo que surge del Programa Médico Obligatorio; pero por el contrario solo aprobó dos códigos de los cuatro indicados por el médico obligándolo a afrontar gastos no previstos.

Como argumento de ello, acompañó la orden N° 392865 expedida por AVALIAN de la que surge la autorización de "*COD 030202 y 030207. TIMPANOPLASTIA+ MASTOIDECTOMIA*". Lo que también se evidencia del intercambio de correos electrónicos, adjuntos como documental.

Como dijera anteriormente, conforme surge del informe del Hospital italiano surge que efectivamente a Delfina se le realizaron las practicas correspondientes a los cuatro códigos indicados por su médico tratante: 030202 timpanoplastia; 030207 mastoidectomia; 030211 cirugía de segunda y tercera porciones de nervio facial; y 030105 incisión y drenaje de aurícula. Y tal como surge de la autorización de AVALIAN, la prepaga reconoció dos de ellos y el resto quedó a cargo del accionante de autos.

Ello se vio reforzado con las declaraciones testimoniales de los testigos propuestos. Así, el testigo Raúl Alberto Gambino, abuelo de la paciente, manifestó que su obra social no autorizó la operación y los honorarios médicos los tuvo que afrontar el padre de Delfina, lo que le generó estrés y preocupación porque mientras operaban a su hija él se encontraba peleando con la obra social.

En igual sentido declaró el deponente Agustín Alberto Gambino, quién refirió que su sobrina Delfina tenía problemas en un oído que fueron tratados en la Ciudad de Bahía Blanca a través de una operación que no fue cubierta por su obra social, por lo que tuvo que afrontar los gastos su padre.

Ahora bien, respecto a ello la demandada -al contestar demanda- manifestó que frente a la solicitud de cobertura de la cirugía se le informó a Gambino que se encontraba autorizada, pero que luego de un examen exhaustivo de los estudios que acompañó el actor, la Auditoria Medica llegó a la conclusión de que no se observaban comprometidas las estructuras para autorizar los códigos objeto de esta litis, correspondiendo únicamente para el diagnóstico y cirugía en cuestión la autorización de los códigos referidos a la "Timpanoplastia + Mastoidectomia".

Obsérvese que, no obstante ello, no ha producido prueba alguna a fin de acreditar los argumentos esbozados. En concreto no ha presentado en autos el informe de la Auditoria, que permitiera tomar conocimiento respecto a cómo llegó a la conclusión de aprobar solo dos códigos y cual fue el fundamento utilizado para rechazar los restantes.

Con lo expuesto, entiendo que AVALIAN no acreditó con prueba alguna cuales fueron los fundamentos para negar la cobertura de las prácticas médicas prescriptas y a la postre realizadas.

Por último he de recordar que por imperio del principio de las "cargas probatorias dinámicas" y el art. 53 de LDC, debe probar la parte que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, es decir el proveedor (conf. STJ SE.145/19 "COLIÑIR"), y en el caso de autos, recayendo sobre la demandada este especial deber de colaboración en el esclarecimiento del hecho litigioso, no ha arrojado prueba alguna que permitiera tener por acreditado los extremos que invoca en su defensa, en la especie, el informe que fundamenta la conclusión de la Auditoria Médica.

Por lo que, valorando las pruebas aportadas y teniendo como norte los principios protectorios del derecho del consumidor, y la falta de colaboración de la demandada en el esclarecimiento de la verdad de los hechos, se refuerza el relato de actora respecto de que la prepaga AVALIAN debía cubrir las practicas correspondientes a los cuatro códigos indicados por el Doctor Vinent, es decir, la totalidad de la intervención realizada a su hija Delfina.

Sumado a ello, sobre la base de las comunicaciones vía e-mail se observa que a 12 horas de ser intervenida su hija, el accionante toma conocimiento respecto de la

negativa de la prepaga a brindar la cobertura de toda la practica que debía realizarse. Lo que lo llevó, tal como lo relata en el escrito de demanda, a intentar comunicarse por diferentes medios -ya sea WhatsApp, e-mail, llamadas- a las diferentes filiales de la prepaga, en Rio Colorado, General Roca y Bahía Blanca, desde el momento en que recibe la negativa y mientras intervenían quirúrgicamente a su hija.

Por lo que, tal como lo afirma el actor, considero que se produce una violación al deber de brindar trato digno por parte de la prestadora del servicio de salud al usuario-consumidor, como surge claro del Art. 8 bis LDC.

En conclusión, considero que la demandada incumplió con los deberes a su cargo de trato digno (Arts. 4, 5, 8 bis LDC) frente a los reclamos del actor, y el principio de buena fe que debe imperar en toda relación contractual - Art. 9 y 961 del CCCN-, por lo que en función de la responsabilidad objetiva que emerge de la normativa consumeril citada, corresponde, dándose los supuestos previstos en el art. 10 bis LDC, acoger favorablemente la acción entablada por Andrés Fernando Gambino por su propio derecho y en representación de su hija Delfina Gambino Gerber, condenando a la empresa prepaga AVALIAN - Cooperativa de Prestación de Servicios Médico Asistenciales Limitada - a responder por los daños y perjuicios causados (Arts. 42 y 75 inc. 22 CN; Arts. 1903, 1905, 1907 y 1100 del CCyC; Ley 23660 y decr. 70/2023).

**IV.-** Determinada la responsabilidad de la demandada corresponde que ingrese al tratamiento de los rubros reclamados, y dilucidar la procedencia de cada unos de ellos, y en su caso, su cuantificación.

**Daño Emergente:** Bajo este rubro el actor reclama la suma de \$160.000, ello con fundamento en haber afrontado el pago de los honorarios médicos por la intervención quirúrgica de su hija Delfina.

A fin de acreditar tal aserto, acompañó como documental el presupuesto elaborado por el médico en el que surge claro el valor de sus honorarios médicos en \$160.000. Todo lo que se vio reforzado con la prueba de informes, a partir de la cual se incorporó al expediente de marras el informe del Doctor Vinent al que ya hice referencia en el tópico anterior y en el deja constancia expresa que sus honorarios profesionales fueron abonados por Gambino adjuntando la factura respectiva.

Así las cosas, tengo por acreditado el pago de la suma de \$160.000 por parte del Señor Andrés Fernando Gambino, por lo que he de receiptar este rubro.

En consecuencia, la demandada deberá restituir la suma de **\$160.000** abonada por la actora en concepto de honorarios médicos, que devengará intereses desde la fecha de pago conforme surge de la factura N° 0002-00001459 -10/09/2021-, los que deberán calcularse de conformidad con la tasa establecida por el Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino en operaciones de hasta 72 cuotas mensuales conforme doctrina legal sentada por el STJRN en los autos "FLEITAS LIDIA BEATRIZ C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO"; y desde el 01/05/23 hasta el momento del pago efectivo deberán calcularse intereses de conformidad con la tasa nominal anual (T.N.A.) establecida por el Banco Patagonia, para préstamos personales Patagonia Simple conforme doctrina legal sentada por el STJRN en los autos "MACHIN C/ HORIZONTE ART S.A."

**Daño Punitivo:** Bajo este rubro el actor reclama la suma de \$2.000.000, ello con fundamento en que la demandada obró de forma desajustada a derecho de manera ilegítima, negando la autorización y la cobertura de la totalidad de la práctica médica a la que fue sometida su hija.

Refiere que la conducta desplegada tiene el propósito de enriquecerse a costas del consumidor, ya que la accionada sabía que legalmente Delfina reunía los requisitos para la intervención quirúrgica y aun así, decidió realizar dicho ilícito con el claro conocimiento del perjuicio que le ocasionaría.

Continúa diciendo que por parte de la accionada no hubo ánimos de solucionar el conflicto, lo que se evidenció con la falta de respuestas ante los requerimientos efectuados y con el fracaso de la mediación.

Sostiene que de acuerdo a todo lo relatado se configura lo contemplado en el Art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, por lo que debe aplicarse la multa civil a la demandada.

Ahora bien, a fin de analizar la procedencia de este rubro, en primer lugar debo tener presente lo dispuesto en el Art. 52 bis de la LDC, el que en su parte pertinente se transcribe y dice: "*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”.*

Del análisis de dicho artículo surge que el instituto del daño punitivo está destinado a poner fin a las conductas abusivas que generan las empresas a sus clientes o usuarios que se ven afectados por las conductas desaprensivas. Por ello se faculta a los Tribunales a fijar sumas de dinero a pagar a las víctimas de esos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños reales, estando destinado el daño punitivo a penar graves inconductas del demandado, con la finalidad de prevenir hechos similares en el futuro. Esta multa civil, cuenta con una finalidad eminentemente preventiva y represiva, a fin de evitar en el futuro que ni el autor del daño, ni el resto de la sociedad cometa este tipo de hechos graves.

Así las cosas, con toda la prueba rendida tengo acreditado que la demandada ha actuado con grave indiferencia hacia el actor, ya que frente a su reclamo de que autorice y cubra la totalidad de las prácticas médicas, durante la semana previa a la operación de su hija y durante la misma intervención quirúrgica, la prestadora del servicio de salud no dio respuestas informando finalmente la no cobertura por lo que el accionante tuvo que afrontar los gastos de la intervención.

Obsérvese que el actor ante la falta de respuestas tuvo que iniciar, no solo una mediación sin resultado favorable, sino también la presente demanda. Acredita la instancia de mediación prejudicial, con el Formulario N° 5 de Agotamiento de la Instancia de Mediación, que acompaña como documental. Del mismo surge que en fecha 21/10/2021, el requirente Andrés Fernando Gambino citó a mediación a su obra social AVALIAN, siendo el objeto de la misma el Incumplimiento contractual de esta última, por lo que Gambino solicitó la devolución de las sumas abonadas y la indemnización por los daños causados. Asimismo, surge que la instancia se cerró por falta de acuerdo.

Nótese entonces que el accionante tuvo que atravesar todo el derrotero para el

reconocimiento de su derecho, habiendo transitado por las diferentes etapas, y la actitud de la demandada no ha demostrado en forma objetiva intentos conciliatorios o tendientes a dar definitiva solución al conflicto.

Desde esta última perspectiva, tengo que se ha configurado en autos un destrato injustificado para con el actor en lo que se vislumbra como una conducta más o menos generalizada que procura el desgaste para desalentar los reclamos frente al incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones que emergen del vínculo contractual y de trato digno, por lo que he de aceptar el presente rubro.

Todo ello configura una conducta disvaliosa y desaprensiva y en detrimento del consumidor, lo que me lleva a concluir que la conducta de la demandada encuadra como "conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social", disvaliosa por la indiferencia hacia la persona próxima, desidia o abuso de una posición de privilegio conforme los términos y parámetros utilizados por el STJ en los precedentes citados.

Ahora bien, para cuantificar el rubro, no me sujetaré a fórmulas aritméticas, tomando como parámetros en orden a lo desarrollado, los antecedentes descriptos, la gravedad del incumplimiento, su reiteración, la actitud del requerido con posterioridad al hecho, el perjuicio resultante, la posición en el mercado de la demanda, demás particularidades de la causa y el precedente reciente del STJ.

Por lo que, considero pertinente -teniendo, además especial consideración la Doctrina Obligatoria emergente del STJ en autos "BARTORELLI" (Expte. N° VI-31306-C-0000), de fecha 17/10/23, establecer la procedencia del rubro Daño Punitivo en la suma de **\$1.000.000** con más los intereses que se devengarán desde que la presente sentencia adquiera firmeza (de conformidad con lo resuelto recientemente por la Cámara de Apelaciones de esta circunscripción in re "TOSCAN", EXPTE. N° CH-56208-C-0000), y hasta su efectivo pago, de conformidad con la tasa nominal anual (T.N.A.) establecida por el Banco Patagonia, para préstamos personales Patagonia Simple conforme doctrina legal sentada por el STJRN en los autos "MACHÍN C/ HORIZONTE ART S.A."

**V.-** Las costas del proceso, atento el resultado del mismo, el principio objetivo de la derrota sentado en el art. 68 -ap. 1°- del CPCC, corresponde imponerlas en su totalidad a la demandada.

Para la regulación de los honorarios profesionales se deberá tener en cuenta la labor cumplida, medida por su eficacia, calidad y extensión, y conjugarlo con el monto de condena (conf. arts. 1, 6, 7, 9, 11, 19,37 y conc. de la Ley de Honorarios de Abogados y Procuradores N° 2.212).

Por lo expuesto entonces; normativa legal citada, doctrina y jurisprudencia invocada;

**RESUELVO: I.-** Hacer lugar a la demanda instaurada por el Señor Andrés Fernando Gambino contra AVALIAN -Cooperativa de Prestación de Servicios Médico Asistenciales Limitada-; condenando a esta última a abonar al actor en el término de 10 días a partir de la notificación de la presente, la suma total de **\$1.160.000**, con más los intereses determinados en los considerandos, bajo apercibimiento de ejecución.

**II.-** Imponer las costas del proceso en su totalidad a la demandada, en virtud del principio objetivo de la derrota sentado en el art. 68 -ap. 1°- del CPCC.

**III.-** Regular los honorarios profesionales del Doctor José Luis Darriba en el carácter de Letrado Patrocinante de la actora, en la suma equivalente a 12 JUS; y los de la Doctora Marcela Adriana Saitta, en carácter de Letrada Apoderada de la demandada, en la suma equivalente a 10 JUS. (Arts. 1, 6, 9 in fine, 38, 40 de la Ley 2212). Notifíquese a Caja Forense y oportunamente cúmplase con la ley 869.

**IV.-** En virtud de que la joven Delfina Gambino Gerber ha adquirido la mayoría de edad -nacida el 04/10/2006- conforme surge del Acta de nacimiento acompañada-cítesela, por sí o por apoderado, a fin de que se presente a hacer valer sus derechos en autos.

**V.-** Notificar de conformidad a lo dispuesto por el Art. 120 de la Ley N° 5777 que sustituye en forma integral el texto del CPCyC -ley P N° 4142-.

mvm

Dra. Natalia Costanzo  
Jueza