

Viedma, 15 de noviembre de 2022.

VISTOS: Los presentes obrados caratulados: "**BERARDI MALENA c/ACA SALUD COOPERATIVA DE PRESTACION DE SERVICIOS MEDICOS ASISTENCIALES LTDA. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sumarísimo)**" Receptoría **B-1VI-643-C2021** y **Sistema Puma VI-28517-C0000**, traídos a despacho para resolver; y

RESULTA:

1. Que en fecha 12-10-2021 se presenta mediante apoderado la Sra. Malena Berardi y promueve demanda contra ACA Salud, a los fines de obtener sentencia que ratifique lo decidido en el fallo que otorgó la medida cautelar, ordene la inmediata restitución de la prestación que contratara como consumidor y beneficiario del servicio prestado (plan AS204) y que entienda fuera rescindido de manera ilegal por la accionada. Solicita, asimismo, la fijación de una multa en concepto de daño punitivo, a graduarse en función de la gravedad del hecho, todo ello con costos y costas.

Relata que el día 11-02-2020 efectúa la DDJJ exigida ante ACA a fin de contratar el plan AS204 y que en el punto 05 del cuestionario preestablecido la prestadora solicita que la contratante reconozca haber ido a su médico quien le recomendó control ginecológico y declaró, al responder el punto 14, que no sufría al momento de tal declaración, nódulos, quistes o tumores de mama. Agrega que el día 15-02-2020 efectuó el contrato con la prestadora de salud.

Señala que en el mes de abril de 2020, luego de un chequeo con la Dra. Berta Dávila, ésta ordena el estudio que la actora se realizó el día 06-04-2020 en el instituto Advance de Viedma. Agrega que pasado un año, al efectuar el control anual el día 21-04-2021 se efectúa una nueva ecografía. En la misma se determinó un aumento de tamaño de imagen nodular en mama izquierda y ordenó un estudio de punción histológica bajo guía ecográfica. La misma fue practicada en IMAD de Bahía Blanca bajo la cobertura del plan contratado AS204 con la demandada.

Enuncia que la punción se practicó el día 24-06-2021 y allí se detectó otro nódulo, por lo que los médicos decidieron en ese acto realizar punción del mismo y se remitieron ambas extracciones al Laboratorio Maturi para diagnóstico ese mismo día. Es ante esta circunstancia donde la demandada se niega a brindar la cobertura poniéndola en una situación de vulnerabilidad, la cual se vio superada con asistencia familiar y la medida cautelar emitida oportunamente.

Efectúa una descripción de los nódulos mamarios encontrados, señala la falta de

cobertura de la resección mamaria recomendada por los médicos que la atendieran en Bahía Blanca, lo cual le insumió un costo de \$15.000.

Manifiesta el día 09-08-2021 remitió a la demandada la CD Andreani N° E 3337727-5 en tanto no recibió comunicación formal sobre la rescisión contractual y la intimó a que efectúe las autorizaciones pertinentes a fin de recibir tratamiento médico, como así también que cesaran en su conducta de negar el goce de las prestaciones médicas debidas conforme el plan contratado y rechaza los dichos de la demandada al indicar esta última que la actora maliciosamente ocultó su situación de salud.

Entiende que el accionar de ACA Salud negándose a cumplir la prestación del servicio contratado -no encontrándose el usuario en mora en el pago de la cuota- es completamente violatorio del marco legal establecido en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (arts. 10 bis, 19, 37, 40 bis, 52 y 52 bis) y la Ley de Medicina Prepaga N° 26.682 (arts. 10 y 26). Cita doctrina al respecto.

En cuanto a su solicitud de daños punitivos, se expide sobre la figura en general, afirmando luego que es aplicable en el presente caso, puesto que existe disposición legal que autoriza el reclamo y se trata de una conducta arbitraria que desencadena en el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales asumidas por la prestadora de servicios médicos ACA Salud.

Funda en derecho, ofrece prueba y concreta su petitorio.-

2.- Que en fecha 12-10-2021 se da a las presentes actuaciones el trámite de proceso sumarísimo y en fecha 13-10-2021 la Sra. Fiscal de la UF N° 1 contestó la vista que se le confiriera.

Que asimismo, el día 28-10-2021 la actora presentó informe de la biopsia efectuada en la mama izquierda de la que surge que la lesión es de carácter benigno.

3.- Que corrido el traslado de la demanda en fecha 08-11-2021 se presenta por Aca Salud mediante letrado que invoca art. 48 del CPCC y procede a contestarla.

Niega todos y cada uno de los hechos afirmados por la actora que no sean objeto de expreso reconocimiento. Asimismo, señala el desconocimiento de la documentación acompañada con el escrito postulatorio por la actora.

Niega en particular los antecedentes expuestos en autos “Berardi Malena C/Aca Salud Cooperativa De Prestación De Servicios Medico Asistenciales Ltda S/Medida Cautelar”; especialmente que haya habido rescisión contractual y negativa de prestaciones y que éstas hayan sido luego de requerir autorización a una segunda práctica.

Niega que su representada haya obrado de manera deshonesto y que haga afirmaciones falsas e imposibles de probar. Niega que haya dado inicio a la ejecución del contrato autorizando prácticas requeridas durante el año 2020 y 2021 y que luego de la autorización de la segunda práctica se haya comportado de manera reticente, sin fundamento y que haya rescindido el contrato de manera unilateral dejando a la parte actora desamparada, y especialmente haber incumplido la normativa vigente.

Manifiesta que la demandada no ha pretendido desobligarse frente al usuario, y que la de la Sra. Berardi fuera una eventual enfermedad sobrevenida a costear, niega que haya incumplido sus obligaciones contractuales y legales asumidas frente a la actora 14 meses después y en la mitad de un proceso médico. Efectúa una negativa de la doctrina atinente al contrato médico, la jurisprudencia citada toda vez que la misma no resulta aplicable al caso.

Niega que le sean aplicables las multas invocadas por la actora conforme a la Ley de Defensa del Consumidor.

Da su propia versión de los hechos y en ese sentido reconoce que la Sra. Berardi el día 11-02-2020 suscribió una DDJJ a fin completar la documentación requerida para acceder al contrato AS 204. Refiere que la actora se manifestó de forma negativa, al momento del ingreso, frente a las distintas preguntas respecto a su estado de salud, si sufre afecciones ginecológicas, si tiene nódulos, quistes o tumores de mama. Agrega que considerado ello se la dio de alta en fecha 01-03-2020, en el Plan AS204, escogido por la usuaria.

Indica que, ya ingresada en sistema, la denunciante solicitó una punción histológica mamaria y como consecuencia de dicho requerimiento, la Auditoría Médica de la entidad comenzó a realizar un proceso investigativo para el cual le solicitó Historia Clínica y antecedentes médicos.

Señala que de acuerdo a la historia clínica y estudios médicos, precisamente la ecografía de abril 2020, un mes posterior al ingreso al sistema surge expresamente "...refiere tumoración mama izquierda...". Por tal razón, la Auditoría Médica concluyó que se trataba de una preexistencia no declarada. Es decir, se configuró un falseamiento de la Declaración Jurada.

Manifiesta que tomando ello en consideración, con la documentación médica acompañada la prestadora se encontraba en presencia de una patología de la cual la actora estaba en pleno conocimiento. La pregunta de la DDJJ de preexistencias es clara al preguntar si tiene "tumor" que no necesariamente tiene que ser maligno, pero aun así,

la Sra. Berardi contesto "No".

Agrega que todo lo expuesto, permite concluir que la actora obro de mala fe ocultando información necesaria al momento de la contratación, por lo que hace contratar a esta parte de una manera injusta e incumpliendo con la normativa vigente, por lo que correspondió la rescisión contractual.

Efectúa consideraciones en torno a la aplicación de la normativa que rige a las obras sociales y prepagas, cita doctrina y jurisprudencia, efectúa aseveraciones en torno a la normativa aplicable al caso, se expide respecto de la inexistencia de daño y la solicitud de multa aplicable.

Funda en derecho, ofrece prueba, hace reserva del Caso Federal y concreta su petitorio.

4.- Que, ante la existencia de hechos controvertidos, en fecha 06-12-2021 se fija la audiencia preliminar del artículo 361 CPCC, de lo cual da cuenta el acta de fecha 20-03-2022 y ante la imposibilidad de avenimiento, se fija el objeto de la prueba.

Que en fecha 26-09-2022 se ordena certificar respecto al vencimiento y resultado del término probatorio, se decreta la clausura y se ponen los autos para alegar.

Que la actora presentó alegatos en fecha 28-09-2022, sin hacer lo propio la demandada.

Que el 21-10-2022 se llama autos para sentencia providencia que se encuentra firme y motiva la presente.

CONSIDERANDO:

I.- Que de acuerdo con el modo en que la litis quedara trabada, la cuestión a resolver radica en determinar si la conducta endilgada a la demandada consistente en modificar unilateralmente los términos o modalidades de la prestación del servicio de medicina prepaga encuentra amparo o no en el ordenamiento jurídico vigente, y en caso negativo, evaluar la pretensión de la Sra. Berardi asentada sobre dos ejes: a) el restablecimiento del servicio originariamente contratado y b) la fijación de una multa en concepto de daño punitivo, que solicita que se determine en función de la gravedad del hecho.-

II.- Liminarmente, corresponde precisar qué normas aplicar para resolver la cuestión traída a examen, lo que conlleva también de manera inevitable delimitar la relación jurídica existente entre la empresa de medicina prepaga y el usuario afiliado, regulado por la Ley 26.682 y su decreto reglamentario 1993/2011.

Se ha sostenido al respecto que se trata de un "contrato mediante el cual una de las partes se obliga a prestar servicios médicos a los pacientes, por sí o por terceros, sujeta a la condición suspensiva de que se dé una determinada enfermedad en el titular o beneficiarios, contra el pago de un precio anticipado y periódico" (Lorenzetti, Ricardo

Luis, "La Empresa Médica", Editorial Rubinzal-Culzoni, año 1998, Santa Fe, Argentina, página 127).

En cuanto a la tipificación de este contrato, estamos ante un contrato de adhesión a cláusulas predisuestas por la empresa y que enmarca una relación de consumo, en los términos del art. 3 de la Ley 24.240, en tanto el afiliado encuadra perfectamente en la definición de consumidor (art. 1º), así como la empresa de medicina prepaga puede ser identificada como proveedora (art. 2º), quien lleva a cabo una actividad lucrativa consistente en brindar atención médico-asistencial a sus afiliados cuando éstos lo requieran y en los términos del contrato que los vincula (Abdala Yañez, Jimena Soledad, "Derecho de la salud: medicina prepaga y defensa del consumidor", cita online AR/DOC/2310/2014, p.1).

Las partes involucradas en la contratación son, por un lado, todas las personas que reúnan la calidad de usuarios, y por el otro, las empresas de medicina prepaga legalmente autorizadas e inscriptas en el Registro Nacional de Empresas de Medicina Prepaga (RNEMP), además de los prestadores o efectores referidos en el art. 1º de la Ley 26.682.

En lo que concierne a la naturaleza jurídica del contrato se ha dicho que es: "1) Bilateral: Las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra (art. 966, Cód. Civ. y Com.); 2) Oneroso: Las ventajas que se procuran a una de las partes le son concedidas por una prestación que ella le ha hecho o se obliga a hacerle (art. 967 del Cód. Civ. y Com.); 3) Formal: (art. 969, Cód. Civ. y Com.); 4) Nominado y típico: (art. 970 del Cód. Civ. y Com.). A su vez la ley 26.682 denomina estos contratos como de "medicina prepaga"; 5) De duración, ejecución continuada y tracto sucesivo: (art. 1011 del Cód. Civil y Com.) que regula los contratos que denomina de "larga duración"; 6) Aleatorio: Las ventajas o las pérdidas para uno de los contratantes o para todos dependen de un acontecimiento incierto (art. 968, Cód. Civ. y Com.); 7) Que involucra el orden público: Las disposiciones que lo regulan son de orden público según lo establecen los arts. 28 de la ley 26.682 y 65 de la ley 24.240. Por tal motivo las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las disposiciones de dichas leyes bajo apercibimiento de invalidez (art. 12, Cód. Civ. y Com.) y 8) Que constituye una relación de consumo: Las relaciones reguladas por la ley 26.682 son claramente de consumo y por tal motivo están regidas por el derecho tutelar dispuesto por el art. 42 de la CN, respecto del cual el siguiente art. 43 establece vías de efectivización a través del amparo y se integración el sistema general establecido por la ley 24.240 de Defensa del Consumidor o Usuario y

sus modificatorias, principalmente la ley 26.631 y normas reglamentarias, los decretos 1991 y 1993 del año 2011, así como las normas específicas del Cód. Civ. y Com. (arts. 1092 y ss.)" (Gregorini Clusellas "La medicina prepaga, su estructura y su regulación. El incremento de las cuotas por edad y el derecho a la equivalencia", Cita Online AR/DOC/3612/2018, p. 3 y 4).

El mismo autor citado en el párrafo precedente apunta ciertas consecuencias de encuadrar esta relación en la normativa consumeril, verbigracia: a) en tanto contrato de adhesión con cláusulas predispuestas, está sujeto a revisión o control (conforme al art. 8 de la ley 26.681, "...sólo pueden utilizar modelos de contratos previamente autorizados por la Autoridad de Aplicación", lo que se relaciona con las facultades de la autoridad de aplicación previstas en el art. 5). Se aplican a su respecto también los artículos 37 y 38 de la ley 24.240, respecto a la revisión administrativa y judicial de las cláusulas abusivas; b) se le aplican los preceptos del C. C. y C respecto a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, arts. 984 a 989, entre las cuales se destaca la pauta interpretativa del art. 987, conforme a la cual "las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente"; c) están sujetas a reglas específicas de interpretación, la cual debe hacerse "en el sentido más favorable para el consumidor o usuario" (art. 3º, ley 24.240 s/ley 26.361; arts. 1094 y 1095, Cód. Civil y Com.). Asimismo, "cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación se estará a la que sea menos gravosa" (art. 37, LDC) y "en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley, prevalecerá la más favorable al consumidor" (art. 3º, LDC); d) se impone el deber de información al usuario (arts. 4º de ley 24.240 reformado por la ley 26.361, 7º de la ley 26.682, art. 1100 del Cód. Civ. y Com. y art. 42 de la Constitución Nacional); e) se establece la exigencia de trato digno y equitativo (art. 42 de la CN, en armonía con los arts. 8º bis de la ley 24.240 s/ reforma ley 26.631, el Cód. Civ. Y Com. en sus arts. 1097 y 1098 y la ley 26.529 sobre derecho del paciente en su art. 2º, inc. b); f) existe la posibilidad de aplicar las figuras del daño directo y punitivo (art. 40 bis y 52 bis de la ley 24.240).

En consecuencia, y por lo dicho hasta aquí serán de aplicación al caso las leyes 24.240 y 26.682 y sus respectivas reglamentaciones, así como las normas que regulan los contratos de consumo y los celebrados por adhesión a cláusulas generales de contratación incorporadas al Código Civil y Comercial.

III.- Que atento el encuadre legal efectuado en el párrafo anterior y siendo la presente

causa planteada en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240), es menester recordar que esta normativa busca lograr un equilibrio entre quienes son partes de una relación consumeril, a través de un sistema de protección jurídica diseñado a favor de la parte más débil. Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia al sostener que “(...) la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución nacional”. (C.S.J.N., causa C.745.XXXVII., in re “Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V.”, sent. del 21-III-2006, Fallos: 329:695, voto del doctor Zaffaroni; causa F.331.XLII; REX, “Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. -FEMEDICA- c DNCI - DISP 1270/03”, sent. del 18-XI-2008, Fallos: 331:2614, disidencia del doctor Maqueda).

Vale mencionar que la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor es de orden público, de rango constitucional conforme el art. 42 de la Constitución Nacional -a partir de la reforma de 1.994- y art. 30 de la Constitución de Río Negro. Asimismo, el nuevo Código Civil y Comercial también recepta los principios consumeriles (conf. Ley 24.240, arts. 1.092, 1.093, 1.094 y cc. del C C y C). En este sentido, ante un vínculo contractual consumeril, la ley despliega una “protección que excede el marco contractual y que autoriza, en muchos casos, a ejercer sus derechos frente a toda la cadena de comercialización, aún contra aquellos contra quienes no los une de forma concreta un contrato”. (Hernández Carlos y Picasso, Sebastián; “La conexidad en las relaciones de consumo”, en “Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada”, T° III, La Ley, 2011, Págs. 484/501). Conf. CA Civil de Viedma en autos caratulados “Céspedes Narciso c/ Pfund Raúl Oscar y Otros s/ daños y perjuicios (ordinario)”, Expte. N° 8052/16 CAV.-IV.

Que entonces, de conformidad a las circunstancias bajo las que el proceso se desarrollara, corresponde acudir al esquema probatorio y así debo tener en cuenta el conjunto de normas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso -conf. Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1972, T° 1, pág. 15-.

Cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que la contraria no reconoció; en particular, los hechos constitutivos debe probarlos quien los invoca como

base de su pretensión y los hechos extintivos e impeditivos, quien los invoca como base de su resistencia. Devis Echandía sostiene que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición -pretensión o excepción- lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable, o dicho de otro modo, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, más no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. - Devis Echandía Hernando, .Teoría general de la prueba judicial., Buenos Aires, Ed. Zavalía, T 1, pág. 490 y ss-.

Ahora bien, este principio, como toda regla general, no es absoluto. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal -CSJN in re "Baiadera, Víctor F.", LL, 1996 E, 679-.

Por otro lado, la LDC también expande sus efectos hacia la carga dinámica de la prueba, ello debido a la dificultad de la víctima para probar la causa del daño. “El concepto “carga dinámica de la prueba” o “prueba compartida. consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia. Se trata de un concepto particularmente útil cuando los extremos son de muy difícil comprobación”. - Conf. SCJBA Causa “G., A.C. c/ P.S. y otros s/ Daños y perjuicios”, C. 117.760, sent. del 1-IV-2015-.

En efecto, la Ley citada, contiene una norma expresa relativa a la carga de la prueba, el art. art. 40, último párrafo: .Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.; en referencia al prestador del servicio. También el art. 53, tercer párrafo, impone a los proveedores: “(...) aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”. En estos términos, "corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga

en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares (...)", por el contrario, "(...) estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en 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". - "Aspectos procesales", cit. LL 2010-C-1281 y sigtes.- Conf. SCJBA Causa "G., A. C. c/ P.S. y otros s/ Daños y perjuicios", C. 117.760, sent. del 1-IV-2015-.

Por ello, no resulta un dato menor recordar en este apartado que conforme lo dispone de manera específica la normativa procesal que nos rige, salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica -entre las que incluyo la inmediatez del juez de primera instancia-. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa. -conf. art. 386 CPCC titulado apreciación de la prueba-.

A ello se debe agregar que tampoco existe la obligación de fundar la razón por la cual descarta o no alude de manera específica a otros medios probatorios. No cabe entonces sino concluir que la primera regla interpretativa al hacer mérito de la valoración probatoria efectuada por el magistrado -sin eludir la posibilidad del error- es que la prueba soslayada no conducía, a su entender, a la averiguación de la verdad objetiva del caso.

Y con relación a la verdad objetiva, debo aclarar que en función de las reglas de interpretación de la prueba basadas en la sana crítica hay una ligazón inescindible entre verdad objetiva y convicción judicial, de modo tal que ambas confluyen para la solución de todo caso traído al examen de los jueces.

V.- Que efectuadas las anteriores precisiones, para el análisis y resolución del caso traído a examen recurriré especialmente a la prueba que en este estado permanece en el proceso y valoraré a la misma conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo que prescribe el art. 386 del C.P.C.C. y en definitiva fundaré mi decisión conforme art. 3 del CCyC y art. 200 de la Constitución Provincial.-

Corresponder determinar los hechos controvertidos por las partes de aquellos que no lo están, surgiendo que hay acuerdo en que la actora contrató un plan de salud que se identifica como AS204, completando para ello la DDJJ en fecha 11-02-2020, entrando

en vigencia dicho plan en fecha 01-03-2020 y que durante el lapso de 14 meses contó con los servicios de salud de la empresa ACA Salud.

Sin embargo discrepan tanto la actora como la demandada en torno a la veracidad de la información vertida en la DDJJ como así también los motivos por los cuales se le dio de baja la cobertura de salud a la actora siendo ello que básicamente para la demandada la actora falseó la declaración jurada respecto de eventual condición de salud preexistente mientras que para la actora su declaración ha sido veraz en cuanto a las respuestas a las preguntas que se le formularan en la misma.

En consecuencia, he de recurrir a continuación a la prueba producida y la valoraré para dar solución al caso aquí planteado.

VI.1.- Documental:

Documentación acompañada por la actora: certificado médico librado por el Dr. Alejandro Frizza el 27-09-2021; factura de pago de marcación mamaria gravada de \$15000 no abonado por ACA Salud; formulario N° 5 de mediación la cual se cerró sin acuerdo. Informe de fecha 28-09-2021 de la biopsia efectuada en la mama izquierda de la que surge que la lesión es de carácter benigno -agregado a SEON, presentaciones el día 28-10-2021- .

Documentación acompañada por la demandada: Declaración Jurada de enfermedades; Estudio abril 2020; carta documento de fecha 27-07-2021 remitida a la actora sin constancia de recepción.

Documentación en poder de terceros e informativa: Centro de Diagnóstico Advance - informe obrante PUMA en fecha 13-06-2022-, del que surge que se solicitaron a la actora dos estudios, uno de fecha 06-04-2020 y el otro el 01-04-2021, ambos con indicación de nódulo en la mama izquierda.

VI.2.- Instrumental: Expediente caratulado “Berardi Malena C/Aca Salud Cooperativa De Prestación De Servicios Médicos Asistenciales Ltda. S/Medida Cautelar” Receptoría N° N-1-Vi-106-C2021, del registro de la UJ3. De la misma surge que la actora en fecha 26-08-2021 solicitó medida cautelar innovativa a fin de contar con las prestaciones correspondientes al plan AS204, solicitudes de autorización a fin de efectuar un estudio que no fuera autorizado porque la aquí demandada había dado de baja por no haber denunciado una patología preexistente a la contratación del plan de salud.

VI.3.- Declaración testimonial – fecha 26/05/2022-:

Sra. Berta Dávila: Refiere que es de profesión médica cirujana, generalista tocoginecóloga. Explica que atendió a la actora en el año 2020 porque su médica

personal era otra y ella no la encontraba y necesitaba hacer una consulta. Le solicitó una eco mamaria, el informe sugiere una punción biopsia. Señala que ahí empieza el tema de la autorización. Finalmente se hace la punción y como resultado le hacen una cuadrantectomía, el resultado final era una patología benigna, pero había pasado un año del pedido. ACA Salud supone que esto era una enfermedad preexistente y que la actora se lo calló. Agrega que si fuera una enfermedad grave o preexistente luego de un año, hubiera tenido problemas más severos. Explica la patología que tenía la actora detallando qué es un papiloma intraductal y que son unas lesiones arborescentes de origen benigno, es excepcional a la edad de ella y se considera un hallazgo. Manifiesta que se le pidió la punción porque había crecido. Dejo de crecer porque se sacó. Acota que aunque siguiera creciendo no iba a ser maligno. Explica que los mastólogos usan una clasificación que va del BIRADS 0 al BIRADS 5, donde 0 implica que hay que hacer otra práctica y 5 maligno. La actora BIRADS 3 por lo que a los 6 meses debía hacerse otra ecografía mamaria la cual no fue hecha por distintas circunstancias, luego el resultado fue BIRADS 4A. lo que es pasible de biopsia, y puede tener chance de ser maligno. Refiere que los estudios que debe requerir la actora es una vez al año ecografía mamaria y si hay necesidad una momografía. Señala que la actora fue a verla en el año 2020, con una ecografía hecha hacía un año. Cree que fue en mayo. En el mes de junio fue la biopsia. Se trató de una ecografía de un año atrás con BIRADS 3. Cuando repite el estudio es Bidrad 4A lo que es pasible de una punción biopsia.

Reseñada la declaración testimonial debo recordar que " (...) testigo es la persona física, hábil, extraña al proceso, que viene a poner en conocimiento del tribunal y por citación de la jurisdicción, realizada de oficio, a pedido de parte o de manera espontánea, un hecho o una serie de hechos o acontecimientos que han caído bajo el dominio de sus sentidos (...) Falcón Enrique M. Tratado de la Prueba. Ed. Astrea. Ciudad de Bs. As. 2009, Pág. 512.

Debo decir también que la valoración que haré de la declaración testimonial se enmarcará respecto de lo que han transmitido a la causa y que se relaciona directa y exclusivamente con hechos que han vivido a través de sus sentidos y su propia experiencia.

Es así que he de otorgarle valor probatorio en tanto la testigo que han prestado declaración en estas actuaciones he de considerarlos idóneos, encontrando veraz el tenor de sus declaraciones -art. 456 del C.P.C.C., no obstante las aclaraciones que efectuaré respecto de las fechas indicadas por la testigo Dávila contrastada de manera conglobada

con la documentación que han aportado las partes.

VI.- Así delimitada la cuestión, y conforme a la prueba producida ha surgido acompañada por la parte actora prueba documental incorporada a autos “Berardi Malena C/ Aca Salud Cooperativa De Prestacion De Servicios Medicos Asistenciales Ltda. S/ Medida Cautelar(C)” Expte- N-1VI-106-C2021.

A los fines de reconstruir la secuencia de hechos a la luz de la documentación ofrecida en dichas actuaciones con más la aquí producida completándola con la declaración testimonial de la testigo Berta Dávila tengo presente que la Srta. Berardi efectuó una práctica de Ecografía Mamaria en fecha 6/04/2020 de donde surge como conclusión que existen imágenes nodulares bilaterales con Categorización Birads Us 3. El informe es efectuado por la Dra. Sofía Dezi, especialista en Diagnóstico por imágenes - documentación B-. Dicho informe también ha sido acompañado por la demandada. Por otro lado en fecha 21/04/21, es decir un año después del primer estudio se practica a la actora una nueva ecografía mamaria por parte de la misma especialista en imágenes - Dra. Sofia Dezi- siendo la conclusión en esta oportunidad consistente en imágenes nodulares bilaterales y aumento de tamaño de imagen nodular en hora 8-9 de mama izquierda con categorización Birads US 4a, lo cual es coincidente con lo referido por la médica Berta Dávila excepto en cuanto a las fechas, las que emanan claramente de los estudios en cuestión.

Ambas prescripciones están avaladas por lo informado por Advance a través de la Sra. Ginette Montero de Espinosa - agregada a Sistema Puma en fecha 16/06/22-.

Con posterioridad la médica Berta Dávila indica Punción en mama izquierda conforme surge de prescripción de fecha 4/5/21 - documentación C-.

En fecha 24/06/21 se realiza la práctica indicada - punción biopsia- - documentación D- siendo que en fecha 24/06/21 en el Laboratorio Maturi se diagnostica Biopsia por aguja: mama izquierda Hora 2. Fibrosis del estroma y respecto de Hora 8-9 de la misma mama, se diagnostica Lesión papilar.

Por otro lado, conforme a documentación acompañada por la demandada surge la DDJJ de enfermedades en base a solicitud N° 829120 de fecha 11/02/2020.

Asimismo dicha parte acompaña el informe correspondiente a Ecografía Mamaria en fecha 6/04/2020.

Por último y conforme a la documentación adquirida en la medida cautelar no se observa que conforme providencia de fecha 26/08/22 la actora haya retaceado o no brindado documentación ampliatoria en su poder.

VI.1.- Que entonces, corresponde contestar si se encuentra probado por parte de la demandada que la actora falseó o fue reticente en brindar información completa en su DDJJ de fecha 11/02/2020.

La respuesta a ello dará solución al caso bajo a examen.

Al respecto, prevé el art. 9 de la ley 26.682 al abordar la rescisión contractual que "(...) los sujetos comprendidos en el art. 1° de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada (...)". Por su parte, el art. 10 establece " (...) 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". En tanto el Decreto 1993/2011, al reglamentar el art. 9 prevé: "Resolución efectuada por las entidades mencionadas en el art. 1 de la presente reglamentación (...) inc. b) por falsedad de la declaración jurada. Para que la entidad pueda resolver con justa causa el contrato celebrado, deberá poder acreditar que el usuario no obró de buena fe en los términos del artículo 961 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. La falta de acreditación de la mala fe del usuario, determinará la ilegitimidad de la resolución. La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD dictará la normativa pertinente a fin de establecer las características que deberán contener las declaraciones juradas y el plazo por el cual se podrá invocar la falsedad".

Este supuesto falseamiento estaría entonces vinculado al ocultamiento de una enfermedad preexistente conocida por el requirente de servicios. Respecto a estas enfermedades, corresponde citar en extenso a Lorenzetti: "En los contratos de medicina prepaga, es muy común referirse a las enfermedades preexistentes como aquellas que el asociado padeciera al momento de su ingreso. El p. puede ser relacionado con la existencia o con la manifestación de una dolencia. La existencia de la enfermedad tampoco es un dato objetivo puesto que hay muchas maneras de interpretarlo. Un paciente que se asocia a un seguro de salud puede p. una enfermedad en el sentido que la está gestando; la enfermedad e. pero no se la puede detectar. La ciencia médica puede establecer lazos causales muy complejos y extensos entre una dolencia que afecta a una persona y el curso de una vida, su componente genético, su modo de vivir.

Determinar este tipo de situaciones al momento de la celebración del contrato es

complejo y costoso para cualquiera de las partes que deba soportar la carga. Por ejemplo, debería hacerse un m.g. (...) para determinar las enfermedades hereditarias, o un estudio psicoterapéutico para establecer la relación que tuvo con los padres a fin de determinar si hay una depresión que se está gestando. En vistas de estas dificultades, no hay otro modo de conceptualizar la preexistencia que utilizando el concepto de manifestación de la enfermedad (el resaltado me pertenece). Para muchos podrá ser un concepto insuficiente o ficticio, en el sentido de apartado de lo que realmente sucede en la ciencia médica. Sin embargo, el Derecho trabaja con ficciones en tanto sean razonables y justas, y en el caso se cumplen estos requisitos si se compara esta solución con las otras. Establecida la ventaja comparativa de esta solución, corresponde definir qué se entiende por m. y la relación con las partes del contrato. La manifestación es exteriorización de la enfermedad por cualquier medio que la haga perceptible. Esto puede darse básicamente de dos maneras: - la enfermedad fue diagnosticada o tratada; - el paciente sufre un dolor o hay signos de la dolencia. Desde ya que si la enfermedad fue diagnosticada o el paciente recibió tratamientos médicos por una dolencia, cabe entender que la misma se exteriorizó y que, consecuentemente, tiene el deber de comunicarla. En cambio, cuando el paciente sufre un dolor o bien hay signos de la dolencia, surgen problemas más difíciles de resolver. Puede ser que el paciente sienta un dolor que no pueda interpretarlo como enfermedad y, menos aún, como una enfermedad determinada. En este caso surge el inconveniente de establecer si el paciente tuvo o no conocimiento de la manifestación de la enfermedad, o de si es necesario que haya tenido ese conocimiento. En el caso de que sea necesaria una investigación diagnóstica para establecer si los signos responden a una determinada enfermedad, hay que dilucidar a quién le incumbe la carga de realizar ese estudio".

Se expide luego el autor sobre la carga informativa y la reticencia, diciendo que "en la doctrina elaborada con motivo del contrato de seguro se sostiene que el asegurado tiene el deber de informar al asegurador las circunstancias relevantes en relación con el riesgo asegurado. Omitir información (reticencia) o falsearla (falsa declaración) constituyen violaciones al deber de informar que vician la voluntad del asegurador puesto que éste asegura un riesgo que no es el verdadero. El fundamento de esta regla es que el asegurador no está en condiciones de conocer por sus propios medios todas las circunstancias necesarias para apreciar el riesgo. Es una aplicación de la regla, admitida en el Derecho Privado, de que debe informar quien está en mejores condiciones de hacerlo. De allí que la ley 17.418 sanciona la reticencia y la falsa información por parte

del asegurado. Por ello se dice que el asegurado debe informar sobre todas las circunstancias referidas al interés asegurable, en tanto sean conocidas y suficientemente relevantes. Las circunstancias conocidas son aquellas que el asegurado conoce o debiera conocer en base a una diligencia ordinaria. La relevancia interesa a fin de valorar la información en relación con su impacto en el equilibrio contractual; esto es que si el asegurador hubiera conocido esa información no habría contratado o lo habría hecho de otra manera. El incumplimiento de este débito debe ser culposo, cuando se omiten circunstancias conocidas o cognoscibles de conformidad con la diligencia ordinaria, o doloso cuando se falsea la declaración. Como corolario de esta regla, el asegurado no tiene la obligación de informar sobre las circunstancias no conocidas, o no relevantes, o que exceden lo que se exige para una diligencia ordinaria”.

Finalmente, refiere Lorenzetti respecto a la carga de la prueba y las consecuencias y efectos de la reticencia que "incumbe al asegurador la prueba de la reticencia porque es un presupuesto de hecho de la pretensión invocada. A tales fines el asegurador se vale de la declaración jurada del asegurado (art. 10 ley 26.682) y del examen médico de ingreso, que son las probanzas principales. En el contrato de seguro, el efecto jurídico de la reticencia es que el asegurador puede pedir la anulabilidad del contrato o el reajuste del negocio. Si, en cambio, se tratare de una exclusión de cobertura, simplemente no estará obligado a cumplir con su obligación de mantener indemne al asegurado. Sin embargo, tal como lo hemos mencionado, en la medicina prepaga la solución es distinta a partir de la sanción de la ley 26.682, que prohíbe rechazar la admisión de los usuarios con causa en las enfermedades preexistentes. Para mantener el equilibrio del sistema, que de otro modo se vería claramente desbalanceado, el legislador establece que en esos casos se aplicarán valores diferenciados de acuerdo a lo que establezca la reglamentación. Si la enfermedad se exteriorizó con anterioridad a la celebración del contrato y es conocida por el paciente, éste tiene un deber de obrar de buena fe en la celebración del contrato (art. 1198, Cód. Civil.), debiendo informar las manifestaciones de la enfermedad, esto es, los signos, los dolores u otro malestar. A su vez, la empresa tiene la carga de establecer la existencia de una enfermedad determinada o la exclusión de otras a través del examen médico de ingreso y la declaración jurada del beneficiario. Si el vínculo se celebra tomando como presupuesto un paciente sano y éste está enfermo y conocía los síntomas de esta dolencia y no los informó, estamos en presencia de un vicio en la celebración del contrato. Consecuentemente es un supuesto de reticencia cuyo efecto jurídico es la facultad de la

empresa de rescindir el contrato, en los términos del art. 9 de la ley 26.682" (Lorenzetti, Ricardo L., "La empresa médica", segunda edición ampliada y actualizada con la colaboración de Sebastián Picasso, Pablo Trípoli y Rodrigo Silva. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2011, p. 194 y sgtes).

Asimismo no puede soslayarse que el mismo autor refiere que "desde luego que incumbe al asegurador la prueba de la reticencia, porque es un presupuesto de hecho de la pretensión invocada. A tales fines el asegurador se vale de la declaración jurada del asegurado y del examen médico de ingreso, que son las probanzas principales. Es común la imposición de un examen médico de ingreso y en el caso en que no se haya practicado no podrá alegarse, como motivo para negar la prestación, que una enfermedad es anterior o crónica. Jurídicamente es una carga que resulta legítima".- (Lorenzetti, Ricardo L., "Tratado de los Contratos, Parte Especial T° III", Primera Edición, Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2021, p. 91y sgtes).

VI.2.- Aplicadas esas definiciones legales al caso y en orden a contestar el interrogante planteado en primer párrafo de Considerando precedente tengo presente que con relación a la prueba testimonial brindada por la Dra. Berta Dávila en base a la documentación obrante en autos ha quedado determinado conforme a la reconstrucción de la secuencia de estudios realizados, que el primero de ellos corresponde a Ecografía Mamaria de fecha 6/04/2020, siendo que la DDJJ prestada ante la demandada por parte de la actora es de fecha 11/02/2020, es decir anterior a la primera de las fechas referidas. Por otro lado, la negativa de cobertura surge más de un año después por parte de la demandada, siendo ello en ocasión de prescribirse la punción en fecha 4/5/21 por parte de la Dra. Berta Dávila conforme a mail de fecha 30/07/21 -Documentación "G"-. Esta documentación atribuida a la demandada permanece en el proceso, pues no basta su mera negación por parte de ella, en base a la carga dinámica de la prueba imperante en este proceso.

Así, de la prueba producida en autos no surge acreditado por parte de la demandada el extremo de falseamiento de la DDJJ brindada en fecha 11/02/2020.

Falsear implica que de manera intencional la actora brindó información que no coincidía con su verdadera condición médica en la DDJJ en cuestión.

De modo contrario, ha quedado demostrado en autos que para la actora el primer estudio que da cuenta de la patología en cuestión en mama izquierda es el fecha 6/04/2020 -también acompañado por la demandada-; es decir luego de aproximadamente dos meses posteriores a la DDJJ que la demandada dice falseada por

la actora.

De este modo, la accionada ACA Salud ha modificado las condiciones del servicio prestado de manera unilateral, alegando un falseamiento de los datos por parte de la usuaria al momento de suscribir su declaración jurada de ingreso sin probar ese extremo, tampoco se ha acreditado más allá del mail denegatorio de cobertura, que la carta documento que rescindió el contrato fuera recepcionada por la asegurada.

Comienza a vislumbrarse con efectividad que en autos la demandada ACA Salud -a quien al respecto incumbía la carga de la prueba- no ha acreditado el efectivo falseamiento de los datos insertos en la declaración jurada o reticencia de la asegurada, la existencia de mala fe de la usuaria en los términos del decreto reglamentario, ni particularmente y dentro de una de las variantes que podría adquirir esa supuesta mala fe, que la Sra. Berardi haya tenido manifestaciones de una enfermedad que, mediando una conducta diligente, la hubiesen llevado a una consulta médica para confirmar o descartar una dolencia con carácter previo a la afiliación a la obra social demandada.

A ello cabe agregar que nada se ha dicho sobre el efectivo ejercicio de la facultad de la empresa demandada de realizar estudios de admisión, los que conforme al art. 10 de la Ley 26.682, no hubiesen autorizado el rechazo de la afiliación, pero en todo caso, de corresponder, sí una adecuación respecto de un valor diferencial debidamente justificado.

Con todo, la solicitud de cobertura y la condición médica de la actora que requirió cobertura médica aparece entonces, con los escasos elementos probatorios reunidos, como propia del carácter aleatorio del contrato, no pudiendo a ello dársele otra interpretación, más aún cuando la demandada en su carácter de entidad debidamente profesionalizada no ha aportado a autos ningún elemento, más allá de las enunciaciones de carta documento – sin constancia de recepción- las que se agotan en sí mismas en virtud de la carencia probatoria apuntada y que recaía en su cabeza.

Por otro lado, si bien se desconocen los términos exactos de la contratación sujeta a condiciones generales predispuestas -ello en tanto ninguna de las partes ha acompañado el formulario respectivo, solo la declaración jurada de enfermedades preexistentes-, de los términos obrantes en la DDJJ de la cual surge que la actora efectuó un control ginecológico, en este decisorio podría interpretarse que alguna asistencia técnica médica podría haberse brindado a la usuaria en el marco del trato digno del que es merecedor para completar la declaración jurada, en tanto quizás sus términos pudiesen no resultar de fácil comprensión para los usuarios ajenos a la temática.

Por todo ello, entiendo que la rescisión de los términos de la contratación efectuada por la parte demandada consistió en la denegación arbitraria a la Srta. Berardi de la cobertura del plan originariamente contratado, quitándole cobertura prestacional cuando efectivamente la necesitaba, lo cual configura un incumplimiento legal con consecuencias en el marco del derecho consumeril que será tratado en el Considerando VII.2.

De este modo, la no constatación del extremo argumentado por Aca Salud para resolver el contrato por parte de la demandada, convierte sin más en arbitraria la denegación consecuente de la cobertura y sella de manera positiva la suerte de la pretensión de la Srta. Malena Berardi, declarándosela procedente.

VII.- Consecuencias de la conducta de la demandada.

En tanto he tenido por acreditada que la conducta de la demandada no encuentra amparo en la normativa vigente, corresponde ahora valorar si en base a ello, deben darse las consecuencias peticionadas por la actora en su demanda.-

VII.1.- Restablecimiento de Prestaciones: La actora petitiona ello en su demanda. Se observa que resulta procedente ordenar de modo definitivo el restablecimiento del servicio originariamente contratado con ACA Salud como Plan AS204, tal como fuera dispuesto provisoriamente mediante la medida cautelar innovativa decretada con fecha 27-08-2021 como así la devolución de toda suma que no hubiera sido reconocida por la demandada en el marco de desarrollo del contrato, la que en etapa de ejecución de sentencia, en su caso deberá ser debidamente acreditada por la parte interesada con respaldo documental dentro de los 10 días de quedar firme la presente.

VII.2.- Daño Punitivo: En cuanto al daño punitivo, por este rubro se reclama una multa sin cuantificar el monto, sujeta a la valoración judicial.

A respecto tengo presente que el Artículo 52 bis de la Ley 24.240 dispone: “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.

El S.T.J tiene dicho: “en palabras de Pizarro, define a los daños punitivos como sumas

de dinero, que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. También este autor considera que cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones que se denominan daños ejemplares, agravados, presuntivos, o simplemente Smart Money (conf. Pizarro, Ramón D., Daños Punitivos, en D.d.D. -Segunda parte-, pág. 287). Entonces se trata, cómo su nombre lo indica, de sumas de dinero que el victimario de un ilícito debe desembolsar a favor de la víctima, ya no para compensar el daño efectivamente sufrido, sino como sanción impuesta por la norma en virtud del despliegue de determinadas conductas, es decir con función ya no compensadora, sino punitiva". (STJRNS1 Se. 100/10 "Parra").

También se ha dicho que "el presupuesto de hecho que determina la aplicación de la indemnización punitiva es de una extrema laxitud y se encuentra en pugna con todos los antecedentes de la figura en el derecho comparado. La ley dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito, lo cual es absolutamente excesivo. No cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva" (Pizarro, Ramón. D. Stiglitz, Rubén S. "Reformas a la ley del consumidor". LA LEY 16-03-2009. La ley 2009-B, 949). (Conf. Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, en autos caratulados "Defilippo Darío Eduardo y otro c/ Parra Automotores S.A. y otro-abreviado- cumplimiento/resolución de contrato...", Expte. N° 2168020/36, sentencia N° 72, 01/07/14).

En cuanto a la regla para establecer el monto, debe prevalecer un criterio de equidad que podría expresarse como: "Ni una sanción pecuniaria tan alta que parezca una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no cause efecto alguno en el sujeto obligado: que sea la equidad la base de la estimación: ubicar la equidad en el lugar preciso, que es cuando juega con máximo espacio la discrecionalidad del

juzgador. (ver: Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecasas, Miguel A., Código Civil Comentado, art. 1069, Responsabilidad Civil, p. 44, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003) (Cám. 1° Civ. y Com. en \ "Navarro, Mauricio José c/ Gilpin Nash, David Iván - Abreviado- Exp. N° 1745342/36\ ", Sentencia N°: 181, Fecha: 27/10/2011, Semanario Jurídico: n°: 1846, del 01/03/2012, cuadernillo: 7, tomo 105, año 2012 - A, página: 321).

Efectuado el encuadre de rigor, dadas las circunstancias analizadas del caso, tratándose de una cuestión en donde se ha encontrado en juego la salud de la actora y ante el incumplimiento de la obligación legal de la demandada es que entiendo que el daño punitivo ha de proceder frente a la intempestiva y arbitraria rescisión del contrato que la liga a la actora sin corroboración del extremo argumentado para ello - falseamiento de datos de la DDJJ por parte de la Srta. Berardi-

Corresponde ahora determinar el monto del daño punitivo.

Para ello he de tener en cuenta, además de las circunstancias referidas en el párrafo precedente respecto a la conducta ilegal de la demandada, tres cuestiones adicionales.

La primera consiste en que la graduación del monto de la condena guarda relación con la efectiva materialización de los objetivos básicos de los daños punitivos, cuales son la sanción, prevención y desmantelamiento de los efectos de los actos ilícitos.

Se aplicará aquí a una empresa que, en base a la superioridad técnica y económica en la que se encuentra respecto del público consumidor, obra en el caso particular con total indiferencia hacia la salud humana. Se previene así que otros usuarios del sistema de medicina prepaga se vean expuestos a sufrir daños en su salud por conducta desaprensivas que les resulta imposible controlar y se evita también que el proceder antijurídico de la accionada implique una fuente de ganancias ilícitas ante situaciones similares.

La segunda cuestión trata de la evaluación de la particular importancia del derecho a la salud que pretende asegurarse con la organización de un sistema de medicina prepaga. Sin el pleno goce de ese derecho, el ejercicio de los restantes podría verse seriamente comprometido, lo que ha llevado a la jurisprudencia a "recalcar la función social que tienen las empresas de medicina prepaga, circunstancia que les impide priorizar objetivos económicos o de cualquier naturaleza sobre la finalidad para la que se constituyeron". ("M., M. vs. Omint S.A. De Servicios s. Sumarísimo de Salud", CN Civ. Com. Fed. Sala II, 23/03/2018, Rubinzal Online, 943/2015, RC J 2745/18).-

La tercera cuestión resulta ser una reafirmación de todo lo anteriormente expuesto, pues

ha de mirarse el caso a la luz del derecho en juego, siendo que la salud resulta ser en nuestro ordenamiento jurídico un derecho humano que tiene una máxima protección tanto a nivel constitucional local, nacional y convencional. Y es precisamente hoy que ello se encarna en la actora, Malena Berardi.

En tal sentido, no puede soslayarse que el art. 52 bis de la LDC refiere que para la graduación del daño punitivo a de meritarse la gravedad del hecho, lo cual tiene íntima relación con lo referido en el art. 49 de la misma ley en cuanto llama particularmente a atender a la hora aplicar y graduar sanciones a "la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización".

De este modo y en orden los elementos relevados, he de hacer lugar a la solicitud de aplicación de una multa a la fecha de la sentencia con reales efectos disuasorios, fijándola conforme a parámetros del art. 47 citado en el art. 52 bis de la LDC en la suma de \$ 1.000.000 a la fecha de la presente.

VIII.- Por los fundamentos expuestos, corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta en fecha 12-10-2021 por la Srta. Malena Berardi y condenar a Aca Salud a: 1) restablecer definitivamente el servicio originariamente contratado como Plan AS204, tal como fuera previsto provisoriamente mediante la medida cautelar innovativa decretada con fecha 27-08-2021; 2) abonar en el plazo de 10 días a la actora la suma de \$ 1.000.000 por daño punitivo, suma cuantificada a la fecha de la presente, la que devengará intereses sin solución de continuidad desde la fecha de la presente hasta su efectivo pago conforme a Calculadora Oficial del Poder Judicial o la que el S.T.J en lo sucesivo fije.

IX.- Costas y honorarios: Teniendo en cuenta que el vencimiento en estas actuaciones corresponde a la actora exclusivamente, por lo que impondré las costas a la demandada, todo ello conforme a la aplicación de las previsiones del art. 68 del CPCC .

Diferir la regulación de honorarios hasta tanto existan pautas completas para ello.

Por los fundamentos expuestos;

RESUELVO:

I.- Hacer lugar a la demanda interpuesta en fecha 12-10-2021 por la Sra. Malena Berardi y condenar a Aca Salud a: 1) restablecer definitivamente el servicio originariamente contratado como Plan AS204, tal como fuera previsto provisoriamente mediante la medida cautelar innovativa decretada con fecha 27-08-2021; 2) abonar en el plazo de 10 días a la actora la suma de \$ 1.000.000 por daño punitivo, suma cuantificada a la fecha de la presente, la que devengará intereses sin solución de continuidad desde la fecha de

la presente hasta su efectivo pago conforme a Calculadora Oficial del Poder Judicial o la que el S.T.J en lo sucesivo fije.

II.- Imponer las costas a la demandada (art. 68 del CPCC) y diferir la regulación de honorarios hasta tanto existan pautas para ello.

III.- Regístrese, protocolícese y notifíquese conforme al art. 9 inc. A del Anexo 1 de la Acordada 9/2022.

Leandro Javier Oyola

Juez