

Organismo CÁMARA APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA
- GENERAL ROCA

Sentencia 133 - 20/10/2022 - DEFINITIVA

Expediente RO-70485-C-0000 - R., O. R. C/ SWISS MEDICAL GROUP S.A. S/
CUMPLIMIENTO DE CONTRATO (ORDINARIO)

Texto Sentencia

En la ciudad de General Roca, a los 20 de Octubre de 2022. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "R., O. R. C/ SWISS MEDICAL GROUP S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO (ORDINARIO)" (Expte.n RO-70485-C-0000), venidos del Juzgado Civil nro.21 de Villa Regina, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ , DIJO:

I.- Llega el expediente a los efectos de resolver los recursos interpuestos contra la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 11 de noviembre de 2021.

Han apelado la actora y la demandada, quienes expresaron agravios y contestaron los pertinentes traslados de las respectivas expresiones de agravios mediante escritos que fueron incorporados al SEON.

II.- El nudo del conflicto entre las partes ha sido bien sintetizado en la sentencia recurrida expresándose allí: “3) Pasando seguidamente al tratamiento de los hechos, expresaré que no existe controversia entre las partes en cuanto a que la actora es el beneficiario del sistema de medicina prepaga que ofrece la demandada desde aproximadamente 10 años antes del presente reclamo. Por lo demás las partes difieren en cuanto al verdadero vínculo que las unía. Así tenemos que la actora sostiene que la demandada ofreció a los titulares de comercios y sus familiares que operaban con la tarjeta de crédito de la empresa Isla Card SA (tarjeta NYC) el servicio de medicina prepaga. Enfatiza que el modo de pago se estableció unilateralmente por la accionada, afirmando que consistía en un sistema de cuotas mensuales las que se retendrían por la empresa Isla Card SA de las rendiciones de compras que hiciera de los usuarios de las tarjetas en los comercios adheridos. A su turno la demandada niega haber celebrado algún tipo de contrato con la actora. En su lugar afirma que el único convenio celebrado por ella fue un “contrato corporativo” con la empresa Isla Card SA. Esgrime que mediante dicho acuerdo ésta última le retendría el monto de la cuota debida por los beneficiarios de las rendiciones de las compras efectuadas por los usuarios de la tarjeta NYC en los comercios adheridos, y le pagaría a ella. Niega por tanto haber recibido pago alguno de los beneficiarios de sus servicios, aclarando que la facturación la emitía a Isla Card SA. 4) De este modo tenemos que, en los hechos el sistema de prestación de servicios de medicina prepaga se desarrolló hasta que, según la versión de la demandada, suspendió en julio/2014 sus servicios a Isla Card SA y en septiembre/2014 fue dada de baja dicha cuenta por la morosidad registrada en el pago de las cuotas. Según la postura de la actora, la cobertura del servicio de medicina prepaga fue dado de baja por la actora en agosto/2014. Indica que habiendo sufrido un infarto de miocardio el 12/09/2014, y ante la actitud tomada por la demandada, debió afrontar de su propio peculio los consiguientes gastos de la intervención quirúrgica, estudios e internación a los que debió someterse”. (todos los subrayados me pertenecen).

La juzgadora entendió que asistía razón al accionante haciendo hincapié en la conducta asumida por la demandada de no acompañar el supuesto contrato entre ella y Nueva Card S.A. . Resolvió en los siguientes términos que copio textualmente: “1) Hacer lugar a la demanda interpuesta por el Sr. O. R. R. contra Swiss Medical Group SA, condenando a ésta última a abonarle al actor en el término de 10 días la suma de \$448.776,00 con más los intereses determinados en los considerandos. 2) Condenar en costas a la demandada, conforme los argumentos brindados; regulando los honorarios profesionales del Dr. Néstor Fabián Fanjul en su calidad de patrocinante de la actora en la suma de

\$89.755,00; y los de la Dres. Guido Poma Borghelli, Edgardo Nicolás Albrieu y Rodrigo Scianca en el carácter de apoderados de la demandada en la suma conjunta de \$71.804,00”.

III.1.1.- La demandada recurre la decisión de fondo, reclamando el rechazo de la demanda. Reputa arbitrariedad a la sentencia sosteniendo que la juzgadora sigue el relato del accionante, soslayando el de ella así como la prueba producida. Los argumentos al respecto los desarrolla en su primer agravio que denomina “La Arbitrariedad”.

Entre los párrafos de este capítulo me permito extraer los siguientes “no menciona prueba alguna que avale la procedencia de la demanda, en un caso donde ha quedado demostrado, mediante pericia contable, la relación contractual existente entre mi representada e ISLA CARD.”; “Dicho contrato se probó por lo manifestado por la actora y lo dictaminado en la pericia contable, la cual fue olvidada por el Juez de primera instancia en su pronunciamiento. En definitiva, a los fines de su resolución no tuvo en cuenta los argumentos de mí representada, solo los de la actora, basándose la condena puramente en los esgrimidos por esta, sin recabar en la prueba producida en autos”.

III.1.2.- Como agravios eminentemente subsidiarios, cuestiona el acogimiento del rubro daño punitivo. Al respecto, copiando citas doctrinarias y judiciales, sostiene que la aplicación del daño punitivo es excepcional y que se lo ha acogido en el caso “a partir de un presunto incumplimiento nunca acreditado”. Expresa que “el Tribunal ha pasado por alto que no se han cumplido en la especie los recaudos propios del instituto, como ser a) actitud doloso o culposa grave de mi parte, b) indiferencia (todo lo contrario, le dio debida respuesta a la actora (por más que ella no haya sido la que reclamara), c) conducta incumplidora y repetición de las mismas, d) ganancias o beneficio obtenido por la empresa a partir del casus etc.”.

III.1.3.- En un tercer agravio cuestiona la procedencia de intereses sobre el daño punitivo.

III.1.4.- En el desarrollo de su cuarto agravio, se queja por la procedencia de la indemnización por daño moral que en la sentencia se fijó en \$200.000.-

Argumenta en este punto “que a diferencia de lo que ocurre con el daño material, la alteración disvaliosa del bienestar psicofísico del individuo debe presentar cierta magnitud para ser reconocida como perjuicio moral. Un malestar trivial de escasa importancia, propio del riesgo cotidiano, nunca lo configurarían”.

Copiando jurisprudencia de otro fuero expone que “...el reconocimiento de una indemnización por ese concepto tiene carácter restrictivo y el Juez debe ponderar su procedencia en atención al hecho generador y a las particulares circunstancias (Cfr Sala II del Fuero, causa 5964/15 del 02/3/18 y sus citas)”.

Expresa que en la sentencia se “considera probado a este rubro sin indicar los hechos y pruebas en que basa su veredicto, convirtiéndose en una sentencia arbitraria”. Agrega también que se hace referencia a “precedentes que no guardan relación con el presente juicio (Caso Fernández Carlos Alberto), solo que resulta ser demandada también mi representada”.

III.1.5.- Como un quinto agravio que ha de entenderse como subsidiario de estos últimos, reclama que eventualmente se reduzcan las sumas indemnizatorias que alega son “exageradamente elevadas”.

Expresa que surge de la sentencia que “por sobre los requisitos legales ha primado el propósito de indemnizar. Entendemos, con el mayor respeto que nos merece la Sra. Jueza a quo, que en el caso se advierte la aplicación de la llamada ideología de la reparación.

Copia luego la siguiente cita de López Mesa: “Llamamos ‘ideología de la reparación’, siguiendo a prestigiosa doctrina francesa, a la pretensión de algunos jueces y doctrinarios -presuntamente bien intencionados- de que todo perjuicio debe ser indemnizado, reúna o no el caso los presupuestos de la responsabilidad civil. Este proceder choca contra el derecho vigente en nuestro país y a tenor de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional —nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda— transforma en inconstitucionales a tales sentencias”. Continúa la copia de expresiones doctrinarias en esa línea.

Recuerda los importes que se demandaron en cada caso y aquellos que se fijaron en la sentencia, indicando que resulta contradictorio que se hable de actualización y que sobre la actualización se apliquen intereses.

Como conclusión expresa: “la sentencia es arbitraria, por no valorarse la prueba en su conjunto y solo en forma parcial. La indemnización de los rubros otorgados es elevada y hasta se multiplica de acuerdo a lo reclamado originalmente por el actor, otorgándose además una actualización de intereses en forma duplicada. Por ello solicito que así se la declare, dictándose el pronunciamiento que en derecho corresponda”.

III.2.1.- A su turno la parte actora trae como un primer agravio el importe fijado en concepto de daño punitivo que considera exiguo en orden a los antecedentes del caso y precedentes asimilables. Muestra que no obstante considerar la juzgadora que las circunstancias y padecimientos en el caso son más graves que en los precedentes “FERNANDEZ C/ SWISS MEDICAL” (Expte. N o B-2RO-212-C5-17), y “GARCIA C/ SWISS MEDICAL” (Expte. N O B-2RO-297-C9-18), se fija una suma que a valores reales es inferior a la fijada en aquellos, haciendo los cálculos del caso. A fin de ser breve me remito a la lectura del escrito de expresión de agravios respectivo.

Recuerda citando fallos de esta Cámara que venimos insistiendo en que este instituto está destinado a cumplir una función preventiva, disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas. Así también que tenemos que ser más receptivos en la admisión de las multas en el marco del art. 52 bis de la LDC, de modo de doblegar la persistencia de las empresas al cambio de sus cuestionables prácticas. Ello al menos, mientras persistan esas ignominiosas prácticas de mercado, alentadas por la falta de controles más efectivos de las otras áreas del Estado y le siga resultando a las empresas muy accesible litigar y hasta beneficioso hacerlo, por la falta de adecuada respuesta de la jurisdicción al problema inflacionario, que concluye haciendo que demorar el pago aún debiendo cargar con las costas del proceso, les reporte ganancia a las empresas. Y que en esa línea entonces, aún cuando por allí nos parezca desproporcionado la condena o su importe con el daño efectivo, habrá que pensar en sanciones que realmente entidad para doblegar la práctica no deseada, haciendo que a la empresa le resulte más conveniente comportarse como es debido.

En otros párrafos de este capítulo se expone: “No puede escapar al análisis integral de las faltas graves cometidas, la conducta antijurídica desarrollada por Swiss Medical, incluso con anterioridad a la cirugía del 12/9/2014, al rescindir unilateralmente el contrato de medicina prepaga. Lo hizo violentando las previsiones de la ley 26.682 que en su artículo 9 determina en forma clara que las prestatarias solo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando se reúnan dos condiciones: (i) falta de pago de tres cuotas; (ii) constitución en mora intimando al usuario a regularizar la deuda. norma es por demás clara: solo y únicamente se podría rescindir el vínculo en la medida en que se reunieran ambos elementos. Sin embargo Swiss Medical hizo caso omiso a lo que una ley -de orden público, destaco- le exigía y sin más rescindió el contrato que nos unía”.

III.2.2.- Se agravia también por la cuantía de la indemnización de daño moral y citando precedentes de esta Cámara, pide la elevación de ésta a la suma de \$400.000.-

III.3.- Siendo que los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino tan sólo pronunciarnos acerca de aquellas que estimemos conducentes para sustentar nuestras conclusiones (CS, doctrina de fallos 272:225; 274:113; 276:132; 280:320) y por razones de brevedad, efectué solo una descripción de lo central de los escritos de expresión de agravios, remitiéndome por lo demás a la lectura de estos así como también a la de los escritos de responde en su totalidad.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO:

IV.1.- He de abordar en primer término el primero de los agravios traídos por la demandada.

IV.1.1.- En tal derrotero recuerdo que como se le ha dicho a la demandada y sus letrados en una causa anterior (refiero a “García c/ Swiss Medical”, sentencia de fecha 4/09/2019 correspondiente al Expte. B-2RO-297-C9-18), venimos reiteradamente diciendo con cita de Hitters que “la expresión de agravios debe ser autosuficiente y completa... una labor guiada a demostrar, razonada y concretamente, los errores que se endilgan al fallo objetado...” (Hitters, Juan C., ‘Técnica de los recursos ordinarios’, 2da. Edición, ed. Librería Editora Platense, pág. 459 y 461)’. Y trayendo a colación un voto de la Dra. Beatriz Arean, que ‘Frente a la exigencia contenida en el art. 265 del Código Procesal, cuando se trata del contenido de la expresión de agravios, pesa sobre el apelante el

deber de resaltar, punto por punto, los errores, las omisiones y demás deficiencias que atribuye al fallo. No basta con disentir, sino que la crítica debe ser concreta, precisa, determinada, sin vaguedades. Además, tiene que ser razonada, lo que implica que debe estar fundamentada. Ante todo, la ley habla de 'crítica'. Al hacer una coordinación de las acepciones académicas y del sentido lógico jurídico referente al caso, 'crítica' es el juicio impugnativo u opinión o conjunto de opiniones que se oponen a lo decidido y a sus considerandos. Luego, la ley la tipifica: 'concreta y razonada'. Lo concreto se dirige a lo preciso, indicado, específico, determinado (debe decirse cuál es el agravio). Lo razonado incumbe a los fundamentos, las bases, las sustentaciones (debe exponerse por qué se configura el agravio)' (Conf. CNCivil, sala H, 04/12/2004, Lexis N° 30011227). En la expresión de agravios se deben destacar los errores, omisiones y demás deficiencias que se asignan al pronunciamiento apelado, especificando con exactitud los fundamentos de las objeciones. La ley requiere, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a lo actuado en la instancia de grado sea concreta, lo cual significa que el recurrente debe seleccionar de lo proveído por el magistrado aquel argumento que constituya estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Efectuada esa labor de comprensión, incumbe al interesado la tarea de señalar cuál es el punto del desarrollo argumental que resulta equivocado en sus referencias fácticas, o bien en su interpretación jurídica (Conf. esta Sala G, 12/02/2009, La Ley Online; AR/JUR/727/2009)'(Del voto de la Dra. Beatriz Areán en causa 'Mindlis c/ Bagían', de la Cam. Nac. Civil, sala G, fallo de fecha 3/11/11, citado entre otros en expedientes de esta cámara, CA-20946, CA-20654, CA-20666, CA-20955, CA-20108, CA-21124, CA-21298, CA-21181, CA-21566 y A-2RO-229-C9-13)". Como nos dicen Colombo y Kiper, en su muy bien logrado comentario al Código Procesal: "No es cuestión de extensión del escrito, ni de manifestaciones sonoras, ni de profusión de citas... sino de efectividad en la demostración del eventual error in judicando: ilegalidad e injusticia del fallo". (Carlos J. Colombo y Claudio M. Kiper, 'Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y anotado', 3ra. Edición La Ley, t° III pág.179). Así también hemos afirmado que "No es la extensión de la exposición –en el caso la expresión de agravios- sino la contundencia de los conceptos que se expresan a partir de su correlato con la prueba colectada y la subsunción de los hechos que esta exterioriza a las normas jurídicas que resulten de aplicación, lo que interesa. La suerte del recurso se define de esta forma. Así como muchas veces hemos dicho que los testigos no se cuentan, sino que se pesan, con igual lógica en relación a los escritos judiciales, podría decirse que estos no se cuentan por hoja ni se miden en su extensión, sino en el peso de lo que transmiten", recordando que fundamentalmente no se cuestiona lo que innecesariamente se expone, pero sí lo que injustificadamente se omite, así como lo que groseramente se distorsiona".

IV.1.2.- La demandada insiste en la existencia de un contrato que sostiene que su existencia fue acreditada con la pericial contable, pero que como expuso el actor al contestar la expresión de agravios, ello no es así pues ni siquiera el perito alegó que lo hubiere tenido a la vista y como viene al caso remarcar, nunca fue acompañado al expediente ni siquiera en copia.

Pretende la demandada que se altere groseramente el sistema de cargas probatorias, soslayándose además el principio fundamental del sistema por el que la duda favorece al consumidor y no al demandado prestador del servicio, sin brindar el más mínimo argumento para ello.

En la causa 'Coliñir c/ La Campagnola'-voto de la Dra. Piccinini- que resulta de aplicación se expresa que: "... 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”.

Cabe recordar que como muchas veces hemos dicho, la regla “in dubio pro consumidor” se extiende también fundamentalmente al ámbito de los hechos y la prueba. Esa ha sido la práctica judicial más extendida de la que participa esta cámara, contando con apoyo doctrinario muy calificado, que luego se plasma en la Ley de Defensa del Consumidor con la modificaciones introducidas por la ley 26.361 al disponer la obligación de los proveedores de “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”. (art. 53, tercer párrafo). (Ver ‘Manual de Derecho del Consumidor’ por Jorge M. Bru, Inés D’Argenio, Belén Japaze, Roberto Pagés Lloveras, Diego H. Zentner, dirigida por Dante D. Rusconi, segunda edición, págs. 147 y sgtes.).

Y reafirmo aquello de grosero, porque era la demandada quien alega la existencia de un contrato celebrado con un tercero, con lo que sin recurrir a la carga dinámica, le correspondía a ella acreditar tal extremo fáctico acompañando el contrato que nunca se acreditó que existiera. Y ello más allá que aun cuando se tuviera por cierto la existencia de un contrato, no es posible conocer sus términos debiéndose presumir que es contrario a los intereses de la parte que lo oculta.

Lo más probable -por no darlo por seguro- es que hay existe un contrato y/o documentación que precisa el vínculo y los términos de la relación comercial entre Isla Card S.A. y Swiss Medical Group, que esta última oculta porque le perjudica y beneficia por el contrato la posición del actor.

No es razonable pensar que quienes redactaron la expresión de agravios creyesen que los argumentos allí expresados, tuvieran alguna posibilidad de enervar la sentencia de primera que es muy sólida en este punto. Mantiene además la demandada una conducta reñida con la buena fe, desde que -según su propio relato- sigue ocultado documentación central para el esclarecimiento de los hechos.

Se impone al respecto declarar desierto el recurso, sin perjuicio de constituir los argumentos brindados fundamento suficiente para la confirmación de la sentencia en este tramo.

IV.2.- En cuanto a los restantes agravios, en mi opinión, solo merece acogimiento el vinculado a los intereses sobre el daño punitivo de acuerdo con la jurisprudencia del cimero tribunal de la provincia -doctrina legal obligatoria según art. 42 ley 5.190- establecida en el precedente “Guiretti c/ Guspamar”. Al respecto, si bien mantengo una opinión distinta (ver nuestro voto en “Gatica c/ Horizonte”, sentencia de fecha 30/11/2020 correspondiente al Expte. N° A-2RO-1560-C5-18) y “Escudero c/ Walmart Argentina”, sentencia de fecha 17/02/2021 correspondiente al Expte. N° B-2RO-121-C2015), cabe seguir el lineamiento expuesto y en consecuencia liquidar intereses sobre el daño punitivo, tras la firmeza de la sentencia.

IV.3.1.- Respecto de los otros agravios de la demandada, sobre la procedencia de los rubros “daño punitivo” y “daño moral”, así como de la cuantía de las indemnizaciones establecidas al respecto, nuevamente como en el citado precedente “GARCIA C/ SWISS MEDICAL” (Expte. N O B-2RO-297-C9-18), nos encontramos frente a un escrito que soslaya en general los antecedentes del caso y se construye a partir de copiar y pegar otros escritos vinculados a causas con las que no guarda relación o transcribiendo jurisprudencia que claramente no resulta de apelación.

En tal sentido me permitiré copiar y comentar algunos párrafos de dicho memorial:

IV.3.1.1.- Se expresa respecto de la queja por el “daño punitivo” que: “El Magistrado de la anterior Instancia, infiere que habría existido una conducta dolosa o trato indigno hacia la actora, a partir de un presunto incumplimiento nunca acreditado”.

Ninguna duda que es una jueza quien ha conducido y sentenciado en la causa, pero más allá de ello, la ausencia de prestación -incumplimiento- estuvo fuera de discusión en todo el proceso, radicando el conflicto respecto a si la Swiss Medical estaba obligada frente al actor o como ha venido alegando, el vinculo era con Isla Card S.A.

IV.3.1.2.- En apoyo de este agravio se copia jurisprudencia que sostiene: “se ha verificado que hubo una omisión de parte del actor de incluir una dolencia anterior en la rodilla derecha de su hijo en su declaración jurada de enfermedades, la que si bien no fue considerada como acto de mala fe,

existió, por lo que no puede desprenderse de tales constancias que la conducta que generó el incumplimiento de parte de la demandada con respecto a las obligaciones asumidas exteriorice, del modo exigible ya descrito supra, el designio “doloso” de perjudicar o la “culpa grave” en ese sentido, que son necesarios para habilitar la procedencia del “daño punitivo” pretendido”.

Sin hesitación también muy lejos de guardar relación y poder vincularse esto con el caso que nos ocupa.

IV.3.1.3.- Al desarrollar los agravios por la concesión de indemnización por “daño moral”, la impertinencia del discurso y citas es aun mayor.

Se transcribe el siguiente fallo: ““El daño moral no puede ser confundido con cualquier inquietud o perturbación del ánimo originados en la carencia transitoria de un bien meramente material, pues una simple molestia o incomodidad no puede equipararse con la privación de aquellos bienes que conforman el patrimonio moral de una persona, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos” (CNCiv, Sala K, 1998/08/05 "ABRAMOVICH, Moisés c/ Cons. Prop. Av. Del Libertador 3552/60/72 Rev. LL 2000-03-14).

También sin duda en el presente no se discutió sobre lesión a bienes meramente materiales, sino que se privó de asistencia sin aviso de algún tipo al asegurado cuando sufrió un infarto de miocardio, con incuestionable riesgo de vida y el desasosiego que conlleva enfrentar tan repentina, urgente y grave situación solo por sus medios.

IV.3.1.4.- A continuación se transcribe en el memorial, la siguiente jurisprudencia: “Sentado ello debo decir que, a mi criterio, las molestias padecidas por la actora no revisten la honda perturbación que debe darse para que este daño quede configurado, siendo como lo es, facultad del juzgador apreciar en cada caso si el incumplimiento contractual ha podido ser generador de este perjuicio (art. 522 del código Civil). Es que tan sólo se ha probado que la emplazada se ha negado a reembolsarle el monto total de lo abonado por la actora para someterse a la intervención quirúrgica del 8 de octubre de 2009, una vez realizada la misma y no antes. De ahí que no se pueda inferir que el incumplimiento de la demandada haya puesto en duda la realización de la cirugía o haya tenido una incidencia perturbadora en la vida del actor, razón por la cual no puede tenerse por configurado, al no ser probado, el agravio moral denunciado.” SENTENCIA FIRME. LUNA, CLAUDIA PATRICIA c/ SWISS MEDICAL S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. JUZGADO 54. Fallo del 26/12/2016. Exp. 37480/2014).

El fallo precisamente brinda argumentos en apoyo de la condena, porque en este caso se negó la asistencia antes de la intervención quirúrgica. Se copia y pega sin razón, haciendo perder tiempo a la contraparte y el tribunal, mostrando que lo que interesa es solo demorar la conclusión del proceso.

IV.3.1.5.- Se sostiene que la juzgadora cita precedentes que no guardan relación con la causa excepto por ser la recurrente la demandada; se expresa textualmente: “Refiere a precedentes que no guardan relación con el presente juicio (Caso Fernández Carlos Alberto), solo que resulta ser demandada también mi representada”.

Parece que no se hubiere leído la sentencia o leída se le resta toda importancia, pues la juzgadora aclara en ella que si bien en aquellos casos se condenó a Swiss Medical S.A. por “un aumento indebido en el pago de las cuotas de los afiliados”, ponderaba las sentencias como demostrativas de la conducta de la empresa, así como también obviamente en torno al no discutido criterio de tener como parámetros los sumas que se han acordado en otros casos. Me remito en tal sentido a la cita del viejo precedente “Painemilla c/ Trevisan” (Jurisprudencia Condensada, tº IX, pág. 9-31), que nunca obviamos al tratar la cuantificación del daño y que incluso en la sentencia de primera instancia se transcribe en su parte pertinente.

IV.3.1.6.- En un último párrafo de este agravio, se consigna: “Tampoco ha reparado el Juzgado sobre la doctrina jurisprudencial en el sentido de que ‘...el reconocimiento de una indemnización por ese concepto tiene carácter restrictivo y el Juez debe ponderar su procedencia en atención al hecho generador y a las particulares circunstancias (Cfr Sala II del Fuero, causa 5964/15 del 02/3/18 y sus citas)”.

Por lo pronto destaco de esta cita que no se nombra la fuente, ni realizan precisiones como en las restantes, lo que dificulta conocer en que tipo de causa y contexto se expresa lo consignado. Está estaba prevista como una de las preguntas a formular en la audiencia que más allá de pensarse como una instancia conciliatoria, estaba motivada por la necesidad de obtener aclaraciones de las partes. Lamentablemente la parte demandada no compareció privándonos de conocer a qué tribunal hace referencia y demás datos que permitan ponderar la jurisprudencia.

Si perjuicio de ello, no puede constituir ninguna novedad para el recurrente que el criterio que alega no se corresponde con el afianzado de esta Cámara, ni tampoco con la doctrina legal obligatoria establecida por el cimero tribunal de la provincia -entre otros pronunciamientos- en el caso "Daga". Desde antes del dictado del Código Civil y Comercial hemos dicho que la Ley de Defensa del Consumidor regula lo que la propia constitución nacional denomina 'relación de consumo' (CN: 42), y sus disposiciones afectan no sólo normas de derecho civil, sino también comercial, procesal, administrativo, penal, etc., '...para comprenderlas e integrarlas sistemáticamente' (Conf., Kemelmajer de Carlucci - Tavano de Aredes, 'La protección del consumidor en el derecho privado', Derecho del Consumidor 1991, N° 1 pág. 11, citado por Fariña, 'Defensa del consumidor y del usuario', pág. 13); así, esta norma, al regular un tipo de relación específica, incide en el sistema de responsabilidad del Código Civil, al dictar reglas particulares aplicables a este tipo de vínculo que prevalecen frente a las generales del código de fondo; y, al tratarse de una Ley de orden público (Ley 24240, art. 65), cabe aplicar sus específicas disposiciones dirigidas, en términos generales, a restablecer el equilibrio entre las partes en una relación que por su naturaleza muestra al consumidor como su parte débil; máxime, considerando que esta 'relación de consumo' habitualmente se concreta por vía de formas de contratación masiva, instrumentadas mediante cláusulas predispuestas en donde el consumidor sólo puede limitarse a aceptarlas o, en su defecto, rechazar el convite; en tal contexto, la ley establece un régimen que la doctrina mayoritariamente ha calificado como de responsabilidad objetiva de la contraparte del consumidor (fabricante, vendedor, prestador de servicio, etc.). ('Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Ordinario', Cámara Comercial: Sala D, Vassallo - Heredia - Dieuzeide, 15/05/08).

Ya en sentencia de fecha 20/11/2012 correspondiente al expediente CA-21045, sostuvimos que: 'el derecho de los consumidores no puede sino ser visto como un derecho humano de insoslayable protección. No sólo por lo que en sí representa como una forma de atender la dignidad de una persona que de ordinario se encuentra en inferioridad de condiciones respecto a las empresas expendedoras de productos o prestadoras de servicios, cada vez incluso más fuertes, anónimas y con centros de atención en otros países o difíciles de ubicar (por caso, en un reclamo con la demandada o empresas similares, el consumidor es derivado a servicios telefónicos computarizados o call center muchas veces del exterior con comunicaciones interminables que generalmente finalizan sin una respuesta y mucho menos solución), sino además por su implicancia en la protección de muchos de los otros derechos. Y refiero a derechos tan elementales como la vida y la integridad física que pueden verse afectados por productos o prestaciones lesivas, las prestaciones alimentarias en su concepción más amplia, etc., etc.'. Y que 'Con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

9.- En orden a lo que vengo exponiendo no resultan de aplicación en principio las normas del Código Civil previstas para la reparación del daño por incumplimiento contractual y en particular respecto del daño moral'. Por otra parte, hay que recordar que el denominado daño moral es uno de aquellos daños considerados 'in re ipsa', que resultan de la naturaleza misma de los hechos. A diferencia de los daños patrimoniales que de ordinario requieren prueba, el denominado daño moral no. Se presume, debiendo el juez cuantificarlo en el marco de las facultades que le acuerda el art. 165 del CPCyC. Por otra parte, no podemos dejar de ponderar en el caso, el lógico padecimiento del actor, como de cualquier persona ante un incumplimiento contractual como el que se ha verificado, habiendo tenido que recorrer un largo camino en busca del reconocimiento de su derecho. Reclamamos

extrajudiciales, denuncia administrativa, prueba anticipada y mediación hasta culminar con la interposición de la demanda y su posterior tramitación cumpliendo todas las etapas, por la persistencia de las accionadas en darle lo que le corresponde. Ello implica una agonía en el tiempo que produce inevitablemente una sensación de desprotección, inseguridad y vulneración de los derechos del reclamante, que bien debe indemnizarse bajo este rubro'. Todos los padecimientos que no hubiere tenido que soportar si no se hubiere producido el incumplimiento de la ley o del contrato por parte de la empresa debe ser atendido y en este sentido por caso en 'Gallego' (sentencia 3/06/2021 correspondiente al Expte. B-2RO-376-C2019) dijimos: 'como expusimos en 'Ricchioni' trayendo a colación entre otros precedentes A 'Galván c/ Fravega' (sentencia de fecha 7/12/2017) '... no solo debe atenderse los padecimientos derivados del sentirse perjudicada ella y su grupo familiar por la adquisición de un bien que tenía desperfectos que impidieron su uso, sino fundamentalmente todo lo que ha significado el destrato en el comercio y los técnicos a los que se le derivó, así como el tener que recurrir a instancias administrativas, de mediación extrajudicial y finalmente un proceso, con la angustia y demás padecimientos que de ello derivan, sintiéndose además menospreciada, ignorada, ninguneada por la demandada...''.

Pero como anticipé, abordando este tema con la debida ponderación del nuevo código unificado, se ha fijado doctrina legal contraria a lo que postula el recurrente. En este sentido cabe recordar lo expuesto por el Dr. Mansilla en su voto en 'DAGA' (sentencia de fecha 28/06/2021 correspondiente al Expte. B-2RO-311-C2018): "d) La demandada también se agravia del fallo dictado en cuanto se ha acogido el reclamo por daño moral, argumentando la indebida aplicación de los arts. 1716, 1721, 1726, 1741 y 1744 del Código Civil y Comercial. Sostiene además que la decisión exhibe falta de fundamentación y que el daño moral no se presume, sino que debe ser acreditado por quien lo invoca (art. 1744 del CCyC), siguiendo la tradición del Código de Vélez que así lo imponía cuando su fuente era un contrato. (cf. art. 522 del Código Civil). Adelanto mi opinión contraria al progreso de este planteo. Doy razones: En primer término cabe señalar que a partir de la sanción del Código Civil y Comercial no existen diferencias en relación con la procedencia de la reparación del daño moral (consecuencias no patrimoniales o daño extrapatrimonial) en los ámbitos extracontractual y contractual. El nuevo Código en su art. 1716 establece un solo régimen de responsabilidad civil, con una regulación común, independientemente de que la fuente del deber de resarcir provenga de la violación del deber genérico de no dañar o del cumplimiento de una obligación preexistente, equiparando así la regulación de los efectos entre las otrora llamadas obligaciones extracontractuales, o cuasi delictuales, con el incumplimiento de una obligación en general y en especial las nacidas de los contratos. En tal inteligencia y partiendo de la premisa que donde la ley no distingue no debemos distinguir, podemos afirmar -a contrario de lo postulado por la recurrente- que no solo han quedado derogadas las disposiciones de los arts. 522 y 1078 del Código Civil sino también superadas las diferencias que establecían. En línea con dicha interpretación, se suma además: a) El Cap. 3 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial que regula el ejercicio de los derechos. b) Un art. 2° CCyC, que impone interpretar la ley teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico. c) Un único tratamiento para el incumplimiento del deber de no dañar como del incumplimiento de una obligación contractual. d) El art. 1744 CCyC impone que el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, salvo que la ley lo impute o presuma, o bien surja notorio de los propios hechos. De manera que se debe presumir la insatisfacción injustificada cuando surge notoria. e) La procedencia de la indemnización no está diferida a la potestad del Juez (como era en el art. 522 del Código Civil). f) No hay una cuantificación legal mínima que establezca insatisfacciones tolerables no indemnizables, de aquellas otras injustificadas indemnizables. Las únicas diferencias están enunciadas en el art. 1718 CCyC (cf. CSJN, Fallos 334:376). De lo expuesto surge sin hesitación que el Código Civil y Comercial ha ampliado la posibilidad de resarcir las consecuencias no patrimoniales producidas por el incumplimiento contractual. En la actualidad no hay restricción alguna para resarcir: la reparación de la lesión a las afecciones espirituales legítimas (el otrora daño moral) está contemplada de manera única en el art. 1741 CCyC sin cortapisa alguna para el daño patrimonial y para el daño extrapatrimonial. La

reparación en todos los casos debe ser plena, por imperio de los arts. 19 de la Constitución Nacional y 1740 CCyC. En materia contractual este concepto de "insatisfacción no justificada" se ve reafirmado por lo dispuesto en los arts. 8° bis, 37 y 40 bis, de la Ley 24.240, además de tener que atender a lo establecido en el art. 3° del mismo cuerpo legal, como también por lo impuesto en los arts. 1094, 1095, 1096 y ss, CCyC. También es dable destacar que en materia contractual el art. 961 CCyC, resulta mucho más claro y determinante que el derogado 1198 Código Civil, ya que establece que los contratantes se obligan a todas las consecuencias que puedan considerarse en los términos obligacionales del contrato, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, lo que interpretado en un coherente diálogo de fuentes normativas impone al proveedor profesional en una relación de consumo o al predisponente contractual a una mayor y más amplia asunción obligacional, por que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (cf. art. 1725 CCyC). En tal orden de ideas no se advierte que la sentencia de Cámara haya incurrido en las violaciones normativas invocadas y mucho menos, en falta de fundamentación. Es que, acreditada la falta de cumplimiento adecuado del deber de información y de trato digno -extremos cuya determinación nos conduce a cuestiones de hecho y prueba, irrevisables en casación-, no resulta luego irrazonable presumir las consecuencias no patrimoniales (daño moral) por configurar una derivación del incumplimiento contractual”.

IV.3.1.7.- En lo que respecta a queja por la cuantía de las indemnizaciones, más allá de las citas jurisprudenciales genéricas que poco o nada aportan, como más concreto se expone en el memorial que analizamos: “Respecto al rubro DAÑO PUNITIVO solicitó la actora la suma de \$20.000 y la Jueza de grado le concede prácticamente esa suma multiplicada por diez, \$ 200.000, más los intereses. En referencia al rubro DAÑO MORAL la actora reclamó la suma de \$15.000 y la Jueza de grado le otorgo el doble, \$ 200.000. Argumenta los altos índices inflacionarios a los fines de elevar las sumas, pero también le aplica intereses. O sea, duplica los intereses en favor del actor, dándose un supuesto de enriquecimiento ilícito. En síntesis, se otorga más de lo reclamado por la actora y se aplica a su vez una tasa activa que duplica la suma otorgada”.

El comentario es superficial y parcialmente falso.

Falso porque en la sentencia no se aplica tasa activa, sino la tasa pura que es lo de práctica para créditos a valores de la sentencia y se adecua a la doctrina legal obligatoria.

Superficial además porque no se analiza ni menos aún se argumenta para el cuestionamiento. Si se hubiere tomado el trabajo de utilizar la herramienta que sabe que se utiliza -al menos en la circunscripción- para mantener el valor constante de las indemnizaciones de referencia (<https://calculadoradeinflacion.com/>), observará que se reconoció como indemnización el importe demandado actualizado desde la fecha del hecho a la de la sentencia redondeando el importe final.

VI.3.2.- Es notorio entonces el incumplimiento de la carga de fundamentación que impone el art. 265 del CPCyC, configurándose además la reiteración de un comportamiento inadmisibles y que ya fue motivo de sanción en sentencia que no fuera revocada por el cintero tribunal provincial pese a los intentos recursivos al respecto. Abordaré esta cuestión más adelante.

Resumiendo entonces en lo que respecta al recurso de Swiss Medical S.A., propongo considerarlo desierto en su mayor extensión, acogiéndolo solamente el agravio relativo a la aplicación de intereses sobre el daño punitivo desde el acaecimiento del hecho, los que deberán en caso de mora calcularse conforme lo que aquí se expuso en consonancia con la jurisprudencia obligatoria citada.

V.1.- Trataré ahora el recurso del actor y en tal derrotero el agravio vinculado a la cuantía del “Daño Moral”.

Comparto los argumentos expuestos al respecto por el recurrente y considero que cabe fijar la indemnización en la suma pretendida de \$400.000.-, en nada excesiva.

La situación generada por el corte de la cobertura en un momento crítico del actor, sumado a los padecimientos que luego también tuvo que soportar, incluyendo los de este juicio y la incertidumbre por la suerte final de su reclamo, deben ser indemnizadas y la suma pretendida en esta instancia se advierte razonable, no pudiéndose decir que se encuentre por arriba de otras fijadas para casos

menos graves.

Y digo esto por cuanto es como muchas veces hemos dicho, la indemnización por daño moral es una tarea extremadamente difícil, porque precisamente el dolor y las afecciones de orden espiritual, no resultan por esencia medibles económicamente. Hay siempre una gran dosis de discrecionalidad en la decisión jurisdiccional, que desde mucho tiempo se viene tratando de acotar, procurando acordar mayor objetividad y consecuente legitimidad a la decisión, atendiendo a lo decidido con anterioridad en casos que pudieran ser de algún modo asimilables. nuestra jurisdicción desde el viejo precedente 'Painemilla c/ Trevisan' (Jurisprudencia Condensada, tº IX, pág.9-31), se ha sostenido que "no es dable cuantificar el dolor ya que la discreción puede llegar a convertirse en arbitrio concluyéndose en cuanto a la tabulación concreta de este rubro, que su estimación es discrecional para el Juzgador y poca objetividad pueden tener las razones que se invoquen para fundamentar una cifra u otra. Es más, el prurito de no pecar de arbitrario que la efectiva invocación de fundamentos objetivos, lo que lleva a abundar en razones que preceden a la estimación de la cifra final. La única razón objetiva que debe tener en cuenta el Juzgador para emitir en cada caso un pronunciamiento justo, es además del dictado de su conciencia, la necesidad de velar por un trato igualitario para situaciones parecidas... Por cierto que nunca habrá de agotarse en la realidad, pero la orientación emprendida en esta tarea, el catálogo de las posibilidades que nos pondrá de manifiesto la realidad..." ('El daño moral en las acciones derivadas de cuasidelitos', Félix E. Sosa y Mercedes Laplacette, pág. 6).

A partir de allí, tenemos en cuenta además que no cabe comparar solo los números, sino al poder adquisitivo o valor constante de las indemnizaciones de manera de que el fenómeno inflacionario no resulte ser un incentivo para quien rehuye la reparación del daño, ni que nos aleje de la reparación plena que además de una incuestionable base legal, tiene sustento constitucional y convencional.

V.2.1.- En lo que respecta al planteo de elevación de la suma acordada en concepto de "daño punitivo", considero también que lo que se ha pedido en el escrito de expresión de agravios no es excesivo, sino tal vez escaso en orden a la gravedad del incumplimiento sin duda intencional, así como la conducta observada con posterioridad y a la que ya hiciéramos referencia.

Pondero además que siendo de aplicación la doctrina establecida por el STJ en "Guiretti c/ Guspamar", con el recrudecimiento del proceso inflacionario que es de prever no cese en lo inmediato, los importes que fijamos van disminuyendo significativamente a valores constantes con el correr de los días.

En este sentido expresé en "Dorrio c/ Volkswagen" y cabe reiterarlo: "Decía que el importe reclamado en la expresión de agravios no me parece excesivo. Siendo una práctica generalizada la de la demandada, cierto es que esta multa a la que además no se le aplican intereses ni actualización alguna, ya es escasa y lo será aún más cuando resulte exigible según la doctrina legal obligatoria establecida por el STJ en el caso 'Guiretti c/ Guspamar' citado en la sentencia aquí apelada. Por otra parte si bien en la actualidad puede decirse que está más cerca del máximo autorizado por el legislador (\$5.000.000.-) que del mínimo (\$100.-), no podemos perder de vista que tales importes se han visto afectados tremendamente por el proceso inflacionario y que el criterio de la ley ha sido muy distinto. Cuestión más importante aun si ponderamos que en esta materia impera el principio de no regresividad.... En este sentido actualizando los importes previstos por el art. 47 de la ley 24.240 -al que remite el art. 52 bis- desde abril del 2008 (fecha de la promulgación de la ley 26.361 que estableció el valor de las multas), se tiene que aquél mínimo y máximo a julio de 2022 ascendería aproximadamente a \$6.090.- y \$304.455.000.- respectivamente. Es decir que la suma peticionada sería a valores constantes o reales, un importe más cercano al mínimo que al máximo. Concretamente menos del 1,15% de este último".

V.2.2.- He de proponer elevar el daño punitivo con límite en la suma pretendida en la expresión de agravios, pero tal como lo expusiera por estos días al adherir al voto del Dr. Soto en "Juárez c/ Volkswagen", tal vez a futuro debiéramos analizar si no cabe variar este criterio y eventualmente aplicar sanciones más altas. La lógica nos indica que cuando como en el caso la empresa reincide, es que las indemnizaciones no hacen mella en las utilidades que obtiene de su ilícito proceder.

V.2.3.- Propongo entonces hacer lugar al recurso de la parte actora, elevando las indemnizaciones a

las sumas solicitadas tanto en concepto de daño moral, como daño punitivo aunque, en el caso de esta última, no cabe la pretensión de intereses por los motivos expuestos al tratar el recurso de la demandada.

V.3.- En cuanto a las costas del recurso, propongo se impongan a la demandada conforme el principio objetivo de la derrota.

Habiéndose modificado los importes de condena corresponde proceder a una nueva regulación, pero en tanto no fueron cuestionados los honorarios regulados en la instancia de origen, propongo mantener el mismo porcentual de regulación utilizado por la juzgadora, adecuando los honorarios conforme la elevación de los importes de condena, debiéndose por tanto considerar como monto base, el importe de las indemnizaciones más los intereses.

VI.1.- En la citada causa “García c/ Swiss Medical” (Expte. N O B-2RO-297-C9-18), impusimos también una multa por temeridad y malicia a la demandada y en mi opinión debiera hacerse lo mismo en el presente.

Expresamos en aquella sentencia en lo pertinente -copio textual-: “.2.- En mi opinión el obrar es censurable... y más aún teniendo en cuenta lo que ha podido observarse del minucioso cotejo del escrito de expresión de agravios y su comparación con el que presentaron en el mentado precedente ‘FERNÁNDEZ’. Se verifica una conducta más que temeraria de dilación del proceso y con ello del cumplimiento de las obligaciones que la demandada tiene para con la actora. Y ello se agrava en virtud de la relación de consumo, el tipo de prestación (cobertura de salud) y la edad de la actora (considerar especialmente lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y el trato preferente que corresponde acordar a éstas). En mi opinión se ha verificado especialmente en todo el trámite recursivo, una conducta maliciosa y temeraria en los términos previstos por el art. 45 del CPCyC, motivada probablemente por las altas utilidades que las empresas están obteniendo en el mercado financiero con tasas que superan las que deben abonar judicialmente por la mora en el cumplimiento de las obligaciones, incluyendo las sentencias. Y ello más allá de la posibilidad siempre latente de forzar a los justiciables que con menores recursos y sí mayores urgencias, a que se vean obligados a abandonar sus reclamos o avenirse a acuerdos injustos, por el desgaste que la litigación produce y que en ellos siempre es mayor, lo que no pocas veces a la postre vemos que ocurre. Por otra parte recuerdo que al abordar el denominado daño punitivo incorporado a la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y que en mi opinión cumple fundamentalmente una función preventiva en tanto disuade a las empresas en persistir en prácticas no deseadas permitiendo así el mejoramiento del mercado (me remito por razones de brevedad fundamentalmente a lo dicho entre otros precedentes en mis votos en ‘URRA’, ‘MONASTERIO’ Y ‘GUIRETTI’, sentencias correspondientes a los expedientes B-2RO-97-C2015, 35004-J5-11 y 24949/16 respectivamente), he venido haciendo hincapié en que hay que ponderar la conducta de la empresa no solo durante la contratación y cumplimiento del contrato, sino también en la instancia de reclamación administrativa y en la judicial. Incluso en el citado precedente ‘MONASTERIO’, sentencia de fecha 20/09/2017), diferenciamos las distintas conductas asumidas por el concesionario y la fábrica de autos demandada, aumentando el daño punitivo a la primera especialmente por su comportamiento obstruccionista en la instancia recursiva y conciliatoria abierta en Cámara; por razones de brevedad me remito a lo dicho al respecto en dicha sentencia. Entiendo razonable entonces que en el caso apliquemos una sanción del 20% del importe de condena que resulte de la liquidación a practicar...”.

VI.2.- Si bien la situación que aquí se nos presenta no es exactamente igual a la que tuviéramos en cuenta en aquella causa para aplicar la sanción, en esencia en cuanto al déficit del memorial se exhiben vicios igualmente graves. No podemos ver que hayan copiado un memorial presentado en una causa anterior omitiendo considerar el fallo que allí las había tratado con antelación, pero, como vimos, se construye un discurso carente de precisiones que permitan vincularlo con el caso que nos ocupa y sus antecedentes, llegándose al extremo de falsear groseramente estos en ciertos aspectos. Se cita doctrina y jurisprudencia que no guarda relación con el caso, sino que incluso, tal como hemos visto, hasta apuntocan la decisión judicial que se impugna. Por si fuera poco, no asisten a la audiencia que se convocara a los efectos de procurar conciliar y brindar explicaciones.

Esto debe necesariamente considerarse como más grave en función de los términos de aquella sentencia en que se les sancionó y se les advirtió de más severas sanciones en caso de reiteración de tal tipo de conductas.

VI.3.- Por otra parte, si bien en aquél precedente fue solicitada la aplicación de la multa, venimos señalando que esta no está establecida solo en interés de la contraparte, sino del servicio de justicia que se ve resentido con la dilación de los procesos, lo que autoriza a actuar de oficio, más allá que en el caso, ya se le había advertido de mayores sanciones.

Hemos de priorizar el rol social del seguro, entendiéndolo como una herramienta clave para el desarrollo económico y el progreso social. En esa línea, la CNCOM, Sala C, dijo: “Importa actitud maliciosa, la conducta de la compañía de seguros que litigo sin razón valedera y sin causa alguna, incurriendo en incumplimiento injustificado y voluntario de una obligación, forzando así al acreedor a seguir un trámite judicial de más de dos años para lograr la legítima satisfacción de su derecho. Las compañías de seguros deben actuar con seriedad y presteza en el cumplimiento de las obligaciones con los asegurados...” (La Ley, 120-818).

Esta fue una de las razones que invocamos para sancionar en el citado precedente “García c/ Swiss Medical”, habiendo expuesto en los expedientes N° 35971-J5-12 y N° 36.030- j5-12 (sentencias de fecha 13/12/2021) en los que impusimos de oficio multas del art. 45.: “... Ha venido litigando sin razón, por cuanto aún cuando pudiere admitirse el cuestionamiento o discrepancia con el reclamo y luego con la sentencia de primera instancia en algún punto, es claro que en lo sustancial no, mas sin embargo no se allanó ni parcialmente, como tampoco ha pagado un solo peso. Es claro además que tal conducta es intencional y tiene como motivación las ganancias que tal comportamiento le reporta, actuando con total indiferencia por los perjuicios que ocasiona a los actores y que son proporcionales. Las cuentas que hice al tratar el límite del seguro, computando los índices inflacionarios (siempre utilizando la página <https://calculadoradeinflacion.com/>), así como la cotización del dólar estadounidense y la cotización del BCRA del Argentino Oro, son demostrativas de ello. He de proponer la imposición de una multa de conformidad a lo previsto por el art. 34 inc. 6 del CPCyC. 4.4.2.- Enseñan Colombo y Kiper que ‘La doctrina ha equiparado el concepto de temeridad al de mala fe o culpa grave, manifestando que hay mala fe cuando el litigador es de tal manera improbus que nutre la conciencia de carecer de razón’, agregando más adelante que ‘el legislador al hablar de mala fe y de culpa grave lo que en definitiva ha querido decir es que el dolo del litigante temerario se concreta en la conciencia de la falta de razón y no es necesario que se evidencie el espíritu vejatorio, el deliberado propósito de producir daño’ (Carlos J. Colombo – Claudio M. Kiper, ‘Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación’, Ed. La Ley 2011, tº I pág. 359) Agregan asimismo los citados autores ‘La norma del art. 45 y sus concordantes se funda en el propósito de adecuar el proceso a la naturaleza de sus fines, evitando dilaciones arbitrarias o artificiales. La doctrina desde hace mucho tiempo ha puesto de manifiesto la necesidad de moralizar el proceso. Esta invocación de la moral es pertinente porque si los preceptos de todas las demás leyes, comenzando por las sustanciales, con la referencia a las ‘buenas costumbres’ u otras equivalentes, no permiten la eventual protección de la inmoralidad en cuanto se oponga a la esencia jurídica de las instituciones, resultaría aberrante que el Código Procesal creara un régimen opuesto justamente cuando se recurre y se actúa ante el Poder Judicial, o permaneciera indiferente ante maniobras que evidencien deslealtad, improbidad o, en general, mala fe procesales’ (Colombo y Kiper, op. cit., pág. 366). Con claridad también expone Abreut de Begher: ‘La normativa del art. 45 del cód. cit. tutela el principio de moralidad, basamento fundamental de la actuación procesal, la cual debe ser observada por las partes, siendo el deber de los jueces velar que la misma no sea burlada. La norma precitada tipifica la inconducta procesal genérica que es la observada a través de la sustanciación de un litigio, que impone una multa que obedece exclusivamente a la actitud temeraria o maliciosa asumida por el vencido o por su letrado patrocinante. Esa doble causa se observa en el caso de la temeridad cuando se tuvo o debió tener conocimiento de la carencia de motivos para accionar, y no obstante ello se entabló o resistió la demanda abusando de la jurisdicción, resultando evidente el conocimiento de la sinrazón, ‘la conciencia de la indiscutibilidad por parte del que litiga’ y en el supuesto de la malicia, cuando se utilizaron

arbitrariamente los actos procesales en su conjunto, así como las facultades que la ley otorga a las partes, obstruyendo su curso y en violación a los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones y deberes cuya existencia reconoce la sentencia'. (Abreut de Begher, Liliana, 'Temeridad y malicia', publicado en La Ley 1990-B. 263, cita online: TR LALEY AR/DOC/12885/2001). Colombo y Kiper en la obra citada nos traen la siguiente jurisprudencia: 'Importa actitud maliciosa, la conducta de la compañía de seguros que litigó sin razón valedera y sin causa alguna, incurriendo en el incumplimiento injustificado y voluntario de una obligación, forzando así al acreedor a seguir un trámite judicial de más de dos años para lograr la legítima satisfacción de su derecho. La compañía de seguros deben actuar con seriedad y presteza en el cumplimiento de las obligaciones con los asegurados, tanto más si se trata de un seguro de vida' (op. Cit., pág. 361). 4.4.3.- Velar por la moralidad del proceso y realización de la justicia, más que facultades de los jueces, son deberes y las previsiones de los art. 34 inc. 6 y 163 inc. 8 del CPCyC no dejan duda alguna en cuanto a la procedencia de la imposición oficiosa de la multa prevista por el art. 45 del mismo cuerpo legal. La cuestión está fuera de discusión en doctrina (ver Colombo y Kiper, op. cit., pág. 373; Abreut de Begher, op. Cit.). Como expresa Gozaíni 'La buena fe y rectitud son exigibles, en el ejercicio de cualquier acción y de cualquier derecho. Este principio fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo con las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura'. (Gozaíni, O. Alfredo, 'Temeridad y malicia en el proceso', publicación virtual en www.gozaini.com). 4.4.4.- Desarrollando el instituto italiano de la responsabilidad agravada, nos dice Morello: 'Es evidente que en una época de profunda crisis de la justicia civil y de los valores que abandona la sociedad sin reponer otros de parecida virtualidad, la excesiva duración de cada causa es vista por la gente -el justiciable- con fastidio y disfavor; es por eso que no deja de porfiar por cambios sustanciales que corrijan tan disvaliosas rémoras. De tal suerte, un instituto de aplicación práctica modesta (como los avatares de nuestro art. 45, CPCN), la jurisprudencia lo adapta a los nuevos vientos y lo reviste de amplia potencialidad para el control y sanción del comportamiento abusivo o temerario de la parte. Con la consecuencia de facilitar al órgano judicial actuante de primer grado que, de modo equitativo y razonable, proceda a liquidar ese daño aun de oficio'. (Morello Augusto M., 'El Nuevo Horizonte Del Derecho Procesal', cap. II 'La responsabilidad agravada...', Rubinzal-Culzoni, pág. 122). Con la agudeza que le caracteriza el maestro platense nos muestra así la posibilidad que nuestro viejo instituto procesal de la multa temeridad y malicia, opere como una herramienta que contrarreste los efectos nocivos de este tipo de situaciones, permitiendo además con ello desalentar prácticas absolutamente perniciosas e inmorales... Es plenamente consciente además la aseguradora, de la gran diferencia económica que está haciendo a su favor demorando el pago y actúa en consecuencia con absoluto desprecio por los derechos de la víctima. Se verifica así también el típico dolo obligacional que no puede soslayarse ni mucho menos premiarse, juntamente con un enriquecimiento más que incausado; institutos estos que también convergen y justifican esta respuesta''.

VI.4.- Propongo entonces, al igual que lo hecho en el precedente citado, privar de honorarios a los letrados de la demandada por la instancia recursiva, así como también imponer a la Swiss Medical S.A. una multa en los términos del art. 45 del CPCyC a favor del actor, del 20% sobre los importes de condena con sus respectivos intereses, excluido lo correspondiente a costas del proceso, la que deberá ser abonada en el mismo plazo previsto para las indemnizaciones.

Resumiendo, propongo a).- declarar desierto el recurso de apelación de la demandada, en todos los puntos de agravio, excepto en lo que respecta a los intereses sobre daño punitivo, los que deberán calcularse recién luego de la firmeza de acuerdo a lo expuesto en el primer voto; b).- Hacer lugar al recurso del actor, elevando las indemnizaciones correspondientes a Daño Moral y Daño Punitivo conforme se expone en el primer voto; c).- Mantener los porcentuales de regulación contenidos en la sentencia de primera instancia para dicha etapa e imponer las costas de la instancia recursiva a la demandada, regulando por tal actividad los honorarios del Dr. Néstor Fabián Fanjul en el 35% de los regulados por la instancia anterior; d).- Imponer a la Swiss Medical S.A. una multa en los términos del art. 45 del CPCyC a favor del actor, del 20% sobre los importes de condena con sus

respectivos intereses, excluido lo correspondiente a costas del proceso, la que deberá ser abonada en el mismo plazo previsto para las indemnizaciones. TAL MI VOTO.

EL SR. JUEZ DR.VICTOR DARIO SOTO DIJO: Que compartiendo los fundamentos expuestos por el Dr.MARTINEZ, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

EL SR. JUEZ DR. DINO DANIEL MAUGERI DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art.271 C.P.C.).-

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

RESUELVE: 1.- Declarar desierto el recurso de apelación de la demandada, en todos los puntos de agravio, excepto en lo que respecta a los intereses sobre daño punitivo, los que deberán calcularse recién luego de la firmeza de acuerdo a lo expuesto en el primer voto; **2.-** Hacer lugar al recurso del actor, elevando las indemnizaciones correspondientes a Daño Moral y Daño Punitivo conforme se expone en el primer voto; **3.-** Mantener los porcentuales de regulación contenidos en la sentencia de primera instancia para dicha etapa e imponer las costas de la instancia recursiva a la demandada, regulando por tal actividad los honorarios del Dr. Néstor Fabián Fanjul en el 35% de los regulados por la instancia anterior; **4.-** Imponer a la Swiss Medical S.A. una multa en los términos del art. 45 del CPCyC a favor del actor, del 20% sobre los importes de condena con sus respectivos intereses, excluido lo correspondiente a costas del proceso, la que deberá ser abonada en el mismo plazo previsto para las indemnizaciones.

Regístrese, notifíquese de conformidad con lo dispuesto en la Acordada 09/2022-STJ, Anexo I, Artículo N° 9 y oportunamente vuelvan.

GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ
JUEZ DE CÁMARA
VICTOR DARIO SOTO
JUEZ DE CÁMARA
DINO DANIEL MAUGERI
JUEZ DE CÁMARA (EN ABSTENCIÓN)

Ante mi:
PAULA CHIESA
SECRETARIA