



Expediente Número: COM - [REDACTED]/2019 **Autos:**
[REDACTED] **Y OTROS c/ GALENO ARGENTINA S.A. s/ORDINARIO Tribunal:**
CAMARA COMERCIAL - SALA F / CAMARA COMERCIAL - MESA GENERAL DE ENTRADAS

Excma. Cámara:

1. En fecha 4/4/2022, la jueza de primera instancia dictó sentencia en las presentes actuaciones, haciendo lugar a la demanda promovida por los actores contra Galeno Argentina SA, a la cual condenó a abonarle a estos la suma de \$ 60.000 en concepto de daño moral y \$ 400.000 en concepto de daño punitivo.

Explicó la magistrada que el incumplimiento de la demandada y el detalle de las prestaciones que debió cumplir, respecto de la hija de los actores, habían sido inicialmente determinados en el decisorio que admitiera el planteo cautelar promovido por los accionantes, por lo que la cosa juzgada generaba que lo resuelto adquiriera firmeza y se mantenga inmutable para el futuro como garantía de seguridad jurídica.

Sin perjuicio de ello, la demandada, a pesar de encontrarse compelida a dar cumplimiento de la cobertura de las prestaciones, continuó mostrándose reticente a ello, lo que motivó nuevas intimaciones y la imposición de sanciones conminatorias en virtud del accionar incumplidor.

Enmarcó la a quo al reclamo de los accionantes en el ámbito del derecho constitucional de la salud de las personas con discapacidad y en el de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, todo ello, dentro del sistema normativo que regulaba las contrataciones realizadas en virtud de relaciones de consumo, celebradas bajo la modalidad de adhesión al servicio de medicina prepaga, al amparo de la ley 26.682.

Expuso que en estos autos, el derecho a la salud de la hija de los actores fue vulnerado y que, por otro lado, Galeno no podía desconocer que ésta era beneficiaria del Sistema Único de





Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, por lo cual debía cumplir con las prestaciones allí asumidas.

Tras estimar la procedencia y cuantía del daño moral, la magistrada consideró aplicable a la multa de daño punitivo, toda vez que la demandada había desconocido sistemáticamente el derecho de una menor de edad que padece discapacidad, obligando a sus padres a promover la acción de amparo para obtener la cobertura correspondiente y el reintegro de los gastos afrontados, lo cual demostraba el trato indigno y un desprecio por el estado de salud de la persona en cuestión.

Ello, resultaba contrario a la buena fe y había resultado desaprensivo y deliberado, generándole un beneficio económico a la prepaga, en cuanto no había tenido que costear oportunamente la terapia integral que le correspondía.

2. Contra la sentencia recaída en autos, la demandada opuso recurso de apelación.

En su recurso, fundado en fecha 20/5/2022, la accionante manifestó que la sentencia era autocontradictoria y contenía resoluciones “extra petitas”, dado que se partía de la base de presunciones y se fundaba en la LDC, que no había sido invocada por la parte actora.

Lo mismo ocurría, a su entender, con la suma determinada en concepto de daño punitivo, que era de \$ 400.000, cuando los accionantes habían cuantificado la multa en \$ 60.000.

Por otro lado, se agravió respecto de la procedencia del daño moral y cuestionó la propia imposición del daño punitivo. Respecto a este último punto, adujo la empresa accionada que para que proceda su aplicación, resultaba indispensable que se acredite un obrar delibrado o con grosera negligencia que cause un perjuicio a otra persona, por lo que no correspondía ante la simple invocación de que el proveedor no había cumplido sus obligaciones legales o contractuales.

Aclaró que no existía conducta reprochable alguna por parte de la prepaga y que jamás se le había negado cobertura alguna





a la hija de los actores, sino que, por el contrario, la empresa se había allanado a sus pretensiones y solicitado la remisión de antecedentes documentales para proceder a la garantía de cobertura por sí o por medio de la OSPACA.

3. En fecha 31/5/2022, la parte actora contestó traslado del recurso promovido por la demandada, manifestando que aquella parte omitía las cuestiones sustanciales que constituían la base fáctica del reclamo, que se enmarcaban en los derechos personalísimos de la salud y protección de las personas con discapacidad, de raigambre constitucional y con tutela de tratados internacionales. En el caso, la beneficiaria de la cobertura médica era doble sujeto de tutela, dada la discapacidad padecida.

Sostuvieron, por otro lado, que aquí se verificaba un caso de extrema gravedad, a partir de la desidia, negligencia y mayúsculo desinterés sobre la calidad del servicio médico prestado por parte de la demandada, por lo cual el reproche debía ser mayor, sin lugar a dudas.

3.2. Por su parte, la Defensoría de Menores emitió su dictamen en fecha 24/6/2022, contestando traslado del recurso promovido por la demandada.

El Defensor de Menores expuso, en tal sentido, que los argumentos vertidos por la apelante en su expresión de agravios resultaban insuficientes para conmover lo resuelto por la a quo.

4. Elevadas que han sido las actuaciones, el día 1/7/2022 se corrió vista mediante cédula electrónica a esta Fiscalía.

5. En primer punto, debo destacar que se advierte que las cuestiones que constituyen la base fáctica del reclamo de las presentes actuaciones trasuntan, no solo en el marco de la LDC, sino también en el ámbito del derecho de la salud, los derechos de los niños, niñas y adolescentes y los derechos de las personas con discapacidad. Todos estos esquemas normativos se encuentran respaldados en normas de raigambre constitucional y en tratados internacionales.

5.1. Derechos constitucionales en juego.





Comenzaré por dar tratamiento a los derechos constitucionales que se encuentran afectados, a la luz de la temática debatida, que responde a la valoración de la conducta seguida por la empresa de medicina prepaga frente a una beneficiaria menor de edad que padece de discapacidad, teniendo en cuenta las circunstancias de la persona, tiempo y lugar que existieron en el origen del conflicto y sus contingencias posteriores, donde están en juego los derechos fundamentales enunciados con eminente jerarquía constitucional y convencional.

Es por ello que los derechos personalísimos fundamentales, como son el derecho de la salud y la protección de las personas con mayor grado de vulnerabilidad –en este caso, menores de edad y personas con discapacidad-, no sólo cuentan con raigambre constitucional en los capítulos referidos a “Declaraciones, Derechos y Garantías” y “Nuevos Derechos y Garantías” de nuestra Carta Magna, sino que además encuentran especial tutela en los tratados internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22, junto con otras convenciones ratificadas por la República Argentina.

En este marco es que se deben apreciar los derechos mencionados supra; los que no resultan ser meras declaraciones, sino que son realmente operativos en tanto el Estado debe garantizar su libre ejercicio y al tiempo, prevenir y reparar su vulneración concreta.

Debe ponderarse que, en este caso, no nos encontramos frente a la prestación de un servicio de neto corte mercantilista, sino que trasciende dicha esfera y la debida asistencia conlleva una relevancia notoria al momento de que se ven involucrados derechos que se encuentran íntimamente vinculados con el ser humano, con las especiales circunstancias de la persona aquí involucrada, en los términos previamente descritos.

Entonces, no puede perderse de vista que los hechos aquí tratados afectaron a una persona hipervulnerable por las normas previamente reseñadas. La persona en cuestión, además de revestir la calidad de consumidora tutelada por el régimen dispuesto por la LDC – y el art. 42 de la CN-, pertenece al grupo de sujetos doblemente





vulnerables o, como lo denomina la sociología y cierta parte de la doctrina, sujetos “hipervulnerables”, determinando una intensificación del principio protectorio que gobierna los derechos de los consumidores y de los menores de edad (Alterini, Atilio Aníbal, “Los contratos de consumo”, La Ley 1993-E, 105; Vázquez Ferreira, Roberto, “Turismo y defensa del consumidor” en Defensa del Consumidor, Lorenzetti, Ricardo Luis [dir.], Ábaco, 2003; Rinessi, Antonio J., “Consumidor informático”, La Ley 1995-A, 868; Wajntraub, Javier H., Protección Jurídica del Consumidor, LexisNexis - Depalma, 2004, Lexis Nº 3201/000565; Lima Marques, Claudia "Solidaridade na doença e na morte: sobre a necessidade de 'ações afirmativas' em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso" en Constituição, direitos fundamentais e direito privado, Organização de Ingo Sarlet, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003. p. 185 a 222; y Heineck Schmitt, Cristiano, “Prevención y reparación de daños al consumidor anciano en América Latina”, Revista Jurídica de Daños, 29-11-2012, IJ. Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo, Ed. Atlas, 2014).

Ciertamente, se advierte que la sentencia aquí recurrida ha tenido en cuenta a las especiales circunstancias previamente reseñadas y los intereses en pugna, persiguiendo la tutela y las debidas sanciones ante la afectación de los derechos de la persona considerada como hipervulnerable.

La Procuración General han tenido sobradas ocasiones de expedirse en esta materia (conf. esp. desarrollo efectuado en el dictamen emitido in re S.C. A. Nº 804, L. XLI, "Arvilly, Giselle Marina c/ Swiss Medical SA" fechado 14/2/2006; doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:754 y 3569; 326:4931; 327:2127 y 2413; 328:1708; 329:2552; 330:3725; 331 :2135; 332:1394 y sus citas). Destacando, en esta particular área de los derechos humanos, los imperativos de integralidad, efectividad, accesibilidad en la restitución de derechos, promoción, atención privilegiada, disfrute de una vida plena y decente, máxima inclusión social de los niños con discapacidad y consideración primordial de su interés tienen jerarquía superior, imponiendo una dirección a la tarea interpretativa (conf. esp.





arts. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [aprobada por Ley N° 26.378; esp. arts. 3, 7, 10, 23, 24, 25 y 26]; Y Convención sobre los Derechos del Niño [esp. arts. 3, 23 Y 24], con las que se alinea la ley N° 24.901 [esp. arts. 2, 11 Y 15]; v. asimismo Observación General N° 9 "Los derechos de los niños con discapacidad" [CRC/C/GC/9 del 27/2/2007; esp. parág. 9.b, 11, 3 14, 29 Y 30]; Resolución de la Asamblea General de la ONU "Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad" [AIRes/48/96, 48° período de sesiones; v. esp. Introducción, Preámbulo y arts. 2, 3 Y 6]; Resolución CD 47.R1 sobre derechos humanos y discapacidad [OPS/OMS, 25/9/2006]; e Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación: "El derecho a la educación de las personas con discapacidades" [A/HRC/4/29 del 19/2/2007; esp. parág. 16 a 25, 42, 43 Y 81]). (Citas tomadas del dictamen R D Y OTROS C!OBP~'. SOCIAL DEL PERSONAL DE LA SANIDAD S.C. R. W 104; L. XLVII)

En definitiva, desoír este marco normativo a los fines de merituar la conducta de la demandada implicaría la re victimización y violación de los derechos fundamentales de la persona humana, niña, niño adolescente con discapacidad.

1. Procedencia del daño punitivo.

Ahora bien, dilucidada la cuestión previamente tratada, debo proceder al tratamiento de los agravios esbozados por la demandada, en lo relativo a la imposición de la multa de daño punitivo en su contra.

Se advierte que la solución propiciada por la magistrada en ese sentido, resultó acorde a la gravedad de los hechos aquí analizados.

Y es que, el incumplimiento de las obligaciones que tenía la accionada a su cargo, al no cubrir el tratamiento solicitado por los accionantes para su hija, lo que los llevara a tener que promover un recurso de amparo a fin de hacer valer sus derechos, implicó un claro desinterés respecto de la salud de la menor de edad aquí involucrada, persona que además, padece de discapacidad, lo cual





acentuaba, por lo reseñado en el anterior apartado, la necesidad de tutela de sus derechos.

Ello conllevó un obrar contrario a la obligación de los proveedores de brindar a los consumidores condiciones de atención y trato digno y equitativo (conf. art. 8 bis de la LDC) y constituyó un accionar pasible de ser sancionado con la multa de daño punitivo, del modo que lo ha impuesto la magistrada de grado.

6.1. La figura de los daños punitivos. Su relevancia.

El art. 52 bis fue incorporado a la LDC a través de la reforma efectuada por la ley 26.361. Dicha norma consagró el instituto de los “daños punitivos”.

Al respecto, la doctrina ha dicho que el instituto bajo estudio es “una figura aplicada desde antaño en el derecho anglosajón, y existen precedentes a partir de mediados del siglo XVIII. De tal forma, las cortes inglesas articularon la aplicación de penas privadas, a los supuestos en los cuales además de la reparación del daño causado (‘compensatory damages’) se buscó reprobado especialmente la conducta del agente dañador en virtud de la gravedad del hecho, y de su impacto antisocial” (Francisco Junyent Bas en “Ley de Defensa del Consumidor Comentada, anotada y concordada”, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2013, pág. 416).

Señala Pizarro que “los daños punitivos son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a las víctimas 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” (autor citado, “Daños Punitivos”, en Kemelmajer de Carlucci Aída y Parellada Carlos, “Derecho de daños, Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas”, segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, págs. 287 a 337).

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci indica que “los daños punitivos se conceden para sancionar al demandado -sujeto dañador- por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo”





(autora citada, “¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho argentino?”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, AÑO XXXVIII, Número 31, 1993, Buenos Aires, 1994, pág. 88).

López Herrera, expresa que son daños punitivos “aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental” (Autor citado, “Los daños punitivos”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 18).

De la totalidad de las conceptualizaciones transcriptas, puede advertirse que las funciones de la figura, radican en la disuasión y la prevención de daños derivados de conductas gravemente reprochables. Ello sin perjuicio del carácter sancionatorio –y no indemnizatorio- del instituto, toda vez que, en rigor de verdad, el mismo constituye un medio para lograr las dos funciones referidas en el párrafo que antecede.

Respecto de la importancia del rubro bajo análisis, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, el 28-08-2014 en los autos “C.M.C c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A s/ nulidad” (conocido como fallo “Castelli”) destacó que: “Es menester que el Juez comprenda el rol social que le ha asignado el legislador a través de la reforma operada por la Ley 26.361, y que el esfuerzo(...) Para que la herramienta cumpla con sus fines, la Magistratura y también los operadores del Derecho que llevan esta petición a los tribunales, deben actuar con sumo esmero. Y para ello, es menester en cada caso explicitar y acreditar los extremos que justifiquen el quantum de la sanción”.

A lo expuesto, agregó que para determinar el quantum de la multa civil que “debe seguirse como pauta ineludible de interpretación, el listado de recaudos impuestos por el artículo 49 de la Ley 24.240. Consistentes en: 1. El perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, 2. La posición en el mercado





del infractor, 3. La cuantía del beneficio obtenido, 4. El grado de intencionalidad, 5. La gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, 6. La reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho” (fallo citado).

Cabe destacar que el instituto bajo análisis requiere de la comprobación de una conducta disvaliosa por la cual el responsable persiga un propósito deliberado de obtener un rédito con total desprecio de la integridad o dignidad del consumidor (CNCom., Sala D, “Castañón Alfredo José c/ Caja de Seguros SA s/ ordinario” del 9-4-12).

Retomando los requisitos del instituto bajo análisis, conviene aclarar que no necesariamente debe acreditarse que el proveedor dañador se benefició. Sí en cambio, es exigencia que debe detectarse en el proveedor una conducta de culpa grave (dolo eventual) o dolosa (Lorenzetti, Ricardo, “Consumidores”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2009, pág. 563) o, en los términos que refería el Proyecto de 1998 una “grave indiferencia” o como refiere Pizarro un “menosprecio del dañador hacia el resultado y por las consecuencias que genera su accionar, aun cuando en el caso concreto pueda no haber mediado beneficio económico derivado del ilícito” (citado por Picasso, Sebastián en “Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada”, Picasso, S. y Vázquez Ferreyra A., Ed. La Ley, 2009, pág. 602 en nota 1332 en Cám. Apel. Civ. y Com. de Necochea, “Ajargo, Claudio Esteban c. BBVA Banco Francés S.A. s/ daños y perjuicios” del 9-6-16).

En tal sentido, podría decirse que la finalidad del instituto correctamente aplicado permite una respuesta institucional más adecuada para aquellos casos en los cuales la acción dañosa, además de resultar altamente reprochable, ha provocado asimismo una ofensa o afectación a la dignidad individual de la persona.

Por otro lado, esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial tiene dicho que, a la hora de analizar la aplicación de la multa civil ante cuestiones de salud, especialmente cuando está en juego la protección de las personas con discapacidad, que el criterio a





seguir debe ser de “tolerancia cero”, debiendo sancionar a la empresa dañadora a fin de disuadir futuros comportamientos similares que provoquen hechos lesivos (CNCom., Sala B; "García Ink, Tomás c/ Swiss Medical SA s/ Ordinario"; fallo del 18-5-16).

A lo expuesto debe agregarse que la transgresión del art. 8 bis de la LDC, que exige trato digno al consumidor que consista, por ejemplo, en colocarlo en un derrotero de reclamos, constituye un hecho grave susceptible de la multa civil (CNCom., Sala F, "Obaid, Cintia Elizabeth y otro c/ Mabe Argentina SA y otros s/ Ordinario". Fallo del 19-12-19 y CNCom., Sala E, "Giagante, Betina Carla y otro c/ Metropolitan Life Seguros de Vida SA s/ Ordinario". Fallo del 16-3-21).

Es por todo lo reseñado precedentemente, que esta Fiscalía entiende que el accionar de la demandada respecto de la hija de los actores fue consciente y deliberado, lo cual sumado a los preceptos legales aplicables para el caso concreto y la gravedad de los hechos reseñados, deriva que haya resultado viable la aplicación de los daños punitivos.

6.2. El monto de la sanción. Su finalidad disuasoria.

Ahora bien, para determinar el monto de la multa, habría que preguntarse si la suma que eventualmente se determinara ¿permitirá disuadir la conducta gravemente reprochable llevada a cabo por la demandada?

Es que de la magnitud de la sanción depende su efectividad como herramienta de transformación de realidades. Si ella no importa una aflicción para el agente dañador, de manera tal de convencerlo de la rentabilidad de respetar la ley por sobre la que le proporciona su violación, aquella carecerá de todo sentido (Álvarez Larrondo, Federico M., “Daños punitivos por trato inequitativo e indigno”, La Ley 10/08/2012, 3; La Ley 2012-D, 613).

Indudablemente, la respuesta debe alcanzarse a través de un esfuerzo interpretativo de los hechos acontecidos y de los derechos fundamentales en juego, que no sólo debe efectuar la parte que insta la acción, sino también el juzgador.





2. En pos de lo expuesto, esta Fiscalía propicia la confirmación de la sentencia en crisis, considerando el impacto disuasivo que la sentencia debiera producir en la demandada.

3. Reserva de caso federal.

Para el caso de que se dicte una sentencia que afecte el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción y defensa en juicio de los consumidores, formulo planteo de cuestión federal y la reserva de ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía extraordinaria.

4. Dejo así contestada la vista conferida.

Buenos Aires, julio de 2022.

23.

