



En Buenos Aires al día 1 del mes de marzo de dos mil veintitrés, reunidos los Señores Jueces de Cámara fueron traídos para conocer los autos “**██████ Y OTROS C/ GALENO ARGENTINA SA S/ORDINARIO**” EXPTE. N° COM XXXXX/2019 en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Vocalías N° 18, N° 16, N° 17.

Se deja constancia que las referencias de las fechas de las actuaciones y las fojas de cada una de ellas son las que surgen de los registros digitales del expediente.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. [191/225](#)?

El Sr. Juez de Cámara Dr. Rafael F. Barreiro dice:

I. Antecedentes de la causa

1. ██████ Y ██████, en representación de ██████ –su hija menor de edad- promovieron demanda por incumplimiento de contrato contra GALENO ARGENTINA SA (v. fs. [14/17](#)).

Explicaron que debieron iniciar acción de amparo contra Galeno con el objeto de obtener terapia integral para el diagnóstico de retraso mental no especificado, cuadriplejía espástica y parálisis cerebral infantil para su hija. Indicaron que el tratamiento necesario consistía en: terapia psicológica y psicopedagogía 2 veces por semana cada una, terapia ocupacional y kinesiología tres veces por semana cada una, los traslados a las terapias y a la escuela y una maestra de apoyo.

Alegaron que la omisión de Galeno de dar tratamiento, dejó a su hija en estado de desamparo disminuyendo su calidad de vida presente y futura, obligándolos a afrontar una serie de gastos que resultaban

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



exorbitantes atento sus trabajos como oficial albañil y empleada de una panadería.

Indicaron que cumplieron con los estudios médicos requeridos por la accionada y que aun así pretendió escapar de su responsabilidad, en violación tanto del contrato asumido como de los derechos humanos, especialmente el derecho a la salud; motivo por el cual reclamaban los daños producidos.

Refirieron a la legislación aplicable y a la jurisprudencia que consideraban aplicable.

Reclamaron la suma de \$ 60.000 en concepto de daño punitivo y un valor idéntico en concepto de daño moral con más los intereses, gastos y costas hasta el efectivo pago y lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse y/o del criterio del tribunal.

Ofrecieron prueba.

2. Galeno contestó demanda a fs. [25/34](#) y solicitó su rechazo con costas.

En primer lugar, realizó una minuciosa negativa de los hechos expuestos en el escrito de inicio.

Negó, especialmente, haber omitido o rechazado la cobertura y dijo no haber recibido reclamo alguno de los actores.

Adujo que el amparo promovido a nombre de la menor fue sorpresivo atento la inexistencia de solicitudes de prestación de servicios previa.

Refirió a lo sucedido durante el trámite del amparo. En especial destacó que en tanto la niña era afiliada mediante la desregulación de aportes mediante la obra social OSPACA –para el personal de la actividad

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



cervecera- toda solicitud relacionada con la cobertura de prestaciones de apoyo debía ser cubierta por dicha entidad.

Aseveró que, en dichas actuaciones, a pesar de haber demostrado que las obligaciones no le eran propias, el magistrado impuso a Galeno el deber de brindar cobertura integral a la Srta. ■■■■■

Contó que acompañó los formularios que debían completar los accionantes y les detallaron los números telefónicos de la Obra Social a fin de completar los procedimientos para obtener la cobertura pretendida. Sostuvo que su proceder siempre se ajustó a derecho y que no importó negar cobertura.

Aclaró que los accionantes jamás cumplimentaron los requisitos expuestos a fin de obtener las prestaciones reclamadas, y que, no obstante ello, procedió a realizar los trámites necesarios para garantizar el cumplimiento de la medida cautelar durante el período Febrero a Diciembre de 2018 mediante el reintegro de los gastos efectuados.

Dijo que la medida terminó por haber devenido abstracta por la baja de la asociación de los actores a Galeno.

Sostuvo que siempre estuvo a disposición de los actores y prestó la atención debida y consideró que la acción importaba un intento de enriquecimiento ilícito de los actores a su costa.

Tachó de insuficiente la documental tendiente a acreditar los perjuicios que dijeron padecidos los actores.

Adujo que el hecho de que fuera proveedora de bienes o servicios no permitía presumir el abuso de la parte débil de la relación.

Destacó que, por tratarse de una prepaga, no estaba condicionada a costear la totalidad de las prestaciones previstas ni proveer cualquier

USO OFICIAL





insumo que se prescriba a un paciente, pudiendo auditar la solicitud y evaluar la pertinencia de lo prescrito.

Estimó que la conducta por ella desplegada demostraba una conducta tendiente a facilitar el acceso a las prestaciones y tratamientos de su asociada.

Finalmente impugnó los daños reclamados los que consideró improcedentes, abultados e injustificados.

II. La sentencia de primera instancia

A fs. [191/225](#) la Juez interviniente emitió su pronunciamiento y resolvió hacer lugar a la demanda incoada y condenar a Galeno Argentina SA al pago de la suma de \$ 60.000 en concepto de daño moral y de \$ 400.000 por daño punitivo.

Para así decidir, la *a quo* consideró que: a) resultaba aplicable al caso la normativa consumeril; b) el incumplimiento de la accionada y el detalle de las prestaciones incumplidas fueron determinados en el proceso de amparo y no podían ser revisadas en virtud del principio de cosa juzgada; c) la reticencia a dar cumplimiento con el tratamiento surgía patente del proceso previo donde el magistrado debió aplicar astreintes como consecuencia de su accionar incumplidor; d) los derechos vulnerados por Galeno estaban directamente relacionados con la dignidad de la persona humana y de proyectaban hacia toda la sociedad; e) resultaban relevantes el complejo de normas que obligaban a la accionada a cumplir con las prestaciones reclamadas –tanto nacionales como internaciones con raigambre constitucional- y que, no obstante su conocimiento, la accionada incumplió; f) la afiliada [REDACTED] contaba con una doble vulnerabilidad tanto por su discapacidad como por su carácter de menor; g) el daño moral resultaba evidente en tanto los incumplimientos de la

USO OFICIAL





prestadora obligaron a los padres de la menor a iniciar un amparo que no logró revertir la actitud incumplidora de la accionada, por lo que cabía admitirlo por la suma total reclamada con intereses desde la interposición de la demanda y hasta el efectivo pago; h) el daño punitivo resultaba procedente en tanto la demandada, con su desconocimiento sistemático de los derechos de la menor, incurrió en trato indigno violatorio del artículo 8 bis; i) las vicisitudes del caso y la reticencia de la prestadora del servicio de salud justificaban la elevación del monto reclamado –en lo que más o en menos resulte de la prueba producida- a la suma de \$ 400.000; j) las costas del proceso debían estar a cargo de la accionada vencida.

III. Las quejas

Contra el decisorio de grado se alzó Galeno Argentina SA, cuyo memorial obra a fs. .

En primer lugar se quejó la parte de la aplicación de la normativa consumeril a pesar de no haber sido esgrimida –lo que consideró configuraba un fallo extrapetita- y de la concesión de un daño punitivo superior al reclamado por los actores. Alegó que la actora no acreditó la existencia de un sistema cerrado de cobertura.

Consideró que el fallo carecía de fundamentación clara y suficiente e incurría en contradicciones; y concluyó que la sentencia era arbitraria.

Además, se quejó de la admisión de los reclamos por daño moral y daño punitivo y de los montos otorgados por esos conceptos.

Respecto del punitivo dijo que no se había desplegado acción reprochable alguna ni por acción ni por omisión ya que no le negó cobertura a la menor.

Finalmente impugnó la aplicación de la tasa activa por tratarse de condenas a valores actuales, y el *dies a quo* de los intereses.

USO OFICIAL





IV. La solución

1. Antes de entrar al estudio de las cuestiones traídas a esta Alzada, entiendo necesario señalar que no he de seguir a la apelante en todos y cada uno de sus planteamientos, limitándome en el caso, a tratar sólo aquellas que son “conducentes” para la correcta adjudicación de los derechos que les asisten. Me atengo, así, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha estimado razonable esta metodología de fundamentación de las decisiones judiciales (conf. doctrina de Fallos 265:301; 278:271; 287:230; 294:466, entre muchos precedentes).

A lo que debo añadir que examinaré cada cuestión —hechos, pruebas y fundamentos— de manera que nada que sea sustancial quede sin tratar e intentaré ser conciso, por motivos de claridad para sustentar la decisión; bien entendido que he valorado todas las pruebas y reflexionado sobre todos los argumentos expuestos por las partes (CSJN, en Fallos 265:301; 278:271; 287:230; 294:466, etc.).

2. Hecha esta aclaración, me interesa explicar a continuación los motivos que justifican descartar el planteo formulado por la recurrente mediante el cual tacha de arbitrario al fallo de la anterior instancia.

La alegada tacha de arbitrariedad invocada por el quejoso resulta inaudible, ya que una sentencia adolece de tal vicio cuando omite el examen o resolución sobre alguna cuestión oportunamente propuesta y cuya valoración resulta inexcusable para las circunstancias probadas en la causa y para la posterior aplicación del derecho vigente, o cuando se prescinde del claro e imperioso mandato de la ley; siempre que afecte de manera sustancial el derecho del impugnante y, lo silenciado sea conducente para la adecuada solución de la causa (Conf. CSJN, “*in re*”, Villarruel, Jorge c/ CNA y S

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



s/ Sumario, del 17.11.94); o cuando se falla sobre la base de una mera aserción dogmática, lo que no ocurre en la especie.

A mi criterio, el fallo es coherente y concreto; está adecuadamente fundado y expone suficientemente las razones que las circunstancias sustentan. Carece de contradicciones y el criterio de análisis empleado se ajusta a las premisas que sirven de antecedente a sus conclusiones.

La tacha de arbitrariedad requiere la invocación y demostración de vicios graves en el pronunciamiento, razonamientos ilógicos, o contradictorios, o aparentes; apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, ya que lo contrario importaría extender la jurisdicción de la Corte para revisar todos los pronunciamientos que se dicten en el país, con menoscabo de los límites establecidos por la constitución y las leyes (Conf. CSJN, 07.04.92, “De Renzis, Enrique A c/ Aerolíneas Argentinas”, 1993-III, Síntesis, JA).

En dicho marco, no advierto irregularidades en el fallo, toda vez que el primer sentenciante realizó un análisis razonado de las probanzas reunidas y su decisión se fundó en aquellas, tratándose, los agravios vertidos, de una mera discrepancia con sus conclusiones.

Las quejas endilgaron a la magistrada arbitrariedad en la medida en que habría fallado extra petita y fundándose en la normativa consumeril – la que dijo no fue oportunamente invocada-. Asimismo, sostuvo la parte que la decisión de la sentenciante resultaba: contradictoria, confusa y carente de fundamentos.

No encuentro justificación alguna que avale los dichos de la apelante, no sólo por no haber expuesto la parte en forma concreta en que tramos de la sentencia la Juez habría incurrido en estos defectos; sino,

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



también, por tratarse de un decisorio claro y ampliamente fundado en los hechos, prueba y derechos aplicables.

De hecho resulta oportuno destacar que el decisorio exhibe una claridad expositiva y discursiva que no permite, en modo alguno, avalar los dichos del apelante.

En virtud de lo expuesto, la arbitrariedad incoada debió fundarse en un hecho contrario o incompatible con el denunciado o bien, exponer su inverosimilitud. Nada hizo y ello resta razonabilidad y consistencia a su defensa (arts. 163 inc. 5° in fine y 386 CPr.).

3. De seguido diré que resultan incomprensibles los alegatos del accionado en punto a la aplicación de la Ley 24.240 al caso.

La propia demandada al momento de contestar demanda refirió a la Ley de Defensa del Consumidor y su aplicabilidad al caso –la que reconoció-. Y si bien la mencionada norma no fue invocada en forma explícita por el actor, su pretensión requirió la determinación del daño punitivo previsto en dicha ley.

Por ende, más allá de sus dichos en esta oportunidad, no cabe duda que nos encontramos inmersos en una típica relación de consumo, en tanto un particular aduce el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el marco de un contrato de prestación de servicios de salud en carácter de obra social, actividad que encuadra en el ámbito regulatorio de los arts. 1, 2 y 3 LDC.

Así las cosas, el presente entuerto debe encuadrarse dentro de la Ley de Defensa del Consumidor, habida cuenta que la misma es de orden público y debe ser aplicada cuando de los hechos alegados en los escritos de demanda y de contestación emerge una típica relación de consumo, y que no es ni más ni menos lo que sucede en autos.

Fecha de firma: 01/03/2023

Firmado por: MARIA FLORENCIA ESTEVARENA, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRA NOEMI TEVEZ, PRESIDENTA DE LA SALA F

Firmado por: RAFAEL FRANCISCO BARREIRO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ERNESTO LUCHELLI, JUEZ DE CAMARA



#34191165#358763886#20230228124745971

USO OFICIAL



Obsérvese que el propio art. 42 de la Constitución Nacional adopta la expresión “relación de consumo” para referirse a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios, inteligencia ésta que impide una interpretación en contrario.

En base a ello, fácil es deducir que la controversia quedará plenamente abarcada por el régimen protectorio del consumidor (art. 1, 2 y 3 de la Ley 24.240, modif. por texto 26.361), y por ello la interpretación del contrato se realizará en el sentido más favorable al consumidor (art. 37 de la citada Ley), (esta sala, “Berneri Raúl Daniel y otro c/Caja de Seguros SA s/Ordinario” del 18/09/2020).

Dicho esto, no encuentro otro agravio tendiente a revocar la responsabilidad adjudicada por la *a quo* a la accionada por la reticencia en la prestación de los servicios a su cargo. Por lo que la responsabilidad de Galeno debe ser confirmada.

Resta abordar, consecuentemente las quejas relativas a los daños, su cuantía y los intereses fijados. Adelanto, en esta oportunidad que las quejas relativas a la existencia de una decisión “extra petita” serán evaluadas junto con la procedencia de la multa civil.

4. El daño moral

Resulta incuestionable que las conductas desplegadas por Galeno, clara y contundentemente detalladas en el decisorio apelado - las que daré por reproducidas a fin de no alongar innecesariamente el presente decisorio-, válidamente pudieron causar el perjuicio que se dijo padecido.

En este marco, debo señalar en orden a las obligaciones del proveedor y el daño moral que: el incumplimiento deviene de concretas

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



obligaciones impuestas por la ley de defensa del consumidor (deber de información, art. 4, trato digno, arts. 8 bis y buena fe contractual, art. 37 LDC), las que fueron transgredidas por las demandadas a título de culpa grave (art. 1724 del CCyCN.).

"Y en este punto no deben olvidarse las enseñanzas de Von Ihering, que se pronunció por la afirmativa, sosteniendo que cualquier interés, aunque sea moral, es merecedor de protección por parte del derecho; agregando que no es razón para dejar sin reparación al titular del derecho afectado, la circunstancia de que éste no resulte apreciable en dinero. El dinero no siempre cumple una función de equivalencia, ya que ésta sólo se da cuando se trata de prestaciones de contenido patrimonial; en los demás casos cumple una función satisfactoria, posibilitando al titular del derecho violado la obtención de otros goces o sensaciones agradables o placenteras que lo distraigan y le hagan o mitiguen los padecimientos sufridos" (Ihering, Rudolph Von, *"De l'interet dans les contrats et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires"*, en Oeuvres choisies por O. de Meulenaere, Chevalier-Maresq et Cie. Edit., París, 1893, T. II, especialmente p. 178 y ss., cit. en "Tratado de la Responsabilidad Civil", Trigo Represas, Félix A. López Mesa, Marcelo J. Ed. LLBA 2004. T. I, p. 482).

El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, tiende esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. Guillermo A. Borda, "la reforma del 1968 al Código Civil", p. 203; Ed. Perrot, Bs. As., 1971). Sin embargo esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el



Poder Judicial de la Nación



reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la causa (conf. CNCom, Sala C, "Giorgetti Héctor R. y otro c/ Georgalos Hnos. S.A.I.C.A., s/ ord.", 30.6.93; íd., "Miño Olga Beatriz, c/ Caja de Seguros SA, s/ ord.", 29.05.07).

La doctrina apunta como presupuestos del daño moral que sea cierto, personal del accionante, y derivar de la lesión a un interés suyo no ilegítimo y que el reclamante se vea legitimado sustancialmente.

En lo que atañe a lo primero, el daño moral debe ser cierto y no meramente conjetural, el que no es indemnizable; lo cual significa que debe mediar certidumbre en cuanto a su existencia misma.

Sin embargo, esta exigencia de certeza del daño debe ser adaptada al supuesto del daño moral posible en el sector del derecho del consumidor, dado que no se trata de un daño que pueda ser probado en base a pautas objetivas y materialmente verificables de acuerdo a las circunstancias del caso.

Los autores han sostenido que *"se puede sufrir un daño moral (afectación de los sentimientos) por causas contempladas en la LDC específicamente, omisión de información; trato indigno; mera inclusión de cláusulas abusivas, etc. y en segundo lugar, estas causas sólo pueden constituir una afectación de los sentimientos, es decir, daño moral autónomo del derecho económico"* (Ghersí, Carlos, *Las relaciones en el derecho del consumo especialmente la responsabilidad y el daño moral*, LLC2013 (marzo), 133).

El cliente, es decir, el débil de la relación en caso de un infortunio como el que nos ocupa, padece un daño por ese sólo motivo y de un modo totalmente diverso que en aquellos supuestos en los que media una equivalencia de fuerzas o de situaciones respecto de su cocontratante (conf.,

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



CNCom, Sala B, “Vitelli, Miguel A. c/ Deutsche Bank Arg. SA, s/ ordinario”, 8.4.99).

Resulta incuestionable que la conducta asumida por la demandada repercutió indudablemente en los sentimientos de los demandantes, afectándose, de esta manera su vida personal.

En efecto, la penosa situación que debió atravesar la familia ■ al tener que iniciar un amparo a fin de obtener las prestaciones médicas necesarias para su hija menor de edad, quien padece de una discapacidad y depende de la realización de sus tratamientos en tiempo y forma para poder mejorar su calidad de vida, tanto presente como futura, y aún así no obtener respuesta satisfactoria de la accionada, quien pretendió hacer valer el contrato interno con OSPACA y desentenderse de prestar los servicios, y les acercó documentación a fin de que aquellos completen y luego lleven a una oficina de la Obra Social –pese a ser afiliados que derivaban sus aportes a favor de Galeno-, permite tener por acreditado un estado de impotencia y perplejidad que produce incomodidad, desasosiego, consternación y zozobra moral. Todo ello ha debido originar un cambio disvalioso en el bienestar de los demandantes al afectar su equilibrio anímico o estabilidad emocional, y ha debido ocasionar por el mero hecho de su acaecimiento un estado y un considerable sufrimiento que justifica su reparación (Com. A. “Miragaya, Jorge c/ Banco Francés s/ ordinario”, 11.05.04; Com. D. “Mercobank S.A. s/ liquidación judicial s/ inc. de revisión por Tomada, jorge”, del 19.10.05.).

No pueden las accionadas válidamente alegar haber cumplido cabalmente con sus obligaciones si ni siquiera cumplieron con las medidas dispuestas en el amparo teniendo, el magistrado interviniente en aquella causa, que imponerle astreintes.

Fecha de firma: 01/03/2023

Firmado por: MARIA FLORENCIA ESTEVARENA, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRA NOEMI TEVEZ, PRESIDENTA DE LA SALA F

Firmado por: RAFAEL FRANCISCO BARREIRO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ERNESTO LUCHELLI, JUEZ DE CAMARA



#34191165#358763886#20230228124745971

USO OFICIAL



Ninguna de las intimaciones dispuestas surtieron el efecto deseado y lo único que lograron los actores fue el reintegro de los pagos efectuados desde diciembre de 2017 hasta diciembre de 2018, lo que, por cierto, implicó forzarlos a realizar los desembolsos en forma previa, con un manifiesto desinterés en el impacto que aquello podía provocar para su economía familiar.

De modo que, si como aconteció en el caso, la defendida incurrió en incumplimiento, ejecutó deficientemente las prestaciones que tenía a su cargo, no adecuó su obrar al estándar de profesionalidad que le era requerido, quebrando con tal proceder las legítimas expectativas del usuario de sus servicios, debe responder por los perjuicios a éste irrogados (esta Sala, “Piñeiro Andrea Raquel c/First Data Cono Sur SRL y otro s/ordinario” del 09/08/2021).

En virtud de todo lo expuesto, considero que corresponde confirmar la condena dispuesta en materia de daño moral y su cuantía.

Aclararé al respecto que, de ningún modo puede presumirse que la cuantía fijada por este concepto fue a la fecha de la sentencia –como postuló el apelante-. Es que la fecha de mora fijada permite presumir que los daños fueron estimados a la fecha de la interposición de la demanda, consecuentemente los intereses allí fijados resultan adecuados.

5. Daño punitivo

Ninguna duda cabe, a mi criterio de la procedencia del rubro, tal y como fuera juzgado en la anterior instancia, de acuerdo al criterio de interpretación que expresé en reiterados votos (“Bava Mónica Graciela y otras c/ ALRA SA y otro s/ ordinario” del 19.06.18; “Vega Gustavo Javier c/ MasterCard SA y Otros s/ ordinario” del 29.08.17; Feurer Eva y otro c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario” del 22.08.17; “López Bausset

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



Matías c/Automilenio S.A. y otro s/ ordinario” del 12.07.17; “López Hernán Javier c/ Forest Car SA y otros s/ sumarísimo” del 12.07.07; “Martínez Aranda Jorge Ramón c/ Plan Ovalo SA de Ahorro P/F Determinados y otro s/ ordinario del 27.04.17; “Robledo Brigo Adán c/ Fiat Auto Argentina SA y otros s/ ordinario del 14.02.17; “Berrio Gustavo Osvaldo y otro c/ Ña Meridional Compañía de Seguros SA s/ ordinario” del 15.12.16), cuyos esquemas expositivos no reiteraré aquí a los fines de evitar alongar en demasía este Acuerdo, que coinciden con el pensamiento que volqué en una publicación relativa a la sustancia del daño punitivo (Barreiro, Rafael F, *El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240*, Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año V, N° 3, La Ley, junio de 2014, ps. 123/135), es corriente asignar a la multa civil, además del propósito punitivo, otras dos finalidades: reparatoria y preventiva.

ii. El daño punitivo en nuestro derecho es una pena privada que consiste en determinar una suma de dinero suplementaria o independiente de la indemnización que le pueda corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos, que tiene por finalidad castigar una grave inconducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella -si los hubiera- y prevenir su reiteración en el futuro.

De esa noción se extraen los propósitos que cumple el dispositivo del art. 52 bis LDC:

(i) la punición. Que quien cause un daño debe ser sancionado -y compelido, en consecuencia, a repararlo- está fuera de toda discusión porque es un principio general del Derecho, en cualquiera de las disciplinas que regula y con independencia de quien lo provoque (art. 1716, CCyC). El fundamento reside en la transgresión de la ley o en incumplimientos

Fecha de firma: 01/03/2023

Firmado por: MARIA FLORENCIA ESTEVARENA, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRA NOEMI TEVEZ, PRESIDENTA DE LA SALA F

Firmado por: RAFAEL FRANCISCO BARREIRO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ERNESTO LUCHELLI, JUEZ DE CAMARA



#34191165#358763886#20230228124745971

USO OFICIAL



contractuales graves. El factor de atribución es predominantemente subjetivo, pues el dañador debe actuar con dolo, culpa o desinterés por los intereses ajenos.

(ii) la reparación. Tiene como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado (recogido ahora por el art. 1740 CCyC). Se agrega a cualquier otra indemnización que pudiera admitirse. Evidentemente está estrechamente vinculada con la finalidad sancionatoria.

(iii) la prevención y la disuasión. Si se asigna a los daños punitivos una función preventiva, que comparte con la responsabilidad civil como categoría más amplia y continente de aquellos, aguardar a que se provoque un daño resarcible podría frustrar esa finalidad, además de vulnerar las pautas de actuación del art. 1710 CCyC.

La disuasión consiste en la amenaza de la aplicación de una sanción que puede tener el efecto de precaver la reiteración de conductas consideradas disvaliosas. Parece quedar fuera de toda duda que la punición opera en referencia a una conducta ya realizada mientras que la prevención alude a un obrar futuro.

Aquella opera en relación a un proveedor determinado, mientras que la disuasión tiene alcances más generales. La mencionada consecuencia ejemplificante, que también se traduce en un factor de disuasión, opera para la generalidad y no sólo en relación al proveedor incumpliente. Por tal motivo, también, aprovecha al común de los consumidores porque tiene por efecto regular adecuadamente las relaciones de consumo.

iii. La procedencia de la aplicación de la multa civil puede apreciarse diversamente.

iii.1. Si se estima que la responsabilidad es objetiva se ha propuesto fundarla en:

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



(i) la compensación de daños extraordinarios. Se ha dicho que mientras la indemnización del daño refiere a la reparación de los riesgos normales, la multa civil tiende a “compensar los daños extraordinarios, que surgirían del exceso del riesgo socialmente aceptable generado por la apetencia de aumentar los beneficios y considerándose a la actividad económica como intrínsecamente riesgosa” (LOVECE, Graciela Isabel, *Los daños punitivos en el derecho del consumidor*, publicado en La Ley ejemplar del 8/7/10, p. 3, pto. 6).

(ii) la “conducta socialmente intolerable”. La multa civil es admisible cuando se haya cumplido una actuación objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *Actuaciones por daños*, Bs. As., Hammurabi, 2004, pág. 332).

iii.2. Si se requiere un factor de atribución de responsabilidad, se la ha justificado en:

(i) la actuación intencional del proveedor. A ella se llega por vía de la remisión que el propio art. 52 bis efectúa al art. 47, en orden a la cuantificación de la multa civil, graduación que exige analizar la conducta concreta y la intención o culpa del proveedor.

Además, el art. 49 de la ley 24.240 dispone que en la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.



Poder Judicial de la Nación



(ii) el financiamiento del proveedor a expensas del daño al consumidor. La finalidad de la multa civil es “la de hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; puesto que ningún sistema preventivo ha de resultar eficaz, si el responsable puede retener un beneficio que supera al peso de la indemnización” (TRIGO REPRESAS, Félix A., *Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361*, La Ley ejemplar del 26/11/06, p. 1).

(iii) la manifiesta indiferencia por los derechos del consumidor. El art. 1724 CCyC define el dolo como la intención de provocar un daño o cuando es causado con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

iii.3. Si se estimara en abstracto que la multa civil sólo procede en aquellos supuestos en los que los fabricantes o proveedores se prevalen a sabiendas de conductas dañosas procurando obtener ganancias, especulando con la posibilidad de lucrar a expensas de los consumidores que no formulen reclamos, se estaría introduciendo una limitación que no tiene base legal y que en poco contribuiría a sanear las distorsiones en las relaciones de consumo.

De esta manera corresponde analizar de forma integral las constancias de la causa y los hechos probados para imponer la multa civil.

iii.4. La aplicación del daño punitivo puede basarse, además, en las disposiciones del art. 8 bis LDC.

Dicho precepto es una reglamentación de la amplia garantía del art. 42 CN, que exige dispensar a los consumidores un trato equitativo y digno. Las situaciones de inequidad e indignidad pueden justificar la aplicación de daños punitivos. Es palmario que la inobservancia del proveedor de estas pautas de conducta no puede sino provenir de un obrar intencional o, como mínimo, de una grave desaprensión en el cumplimiento

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



de sus obligaciones. En la mirada de la cuestión que aquí se propone, este dispositivo no es una excepción confirmatoria de la regla de la objetividad que inspiraría la solución del mencionado art. 52 bis, sino que sobre la misma atribución subjetiva refuerza la defensa de los consumidores mediante el resorte de precaver situaciones vejatorias, expresamente reprimidas en el texto constitucional.

El trato indigno cuenta también con directa tutela constitucional (art. 42 CN) y en la codificación vigente en relación a las prácticas abusivas (art. 1097 CCyC). La referencia a los Tratados incorporados a la Constitución – ausente en la LDC- no provoca diferencia sensible, porque de todos modos deberán ser tenidos en cuenta por el juez.

iv. En el caso, no caben dudas que la conducta desplegada por la demandada merece ser castigada mediante la aplicación de la sanción prevista por el art. 52 bis, LDC.

Agréguese que la actitud despectiva de la accionada hacia la accionante en su calidad de consumidor y a sus derechos, se advierte notoriamente, no solo en lo relativo a estas actuaciones, sino en cuanto a la masividad e implicancia que tiene el rol de este tipo de empresas con relación al universo de clientes que podrían encontrarse en una situación similar.

Asimismo, puede juzgarse cumplimentado el elemento subjetivo que también requiere la norma del LDC 52 bis y su doctrina para la aplicación de la multa civil.

En esta directriz se tiene dicho que constituye un hecho grave susceptible de “multa civil” por trasgresión del LDC 8 bis que exige un trato digno al consumidor, colocarlo en un derrotero de reclamos, en el que se haga caso omiso a la petición, tal como ocurrió en el presente caso

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



(Guillermo E., Falco, “Cuantificación del daño punitivo”, LL 23/11/2011, y fallo allí cit.).

Los defectos referidos constituyen un supuesto cuya gravedad justifica la aplicación de la multa civil. En efecto, como consideración de carácter general puede coincidirse en que “el derecho a la protección de los intereses económicos está estrechamente ligado a la pretensión de calidad de los productos y servicios y a la vigencia de una auténtica justicia contractual, así como a un sistema de compensación efectiva en materia de reparación de daños” (Stiglitz, Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales*. Parte General, Bs. As., ed. La Ley, 2010, Tomo I, p. 244).

Debo dejar sentado que, en mi opinión, debe tomarse en consideración que exigir invariablemente en la totalidad de los casos que la conducta del proveedor se oriente a lucrar actuando en perjuicio de los consumidores para hacer operativo el dispositivo del art. 52 bis, y que aquello se haga intencionada y permanentemente, antes que proteger adecuadamente los derechos que la LDC consagra expresamente, conduciría a privarlos de suficiente y eficaz tutela pues se introduciría un límite que no tiene base en la ley. Apremiar la cuestión de esta manera, parecería sumir en la desprotección a los perjudicados considerados individualmente, es decir, se decidiría con abstracción del conflicto particular, porque siempre debería comprobarse que ha habido una maquinación tendiente a vulnerar los derechos de un colectivo de sujetos, con desatención de la específica conducta evidenciada en el caso concreto.

Entiendo entonces, y sin que ello signifique desatender la atribución de responsabilidad al proveedor cuando aquella actuación permanente fuera comprobada, que no cabe exigir la demostración de una intención dañosa general y permanente que escapa evidentemente al ámbito

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



regulatorio del mencionado art. 52 bis. Sólo puede, en principio, admitirse la ponderación de las aristas fácticas del conflicto individual de intereses, en relación a la posición asumida frente a un consumidor en particular. Tal es, estimo, la situación configurada en el caso bajo juzgamiento.

En suma, la conducta de la defendida encuadra dentro de la culpa o negligencia grave.

Ahora bien, en relación a la cuantificación de este tipo de daños debo señalar que no soy ajeno a las complicaciones que giran en torno a la fijación del monto indemnizable por daños punitivos.

No desconozco que resulta conveniente acudir a instrumentos que permitan objetivizar, en la mayor medida posible, su cálculo. Ello, a los fines de lograr un mejor resguardo del derecho de defensa de las partes (art. 18 CN), pues permite que las partes conozcan el procedimiento utilizado para su cálculo y se encuentren en condiciones de cuestionarlo o defenderlo.

La finalidad de disuasión se aprecia explícitamente en los fundamentos del proyecto de ley 26.361 que introducen los daños punitivos (art. 52 bis) en la ley 24.240: “Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad.”

Asimismo, debe seguirse, como pauta ineludible de interpretación a los fines de determinar el *quantum* del daño punitivo, el listado de recaudos impuestos por el artículo 49 de la ley 24.240. Es decir, deberá tomarse en cuenta: **a)** el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, **b)** la posición en el mercado del infractor, **c)** el grado de intencionalidad, **d)** la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales

USO OFICIAL

Fecha de firma: 01/03/2023

Firmado por: MARIA FLORENCIA ESTEVARENA, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRA NOEMI TEVEZ, PRESIDENTA DE LA SALA F

Firmado por: RAFAEL FRANCISCO BARREIRO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ERNESTO LUCHELLI, JUEZ DE CAMARA



#34191165#358763886#20230228124745971

Poder Judicial de la Nación



derivados de la infracción y su generalización y e) la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

En primer lugar, el perjuicio resultante para la menor [REDACTED] y para la totalidad de su grupo familiar directo resulta patente y de importante gravedad.

Agréguese que la posición de la infractora en el mercado, amerita la aplicación de una sanción considerable, pues incide en la variable "d", aumentando numéricamente los potenciales perjuicios sociales, dado el volumen de clientes que manejan.

En razón de lo expuesto, juzgo que, en tanto no ha mediado recurso de la accionante ni del defensor en este punto, la suma fijada por la anterior sentenciante resulta justificada y suficiente en el caso bajo examen.

Ello, sin perjuicio de señalar que las circunstancias del caso acaso podrían justificar su elevación. Pero es claro que, como la multa civil solo procede ante la expresa petición de parte, análoga interpretación debe aplicarse a la modificación del importe consentido por su beneficiario en esta instancia.

Empero debo aclarar que, la suma otorgada no devengará intereses moratorios dado el carácter de multa civil que reviste el rubro en cuestión.

b. No obsta a la solución propuesta que, como denunció la parte, la cuantía otorgada resulta superior a aquella peticionada.

Véase que la parte, al promover demanda, dejó librada la cuantía a lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse y/o del criterio del tribunal.

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



Tiene dicho esta Sala que las fórmulas provisionales de cuantificación del daño como las realizadas en la presente demanda resultan de una adecuada práctica y estrategia profesional.

Su consecuencia radica en la posibilidad de que se condene al pago de una suma diversa, ya sea superior o inferior de la indicada por la actora, no violándose el principio de congruencia, toda vez que en su petición estableció una variabilidad potencial del monto conforme a la prueba a rendirse. "Entonces, el auténtico contenido de la pretensión no es el vertido interinamente, sino el determinado por la prueba" (Matilde Zavala de González, El proceso de daños y estrategias defensivas, Edit. Juris, pág. 65).

En autos, Galeno al contestar la demanda se opuso a la procedencia de los daños e impugnó el *quantum* pretendido, pero omitió toda réplica respecto de la fórmula utilizada en la demanda. No se planteó defensa de defecto por libelo oscuro, o violación a las reglas procesales en la forma de proponer la demanda.

Entonces, dado que la accionante había dejado subordinado el monto resarcitorio definitivo al resultado de la prueba a rendir a lo que en más o en menos resulte y/o al criterio del tribunal, así quedó trabada la litis con el carácter interino de la pretensión y su subordinación a la prueba.

Siendo ello así, la parte demandada estaba en perfectas condiciones para disentir y acreditar en forma adversa, el monto pretendido.

Asimismo, debo señalar que en casos como el presente, se concluye en que, sobre la base de la misma demanda que ha abierto el proceso y sin alteración del principio de congruencia, el juez puede condenar al pago de la suma mayor que se ha determinado durante el estadio probatorio (esta Sala, 4.10.2011, "Lizarazu Norma Susana c/ Banco Itaú Buen

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



Ayre S.A., s/ ordinario”; 06/12/2012 “Santillan Gabriela B c/Trenes de Buenos Aires SA s/Daños y perjuicios”).

V. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mis distinguidos colegas, propongo al Acuerdo: a) rechazar la totalidad de las quejas vertidas por Galeno Argentina SA; b) confirmar en todos sus puntos el decisorio de fs. 191/225; y c) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arg. art. cpr. 68).

Así voto.

La Dra. Alejandra N. Tevez dice:

1. Comparto en lo sustancial la solución propiciada por el distinguido colega preopinante en el voto que abrió este Acuerdo.

2. Solo agregaré, con relación al daño punitivo, que de los antecedentes colectados en la causa puede inferirse, con suficiente grado de certidumbre, su configuración, con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 4, 5, 8 bis y 52 bis de la LDC. Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que, como es sabido, debe primar en la materia.

En ese quicio, en relación a la naturaleza y recaudos de procedencia de este tipo de daño, me remitiré al criterio interpretativo que he volcado en reiterados votos en esta Sala F (v. pronunciamientos en los autos: “Dubourg, Marcelo Adrián c/ La Caja de Seguros SA s/ ordinario”, del 18.02.14; “Santarelli Héctor Luis y otro c/ Mapfre SA de Seguros s/ ordinario”, del 08.05.14; “García, Guillermo Enrique c/ Bankboston NA y otros s/ sumarísimo”, del 24.09.15; “Díaz Víctor Alcides c/ Fiat Auto SA de Ahorro para Fines Determinados y otros s/ ordinario”, del 20.10.15, “Irala, Villalba Isabel c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ sumarísimo”, “Corbalan, Marcelo David c/ BBVA Consolidar Seguros S.A. s/ ordinario”, del 13.4.21; “De Los

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación



Santos, Cesar Fabián c/ Ford Argentina S.C.A. y otros s/ sumarísimo”, del 13.5.21 y “Magula, Martin Alejandro c/ BMW de Argentina S.A. y otros s/ Sumarísimo”, del 17.5.21, entre otros), en línea con la tesitura expuesta en el plano académico en distintas publicaciones sobre la materia (cfr. “*Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor*”, RDCO 2013-B-668; y “*Trato “indigno” y daño punitivo. Aplicación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor*”, del 26.04.16, La Ley 2016-C, 638, ambas en coautoría con María Virginia Souto).

Así voto.

Por análogas razones el doctor Lucchelli adhiere al voto del Dr. Barreiro.

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores:

Alejandra N. Tevez

Ernesto Lucchelli

Rafael F. Barreiro

**María Florencia Estevarena
Secretaria de Cámara**



Poder Judicial de la Nación



Buenos Aires, 1 de marzo de 2023.

Y Vistos:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: a) rechazar la totalidad de las quejas vertidas por Galeno Argentina SA; b) confirmar en todos sus puntos el decisorio de fs. 191/225; y c) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arg. art. cpr. 68).

II. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado.

USO OFICIAL

Alejandra N. Tevez

Ernesto Lucchelli

Rafael F. Barreiro

María Florencia Estevarena
Secretaria de Cámara

Fecha de firma: 01/03/2023

Firmado por: MARIA FLORENCIA ESTEVARENA, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRA NOEMI TEVEZ, PRESIDENTA DE LA SALA F

Firmado por: RAFAEL FRANCISCO BARREIRO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ERNESTO LUCHELLI, JUEZ DE CAMARA



#34191165#358763886#20230228124745971