



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

CAMARA APEL CIV. Y COM 5a

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 118

Año: 2024 Tomo: 4 Folio: 1150-1169

EXPEDIENTE SAC: **11661790 - MARTINEZ, VICTOR CRISTIAN C/ EMERGENCIA MEDICA INTEGRAL S.A - ABREVIADO - OTROS - TRAM.ORAL**

PROTOCOLO DE SENTENCIAS. NÚMERO: 118 DEL 20/08/2024

SENTENCIA NUMERO: 118. CORDOBA, 20/08/2024.

Los vocales de esta Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial se reunieron a los fines de dictar sentencia, en presencia de la secretaria autorizante, conforme lo establecido en el Acuerdo Reglamentario N° 1629, Serie “A” del 6/6/2020 y sus complementarios; en estos autos caratulados: **“MARTINEZ, VICTOR CRISTIAN C/ EMERGENCIA MEDICA INTEGRAL S.A. - ABREVIADO - OTROS - TRAM. ORAL” (Expte. N° 11661790)**, venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de 20° Nominación, a cargo del juez Jorge Alfredo Arévalo, quien mediante Sentencia 187 dictada el día 14/11/2023 resolvió: “...1°) *Hacer lugar a la demanda interpuesta por Víctor Cristian Martínez, DNI 8.538.881 en contra de Emergencia Médica Integral S.A. CUIT 30-61556715-5 y en consecuencia condenar a esta al pago de la suma de pesos dos millones trescientos mil (\$2.300.000), conforme los rubros admitidos –daño moral y daño punitivo-, con más los intereses fijados en los considerandos pertinentes; haciendo extensiva la condena a la citada en garantía Prudencia Compañía Argentina De Seguros Generales S.A. en los términos y límites de su contratación. 2°) Imponer costas a la demandada vencida, Emergencia Médica Integral S.A. y hacerlas extensivas a la citada en garantía Prudencia Compañía Argentina De Seguros Generales S.A. en los*

términos y límites de su contratación. 3°) Regular los honorarios profesionales del Dr. Dr. Tomás Vega Holzwarth, en la suma de pesos quinientos seis mil (\$506.000), con más la suma de pesos treinta y seis mil cuatrocientos ocho con nueve centavos (\$36.408,09) en concepto del art. 104 inc. 5 Ley 9.459. 4°) Regular en concepto de honorarios a la perito contadora oficial María Roxana Salguero, la suma de pesos ciento cuarenta y cinco mil seiscientos treinta y dos con treinta y seis centavos (\$145.632,36), los que son a cargo de la condenada en costas; con más un veintiuno por ciento (21%) atento su condición de responsable inscripta ante AFIP. 5°) No regular en esta oportunidad honorarios a los Dres. Lucía Irigo, María de las Mercedes Moreno e Ignacio María Soria, hasta tanto sean solicitados, conforme lo dispuesto por art. 26 – contrario sensu – ley 9459... ”.

Realizado el sorteo de ley y previo estudio de la causa por parte de los señores vocales, el tribunal deliberó y planteó las siguientes cuestiones a resolver:

- 1)¿Es procedente el recurso de apelación de la parte demandada?
- 2)¿Es procedente el recurso de apelación de la citada en garantía?
- 3)¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto en forma adhesiva por la actora?
- 4)En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

EL VOCAL JOAQUÍN FERRER A LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO:

1) Recurso de la demandada EMI. La parte demandada Emergencia Médica Integral S.A., mediante su apoderada la Dra.Lucia Irigo, expresa agravios por presentación digital de fecha 22/2/2024.

Refiere como **primer agravio**, que existió una errónea valoración del tribunal en relación a la responsabilidad civil de su mandante.

Refiere que el tribunal acoge la pretensión de la actora fundando su razonamiento en el incumplimiento de su mandante del deber de prestar atención en la emergencia.

Alega que como fue sostenido al contestar la demanda, no es cierto que se lo haya

dejado desamparado y sin cobertura. Que ante la solicitud de asistencia médica por parte de los familiares, su mandante puso a disposición sus recursos a los efectos de proporcionar el servicio de atención solicitado. Que nunca se le negó cobertura ni se le manifestó que no se le proporcionaría el servicio, tal como pretende introducir el actor. Alega que es cierto que solicitada la asistencia su mandante procedió a calificar el llamado y la urgencia conforme el relato de los familiares, asignando un móvil para que arribe al domicilio.

Sostiene que el tribunal descarta la posición de su parte en relación fueron los propios familiares del paciente los que decidieron cancelar el servicio. Que si es cierto que los familiares reclamaron a Emi, lo que no es cierto es que su mandante nunca haya acudido al domicilio sin ninguna explicación.

Indica que la explicación final del por qué EMI no acudió al domicilio el 13/6/22 es que los familiares del paciente tomaron la decisión de cancelar el móvil solicitado y de requerir otro tipo de asistencia privada a los efectos de la atención del actor. Que no es cierto entonces que su mandante haya dejado deliberadamente de prestar asistencia al actor.

Alega que pese a que el juez ha sostenido que su parte no ha probado esta circunstancia, no pueden desconocerse las manifestaciones efectuadas en instancia de mediación ante Adcoin, en tanto ellas tienen valor de reconocimiento judicial. Que en efecto, en el formulario de mediación que se incorpora como prueba documental, el actor reconoce, en la descripción de los hechos: *“(...) Por lo cual llama y pide con urgencia una ambulancia la cual nunca llegó, debiendo asistir un médico particular. La ambulancia fue cancelada 15.30hs.”*

Pone de relieve que llamativamente el actor acompaña con la demanda el certificado de cierre de la instancia administrativa mas no el formulario de reclamo ante esa repartición en el que se admite expresamente haber cancelado la atención. Que sin

embargo, en un extracto de su demanda, manifiesta: “A efectos de tener por acreditar este extremo, se ofrece como prueba el reclamo administrativo iniciado por el actor ante la asociación de consumidores ADCOIN”, pues bien, no lo acompaña.

Insiste que su mandante no se rechazó ni negó la atención solicitada, sino que los tiempos en los que se podía cumplir con dicha atención no eran adecuados -a criterio de los familiares- por lo que optaron por cancelar el pedido de prestación y resolver la situación por otra vía -tal como lo manifiestan en su escrito de demanda y como quedo acreditado con las declaraciones testimoniales tomadas en oportunidad de la audiencia complementaria.

Refiere que el propio juez admite que es admisible la existencia de demora en la atención médica, pero que ello no puede implicar dejar sin atención a un paciente. Que este argumento cae con la comprobación y la admisión del actor en instancia prejudicial que los familiares fueron quienes, ante la demora, cancelaron la atención. Añade que esto mismo se infiere de la demanda judicial, en la que, si bien no se hace alusión a la cancelación del servicio, se hacen inferencias tales como que la falta de respuesta de EMI llevó a los familiares a resolver la situación de manera particular.

Sostiene que en función de lo dicho, el razonamiento del juez expresado en el siguiente párrafo “(...) *Si bien es admisible cierta demora en el arribo de la atención en virtud de la particularidad del servicio y de las distancias en urbes como esta -por ejemplo- es innecesario destacar que tal ventana de tiempo –desde la mañana a la noche- aparece como un plazo excesivo para la asistencia médica domiciliaria regular y grotesco, para el caso que se tratara de una emergencia*”. Que como hemos expuesto, no solo no existió tal ventana de tiempo, en razón de que el llamado fue expresamente cancelado durante la siesta, sino que tampoco existió tal emergencia.

Indica que esto descarta la existencia de incumplimiento de su parte. Refiere que a lo sumo, puede valorarse como una disconformidad en los tiempos de la atención, sin

repercusiones que merezcan una condena judicial.

Sostiene que en la fundamentación del juez, el solo incumplimiento de EMI S.A. basta para justificar la condena. Que ese razonamiento es equivocado, además de contrariar reglas elementales de responsabilidad civil.

Argumenta que la resolución, entonces, atribuye responsabilidad civil a su mandante por el solo hecho de considerar probada la existencia de un incumplimiento en el servicio de asistencia médica.

Sostiene que lo cierto es que dicha consideración no es suficiente para hacer lugar a esta demanda. Si bien EMI S.A. no atendió al actor en la oportunidad referida, ese mero incumplimiento reputado no es suficiente para atribuir responsabilidad de la manera en que lo hace.

Señala que la responsabilidad no puede sustentarse solo en la existencia o no de incumplimiento, como lo hace el a quo. Afirma que no hace falta aclarar que la antijuridicidad derivada del incumplimiento es un presupuesto esencial para que podamos comenzar a analizar la existencia o no de deber de reparar. Que sin embargo, no pueden perderse de vista que en el caso particular, no se verifican el resto de los presupuestos de la responsabilidad.

Refiere que resulta inexistente el nexo de causalidad que necesariamente debe existir entre la falta de atención por parte de EMI SA y los padecimientos que alega el actor. Que ello es así, toda vez que, para que funcione la responsabilidad del imputado, debe identificarse el hecho que, en virtud de su propia potencia generadora, provocó el resultado, no bastando comprobar que un hecho ha sido antecedente de otro para que sea su causa eficiente; para ello, es necesario que tenga, por sí, la virtualidad de producir semejante resultado.

Indica que en este caso particular no se ha acreditado en debida forma la relación de causalidad entre el incumplimiento achacable EMI SA y los daños alegados por el

accionante. Que este aspecto, el análisis de la causalidad, es completamente soslayado por el sentenciante.

Pone de relieve que la actora podría haberlo hecho, ninguna prueba efectuó en relación a los daños que dijo haber padecido como consecuencia del hecho atribuido a su mandante.

Insiste que ninguna prueba aportó al proceso en tal sentido.

Sostiene que en su demanda, para magnificar la trascendencia del incumplimiento que reprocha a su mandante, el actor refiere la existencia de secuelas en su persona derivada de la falta de atención oportuna. Que así, por ejemplo, manifiesta: “El episodio que motivó el pedido de asistencia fue una fuerte caída al suelo, síncope, la cual dejó varias secuelas tal como surge de la prueba acompañada.” Añade que ninguna prueba se acompañó en su momento ni se diligenció después tendiente a demostrar ese extremo. Que nada de esto fue probado (por ejemplo, no existió pericia médica, ni constancia de atención posterior en una institución de salud. Los testigos, asimismo, confirmaron que independientemente de la caída y el susto del momento, el paciente no sufrió consecuencias en su persona derivadas del hecho de autos).

Alega que esto solo lleva a insistir en la intrascendencia que tuvo el evento en la vida del actor y destierra completamente la generación de consecuencias dañosas hacia su persona.

Señala que no desconocen que la jurisprudencia en algunos casos ha condenado a empresas de emergencia médica por las consecuencias derivadas de la demora en la atención médica proporcionada a sus afiliados. Añade que, ahora bien, en todos esos casos se ha demostrado que la falta de atención en tiempo y forma provocó daños al paciente o por lo menos incidió en el agravamiento del daño causado, por ejemplo, a título de pérdida de chance de curación. Refiere que el juzgador en su resolución hace caso omiso de estos aspectos, fundando la responsabilidad de EMI S.A.

exclusivamente el incumplimiento de la asistencia.

Seguidamente como **segundo agravio**, alega la insuficiente fundamentación de la sentencia en relación a la concesión del rubro daño moral.

Cuestiona la resolución por refiere que el tribunal realiza diferentes afirmaciones, pero sin brindar fundamentos que avalen su posición, razonando dogmáticamente.

Sostiene que el juzgador pretende suplir la prueba del daño moral con la indicación de circunstancias genéricas relativas a la actividad de su mandante (empresa de emergencia médica), a la edad de la parte actora y al incumplimiento contractual.

Indica que todas las menciones a las supuestas aflicciones de la actora son meramente hipotéticas, pues parten de una valoración absolutamente subjetiva que no se condice con lo ocurrido en la realidad.

Indica que todas las afirmaciones realizadas en relación a la procedencia del daño moral vulneran el principio lógico de razón suficiente.

A continuación, como **tercer agravio** denuncia la falta de prueba del daño moral.

En virtud de ello, la actora al alegar un hecho y pretender la declaración de un derecho, debería haber acreditado los hechos que fundamentan su pretensión.

Alega que en el caso particular del daño moral invocado, el actor no ofreció prueba alguna tendiente a acreditar el daño alegado, pese a que incumbía a su parte la carga de demostrar la existencia de un perjuicio, no lo hizo de manera apropiada.

Sostiene que de la prueba ofrecida por la parte actora no solo no se permite inferir la existencia de un daño, sino que ni siquiera se ofreció prueba tendiente a demostrar el daño invocado. Que toda la prueba ofrecida está orientada a demostrar el incumplimiento de su parte, pero es totalmente inconducente a los fines de demostrar la existencia de daños.

Como **cuarto agravio**, refiere que resulta excesivo el monto fijado por daño moral.

Refiere que el presente agravio se plantea de manera subsidiaria.

Refiere que, en primer lugar, en el último párrafo transcrito, el a quo sostiene: *“Dicho importe generara´ intereses equivalentes a la tasa pasiva informada por el BCRA, con ma´s el 2% nominal mensual desde la fecha de pago, es decir el 13/08/2020 hasta el día 01/09/2022 (...)”*. Estimamos que ese es un error material, que debe ser salvado, no pudiendo corresponder la aplicación de intereses desde el 13/8/2020, atento no existir fecha de pago y no tener esa fecha relación con la causa de autos.

En segundo lugar, cuestiona que el juzgador fija el daño moral en la suma de \$800.000. Alega que fijando ese valor con sustento en que ese sería, a la fecha de la sentencia, el costo aproximado de un viaje para él y un acompañante. Que esto resulta injusto.

Sostiene que en razón de que el juez ha establecido una indemnización por daño moral cuantificada al momento de su fallo, no procede agregar a la misma un interés que contenga escorias inflacionarias, sino un interés puro, que se establece generalmente entre un 6% y un 8% anual.

Cuestiona además que, al conceder el rubro, el juez hace algunas consideraciones que, de la lectura de varios pasajes del punto sexto de la sentencia, podemos ver que el sentenciante, para decidir conceder una indemnización por daño moral, hace más foco en la gravedad de la conducta que imputa a su mandante que al daño en sí mismo.

Como **quinto agravio**, cuestiona por improcedente la condena por daño punitivo.

Refiere que agravia a su mandante que el juez hubiere aplicado la sanción prevista en el art. 52 bis bajo el entendimiento de que se encontraría configurado en autos un supuesto incumplimiento contractual grave y esencial, que haya vulnerado el deber de brindar un trato digno al consumidor.

Agrega que habiendo quedado demostrado que la decisión del juez carece de todo fundamento válido.

Manifiesta que si nos encontramos ante un incumplimiento inexistente, mucho menos podrá hallarse presente el segundo requisito necesario para que resulte de aplicación el daño punitivo.

Sostiene que, en el caso de autos, aun cuando se considere que ha existido en el caso un incumplimiento -hecho que descarto, pues su inexistencia surge de la lectura de la propia demanda y de las probanzas en autos-, el mismo en forma alguna tiene la gravedad requerida para que resulte de aplicación el instituto en análisis.

Manifiesta que tampoco existe en el presente caso el “daño grave” que debe configurarse para que resulte de aplicación la multa requerida.

Afirma que basta con leer la pretensión indemnizatoria del actor, el desarrollo de cada uno de los rubros reclamados por el accionante y las resultas de las pruebas rendidas en autos, para llegar a dicha conclusión.

Afirma que agravia a su parte que se haya sancionado a abonar una exorbitante multa por daño punitivo.

Finalmente cuestiona la tasa de interés aplicable al rubro, esto es, el 4% mensual.

Finalmente, como **sexto agravio**, cuestiona la condena en costas. Señala que al no existir conducta reprochable de su mandante y ello debió conducir al total rechazo de la demanda en relación a la misma. Que por ello teniendo en cuenta que el fallo deberá ser revocado, al menos, respecto de su mandante, ninguna costa podría imponérsele.

Refiere que para el eventual caso de que la apelación sea revocada y la sentencia confirmada, solicita se tenga en cuenta que la sentencia de primera instancia acogió el reclamo por daño punitivo por la suma de \$1.500.000, habiendo el actor readecuado su pretensión en los alegatos en la suma de \$11.000.000. Es decir, solo hizo lugar a este rubro en un 13% del monto reclamado, habiendo el juez impuesto la totalidad de las costas a mi parte, apartándose de la pauta del art. 132 CPCC.

Mediante presentación digital de fecha **6/3/2024** contesta los agravios la parte actora,

solicitando el rechazo del recurso imperado.

2) La cuestión controvertida. Ingresando al tratamiento del recurso impetrado por la referida demandada corresponde señalar que la censura impugnativa se circunscribe a cuestionar lo resuelto por el sentenciante en torno al acogimiento de la pretensión del actor en relación a la atribución de responsabilidad por incumplimiento contractual. Asimismo, los cuestionamientos giran en torno al acogimiento de los rubros daño moral y daño punitivo y finalmente, la distribución de las costas.

En tal sentido, se advierte de una lectura de la resolución cuestionada que el principal fundamento formulado por el juzgador, a los efectos de rechazar la pretensión giró en torno a señalar que: *“De la prueba detallada precedentemente, ha quedado acreditado que el servicio de asistencia médica fue requerido a las 10 horas aproximadamente y que en ningún momento de ese día, asistió personal de la demandada a brindar la prestación médica solicitada. Si bien es admisible cierta demora en el arribo de la atención en virtud de la particularidad del servicio y de las distancias en urbes como esta -por ejemplo- es innecesario destacar que tal ventana de tiempo –desde la mañana a la noche- aparece como un plazo excesivo para la asistencia médica domiciliaria regular, y grotesco, para el caso que se tratara de una emergencia. Sea cual fuere el caso, emergencia o no (lo que como ya se detalló, resulta irrelevante), lo cierto es que EMI no acreditó haber cumplido con la prestación comprometida; y tampoco logró probar que la ausencia de atención hubiere obedecido a la cancelación del servicio por parte de quienes lo habían requerido.”*

Ahora bien, de una revisión de los argumentos brindados por la parte apelante, los que fueron relevados precedentemente, confrontados con las razones expuestas en la sentencia, los primeros no logran desvirtuar la resolución cuestionada. Doy razones.

3) Análisis del recurso planteado. Fundamentos de su rechazo

Cuestiones en las que no existe controversia. En primer lugar, corresponde señalar

que se encuentra firme y consentido en esta instancia: **A.-** Que entre el actor y la demandada existe una relación de consumo y por consiguiente resulta aplicable la totalidad de su régimen tuitivo, **B.-** Que el día 13/6/2022 a las 10 horas aproximadamente el accionante Víctor Cristian Martínez, sufrió un accidente en su domicilio (caída al suelo-síncope), solicitando asistencia médica al servicio brindado por la demandada; **C.-** Que el servicio solicitado no fue proporcionado en un plazo razonable.

Discrepancia. Sentado lo anterior se advierte que en esta instancia la discrepancia estriba en las razones por las cuales no fue prestado el servicio. La parte demandada reitera las alegaciones formuladas en primera instancia, esto es, que el pedido de asistencia médica fue cancelado por personas vinculadas a la actora. Por su parte, la actora niega dicho extremo.

Agravios. Ingresando al **primer agravio**, la apelante denuncia una errónea valoración de la responsabilidad civil de su parte. Señala que no es cierto que se lo haya dejado desamparado y sin cobertura, afirmando que fueron los propios familiares del paciente los que decidieron cancelar el servicio. Que es cierto que los familiares reclamaron a Emi, lo que no es cierto es que su mandante nunca haya acudido al domicilio sin ninguna explicación. En este contexto, adelanto que el agravio no puede prosperar.

Si bien es cierto que de las constancias producidas en la instancia de mediación ante Adcoin, concretamente en el formulario de mediación acompañado por la parte apelante en esta instancia como prueba documental, la parte actora reconoció que: “(…) Por lo cual llama y pide con urgencia una ambulancia la cual nunca llegó, debiendo asistir un médico particular. La ambulancia fue cancelada 15.30hs.”; ello en modo alguno reviste la entidad suficiente a los fines de desvirtuar la solución adoptada por el juzgador.

Ello por cuanto, la cuestión a dilucidar y que resulta el punto central de la discusión en

torno a la solución del presente proceso, gira en torno a si existió una debida prestación del servicio por parte de la demandada. La respuesta negativa se impone. Como se puso de resalto precedentemente, debe tenerse por acreditado en esta instancia que la solicitud de servicio tuvo lugar aproximadamente a las 10 horas del día 13/6/2022, como también, que de la prueba invocada en esta instancia por la apelante, fue cancelado a las 15:30 hs. de dicha jornada.

Ello, por una parte, pone en evidencia que desde el requerimiento de la asistencia médica por parte del accionante (o de las personas que lo asistieron), hasta las 15:30 el servicio peticionado no fue brindado por la demandada. En otras palabras, la solicitud fue cancelada luego de haber transcurrido más de 5 horas desde que fue peticionado.

A ello debo agregar la calidad personal del actor, que por tratarse de un adulto mayor y en función del tipo de dolencias por el que fue solicitada la prestación (caída al suelo-síncope), debió brindársele una asistencia urgente e inmediata por parte de la demandada. Dicho servicio fue reclamado en numerosas ocasiones tal como surge de la prueba testimonial producida en la audiencia complementaria, en la cual Ana Ramona Tévez, empleada en la casa del actor, señaló que escuchó a la hija del actor llamar a EMI unas 5 o 6 veces y que sabe que la otra hermana también llamó.

Sumado a ello, debemos señalar que se encuentra firme y consentido en esta instancia, puesto que no fue cuestionado por la parte apelante, que la empresa demandada no solo presta servicios de asistencia médica domiciliaria regular, sino que también, presta servicio de emergencia. Por tanto, atento que se encontraba obligada a intervenir u obrar con total premura, pues no existe prueba alguna que demuestre que no contaba con dicha obligación, es que aun si tenemos en cuenta que el pedido fue cancelado a las 15:30 del día señalado, el incumplimiento se evidencia como palmario y total frente a las características del hecho que lo motivó.

Debemos tener presente que la responsabilidad obligacional comprende los daños

derivados del incumplimiento de toda obligación preexistente, cualquiera sea su causa fuente. En tal sentido, el art. 1716 del CCCN establece que: " La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código".

En tal sentido, el incumplimiento en el que incurrió la demandada en el contexto referido reviste la naturaleza de esencial en atención a los fines del contrato que lo vincula con el actor. Así, un incumplimiento contractual *se considera que es esencial cuando: a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor; c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar; (...)* (art. 1084 del CCCN).

Sin lugar a dudas, la pronta atención médica de la persona con la edad del actor, atento al cuadro que fuera informado a la demandada, se configuraba como el comportamiento debido por la accionada a los fines de la obligación a su cargo. Ello no se condice con las constancias de autos, pues se acreditó que durante un plazo superior a cinco (5) horas y hasta el período inmediato a la cancelación, la demandada no justificó la falta de atención inmediata o respuesta del requerimiento de auxilio. Todo ello da cuentas del incumplimiento esencial y total al contrato, que justifica la condena de autos.

Ahora bien, no cabe duda, aun revalorando la resolución a la luz de la constancia invocada por la apelante, que la demandada incumplió una prestación esencial en los términos referidos.

Asimismo, atento a que el actor es una persona mayor de edad, cuenta con una especial protección en nuestro ordenamiento jurídico, pues, "*rigen a su respecto los derechos y garantías que emanan de las convenciones y tratados internacionales con*

jerarquía constitucional (art. 75, inc. 12, CN), suscriptos por nuestro Estado Nacional y Provincial a favor de las personas mayores de edad. Así, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores -adoptada por la Organización de los Estados Americanos el 15 de junio de 2015 y aprobada en Argentina por Ley n.º 27360 del año 2017-, en su Preámbulo resalta el derecho de la persona mayor a no verse sometida a ningún tipo de discriminación en relación a la edad ni a ningún tipo de violencia, y la necesidad de reconocer que, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades. Concretamente, la Convención prescribe, el derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal de quienes integran este colectivo vulnerable adoptando una serie de medidas que incluyen la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, en los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como centros educativos, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo (inc. a, art. 26, íb.). (Tribunal Superior de Justicia (Sala Civil y Comercial) en autos: “C., C. O. c/ C., G. - Abreviado - Recurso Directo” Resolución: Sentencia n.º 39 Fecha: 22/4/2021).

Asimismo, y a la luz de dicho temperamento la demandada incurrió en una violación de lo dispuesto por el art. 8 bis del LDC. Este dispositivo expresamente establece: “...Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice.

Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.....”

Dicha pauta de conducta no fue la cumplimentada por el comportamiento de la demandada.

Tampoco se advierte de las constancias de autos que al actor se le hubiera brindado la debida información por parte de la demandada de la demora significativa en la prestación del servicio requiero a los efectos de que éste, y sus familiares, escojan alguna otra alternativa de atención médica. En tal sentido, uno de los derechos fundamentales del consumidor, de raigambre constitucional, ya que surge del propio texto del art. 42 de la Carta Magna, es el derecho a la información; así como también de los artículos 4, 8, 10, 10bis, 19, 20 y 36 de la LDC. Entiendo que dicho pauta de conducta debe encontrarse presenta a lo largo de la ejecución de la totalidad de la contratación, máxime tratándose de un contrato de larga duración con prestaciones periódicas.

Hemos dicho con anterioridad, siguiendo la doctrina autoral especializada, que el fundamento del deber de información radica en la necesidad del consumidor de conocer cuáles son las condiciones contractuales, sus consecuencias, riesgos, beneficios, formas de uso, deberes y facultades, etc., ante el desequilibrio que rige entre las partes de la relación de consumo, pues es el proveedor quien accede a la información relativa al bien o servicio, forma de uso, seguridad, riesgos, etc. (Ossola,

Federico A., Vallespinos, Carlos G., La obligación de informar, Córdoba, Advocatus, 2001, pág. 19).

En tal sentido, discrepo con el apelante en torno a que se trató de una mera disconformidad en los tiempos de la atención, sin repercusiones que merezcan una condena judicial.

Por su parte, la apelante refiere que si bien EMI S.A. no atendió al actor en la oportunidad referida, ese mero incumplimiento reputado no es suficiente para atribuir responsabilidad de la manera en que lo hace. Ahora bien, dicho cuestionamiento tampoco resulta de recibo, toda vez que como se puso de resalto, el incumplimiento de una obligación como la de marras, atento a su entidad de prestación esencial de contrato, especialmente por el contexto en el que se inscribe (consumidor y adulto mayor), da lugar a la reparación del daño causado, en los términos referidos por el juzgador.

Es que por tales circunstancias es merecedor de una tutela especial en virtud de su calificación como consumidor hipervulnerable, categoría consagrada por la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación, resultándole aplicables las previsiones que contempla la “Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”.

Dicho accionar sin lugar a dudas, configura un daño resarcible padecido por el actor y provocado por la demandada que debe ser indemnizado. En suma, atento las especiales circunstancias de autos el incumplimiento del plan prestacional que había asumido la empresa demandada configura el daño de naturaleza resarcible.

En consecuencia, el presente agravio no es de recibo.

Seguidamente, ingresando al **segundo, tercero, cuarto y quinto agravio**, habida cuenta que la crítica de los apelantes se dirige a cuestionar la concesión y cuantificación del rubro daño moral, serán tratados conjuntamente. Adelanto que la

crítica no resulta procedente.

Sabido es que el daño moral en materia contractual fue definido por la doctrina local especializada, que se comparte, como "...un perjuicio espiritual derivado del incumplimiento o mal cumplimiento de un convenio; así como también y en general, de la inejecución de obligación previamente contraídas entre el responsable y la víctima"; a lo que agregó que la condena por daño moral contractual no es "facultativa", sino "imperativa", siempre que se presenten los presupuestos de la responsabilidad civil y que su prueba podría conseguirse incluso a través de presunciones en base a elementos objetivos de la causa (Zavala de González, Matilde, Tratado de Daños a las personas. Resarcimiento del daño moral, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 149, 150 y 191).

En el caso de autos, considero que existieron penurias y molestias que excedieron las que normalmente las partes deben soportar en el desarrollo de una relación como la de marras. Ello habida cuenta, como se dijo, la edad del actor, el tipo de asistencia que requería, que fue puesta en conocimiento de la demandada, y la especialidad y sensibilidad del servicio que presta esta última.

Estas circunstancias exceden claramente las molestias habituales que pueden derivar de un incumplimiento contractual y son idóneas para provocar angustia y el malestar espiritual alegado por el actor, porque objetivamente alteran la tranquilidad de cualquier persona la falta total de respuesta frente al reclamo por la urgencia que demandaban los hechos vividos. Por tal motivo, entiendo que resulta procedente el agravio vertido y que debe acogerse el rubro daño moral reclamado.

En cuanto a la justipreciación del rubro, cabe reconocer que la cuantificación del daño moral constituye uno de los quehaceres más difíciles para el juzgador, ya que el mismo queda librado a su prudente arbitrio. Ya se señaló que en relación a los alcances que corresponde asignarle al "prudente arbitrio" que: "... este acto creador del juez, se

ofrece dentro de un marco más o menos amplio, según que la previsión del caso ofrezca clara solución o no de las normas a aplicar, pero por amplio y extenso que resulte en definitiva su arbitrio, no por ello ha de ser producto del capricho, ni expresión de voluntad omnímoda suya, manifiestamente arbitraria -de hecho podría serlo, es el riesgo de lo humano patente en el orden de todas las ciencias-, sino que ha de atenerse a la realidad, objetivamente, según una crítica reflexión, cuya eficacia ha de resultar necesariamente de su concordancia con las valoraciones vigentes, según la convicción de la comunidad. En este orden de ideas, está demás destacar la jerarquía de la ciencia jurídica, como garantía de objetividad en el pensamiento del juez, toda vez que en ella ha de encontrar el juez, en el ejercicio de su arbitrio, el auxilio necesario para fundar su decisión en derecho".

Es esta tarea de fijar el monto del daño moral, debemos tener presente que resulta imposible mensurar las molestias de cada caso particular, pues se trata de algo subjetivo y variable de una persona a otra.

A estos fines, debe ponderarse, por sobre todas las cosas, el carácter reparador de la indemnización, la gravedad de los hechos atribuidos a la accionada: incumplimiento contractual, violación a la confianza del consumidor, al trato digno, el derecho a la información y la obligación de reparación integral. Ello atento al incumplimiento contractual detallado precedentemente.

Por consiguiente, sabido es el régimen consumeril tutela la integridad física de la persona que se encuentra comprendida en una relación de consumo, por consiguiente, dicho aspecto resulta fundamental a fin de valorar la entidad del menoscabo y –en consecuencia- calibrar los alcances de su reparación.

En tal sentido, se ha dicho que: “Los arts. 5 y 6 de la LDC establecen lo que se ha denominado obligación de seguridad, en tanto el primer precepto dispone que las cosas y los servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en

condiciones previsible o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores y usuarios” (...). “En este marco, la obligación de seguridad es aquella que impone al proveedor el deber de preservar en la relación la indemnidad de la persona y bienes de los consumidores y usuarios” (Francisco Junyent Bas; María Constanza Garzino; Santiago Rodríguez Junyent- Cuestiones claves del derecho del consumidor. Advocatus. 2017. Pag. 26.).

Sin duda dicha obligación, acrecentada en el presente caso en función de la especialidad del servicio que presta la demandada, requiere un cumplimiento calificado y su accionar no puede ser pasible de demoras o incumplimientos como los acreditados en autos, pues deriva en una afectación directa a la indemnidad física de la persona que requiere una atención inmediata.

En consecuencia, en razón de lo manifestado, el presente rubro es procedente y su cuantificación en la forma dispuesta por el juez no resulta irrazonable, motivo por el cual, los cuestionamientos formulados no resultan del recibo.

Párrafo aparte debe analizarse el referendo a lo sostenido por el juzgador al establecer los intereses del rubro daño moral. Se advierte que el magistrado dispuso: *“Dicho importe generara´ intereses equivalentes a la tasa pasiva informada por el BCRA, con más el 2% nominal mensual desde la fecha de pago, es decir el 13/08/2020 hasta el día 01/09/2022 (...)”*

Coincido con la parte apelante que sin duda se trata de un error material, que debe ser salvado, pues la fecha que se toma a los fines de establecer el inicio del cómputo de los intereses no encuentra relación alguna con las constancias de autos.

Ahora bien, en el párrafo inmediato anterior, el juzgador consigna, remarcando con negrita, que; *Conforme los valores a los que ascienden las estadías recreativas actualmente, el reclamo por este rubro se admite por la suma de pesos ochocientos mil (\$800.000), a los que se deberá adicionar intereses desde la fecha del hecho, esto*

es desde el 13 de junio de 2022, hasta su efectivo pago.

Por consiguiente, habida cuenta que se trata de un error material y que la parte contaba con el recurso idóneo a los fines de su saneamiento (aclaratoria), que no genera agravio alguno pues surge de la propia sentencia la fecha correcta, es que el cuestionamiento no resulta de recibo.

Daño punitivo. Sin perjuicio del tratamiento del recurso del actor, debemos señalar inicialmente que el daño punitivo como sanción, tiene una función disuasoria, ello favorece a toda la sociedad y no sólo a quien lo solicitó y consiguió la aplicación de la multa.

El tal sentido, es una herramienta que el legislador previó expresamente en función de la manda constitucional del art. 42 de la CN que impone que: “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”; además, esa misma norma dispone que: “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...” obligación de fuente legal para todos los Poderes del Estado, incluido el Judicial.

En relación a los requisitos, ni la ley ni la doctrina exigen que el incumplimiento del proveedor resulte de una “práctica”, ni de un ilícito lucrativo (así se decidió por unanimidad en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N° 4: Derecho del consumidor: daño punitivo, Santa Fe, Septiembre de 2019, punto 7 de las Conclusiones), ni mucho menos que requiera “reincidencia”, pudiendo ello resultar relevante exclusivamente a los fines de su cuantificación.

Adviértase que la ley refiere a “cualquier incumplimiento”, lo que si bien resulta demasiado amplio y abarcativo, la propia doctrina y jurisprudencia se ocupó de limitarlo exigiéndose un factor de atribución subjetivo en la conducta del proveedor (tal como se analizará a continuación).

Por su parte, hemos señalado con anterioridad que el daño punitivo es una sanción

pecuniaria que la LDC prevé en el art. 52 bis que reza: “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

El daño punitivo tiene una doble finalidad: preventiva y punitiva, tal como lo explicó Pizarro al señalar que se trata de: “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (PIZARRO, Ramón Daniel, Daño Moral, Hammurabi, Bs.As., 1996, p. 453). En consecuencia, además de los requisitos propios de la figura, ambos propósitos deben ser tenidos en cuenta al momento de valorar su procedencia.

Al respecto, la doctrina especializada debatió los requisitos que deben concurrir a los fines de la procedencia del daño punitivo, los que Galdós reseña como los siguientes: 1) petición de parte -pues no procede de oficio- es decir por el consumidor dañado; 2) la existencia de un daño efectivo, 3) que exista entre las partes una relación de consumo; 4) la presencia de un elemento subjetivo del dañador, es decir, una culpa agravada (GALDÓS, Jorge M. Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor, en: Tratado de Derecho del Consumidor, Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández: Directores, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 286/290). Merece especial alusión el presupuesto del factor de atribución subjetivo respecto a la

conducta del proveedor, pues así lo fijó nuestro Máximo Tribunal Provincial. Concretamente, la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia, confirmó el precedente dictado por la Cámara Tercera en “Teijeiro” en donde se resolvió que no basta el sólo incumplimiento para la condena por daño punitivo, sino que es necesario un reproche de índole subjetivo y calificado (CCC 3° de Córdoba, “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”, 17/4/12 y TSJ: Sentencia N° 63, del 15/4/14).

Por su parte, parece haber consenso en que la aplicación de los daños punitivos se encuentra condicionada a la existencia de una conducta especialmente reprochable y cualquier actuación meramente negligente o culpable no dará lugar a la multa civil prevista en el artículo 52 bis en análisis. Se sostiene que la aplicación del instituto solo procede cuando: “el proveedor incumpla sus obligaciones con dolo, culpa grave, malicia, cuando el comportamiento importe un desprecio inadmisibles para el consumidor” (CNCOM, Sala F, “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.”, 10 de mayo de 2012, elDial AA769F; Otaola, María Agustina, “La Justificación de los Daños Punitivos en el Derecho Argentino”, Publicado en: Revista de la Facultad - UNC- 2014-1, 135, Cita Online: AR/DOC/1484/2014, el énfasis me pertenece).

A la luz de los lineamientos señalados, no cabe duda que en la presente causa se trata de un incumplimiento agravado, atento la importancia del servicio que promete la demandada (atención de la urgencia médica domiciliaria) y las características personales del actor, esto es adulto mayor con antecedentes de problemas graves de salud. Ello, sumado a la violación a los deberes de trato digno e información, tal como se puso de resalto precedentemente, se evidencian como fundamentos razonables que justifican la procedencia del rubro.

Por tanto, el agravio referido a la procedencia del rubro no resulta de recibo.

Tasa de interés Asimismo, la parte apelante, cuestiona la tasa de interés aplicable al

rubro, esto es, el 4% mensual.

Ahora bien, la crítica no puede prosperar, puesto que la parte apelante formula un cuestionamiento genérico sin precisar las razones, en forma concreta y comparativa, que demuestren la calidad de excesivo e injustificado del interés fijado, ponderándolo a la luz del contexto económico actual, máximo teniendo en cuenta la escalada inflacionaria desatada en el período contemplado entre la resolución en cuestión y la fecha de la presente.

Resulta un hecho notorio la alteración de la situación económica por la inflación y una creciente profundización del proceso de desvalorización monetaria reiniciado.

Esta realidad nos obliga a reconocer que, si bien durante varios años la solución propuesta por el TSJ en el caso “Hernández Juan Carlos C/ Matriceria Austral (Sent. 39, 25/07/02, TSJ- Sala Laboral)” y seguida mayoritariamente por los tribunales locales daba una respuesta razonable al problema, en los últimos tiempos el creciente y sostenido fenómeno inflacionario requiere revisar en el caso concreto dicha respuesta. Asimismo, el apelante no demuestra mediante las operaciones aritméticas pertinentes que el interés fijado por la juzgadora resulta excesivo, con relación al índice general de precios, en el período fijado.

Finalmente, como **sexto agravio**, cuestiona la condena en costas. La crítica no resulta de recibo. Inicialmente, como quedó firme y consentido, el actor es un consumidor.

Sobre el tema de las costas al consumidor apelante tenemos dicho con anterioridad (“Díaz, Oscar L. c/ GAMA S.A. – Ordinario - Expte. N° 6219069”, Auto 278, 12/11/2019, “Heredia, Mariano Enrique Y Otro C/ Royal & Sun Alliance Seguros (Argentina) S.A. - Expte. N° 5847166”, Sentencia Número: 03, 6/2/2020; “Paredes, Daniel Alejandro c. Paraná S.A. Seguros. Ordinario. Cumplimiento/resolución de contrato- Expte. N° 6165965”, Sentencia 140, 7/11/2019, entre otros) que la decisión de imponer las costas a la demandada aun ante vencimientos parciales resulta

conforme a derecho, sin resultar arbitraria ni abusiva, teniendo en cuenta que se encuentra inmersa en una cuestión de índole consumeril.

Reiteramos los argumentos antes esgrimidos por resultar aplicables al caso de autos.

En este sentido, cabe tener especialmente en cuenta que el art. 53 de la LDC impone el beneficio de justicia gratuita para el consumidor, a fin de facilitarle el acceso a la justicia (en concordancia con las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, siendo el consumidor un vulnerable estructural frente al proveedor), a fin de eliminar cualquier tipo de traba de índole económica, sino por el contrario, para motivar el reclamo por parte de los sujetos tutelados y rige durante todo el proceso.

Al respecto, la CSJN tiene resuelto que: “Que la efectiva vigencia de este mandato constitucional, que otorga una tutela preferencial a los consumidores, requiere que la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que además asegure a los consumidores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales” (CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Nación Seguros S.A. s/ ordinario”, 24/11/2015, considerando 4).

En dicha causa la Corte expresamente señaló que los términos de los arts. 53 y 55 de la LDC que prevén el beneficio de gratuidad en los procesos individuales y colectivos: “...permiten concluir que, al prever el beneficio de justicia gratuita, el legislador pretendió establecer un mecanismo eficaz para la protección de los consumidores, evitando que obstáculos de índole económica pudieran comprometer su acceso a la justicia y, en consecuencia, privarlos de la efectiva tutela de los derechos consagrados en el texto constitucional” (Considerando 6 del fallo citado); y en especial, destacó

que: “Que el otorgamiento del beneficio no aparece condicionado por el resultado final del pleito...”.

En igual sentido se pronunció la Corte al señalar expresamente que el beneficio de gratuidad de los arts. 53 y 55 LDC alcanzan también a los procesos individuales de los usuarios y consumidores (CSJN, 1949/2017/RH1; “Recurso de revocatoria interpuesto por Claudio Fabián Manfroni Kergaravat, por derecho propio, con el patrocinio de la Dra. Silvina Edith Boolsen en “Manfroni Kergaravat, Claudio Fabián c/ ENERSA y otros s/ acción de amparo”; 19 de octubre de 2019).

En nuestra Provincia, adhieren a esta postura tanto tribunales locales (CCC 6°, Sentencia N° 43, 30/5/18, "Reinoso, Elías Maximiliano c/ Paraná Seguros SA – Ordinario - Otros, Expte. 5927509", CCC 1° “Buzzacchi, Federico José C/ Vrg Linhas Aereas S.A - Abreviado - Cobro De Pesos, Expediente: 6121671, Sentencia Número 109, del 22//2019 y del fuero federal (Cám. Federal de Apel. de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, “Carobolante, Néstor Hugo y otro c/ Carreteras Centrales de Argentina S.A s/daños y perjuicios”, Fecha 20/3/2019).

Por todo lo expuesto, consideramos que en función del principio protectorio del derecho del consumidor (art. 42 de la CN, art. 1 de la LDC y art. 1095 del CCCN), del beneficio de gratuidad (art. 53 de la LDC) y del principio de interpretación más favorable al consumidor (art. 3 de la LDC, arts. 1094 y 1095 del CCCN) es que corresponde imponer las costas a la demandada a pesar de existir vencimiento recíprocos, precisamente por la especial naturaleza de la cuestión debatida: “derechos del consumidor”. En suma, la crítica no resalta de recibo.

Las costas. Atento el rechazo del recurso las costas se imponen a la parte apelante por resultar vencida.

Los honorarios del letrado del actor, Dr. Tomás Vega Holzwarth, habida cuenta la labor desempeñada, el éxito obtenido y la eficacia de la tarea, se establecen en el

cuarenta por ciento (40%) (art. 40 de la ley 9459) del punto medio de la escala del art. 36 de ley 9459.

Los honorarios de la letrada de la demandada EMI, Dra.Lucía Irigo, habida cuenta la labor desempeñada, el éxito obtenido y la eficacia de la tarea, se establecen en el treinta y cinco por ciento (35 %) (art. 40 de la ley 9459) del mínimo de la escala del art. 36 de ley 9459.

En ambos casos sin perjuicio del mínimo legal de ocho (8) jus e IVA, si correspondiera.

EL VOCAL LEONARDO GONZÁLEZ ZAMAR A LA PRIMERA CUESTIÓN

DIJO: Que adhiere en un todo al voto emitido por el vocal preopinante.

LA VOCAL CLAUDIA ZALAZAR A LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO: Que

adhiere en un todo al voto emitido por el vocal Joaquín Ferrer.

EL VOCAL JOAQUÍN FERRER A LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO:

Recurso de la citada en garantía. 1) Por su parte, mediante presentación digital de fecha 7/5/2024, mediante su apoderada Dra. María de las Mercedes Moreno, adhiere al recurso la citada en garantía Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A . Concretamente la citada adhiere a que se revoque el rubro daño moral, señalando que no se brindan los elementos y fundamentos pertinentes, violando de esta forma el principio de fundamentación lógica y legal, que debe primar en toda resolución.

Mediante presentación digital de fecha 8/5/2024 contesta la parte actora.

2)Un repaso de los argumentos vertidos por la referida recurrente en esta sede nos indica que la letrada se ha limitado a remitir al recurso de la parte demandada, sin siquiera hacer mención a los argumentos desplegados por el juez de primera instancia en la resolución apelada, ni menos aún cuáles serían los agravios que tal resolución le ocasionan.

Debemos tener presente que por expresión de agravios se entiende el escrito en el cual

el apelante examina las razones expuestas por el juzgador en la resolución de la cual está disconforme, especificando los errores que a su juicio ella contiene y de los cuales derivan los agravios que reclama. De allí, que no es una fórmula carente de sentido, sino un análisis razonado de la decisión, punto por punto, y una demostración de los motivos que se tienen para considerar que ella es errónea.- (*Conf. Alsina, "Derecho Procesal", Tomo IV, pág. 391; Hitters, "Técnica de los recursos ordinarios", pág. 443; Ramacciotti, "Compendio...", Tomo 3, pág. 524; Somaré-Mirolo, "Comentario a la Ley Procesal del Trabajo...", pág. 532*). Vale decir que se trata de un examen ordenado, concreto y crítico de la resolución impugnada junto con la exposición de los argumentos que se tienen para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho para lo cual se deben detallar los pretendidos equívocos, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento, precisando el desacierto en que se ha incurrido. , el apelante debe evidenciar –y no lo hizo- cuáles han sido los errores en que se ha incurrido, el perjuicio que se ellos se deriva y por último cuál debió haber sido la decisión correcta y por qué.

En el caso de autos, la apelante no ha formulado ningún esfuerzo argumentativo en orden a evidenciar los supuestos errores del tribunal, habiéndose limitado a adherirse a lo expresado por la demandada lo que resulta insuficiente.

Por todo ello y siendo palmario el incumplimiento de los requisitos exigidos para que el recurso se halle debidamente fundado, corresponde declararlo desierto.

3) Costas: Las costas de esta instancia se imponen al apelante (art. 136 CPCC). Los honorarios del letrado del actor Dr. Tomás Vega Holzwarth, atento la simpleza de su trabajo, se establecen en el 30% del mínimo de la escala del art. 36 de la ley 9459, tomando como base lo discutido en la alzada en esta impugnación (daño moral) debiendo aditarse el impuesto al valor agregado, si correspondiere y sin perjuicio del mínimo legal de ocho (8) Jus e IVA, si correspondiera.

EL VOCAL LEONARDO GONZÁLEZ ZAMAR A LA SEGUNDA CUESTIÓN

DIJO: Que adhiere en un todo al voto emitido por el vocal preopinante.

LA VOCAL CLAUDIA ZALAZAR A LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO: Que

adhiere en un todo al voto emitido por el vocal Joaquín Ferrer.

EL VOCAL JOAQUÍN FERRER A LA TERCERA CUESTIÓN DIJO:

1) Recurso del actor. La parte actora, mediante su apoderado Dr. Tomás Vega Holzwarth, al contestar los agravios mediante presentación digital de fecha **6/3/2024**, adhiere al recurso de la parte demandada.

Cuestiona la cuantificación del daño punitivo dispuesta por el juez inferior.

Indica que a la luz de las constancias de autos, pericial contable, ha quedado acreditado la envergadura económica de la empresa EMI la cual, en el año 2022, ha tenido una ganancia bruta de aprox. \$ 1.800.000.000 y una ganancia neta libre de impuestos de \$ 110.000.000.

Alega que si sumamos el acumulado de los períodos fiscales 2020, 2021 y 2022 la ganancia bruta de la condenada llega a la suma 3.260.000.000 y la ganancia neta llega a la suma de 174.000.000. Sostiene que la condena por daño punitivo aplicada y cuantificada por el juzgador no valoró estos extremos y se fijó en un monto que, lejos de disuadir, incentiva a EMI a seguir burlándose de la ley, del cliente y hasta del propio Poder Judicial.

Añade que hay una contradicción evidente e insoslayable entre el monto mandado a pagar y la finalidad del instituto del daño punitivo. Que si aplica la sanción punitiva (o mal llamado daño punitivo) pues entonces, la multa deberá tener entidad suficiente para disuadir al dañador toda vez que así se pensó la norma y así debería ser aplicada.

Alega que si bien -a la fecha- la multa punitiva sigue siendo objeto de variadas interpretaciones en la jurisprudencia de esta Provincia, urge por parte de los Tribunales una sentencia que unifique criterios de modo que funcione como guía interpretativa y

así, ilumine y oriente.

Afirma que el vicio lógico y la fundamentación aparente en la sentencia recurrida que desembocan en la arbitrariedad denunciada y que amerita revocación.

Sostiene que no puede soslayarse que la demanda de marras se inicia como producto de un grosero, temerario y malicioso incumplimiento de una obligación de hacer que es la velar por la salud del cliente.

Señala que no solo eso, no haber arreglado el asunto en mediación ni tampoco en primera instancia, cuando existieron varias oportunidades, y, luego, haber acudido ante este Tribunal de alzada es en sí mismo otro elemento que muestra la verdadera cara de la empresa demandada quien desgasta maliciosamente y licúa sus deudas con el paso del tiempo.

Agrega que la contraria no solo incumple obligaciones asumidas en el marco de un contrato que la une con el actor, sino que desprecia al cliente porque lo somete a un derrotero extrajudicial y judicial. Que no solo eso, sino que, además, ha pretendido echarle la culpa, jamás ha pedido disculpas y ni siquiera se tomó la molestia de enmendar el daño causado.

Manifiesta que por lo que la perversa ecuación con la que opera la contraria es clara: Es negocio incumplir la ley y es negocio litigar puesto que el paso del tiempo licúa la deuda y, hasta la fecha, la Justicia de esta Provincia aún ha sancionado con un criterio de disuasión óptima las malas prácticas empresariales. Sostiene que se burló del cliente, de la ley y hasta del poder judicial haciendo uso y abuso del proceso, con lo que el maestro Peyrano denominaba recursos ad eternum.

Afirma que la empresa demandada tiene una envergadura y poderío económico de grueso calibre conforme surge de la pericial glosado en autos con fecha 4/8/2023, arrojando como ganancia neta (libre de impuestos) la friolera suma de \$111.766.000.- Refiere que no hace falta ser perito contador para saber que ganancia neta es el dinero

que reparten los dueños de la empresa después de contabilizar todos los costos e impuestos.

Afirma que de la documental agregada en autos con fecha 13/6/2023 y titulada "reseñas Emi" esta Cámara podrá ver cómo los usuarios de la propia accionada cuentan a los internautas sus experiencias (buenas y malas). Se trata de un documento de 100 pag, el cual, reitero, ha quedado reconocido, por lo que me permito sacar las siguientes conclusiones.

Que de la pericial informática, en este acto, las partes acordaron que, conforme lo peticionado por la parte actora, el tribunal ingrese a la plataforma google y consulte y haga captura de las opiniones de los usuarios del buscador, ordenando los resultados desde la valoración "más baja". Que el resultado de dicha consulta será puesto a disposición en el expediente a los fines de correrle traslado a las demandadas como adjunto a esta acta. A mérito de lo acordado por las partes, se omite la producción de la prueba informática.

Considera que el archivo adjunto a la operación "Audiencia preliminar oral (constancia)" titulado como "reseñas Emi" corresponde a las capturas de pantalla efectuadas en el día de la fecha de la totalidad de los comentarios de usuarios de dicha plataforma, ordenados desde la valoración "más baja".

Pone de relieve que a la fecha de la audiencia preliminar, la empresa estaba puntuada con 1.8 estrellas siendo 1 la más baja y 5 la más alta.

Afirma que existen solamente 5 reseñas que califican a la empresa con 5 estrellas mientras que 244 reseñas que califican a la empresa con 1 estrella. Que muchas de las penurias que se pueden leer en dicho documento son categóricas e idénticas a las que padeció el actor por lo que, fácilmente, se puede deducir que no estamos delante de un caso aislado.

Alega que la suma de \$ 1.500.000 de daño punitivo representa, a la luz de prueba

rendida en autos, el 1.5% de la ganancia neta que reportó la empresa solo en el año 2022 por lo que fácilmente se puede concluir que la cuantificación realizada por el Tribunal no puede, de manera alguna, lograr el efecto disuasivo que propende la norma.

Mediante presentación digital de fecha **25/3/2024** contesta los agravios la demandada, solicitando el rechazo del recurso impetrado.

2) La cuestión controvertida. Solución del recurso. Ingresando al tratamiento del recurso impetrado por la parte actora corresponde señalar que la censura impugnativa se circunscribe a cuestionar lo resuelto por el sentenciante en torno al monto acordado por daño punitivo.

El juzgador de la anterior instancia resolvió acoger el rubro en cuestión por la suma de \$ 1.500.000. El actor pretende que lo sea por \$ 11.000.000, mientras que la titular de la Fiscalía de Cámara pidió que fuera por la suma de \$ 3.000.000.

Sobre la cuantificación del daño punitivo tenemos dicho (Quiroga Crespo, Carlos Guido José c/ Banco Itau Argentina S.A. – Ordinario- Daños y perj. - Otras formas de respons. Extracontractual – Expte. N° 6079690”, Sentencia Número 116, 2/10/2019) que la determinación del monto de la condena, constituye uno de los capítulos más difíciles para el juzgador, cuestión que justamente determina, en muchos casos, que el mismo no sea aplicado o lo sea por montos ínfimos que no cumplen con la doble finalidad para la cual ha sido regulado el instituto, en especial, con la preventiva. Tampoco desconocemos que en un esfuerzo por aportar cierta claridad y seguridad al tema se han propuesto fórmulas matemáticas (como la de Irigoyen Testa) que buscan establecer cuáles deben ser las variables y parámetros a considerar para cuantificar este daño. En principio no nos convencen las razones para utilizar esta fórmula. Consideramos que resulta más conveniente hacer explícitas las pautas o parámetros que serán valorados por el tribunal para cumplir fundadamente con esta cuantificación.

En esta tarea, entendemos que se debe comenzar por el propio artículo 52 bis de la LDC, que al regular la posibilidad de aplicar una sanción por daño punitivo, expresamente establece que la misma se graduará: “...en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso...”.

El dispositivo indica dos parámetros a tener en cuenta para la cuantificación del daño punitivo: uno concreto: la gravedad del hecho, y otro de carácter abierto: demás circunstancias del caso.

Resulta necesario establecer cuáles son las “circunstancias del caso” que se ponderaran para la cuantificación del daño punitivo. En esta tarea, cabe asignar especial valor al listado de recaudos previstos por el art. 49 de la Ley 24.240 para la graduación de las sanciones a aplicarse en sede administrativa. Junto a ellos, hay otros elementos que consideramos deben ser igualmente ponderados a tal fin.

En este contexto, las pautas que creemos deben valorarse para la cuantificación del daño punitivo, aun cuando no puedan determinarse todas en cada caso concreto, son: a) Gravedad del hecho (art. 52 bis LDC); b) Perjuicio para el consumidor (art. 49 LDC, 42 C.N.); c) Posición en el mercado del infractor (art. 49 LDC) así como el patrimonio del dañador, su situación en el mercado (por ejemplo: si existe monopolio), su proyección nacional o internacional.; d) La cuantía del beneficio obtenido (art. 49 LDC); e) Eficacia de la sanción; f) Grado de intencionalidad (art. 49 LDC); g) Trascendencia social (art. 49 LDC); h) Reincidencia (art. 49 LDC).

A esos fines, en esta causa en particular, se impone considerar en primer lugar que el actor vio comprometido su derecho a la vida y salud, cuya seguridad e integridad quedó manifiestamente vulnerada por la forma de comportamiento de la accionada, por el grave incumplimiento frente a las especiales y precisas características del objeto del contrato celebrado (atención médica domiciliaria urgente). Tengo presente que según lo documentado el actor estaba “...*con la cara llena de sangre, vomitando, con*

pérdida de esfínteres, la nariz desviada para un lado.... Con antecedentes graves de salud como 2 ACV, secuelas por problemas cardiacos, tensión alta y que todo esto era sabido por la propia demandada”.-

Queda claro que la empresa demandada a través de este servicio estaba obligada a resguardar la salud y la vida dando inmediata respuesta al llamado de emergencia. Conforme lo concluido, como no lo hizo ni invocó o demostró razones justificadas para ello, incurrió en un grave incumplimiento de sus obligaciones constitucionales (art. 42, Constitución Nacional) y legales (art 8 bis, de la ley 24.240 -texto según ley 26.361-, arts. 1100 y 1097, CCCN), particularmente en lo que se refiere al deber de protección a la vida, salud, trato digno e información adecuada del actor por la falta total de respuesta a su llamado para una asistencia médica que era urgente y fue solicitada respecto de quien, además, es consumidor hipervulnerable, poniendo en riesgo su vida y salud, según circunstancias ya relacionadas.

La conducta de la demandada, como lo sostuvo el juez, es inadmisibles en razón de haber comprometido seriamente su derecho a la vida y salud, práctica reprobable, incompatible con la profesionalidad que se debe observar en la provisión de un servicio médico de urgencia. La sola caída del actor en la forma que se aprecia en el video, en razón a su edad y antecedentes médicos previos, justificaban una inmediata y urgente atención domiciliaria para evaluar las causas y consecuencias de la caída, prestación que estando comprometida y a cargo de la accionada no fue brindada ni aún en las cinco horas inmediatas al suceso. Cabe considerar que es la propia demandada quien acompaña un documento anexo titulado “RUGePreSa EMI.pdf” y del que surge que poseía 21 ambulancias operativas al momento en que el actor solicitó el servicio de asistencia médica.

De igual modo y como lo señala la titular de la Fiscalía de Cámaras, dentro de la órbita judicial del presente reclamo e incluso en esta instancia, esta forma de comportamiento

y sus efectos se agravan porque la demandada mantiene una conducta reprochable y de menosprecio hacia los derechos del actor, al seguir negando su responsabilidad y descalificando la entidad y urgencia del servicio requerido, pese a las circunstancias ya comprobadas, la que subsiste hasta el presente porque mantiene viva la instancia judicial sin dar debida respuesta a las faltas contractuales endilgadas. Todo ello nos lleva a corroborar la falta de buena fe, porque no logra desvirtuar las conclusiones arribadas en torno a su obrar “desaprensivo” para con los derecho del actor.

A todo ello se le suma la importancia y el valor del tiempo perdido por el actor para obtener y lograr el restablecimiento de sus derechos, a poco que se repare que, conforme ha señalado la doctrina, *“Muchas veces, por estas cuestiones, los consumidores deben dejar de atender sus cuestiones personales (trabajo, estudio u otras obligaciones) o renunciar a disponer libremente de su tiempo para embargarse en fatigosos reclamos, llamadas a centros de atención telefónica despersonalizados, cuando no a un verdadero peregrinar a oficinas de atención al cliente, servicios técnicos, organismos de defensa del consumidor, abogados, asociaciones de consumidores, etc., con las consiguientes erogaciones de traslados, costos, llamadas telefónicas, gastos administrativas, entre otros, sumado alpreciado bien del tiempo (...) Entendemos que no resulta necesario fundamentar la importancia de la disposición del tiempo para el desarrollo de actividades productivas que provean el sustento de una persona y su familia en un mercado complejo, competitivo y flexibilizado como el que atravesamos en estos tiempos”* (Barocelli, Sebastián, “El valor tiempo como menoscabo a ser reparado al consumidor. Su cuantificación”, Revista Jurídica de Daños, Número 6 - Julio 2013, 31-07-2013, IJ Editores – Argentina, IJ-LXVIII-871).

Lo relacionado es de especial trascendencia y particulariza de modo más gravoso las circunstancias valoradas en la presente a los fines de establecer la cuantía de la sanción

que nos ocupa porque dejar ver con esta forma de actuar la falta de compromiso social con los usuarios beneficiarios del sistema que están confiados en que, ante la eventualidad, van a recibir la atención de la emergencia en forma inmediata y urgente.- Hechas estas consideraciones y dada la naturaleza eminentemente sancionatoria del rubro, de carácter preventivo, y que su finalidad ha de ser disuasoria, en sintonía con la función social que debe cumplir, para evitar que este tipo de conductas no se repitan más en el futuro, creando impacto tanto en el causante como en el resto de la comunidad (Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Estatuto del consumidor comentado, t. II, 2ª ed., Thomson Reuters La Ley, CABA, 2018, p. 1102 y ss.) entendemos que esta condena ha de ser ejemplar.

Teniendo en cuenta la petición hecha valer, que el monto que puede aplicarse actualmente en concepto de daño punitivo se rige por una escala que va de cero coma cinco (0,5) a dos mil cien (2.100) canastas básicas total para el hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC). Que el valor de la unidad fijada por la normativa a la fecha de la resolución de la primera instancia ascendía a \$ 410.674,13 (https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/canasta_12_2324B5F6064E.pdf) y que el importe de condena pretendido es de un poco más que 3 canastas básicas total, para un hogar tipo 3, concretamente 3,65 es que cabe acceder a lo peticionado, por ser una suma razonable a los fines expuestos.

Tengo en cuenta particularmente que según el informe contable oficial incorporado a la causa con fecha 4/8/2023 la facturación bruta de la accionada es de alrededor \$ 1.800.000.000 y la ganancia neta del ejercicio finalizado el 31/5/2022 arrojó la suma de \$ 111.766.000.

Por otro lado, si bien del informe de la Dirección de Defensa del Consumidor, en los últimos cinco años desde la fecha que surge de la presentación –julio 2023- esta

empresa registró solo siete reclamos administrativos y no fue posible de sanción alguna, ante dicho organismo, conforme las constancias de la causa, ha quedado acreditado y reconocido por la contraria la existencia y validez de un documento que prueba cómo la empresa EMI incumple de manera reiterada y sistemática las obligaciones a su cargo. En efecto, de la documental agregada en autos en la audiencia preliminar de fecha 13/6/2023 y titulada “reseñas EMI” se advierte que en la plataforma de internet usuarios de la propia accionada, en los últimos meses previos, cuentan a los internautas sus experiencias (buenas y malas). Se trata de un documento agregado a la audiencia, de 100 pág. en el cual los usuarios del servicio han hecho numerosas valoraciones negativas sobre la falta total o gran demora del servicio de asistencia domiciliar urgente, a tal punto que el promedio de la calificación ponderada es de 1.8 sobre 5 puntos en total.

En suma, el recurso del actor debe ser admitido y la condena fijada por daño punitivo en la forma pretendida, esto es, la suma de once millones de pesos (\$ 11.000.000).

Las costas. Atento lo expuesto las costas se imponen a la demandada, por resultar vencida.

Los honorarios del Dr. Tomás Vega Holzwarth por los trabajos en este recurso se establecen en el 40% del punto medio de la escala legal aplicable, tomándose como base lo discutido en la alzada en su recurso (diferencia del daño punitivo), sin perjuicio del mínimo legal de ocho (8) jus e IVA si correspondiera (art. 36 y 40 CA).

No se regulan, en esta oportunidad, los honorarios de la letrada de la accionada, Dra. Irigo (art 26 CA).

EL VOCAL LEONARDO GONZÁLEZ ZAMAR A LA TERCERA CUESTIÓN

DIJO: Que adhiere en un todo al voto emitido por el vocal preopinante.

LA VOCAL CLAUDIA ZALAZAR A LA TERCERA CUESTIÓN DIJO: Que adhiere en un todo al voto emitido por el vocal Joaquín Ferrer.

EL VOCAL JOAQUÍN FERRER A LA CUARTA CUESTIÓN DIJO:

Propongo:

1. Rechazar al recurso de apelación deducido por la parte demandada Emergencia Médica Integral SA (EMI) en contra de la Sentencia 187 dictada el día 14/11/2023. Con costas.

2. Regular los honorarios del Dr. Tomás Vega Holzwarth (parte actora) en el cuarenta por ciento (40%) del término medio de la escala del art. 36 y los de la Dra. Lucía Irigo (parte demandada) en el treinta por ciento (30%) del mínimo de la escala del art. 36 de la ley 9459, sobre lo que fue materia de agravio en este recurso (condena), debiendo aditarse el impuesto al valor agregado, si correspondiera.

3. Declarar desierto el recurso de apelación deducido por la citada en garantía Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. en contra de la misma sentencia, con costas, Establecer los honorarios del Dr. Tomás Vega Holzwarth por su trabajo en esa impugnación en el treinta por ciento del mínimo de la escala del art. 36 de la ley 9459, tomando como base lo discutido en la alzada (daño moral) y sin perjuicio del mínimo de ocho (8) Jus e IVA, si correspondiera. No regular honorarios en esta oportunidad a la Dra. María de las Mercedes Moreno.

4. Acoger el recurso de apelación deducido por Víctor Cristian Martínez, en contra de la Sentencia 187 dictada el día 14/11/2023 y en su mérito establecer la condena por daño punitivo a favor del actor en la suma de pesos once millones (\$ 11.000.000), con más intereses en la forma dispuesta. Con costas a cargo de la demandada EMI. Los honorarios del Dr. Tomás Vega Holzwarth por los trabajos en este recurso se establecen en el 40% del punto medio de la escala legal aplicable, tomándose como base lo discutido en la alzada en su recurso (diferencia del daño punitivo), sin perjuicio del mínimo de ocho (8) jus e IVA si correspondiera. No se regulan, en esta oportunidad, los honorarios de la Dra. Lucía Irigo.

5. Establecer como provisoria la regulación de honorarios practicada a favor del Dr. Tomás Vega Holzwarth en primera instancia.

EL VOCAL LEONARDO GONZÁLEZ ZAMAR A LA CUARTA CUESTIÓN

DIJO: Que adhiere en un todo al voto emitido por el vocal preopinante.

LA VOCAL CLAUDIA ZALAZAR A LA CUARTA CUESTIÓN DIJO: Que adhiere en un todo al voto emitido por el vocal Joaquín Ferrer.

Por el resultado de la votación precedente.

SE RESUELVE: 1. Rechazar al recurso de apelación deducido por la parte demandada Emergencia Médica Integral SA (EMI) en contra de la Sentencia 187 dictada el día 14/11/2023. Con costas. 2. Regular los honorarios del Dr. Tomás Vega Holzwarth (parte actora) en el cuarenta por ciento (40%) del término medio de la escala del art. 36 y los de la Dra. Lucía Irigo (parte demandada) en el treinta por ciento (30%) del mínimo de la escala del art. 36 de la ley 9459, sobre lo que fue materia de agravio en este recurso (condena), debiendo aditarse el impuesto al valor agregado, si correspondiera. 3. Declarar desierto el recurso de apelación deducido por la citada en garantía Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. en contra de la misma sentencia, con costas, Establecer los honorarios del Dr. Tomás Vega Holzwarth por su trabajo en esa impugnación en el treinta por ciento del mínimo de la escala del art. 36 de la ley 9459, tomando como base lo discutido en la alzada (daño moral) y sin perjuicio del mínimo de ocho (8) Jus e IVA, si correspondiera. No regular honorarios en esta oportunidad a la Dra. María de las Mercedes Moreno. 4. Acoger el recurso de apelación deducido por Víctor Cristian Martínez, en contra de la Sentencia 187 dictada el día 14/11/2023 y en su mérito establecer la condena por daño punitivo a favor del actor en la suma de pesos once millones (\$ 11.000.000), con más intereses en la forma dispuesta. Con costas a cargo de la demandada EMI. Los honorarios del

Dr. Tomás Vega Holzwarth por los trabajos en este recurso se establecen en el 40% del punto medio de la escala legal aplicable, tomándose como base lo discutido en la alzada en su recurso (diferencia del daño punitivo), sin perjuicio del mínimo de ocho (8) jus e IVA si correspondiera. No se regulan, en esta oportunidad, los honorarios de la Dra. Lucía Irigo.5. Establecer como provisoria la regulación de honorarios practicada a favor del Dr. Tomás Vega Holzwarth en primera instancia. Protocolícese, hágase saber y bajen.

Texto Firmado digitalmente por:

FERRER Joaquin Fernando

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2024.08.20

ZALAZAR Claudia Elizabeth

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2024.08.20

GONZÁLEZ ZAMAR Leonardo

Casimiro

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2024.08.20