

Bahía Blanca, 6 de febrero de 2024.

VISTO: Este expediente n^o. **FBB 66/2022/CA1**, caratulado: “**FIORETTI, Agustina c/Swiss Medical S.A. s/Ley de Defensa del Consumidor**”, proveniente del Juzgado Federal n^o. **2** de esta ciudad, puesto al acuerdo para resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 135 contra la resolución de fs. 128/134.

La señora Jueza de Cámara, Silvia Mónica Fariña, dijo:

1ro.) La jueza de la instancia de grado rechazó la demanda interpuesta por Agustina Fioretti contra Swiss Medical S.A., impuso las costas en el orden causado y difirió la regulación de los honorarios profesionales.

Para así decidir, destacó que la demandada no negó la autorización de la práctica de la cirugía indicada por los especialistas, ni la provisión de las lentes incorporadas al PMO, bajo el número de identificación 020704 en el que se dispone la cobertura de implante de lente intraocular en forma extracapsular (lente “rígida”), sin embargo rechazó las prescriptas –Lente de contacto intraocular ICL Tótica– por tratarse de prótesis importadas no incorporadas al PMO.

Que frente a ello igualmente Swiss Medical ofreció a la beneficiaria reintegrar hasta el valor de las lentes contempladas dentro de la normativa, de origen nacional, y en cuanto a los estudios específicos requeridos realizados con anterioridad a la cirugía desestimó el pedido de cobertura por no encontrarse incluidos en el PMO, ni en el plan contratado por la actora.

Consideró que no resulta de la prueba rendida en autos que la demandada se encuentre obligada a brindar la cobertura de éstos en un 100% como se pretende, por no encontrarse tales estudios previstos en el PMO, ni en el contrato que vincula a las partes.

Agregó que si bien del relato de la demanda surgen los inconvenientes que le han ocasionado y ocasionan a la actora en la vida diaria el uso de lentes aéreos y que las lentes importadas indicadas le otorgarían una mejor calidad de vida, no existe una justificación médica de la que surja que dichas lentes sean el único camino para la actora, lo que permitiría reconocer la existencia de una obligación por parte de la prepaga, mayor a la que le corresponde por ley y por contrato. Que por el contrario, de la historia clínica suscripta con fecha 28/02/2021 por el Dr. Rivero no resulta la imposibilidad del uso de lentes aéreos, ni la impostergable

USO OFICIAL



necesidad por ser el único camino la colocación y uso de las lentes cuya cobertura se pretende, ya que resulta ser solo una sugerencia formulada por el citado profesional.

2do.) Contra lo así resuelto, a fs. 135 la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue debidamente fundado a fs. 137/149.

a) En primer lugar, menciona que la jueza se aparta de los más elementales principios que rigen el derecho a la salud y el de los usuarios y consumidores.

b) Señala que el Programa Médico Obligatorio establece un piso mínimo prestacional, y que ante la efectiva acreditación de la patología sufrida por la actora y la necesidad de someterse a dichos estudios oftalmológicos ordenados por el galeno, la cobertura en cuestión resulta completamente exigible a Swiss Medical, ya que mal puede ampararse en el hecho de que no se establezca su cobertura en la Res. 201/2022 del Ministerio de Salud ni en el contrato celebrado con la accionada para justificar su negativa.

c) Remarca que ante el supuesto ofrecimiento de la demandada de reintegrar “hasta el valor de las lentes contempladas dentro de la normativa, de origen nacional”, cabe decir que Swiss Medical no aclara de qué valor se trata ni detalla a qué tipo de prótesis se refiere. Que recién en una segunda carta documento, la prepaga manifiesta que ofrece reintegrar la suma irrisoria de \$10.393,24, pero ni siquiera acredita que ese sea efectivamente el valor de las prótesis nacionales. Es decir que nunca se probó que las sumas ofrecidas sean realmente las que representan el valor de mercado de una prótesis nacional de similares características.

d) Expresa que el propio médico tratante recalcó que no existen prótesis de origen nacional que puedan utilizarse en la paciente, por lo que mal podría la demandada pretender eximirse de su responsabilidad intentando realizar un reintegro parcial, ya que no acredita ni la existencia en el mercado interno de una prótesis de similares características, ni prueba el valor de la prótesis nacional, la cual además no está siquiera individualizada en la misiva remitida.

e) Sostiene que el PMO es una enumeración no taxativa, lo que permite incluir prácticas no enumeradas siempre que se prueba su necesidad por parte de los afiliados. Que en el caso dicha prestación se encuentra contemplada en la Res. 201/02 y su modificatoria 310/04 en su apartado 8.3.3. Anexo I.

USO OFICIAL



Refiere que la demandada no ofreció, ni mucho menos probó en el presente proceso la existencia de una prótesis de origen nacional que permitiera el reemplazo de la prótesis prescrita por el médico tratante.

f) Indica que conforme al principio de la “carga dinámica de la prueba” establecido en el art. 53 de la ley 24.240, y al principio pro consumidor, al proveedor le incumbe la prueba de la eximente, por tanto es Swiss Medical quien se encuentra en mejores condiciones de probar en apoyo a su defensa.

g) Que no puede soslayarse lo señalado por el médico tratante en cuanto a que ha dicho que la única alternativa posible para la Sra. F. es la cirugía sugerida, ya que luego de practicar los estudios necesarios determinó que, ante la presencia de un espesor corneal insuficiente, la cirugía refractiva por Excimer laser en ambos ojos resulta imposible.

3ro.) Corrido el traslado pertinente, contestó la parte demandada (fs. 151/153).

4to.) Por su parte, a fs. 157 asumió intervención el Sr. Fiscal General, quien señaló que la magistrada encuadró correctamente la contienda en la referida normativa tuitiva de consumo, aunque omitió resolver lo pedido en demanda en orden al beneficio de gratuidad previsto en el art. 53 de la ley 24.240.

5to.) En el *sub examine*, la actora interpuso la presente acción de daños y perjuicios contra Swiss Medical S.A. fundada en la Ley de Defensa del Consumidor con el objeto de obtener el reintegro de la suma de \$388.650, con más sus intereses, costos y costas, en concepto de reintegros impagos por las cirugías practicadas los días 19 y 26 de mayo de 2021 en la Clínica de la Visión, y asimismo, la condena por daño punitivo en virtud de la clara omisión de la demandada en el cumplimiento de su obligación de otorgar las prestaciones médicas asistenciales requeridas.

Expuso que se encuentra afiliada a Swiss Medical S.A en el Plan Superador 3504 “Docthos Global”, y que en razón de su miopía severa y ante la intolerancia que presenta a las lentes de contacto a repetición, su médico tratante, Dr. Eduardo Rivero, le recomendó someterse a una cirugía refractiva por Excimer en ambos ojos, pero que al poseer espesor corneal insuficiente, le sugirió realizar el



“implante de lente de contacto intraocular ICL Tórica en ambos ojos” a efectos de mejorar su calidad de vida.

Sostuvo que estas prótesis no se tratan de lentes en stock, sino de lentes confeccionadas exclusivamente para la paciente en virtud de los estudios realizados. Que son de origen suizo, ya que no existe ese tipo de lentes de origen nacional.

Refiere que ante la negativa de la prepaga a su provisión, y teniendo en cuenta que su valor está fijado en dólares, con la inestabilidad cambiaria que atraviesa al país, procedió a señalar las lentes para que no aumenten su valor. Agrega que nuevamente requirió su cobertura, pero que sólo le autorizó la cirugía mas nada expresaron respecto al reintegro de lo ya abonado.

Menciona que inició un proceso de amparo, que tramitó ante el mismo Juzgado Federal N° 2 (expte. N° FBB 1963/2021), en el cual se rechazó la medida cautelar solicitada y ante la imperiosa necesidad de mejorar su calidad de vida decidió operarse los días 19 y 26 de mayo de 2021 afrontando personalmente los costos de los insumos, pues no solo se encontraba en una situación de incertidumbre en relación a sus valores, sino también atada a que el presupuesto extendido por la Clínica tenía una validez de 30 días, con lo cual podía perder incluso la seña abonada.

6to.) Analizada la cuestión objeto de debate, a mi entender, el recurso debe tener favorable acogida.

En primer lugar, corresponde señalar que más allá de tratarse de una pretensión esencialmente económica, el caso involucra la presencia del derecho a la preservación de la salud, el cual constituye un derecho humano fundamental, al que nuestro ordenamiento jurídico lo ha dotado de la máxima protección normativa: arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. I, XI y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 22 y 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 9 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tampoco es ocioso recordar que el contrato de medicina prepaga es un contrato de consumo al que por mandato constitucional (art. 42, CN) le resultan aplicables las disposiciones de la ley 24.240, con lo que se tornan operativas

USO OFICIAL



las normas referidas al principio *in dubio pro consumidor*, esto es, que en caso de duda debe estarse a la interpretación más favorable al consumidor (art. 3^o).

En relación a ello, es dable puntualizar que no se encuentra controvertido el diagnóstico, el carácter de afiliada a Swiss Medical de la actora, ni que la Clínica de la Visión de esta ciudad en donde se realizó la intervención se encuentra dentro del listado de prestadores de la mencionada prepaga; lo que se discute en concreto es que las lentes intraoculares requeridas no se encuentran contempladas dentro de la normativa vigente en la materia (Res. MS N^o 201/02).

En cuanto a la aplicación de la teoría denominada del “sometimiento voluntario a un determinado régimen jurídico” que trae a colación la jueza a quo, cabe señalar en primer lugar que se trata de un postulado que se desarrolla en el derecho público¹ y que aquí lo que se analiza es cómo deben interpretarse las obligaciones que emergen del contrato suscripto entre las partes y del régimen de la ley 26.682, en el marco de una relación de consumo en materia de salud. Así, el art. 7^o de la citada norma establece que dichas entidades de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias.

Como bien refiere la recurrente, el Programa Médico Obligatorio (PMO) establece en su art. 8.3.3. del Anexo I que: *“el Agente del Seguro deberá proveer las prótesis nacionales según indicación, sólo se admitirán prótesis importadas cuando no exista similar nacional. La responsabilidad del Agente del Seguro se extingue al momento de la provisión de la prótesis nacional”*.

En cuanto a la interpretación que debe darse al PMO, esta cámara ha resuelto inveteradamente que el mismo no puede ser entendido como una norma cristalizada (“S., G.”, c. N^o FBB 23295/2018, del 18/12/2018, entre muchos otros), sino que tiene un carácter enunciativo y debe ser interpretado a la luz de los propósitos que inspiran las resoluciones que regulan la materia, en consonancia con las normas superiores del orden constitucional. La normativa claramente no es un techo

¹ La CSJN se pronunció por primera vez sobre ello en “Gath & Chaves” (Fallos 149:137) en 1927. En esencia dicha teoría suele actuar como un límite al control judicial.



prestacional, y no obsta a la consideración de casos concretos donde las personas puedan necesitar un plus para la adecuada atención de su salud (“D. M., T”, c. N° FBB 6043/2021, del 7/6/2022; “C., V.”, FBB 4718/2022, del 15/9/2022, entre otros)

Asimismo, teniendo presente que la medicina no es una ciencia exacta, sino que evoluciona constantemente (c. n^{ros}. 65.839, 20/11/09; y 65.932, 4/2/10), deben ponderarse las bondades de nuevas tecnologías que permitan corregir o brindar soluciones definitivas a afecciones tales como la miopía severa en pos de mejorar la calidad de vida de las personas.

Que en autos se ha probado que la actora tiene miopía desde temprana edad lo que le dificultó en su niñez y adolescencia realizar actividades deportivas (v. declaración testimonial de Boitier de fs. 103/104), que tiene intolerancia al uso de lentes de contacto convencionales y que debido a la insuficiencia del grosor de su córnea no puede realizarse una cirugía a laser, tal como fue indicado como primera opción por su médico tratante.

Nótese que no se trata de una elección caprichosa ni apresurada, en tanto la propia actora remarcó que desde los 25 años estaba en condiciones de ser operada (al momento de interponer la presente acción tenía 32 años), y se contempló la posibilidad de realizarse una cirugía que sí se encontraba cubierta por la prepaga, pero que no fue posible realizar debido a su espesor corneal.

Por otra parte, si bien la magistrada valoró positivamente el ofrecimiento efectuado por Swiss Medical S.A. de reintegrar hasta el valor de las lentes contempladas dentro de la normativa de origen nacional, lo cierto es que ni de las actuaciones previas a la acción judicial ni de lo que aquí acontecido se individualizó qué tipo de prótesis cubría, ni si la misma era similar a la solicitada, y ha quedado claro que dicho ofrecimiento económico resultaba claramente insuficiente para solventar el valor de las lentes importadas, o al menos una parte sustancial de ellas.

De ello se sigue que la demandada no ofreció una alternativa de implante intraocular idóneo, sino una prestación distinta sin el debido sustento médico.

A su vez, la prepaga tampoco ha ofrecido prueba tendiente a demostrar lo erróneo del diagnóstico o para fundar una alternativa terapéutica que resulta viable para la patología de la afiliada.

USO OFICIAL



USO OFICIAL

En tal sentido, interesa destacar que si bien la Superintendencia de Servicios de Salud refirió que las prácticas oftalmológicas para cirugía refractiva o refractiva –y otras prácticas detalladas–, no están expresamente contempladas en el PMO, no es menos cierto que también señaló que la empresa de medicina prepaga puede ampliar los límites de cobertura según las necesidades individuales del paciente (v. contestación de oficio de fecha 15/6/2022; fs. 95).

Por tales motivos, a la luz de los parámetros señalados, observo que en el caso se da una situación excepcional que amerita una respuesta positiva por parte de la judicatura ya que se advierte que pese a que no se encuentra específicamente previsto en el plan contratado por la actora ni en el PMO la cobertura de este tipo de lentes, lo cierto es dicho Programa contempla la cobertura de prótesis importadas cuando no exista una similar en el orden nacional, como ocurre en la presente. Tampoco puede soslayarse que se trata de una paciente joven que está solicitando el reconocimiento de la cobertura de una intervención quirúrgica destinada a la corrección de su miopía, de larga data, y que tenía como única alternativa posible para mejorar su calidad de vida la cirugía practicada.

En definitiva, la interpretación del alcance del PMO que propongo es la que, a mi modo de ver, mejor se adecúa a las circunstancias particulares de la actora en el marco de la relación de consumo con la prepaga, por lo que corresponde hacer lugar a la apelación y, en este punto, a la demanda interpuesta y ordenar a Swiss Medical SA. el reintegro de las sumas abonadas por los estudios quirúrgicos previos y necesarios para la intervención y por las lentes solicitadas.

7mo.) Rubros indemnizatorios.

a) Daño directo: teniendo presente lo resuelto precedentemente, y que los estudios realizados fueron facturados por la Clínica de la Visión –que incluso es prestadora de la prepaga– por las sumas de \$3.500 (“Lacry Diag”), \$4.000 (“OPD III”) y \$4.000 (IOL), y que se ha acreditado fehacientemente el pago a dicho establecimiento de los lentes de contacto intraoculares requeridos para ambos ojos por la suma de \$377.150 reclamada, corresponde hacer lugar al reconocimiento de estos rubros, con más el interés correspondiente a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de descuento, desde que cada suma fue abonada y hasta su efectivo pago.



b) El agravio relativo a la falta de acreditación de los pagos por ausencia de documentos cancelatorios tampoco puede ser acogido.

En la propia factura del 19/5/2021 se detalló como “abonado” en concepto de lentes de contacto intraoculares ICL en ambos ojos la suma de \$377.150. Luego, las facturas sobre los estudios previos detallan que las mismas fueron realizadas, y que se abonaron a través de tarjeta de débito, circunstancias que a la luz de las demás constancias de la causa, se observan como suficientes para tener por acreditado el efectivo pago de las mismas.

8vo.) En cuanto a la procedencia del **daño punitivo**, tal como lo sostuve en “Fieg” (c. N^o FBB 11223/2018, del 17/3/2022), la jurisprudencia tiene dicho que debe valorarse: **a)** la gravedad de la conducta del sancionado, pues su entidad y propagación suelen acentuarse cuanto más serias son las gestiones de seguridad soslayados por el infractor; **b)** su repercusión social en tanto la sanción o multa civil tiende a evitar hechos antisociales y reprochables que afectan a toda la comunidad, más allá de las consecuencias inmediatas que el evento pueda tener sobre el o los afectados en particular; **c)** el patrimonio del dañador, respecto a que la multa debe impactar en su patrimonio con eficiencia suficiente para cumplir su finalidad; **d)** Los beneficios que obtuvo o que puede obtener; **e)** los efectos disuasivos de la medida y evitar la punición excesiva estableciendo un criterio de razonabilidad que tenga en cuenta la totalidad de las consecuencias del evento dañoso (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, cc. 1840/2009, del 6/10/2021 y 9775/2018, del 30/12/2021, con cita de Ley de Defensa del Consumidor, Comentada, Anotada y Concordada, Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos, Ed. Errepar, Bs.As., 2013, pág. 435/6).

Se alegó en demanda que *“(d)e los hechos surge claramente que existe por parte de Swiss Medical una clara omisión en el cumplimiento de su obligación de otorgar las prestaciones médicas asistenciales vinculadas con la salud y la seguridad social... debido a que no sólo no le cubría la totalidad de las lentes y le ofrecía por ello una suma totalmente desacorde con la realidad, sino que lesionaba derechos fundamentales de la Sra. F., como lo es el derecho a la salud.”*

Ahora bien, valorando los antecedentes fácticos de la causa a la luz de los parámetros precedentemente detallados para determinar la procedencia de

USO OFICIAL



daños punitivos, considero que, en el caso concreto de autos no se observa la existencia de una conducta especialmente reprochable que amerite la aplicación de dicha sanción.

En tal dirección e independientemente de la obligación que pesa sobre las entidades de servicios de salud de brindar asistencia de salud adecuada, la negativa de la prepaga de cubrir la totalidad de los insumos pretendidos por la actora, no implica una conducta intolerablemente nociva que afecte un interés comunitario, ni mucho menos, la demostración de un dolo o culpa especialmente grave en su accionar susceptible de semejante reprimenda.

Razón por la cual, corresponde rechazar la demanda en este punto.

9no.) Por último, cabe mencionar que del cotejo de las actuaciones se advierte que en la instancia de grado se ha omitido notificar al perito actuante C.P.N. Daniel Norberto Agesta –que tampoco se encuentra incorporado en el registro de intervinientes–, por lo que por Secretaría deberá subsanarse dicha omisión, notificándose la resolución de grado junto con la presente.

Por ello, **propongo al acuerdo: 1ro.)** Hacer parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, ordenar a Swiss Medical S.A. el pago de la suma total de \$388.650, con más el interés correspondiente a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de descuento, desde que cada suma fue abonada y hasta su efectivo pago, y rechazar el daño punitivo reclamado. **2do.)** Imponer las costas a la demandada sustancialmente vencida (art. 68, CPCCN). **3ro.)** Diferir la regulación de honorarios para la vez en que se estimen los del juicio principal.

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:
Adelanto, que adhiero a la solución propuesta en el voto que me precede, dejando a salvo los fundamentos que motivan mi decisión, los que a continuación expongo:

I) Sin perjuicio de lo expuesto, me permito dejar a salvo mi opinión sobre las consideraciones efectuadas en el considerando 6to.), del voto que encabeza el acuerdo, ello así, porque entiendo que el vínculo jurídico que une a las partes –donde la demandada es la empresa de medicina prepaga Swiss Medical S.A. y

USO OFICIAL



la actora su afiliada–, en estos casos donde lo que se halla en juego resultan ser prestaciones de salud que se derivan del derecho a la vida de las personas, no puede concebirse como un vínculo cuya naturaleza esté determinada por una relación de consumo que habilite la aplicación la Ley de Defensa al Consumidor.

Si bien la actividad asumida por las empresas o entidades de medicina prepaga puede representar determinados rasgos mercantiles, también adquieren un compromiso social con sus usuarios, lo que impide que puedan desconocer un contrato o invocar cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, pues su objeto es asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (*Fallos*: 330:3275).

Por lo tanto, la particular naturaleza jurídica del vínculo existente entre las partes impide tratar la cuestión en el marco legal que propone la actora (Ley N° 24.240 de Protección al Consumidor), la relación afiliado–obra social, o en este caso prepaga, responde a una relación de derecho público y que a su vez responde a principios de solidaridad, no de conmutación, siendo los afiliados beneficiarios del sistema nacional de salud y no “consumidores” o “usuarios” en los términos de dicha norma.

La existencia de ese vínculo jurídico que une a las partes crea derechos y deberes, y ese acuerdo voluntario tiene su fuente en la ley que establece una relación de derecho público, siendo el Ministerio de Salud de la Nación la autoridad de aplicación (conf. art 4 ley 26.682).

Cabe destacar que la CSJN ha dicho “*Las obras sociales son entes de la seguridad social, a cuyo cargo se encuentra la administración de las prestaciones, prioritariamente médico-asistenciales, para la cobertura de las contingencias vinculadas a la salud, a las que pueden adicionar otras prestaciones de carácter social, y se constituyen como organizaciones descentralizadas y autónomas, destinadas a procurar, por sí o a través de terceros, la satisfacción del derecho a la salud de sus afiliados y beneficiarios.*” (Fallos 331:1262).

De ahí que quede contenida dentro del Sistema Nacional del Seguro de Salud, por lo tanto, le resultan aplicables las disposiciones de la ley 23.661. El art. 2 de la ley 23.661 dispone que “*el seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y*

USO OFICIAL



humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva. Se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye, las que deberán adecuar sus prestaciones de salud a las normas que se dicten y se regirán por lo establecido en la presente ley, su reglamentación y la ley de obras sociales, en lo pertinente”.

La relación jurídica se centra en que el beneficiario es titular de un derecho a las prestaciones de salud —en este caso la actora— y la empresa de medicina prepaga es titular del derecho de percibir las cuotas para sostener el régimen y de acuerdo con las normas citadas nos encontramos ante una relación jurídica de la seguridad social, es decir que conforme lo preceptuado en las leyes 26.682 y 23.661, tanto las obras sociales como las empresas de medicina prepaga son personas jurídicas dentro del ámbito de la seguridad social.

II) En tal dirección, tal como ha sido sostenido por ésta Alzada en reiterados precedentes, en cuanto a la interpretación que debe darse al PMO, resulta adecuado señalar que éste claramente no es un techo prestacional, por lo que nada obsta a la consideración de casos concretos, como el presente, en los que las personas puedan necesitar un plus para la adecuada atención de su salud. No debiendo, por lo tanto, ser entendido como una norma cristalizada, sino como una reglamentación de carácter enunciativo que debe ser interpretada a la luz de los propósitos que inspiran las resoluciones que regulan la materia, en consonancia con las normas superiores del orden constitucional.

Corresponde señalar que nos encontramos ante un reclamo que tuvo por objeto resguardar el derecho a la salud, el cual se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, y cuya protección jurídica es esencial ya que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal.

En este sentido, nuestro Máximo Tribunal ha señalado que la tutela del derecho a la salud es una manda consagrada por la Constitución Nacional, y contemplada en las Constituciones provinciales (arts. 5° y 121), y por los tratados

USO OFICIAL



internacionales que tienen tal jerarquía (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; voto del Juez Lorenzetti - CSJ 567/2021 “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 04/05/2021).

Asimismo, se ha consagrado que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental y, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (*Fallos*: 341:1511; CCF 012922/2006 S., J. L., 05/12/2017).

Los argumentos vertidos, con fundamento en la jurisprudencia de la CSJN, permiten sostener que, en el presente caso, el derecho constitucional que está en juego es el derecho a la salud de la actora en virtud de la patología que padece, descartándose cualquier otra cuestión de carácter comercial o contractual.

III) Cabe observar, como elemento dirimente, que la actora relató en demanda que posee intolerancia a los lentes de contacto, presentando queratitis, lo que le provoca irritación a los ojos. Tampoco se desconoce, como opción no quirúrgica el empleo de lentes aéreos, no obstante habida cuenta la juventud de la actora, es evidente que la utilización de aquéllos derivaría en una afectación del adecuado estándar de vida que en materia de salud debe ser garantizado, máxime atendiendo a la imposibilidad de aquélla de prescindir de los anteojos para lograr una adecuada visualización en razón del considerable grado de miopía y astigmatismo que la aqueja.

Que a tales efectos, no deviene ocioso recordar la pauta directriz que se desprende del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto reconoce que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12, ap. 1º).

Sumado a lo expuesto, es adecuado recordar que ambas partes como principio general tienen el deber de aportar al juicio todos los elementos necesarios para definir la viabilidad de las pretensiones en él ejercitadas, en tanto la actividad probatoria constituye, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés (conf. Palacio, Lino E. “Manual de Derecho Procesal Civil”, Abeledo – Perrot, Buenos Aires 1955, pág. 397) y de cuya responsabilidad se deriva el principio procesal de la carga dinámica de la prueba. La responsabilidad probatoria, en suma, no depende

USO OFICIAL



USO OFICIAL

de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica. Si la parte demandada hace afirmaciones de descargo o presenta una versión distinta de los hechos, soportará la carga de la prueba de ellos (conf. Fenochietto, C. E., Arazi, R. pag. 310).

Por lo tanto, en este contexto y de acuerdo a lo establecido en el Punto 8.3.3. del Anexo I del PMO donde se admite el implante de lente de contacto intraocular importada solo cuando no exista una de origen nacional similar, observo que la demandada no probó que la lente ofrecida, en este caso de origen nacional, fuera similar a la importada, es decir no aportó datos médicos científicos que sustenten la similitud entre uno y otro insumo, lo cual le otorga suma relevancia a la opinión del médico tratante, conforme lo dispusiera ésta Cámara en reiteradas oportunidades.

Por los motivos expuestos y valorando los antecedentes fácticos de la presente causa, deberá darse cobertura también a los estudios prequirúrgicos, relacionados con la intervención, conforme se dispusiera en el voto que me antecede.

Atento a la solución arribada y los fundamentos dados, no corresponde expedirme sobre los daños punitivos reclamados por la actora, previstos por el art. 52 bis de la ley 24.240.

Razón por la cual, **propongo al acuerdo: 1ro.)** Hacer parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocar la decisión de grado y, en consecuencia, ordenar a Swiss Medical S.A. el pago de la suma total de \$388.650, con más el interés correspondiente a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de descuento, desde que cada suma fue abonada y hasta su efectivo pago. **2do.)** Imponer las costas a la demandada sustancialmente vencida (art. 68, CPCCN). **3ro.)** Diferir la regulación de honorarios para la vez en que se estimen los del juicio principal.

El señor Juez de Cámara, Pablo Esteban Larriera, dijo:

En lo que es objeto de disidencia entre mis colegas preopinantes y dadas las particulares circunstancias de la causa, adhiero al voto de la Dra. Silvia Mónica Fariña, por compartir en lo sustancial sus fundamentos.

Por ello, y por mayoría de los votos que instruyen el presente, **SE RESUELVE: 1ro.)** Hacer parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto



Poder Judicial de la Nación

Expte. n^º. FBB 66/2022/CA1 – Sala I – Sec. 2

por la parte actora y, en consecuencia, ordenar a Swiss Medical S.A. el pago de la suma total de \$388.650, con más el interés correspondiente a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de descuento, desde que cada suma fue abonada y hasta su efectivo pago, y rechazar el daño punitivo reclamado. **2do.)** Imponer las costas a la demandada sustancialmente vencida (art. 68, CPCCN). **3ro.)** Diferir la regulación de honorarios para la vez en que se estimen los del juicio principal.

Regístrese, notifíquese a las partes y al perito interviniente conforme a lo expuesto en el consid. 9no.) del voto que lidera el acuerdo, publíquese (Acs. CSJN Nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase.

Silvia Mónica Fariña

Pablo A. Candisano Mera

Pablo Esteban Larriera

María Alejandra Santantonin
Secretaria

amc

USO OFICIAL

Fecha de firma: 06/02/2024

Firmado por: SILVIA MONICA FARIÑA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PABLO ALEJ CANDISANO MERA, Juez de Cámara

Firmado por: PABLO ESTEBAN LARRIERA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARÍA ALEJANDRA SANTANTONIN, Secretaria de Cámara



#36156346#398853201#20240206125102586