

Silva Silva, María Angélica c/Assist Card Argentina S.A. de servicios s/Ordinario

C ÁMARA COMERCIAL - ASISTENCIA AL VIAJERO - ENFERMEDAD PREEXISTENTE -
Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A.

En Buenos Aires, a los 12 días del mes de marzo de dos mil quince, se reúnen los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con asistencia de la Sra. Prosecretaria de Cámara, para entender en los autos caratulados **“SILVA SILVA MARÍA ANGÉLICA c/ ASSIST-CARD ARGENTINA S.A. DE SERVICIOS s/ Ordinario” (Expediente N° 65.960, Registro de Cámara N° 4.213/2009)**, originarios del Juzgado del Fuero N° 5, Secretaría N° 10, en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido en el art. 268 CPCC, resultó que debían votar en el siguiente orden: *Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers (2), Doctora María Elsa Uzal (3) y Doctora Isabel Míguez (1).*

Estudiados los autos se planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara **Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers** dijo:

I.- LOS HECHOS DEL CASO

(1.) *María Angélica Silva Silva* promovió demanda contra “Assist-Card Argentina S.A. de Servicios” –en adelante, “Assist-Card”-, procurando que se condene a esta última al pago de las siguientes sumas: *dólares estadounidenses (U\$S 34.036)* – equivalente a la cantidad de *pesos chilenos (\$ 17.017.889)*- en concepto de “reintegro de gastos médicos” amparados por el *contrato de asistencia al viajero*; *pesos cuarenta y cinco mil (\$ 45.000)* y *pesos dieciocho mil (\$ 18.000)* en concepto de indemnización por la “*incapacidad psíquica sobreviniente*” y para afrontar el costo del correspondiente “*tratamiento psicológico*”, respectivamente; y el monto de *pesos sesenta mil (\$ 60.000)* para enjugar el “*daño moral*” irrogado a su parte; todo ello con más sus respectivos intereses y costas.

En respaldo de su pretensión, comenzó explicando que con fecha 16/11/2006 celebró con la accionada un contrato de asistencia al viajero, el cual se instrumentó mediante el “voucher” N° 540 7965 419 025, conviniéndose que su vigencia se extendería hasta el día 02/01/2008.

Señaló que en las condiciones generales del convenio suscripto se estipuló que la accionada ponía a disposición del titular su “Red Mundial de Alarma”, debiendo este último comunicarse telefónicamente con una central “Assist-Card” en caso de enfermedad, accidente o emergencia frente al cual requiriera asistencia.

Sostuvo que de los términos del contrato surgía que la demandada afrontaría todos los gastos de hotelería hospitalaria por asistencia médica, aún más allá del límite de la vigencia del convenio, como así también los gastos de unidad coronaria, terapia intensiva, medicación, etcétera, siendo el monto máximo global de gastos cubiertos para afrontar dichas contingencias de *dólares estadounidenses cincuenta mil (US\$ 50.000)*.

Destacó que renovaba el *contrato de asistencia al viajero* en forma anual, dado que tenía un familiar enfermo en la *República de Chile* y que se veía obligada a viajar una vez al año a dicho país.

Prosiguió refiriendo que el día 12/10/2007 emprendió su viaje hacia *Santiago de Chile* en el vuelo N° 0466 de “Lan Chile” que partió a las 18:15 horas del *Aeropuerto Internacional de Ezeiza*, teniendo estipulado su regreso el 28/10/2007 en el vuelo N° 0471 de la misma empresa aérea que arribaría a *Buenos Aires* a las 21:45 horas.

Manifestó que el mismo día previsto para su retorno -28/10/2007-, en forma inesperada, sufrió una brusca indisposición que horas más tarde fue diagnosticada como *colecistitis aguda*, la cual requirió una intervención quirúrgica de urgencia en la “*Clínica Las Condes*”, sita en la localidad de *Las Condes*, de la Ciudad de *Santiago de Chile, República de Chile*.

Afirmó que la empresa demandada, sin brindar explicación alguna, se negó a afrontar los costos de su atención médica e internación, los que fueron solventados con sus propios ahorros y con la ayuda de sus familiares. Destacó, en ese sentido, que, a diferencia de nuestro país, donde existe un sistema de salud público extendido, en el país trasandino el sistema de salud es privado y muy costoso.

Sostuvo que le remitió una carta documento a “Assist-Card” con fecha 14/11/2007, intimándola a afrontar las obligaciones a su cargo emergentes del contrato suscripto y a reintegrar todos los gastos de internación, intervención quirúrgica, medicamentos, honorarios médicos, etcétera, la cual fue respondida por aquélla en forma vaga y genérica señalando que sólo cubriría la suma de *dólares estadounidenses trescientos (US\$ 300)* atento a “...la preexistencia de la enfermedad tratada...”.

Adujo que el diagnóstico de su enfermedad fue *“colecistitis aguda litiásica”* y que el carácter de *“agudo”* se contrapone con la pretendida exclusión de cobertura basada en una enfermedad preexistente.

Afirmó que la demandada no sólo incumplió la carga de exigirle la realización de una revisión médica de admisión, sino que tampoco le hizo firmar declaración jurada alguna, circunstancias que le habrían impedido a aquélla fijar con precisión la extensión de la cobertura asumida y establecer la existencia, o no, de enfermedades preexistentes o crónicas.

Por esas razones, solicitó que se condene a la emplazada a reintegrar la suma total de *dólares estadounidenses (U\$S 34.036)* –equivalente a la cantidad de *pesos chilenos (\$ 17.017.889)*- en concepto de *“reintegro de gastos médicos”* que debió afrontar para costear el servicio que le fue brindado en la *“Clínica Las Condes”* de la Ciudad de *Santiago de Chile* y a pagar la suma total de *pesos ciento veintitrés mil (\$ 123.000)* para indemnizar la *“incapacidad psíquica sobreviniente”*, afrontar el costo del correspondiente *“tratamiento psicológico”* y enjugar el *“daño moral”* irrogado a su parte.

(2.) Corrido el pertinente traslado de ley, la accionada *“Assist-Card Argentina S.A. de Servicios”* compareció al juicio y contestó la demanda incoada mediante la presentación que corre agregada a fs. 167/185, solicitando su rechazo, con costas.

Luego de efectuar una pormenorizada negativa de los extremos invocados por la accionante en su demanda, brindó su propia versión de los hechos.

En ese sentido, comenzó aclarando que *“Assist-Card”* no era una compañía aseguradora, ni una empresa de medicina prepaga, ni tampoco una obra social, sino que ponía a disposición del contratante, previo pago por parte de éste de una suma de dinero y sin necesidad de efectuar ningún tipo de exámenes médicos, un servicio de asistencia al viajero consistente en brindar, por medio de una red organizada, múltiples prestaciones al titular, tales como asistencia jurídica y atención ante la pérdida de equipaje y de documentos. Agregó que la atención médica por problemas de salud que el contratante pudiera sufrir durante el viaje era uno más de tales servicios, pero éste se prestaba excluyendo expresamente las enfermedades preexistentes, sus agudizaciones y sus secuelas, conocidas o no por el usuario.

Dijo que la actora contrató los servicios de una tarjeta *“Multitrip”* que tuvo vigencia del 03/01/2007 al 02/01/2008, por el precio de *dólares estadounidenses trescientos cincuenta y ocho con cincuenta centavos (U\$S 358,50)*, la cual otorgaba, además de la asistencia en las condiciones pactadas, la atención por equipos médicos de urgencia, el pago o reintegro de gastos hasta la suma de *dólares estadounidenses (U\$S 50.000)* en caso de accidente, una compensación por gastos derivados de demora y extravío de

equipaje, una indemnización suplementaria por pérdida de equipaje y un seguro por accidentes personales por *dólares estadounidenses cincuenta mil (US\$ 50.000)*.

Sostuvo que la actora había contratado su servicio en otras oportunidades y que la contratación la hizo a través de su hija, quien era vendedora “free lance” de “Assist-Card”, circunstancias que permitirían presumir que aquélla tenía conocimiento de las cláusulas de las condiciones generales.

Prosiguió efectuando un detalle de los servicios contratados por la accionante e indicó que dichas prestaciones se activaban mediante un simple llamado telefónico a los números que se proveían al viajero.

Manifestó que, en la especie, la actora fue internada directamente por sus parientes en la “Clínica Las Condes”, sin dar previo aviso a la central de “Assist-Card”, recibándose el primer llamado recién el 28/10/2007, alrededor de las 18 horas.

Agregó que a partir de ese momento se comunicó en varias oportunidades con personal del nosocomio, quien le informó que la paciente sería intervenida quirúrgicamente y el día 30/10/2007 le remitió el informe médico oficial, el que, tras haber sido analizado por el departamento médico de “Assist-Card”, fue considerado una manifiesta complicación de una enfermedad preexistente, motivo por el cual resolvió no hacerse cargo de las consecuencias económicas del evento, de conformidad con los términos contractuales convenidos, comunicando su decisión ese mismo día a los hijos de la actora.

Finalmente, impugnó la procedencia y cuantía de los distintos rubros indemnizatorios reclamados y aclaró que, en su caso, el límite de gastos previstos en el contrato para tales circunstancias era de *dólares estadounidenses doce mil (US\$ 12.000)* y no el de *dólares estadounidenses cincuenta mil (US\$ 50.000)* contemplado para la asistencia médica por accidente.

Por todo ello, solicitó el rechazo íntegro de la demanda deducida en su contra, con costas a la contraria.

(3.) Abierta la causa a prueba y producidas las ofrecidas del modo que se dio cuenta a fs. 298 y fs. 388, se pusieron los autos para alegar, habiendo hecho uso de tal derecho tanto la parte actora –véanse presentación de fs. 406/413 y su ampliación a fs. 415/416- como la demandada –véase la pieza que luce agregada a fs. 420/434-, dictándose finalmente sentencia definitiva a fs. 420/434.

II.- LA SENTENCIA APELADA

El precedentemente aludido fallo de primera instancia hizo lugar *parcialmente* a la demanda deducida por la accionante y como consecuencia de ello condenó a la demandada “Assist-Card” a abonar a *Silva Silva: (i.)* la suma de *dólares estadounidenses*

treinta y cuatro mil treinta y seis (U\$S 34.036) en concepto de “reintegro de gastos médicos” amparados por el contrato de asistencia al viajero suscripto entre las partes, fijando los intereses desde que la accionada debió prestar la asistencia requerida por la actora -10/12/2007- hasta el efectivo pago, a la tasa de interés pura del ocho por ciento (8%) por tratarse de una deuda en moneda extranjera; y **(ii.)** el importe total de pesos treinta y cinco mil setecientos sesenta (\$ 35.760) para enjugar el “daño moral” y el “daño psicológico”, fijado a la fecha del pronunciamiento, previendo el devengamiento de intereses únicamente en caso de que la emplazada incurra en mora en el pago de la condena. Impuso las costas del juicio a cargo de la demandada en su condición de vencida.

Para así decidir, el *a quo* comenzó señalando que la demandada “Assist- Card” había reconocido no sólo la vinculación contractual que la unió a *Silva Silva*, sino también la ocurrencia del evento por el cual esta última debió ser internada e intervenida quirúrgicamente en la “Clínica Las Condes” de la Ciudad de *Santiago de Chile*, como asimismo que aquélla solicitó sus servicios asistenciales al cabo de ser hospitalizada en dicho centro de salud. Destacó, también, que la emplazada no impugnó las sumas que la actora alegó haber abonado en concepto de gastos de internación, intervención quirúrgica y atención médica.

Prosiguió indicando que el contrato de asistencia al viajero se encuentra regido por la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), dado el carácter del destinatario final del servicio, por lo que las cláusulas de exoneración de responsabilidad del proponente que pudieran contener dichos convenios, tratándose de contratos de adhesión, deben interpretarse restrictivamente y cuidando de no desvirtuar la naturaleza asistencial que el acuerdo tiene.

En ese sentido, señaló que la demandada rechazó la cobertura del evento con base en la cláusula C5.12.1 de las Condiciones Generales de la Contratación, la cual excluye del servicio de asistencia de “Assist-Card” los estudios y/o tratamientos relacionados con enfermedades preexistentes, manifestando a la accionante mediante la CD No 9000180868 que se haría cargo únicamente de la suma de *dólares estadounidenses trescientos (U\$S 300)*, dado que su afección -*litiasis biliar (piedras en la vesícula)*- era una enfermedad preexistente.

Sostuvo que si bien la jurisprudencia reconoce que las cláusulas de exclusión de cobertura fundadas en enfermedades preexistentes pueden ser ajustadas a derecho, para que sean operativas requieren que la aseguradora exija al asegurado al momento de adherir al contrato una declaración jurada o un examen médico para conocer su estado de salud y, sobre todo, para determinar si padece, o no, una enfermedad preexistente. Añadió que la inobservancia de tales recaudos impide que se pueda tener por configurada la causal de exclusión de cobertura.

Tuvo en consideración que de los dos (2) informes periciales producidos en autos y de la historia clínica de la actora *Silva Silva* no surge que la afección – *colecistitis aguda*– que provocó la internación y posterior intervención quirúrgica de aquélla haya sido una enfermedad preexistente, motivo por el cual concluyó que correspondía desestimar la defensa intentada por la demandada.

A mayor abundamiento, juzgó arbitrarias y contrarias al principio de buena fe las cláusulas por las cuales la emplazada se niega a tomar a su cargo exámenes o internaciones tendientes a evaluar la condición médica de las enfermedades preexistentes, pagando –a su exclusivo criterio– por la primera consulta clínica que permita determinar la preexistencia de la enfermedad solo hasta un máximo de *dólares estadounidenses trescientos (U\$S 300)*, dado que en esos supuestos, ante cualquier denuncia de evento u enfermedad que se le presentara, aquélla podría declinar su asistencia determinando, en forma unilateral, que se trata de una enfermedad preexistente.

Por esas razones, concluyó que en la especie no quedó configurado el presupuesto – enfermedad preexistente– contenido en la cláusula de exclusión de responsabilidad invocada por la accionada “*Assist-Card*”.

Ello establecido, continuó analizando los distintos rubros indemnizatorios reclamados y, en ese sentido, en relación al “*reembolso de los gastos médicos*” reclamado por la actora, dijo que, sin perjuicio de los límites de las distintas coberturas detallados en el *voucher* de fs. 62, la existencia de los importes correspondientes a los gastos de internación, uso de quirófano, honorarios médicos, estudios de laboratorio, etcétera, son consecuencia necesaria e inmediata de la enfermedad padecida por *Silva Silva*, motivo por el cual la prestación no debe limitarse sólo al cumplimiento debido de los servicios contratados, sino que también debe velar por la integridad psicofísica del pasajero. Por todo ello, condenó a la demandada a abonar a la accionante por este concepto la suma de *dólares estadounidenses treinta y cuatro mil treinta y seis (U\$S 34.036)*, con más los correspondientes intereses.

Por su parte, respecto del “*daño psicológico*” invocado, tuvo en consideración que el informe pericial médico dio cuenta de que *Silva Silva* presentaba un síndrome depresivo moderado como consecuencia del hecho de marras y de la necesidad de esta última de afrontar un tratamiento psicoterapéutico de apoyo de un (1) año de duración, con una frecuencia de una (1) sesión semanal, a razón de *pesos ciento veinte (\$ 120)* cada una, no obstante lo cual sostuvo que ello no bastaba para llegar a la convicción de que la capacidad laboral de la actora pudiera haberse visto afectada por el accionar de la demandada, dado que se trataba de una persona jubilada que realizaba actividades voluntarias y de ayuda a personas carenciadas en una iglesia. Por esa razón, admitió por este concepto únicamente la suma total de *pesos cinco mil setecientos sesenta (\$ 5.760)* necesaria para afrontar un (1) año de tratamiento psicoterapéutico.

Estimó, por último, que la situación a la que se vio expuesta la accionante en un país extranjero a raíz del hecho de marras debió poseer la entidad suficiente para provocar el “*daño moral*” invocado en la demanda, cuyo resarcimiento justipreció en la suma de pesos treinta mil (\$ 30.000).

III.- LOS AGRAVIOS

Contra el pronunciamiento precedentemente descripto se alzaron tanto la accionante *Silva Silva* –a fs. 451- como la demandada “*Assist-Card*” –a fs. 435-, quienes fundaron sus recursos mediante los memoriales obrantes a fs. 486/489 y fs. 492/497, respectivamente, siendo replicado únicamente este último a través de la presentación de fs. 500/510 de la demandante.

Habida cuenta que la accionante se quejó del rechazo del resarcimiento por “*daño psicológico*”, del monto reconocido para afrontar el “*tratamiento psicológico*”, de la cuantificación del “*daño moral*” y de la fijación de la indemnización correspondiente a los dos (2) últimos rubros mencionados a la fecha de la sentencia, mientras que la demandada se agravió directamente de la procedencia misma de la responsabilidad que se le atribuye, razones de orden metodológico aconsejan describir – primero- los agravios vertidos por esta última parte, para hacer recién después lo propio con los formulados por la demandante. Veamos.

(1.) Los agravios de la parte demandada.

(i.) Esta parte se quejó de que en la sentencia apelada se hubiera omitido ponderar que las Cláusulas Generales de Contratación establecen que “*Assist-Card*” no se hará cargo de la responsabilidad económica de las enfermedades preexistentes y/o sus agudizaciones, secuelas o consecuencias.

En ese sentido, adujo que los informes de los peritos médicos oficiales confirmaron que la dolencia por la cual fue tratada la actora resultó ser una clara agudización de una enfermedad preexistente –esto es, la *litiasis biliar* que padecía aquélla antes de su viaje-, circunstancia que determinaría la exclusión de responsabilidad económica de “*Assist-Card*” de acuerdo al contrato suscripto.

(ii.) También se agravió de que el *a quo* la hubiera condenado a abonar a la actora la suma de dólares estadounidenses treinta y cuatro mil treinta y seis (U\$S 34.036) en concepto de “*reembolso de gastos médicos*” pese a que dicho importe excedía el tope de dólares estadounidenses doce mil (U\$S 12.000) específicamente previsto en el contrato para la cobertura de enfermedad no preexistente. Agregó que la accionante tuvo la opción de elegir otra cobertura con un tope diferente, pero se decidió por el más económico.

Por ello solicitó que, en caso de confirmarse la condena por este ítem, el monto no supere el tope contractualmente previsto.

(iii.) Criticó también que en la sentencia apelada se hubiera reconocido a la actora sin justificativo alguno la suma de *pesos treinta mil (\$ 30.000)* para enjugar el “*daño moral*” alegado, pese a que este rubro no sólo debería ser analizado con carácter restrictivo por tratarse de un supuesto de responsabilidad contractual, sino que además su existencia en la especie no se hallaría acreditada, motivo por el cual correspondería su rechazo.

(iv.) Cuestionó asimismo que el Juez de grado hubiera admitido el resarcimiento del “*daño psicológico*” invocado, cuando en realidad no correspondería distinguirlo del “*daño moral*”, motivo por el cual, y al no resultar admisible la indemnización de este último, tampoco correspondería indemnizar a aquél. A todo evento, adujo que la negativa de “*Assist-Card*” a abonar los gastos médicos de *Silva Silva* en la Ciudad de *Santiago de Chile* no podría considerarse un hecho generador del “*daño psicológico*” alegado.

(v.) Por último, criticó la tasa de interés del ocho por ciento (8%) anual en dólares estadounidenses fijada en la sentencia apelada por considerarla excesiva, dado que se trataría de una moneda “fuerte”, solicitando su reducción a la tasa existente en países “carentes de inflación”, es decir, no mayor al cuatro por ciento (4%) anual.

(2.) Los agravios de la parte actora.

(i.) En lo que hace a esta última parte, se agravió de que en la sentencia apelada se hubiera rechazado la indemnización del “*daño psicológico*” alegado, con fundamento en que éste sería “transitorio e irreversible”, cuando –en realidad– el perito médico designado en autos dictaminó que la actora presenta, a raíz del hecho de marras, un trastorno por estrés postraumático “crónico” moderado que la incapacita en forma parcial y “permanente” en el dieciséis por ciento (16%) de la total obrera. Solicitó, por ello, que se admitiera también el resarcimiento pretendido por este concepto.

(ii.) Criticó asimismo el monto de *pesos treinta mil (\$ 30.000)* reconocido en la sentencia apelada para enjugar el “*daño moral*” por considerarlo reducido, teniendo en consideración la efectiva lesión a sus sentimientos padecida como consecuencia del proceder de la empresa demandada, motivo por el cual solicitó la elevación de dicha suma.

(iii.) Se quejó, también, del importe de *pesos cinco mil setecientos sesenta (\$ 5.760)* reconocido por el *a quo* para solventar el tratamiento psicológico por considerarlo reducido, toda vez que esa suma resultaría insuficiente para afrontar el tratamiento anual con una frecuencia de una (1) sesión semanal que fuera recomendado por el perito médico, no sólo porque si se multiplican las cincuenta y dos (52) semanas que

componen un (1) año por el costo de *pesos ciento veinte* (\$ 120) de cada sesión estimado por el experto arrojaría un total de *pesos seis mil doscientos cuarenta* (\$ 6.240), sino también porque el costo actual de una sesión ronda los *pesos cuatrocientos* (\$ 400) a *pesos quinientos* (\$ 500). Solicitó, por ello, la elevación de la suma reconocida por este concepto.

(iv.) Se agravió, por último, de que el sentenciante de grado hubiera fijado erróneamente el resarcimiento en concepto de “*daño psicológico*” y “*daño moral*” a la fecha del pronunciamiento, cuando hubiese correspondido hacerlo a la fecha de acaecimiento de la mora, es decir, al momento en que se produjo el incumplimiento por parte de la demandada, debiendo correr a partir de allí los intereses respectivos.

Criticó subsidiariamente, asimismo, que el *a quo* no hubiera establecido tasa de interés alguna para el supuesto de que la demandada incurriera en mora en el cumplimiento de la sentencia.

IV.- LA SOLUCIÓN PROPUESTA

(1.) *Thema decidendi.*

Liminarmente, cuadra destacar que no resultaron cuestiones controvertidas en autos los siguientes cuatro (4) extremos: **(i.)** que las partes se vincularon a través de un contrato de asistencia al viajero; **(ii.)** que el día 28/10/2007, mientras se encontraba en la Ciudad de *Santiago de Chile*, la accionante *Silva Silva* sufrió una indisposición a raíz de la cual se trasladó hasta la “*Clínica Las Condes*” de la mencionada urbe trasandina, donde se le diagnosticó una *colecistitis aguda* que requirió una intervención quirúrgica de emergencia; **(iii.)** que el costo total de la atención médica e internación ascendió a la suma de *pesos chilenos diecisiete millones diecisiete mil ochocientos ochenta y nueve* (\$ 17.017.889), equivalente a *dólares estadounidenses treinta y cuatro mil treinta y seis* (US\$ 34.036), el cual fue íntegramente afrontado por la accionante; y **(iv.)** que “*Assist-Card*” denegó la asistencia solicitada por *Silva Silva* aduciendo que la enfermedad padecida por esta última era preexistente, presupuesto contemplado en el contrato como una causal de exclusión de la cobertura.

Efectuada la precedente precisión y dado el contenido asignado a sus respectivos recursos por ambas partes, el *thema decidendi* en esta Alzada consiste en determinar –primero- si fue o no acertada la decisión del Juez de grado de admitir en lo sustancial la demanda deducida por *Silva Silva* contra “*Assist-Card*”, o lo que es lo mismo, desde otra perspectiva, en si fue correcto endilgarle responsabilidad a esta última por el presunto incumplimiento de las obligaciones a su cargo emanadas del contrato de asistencia al viajero celebrado con aquélla, en orden a lo cual adquiere relevancia determinar si resulta procedente –o no- la causal de exclusión de cobertura invocada por la emplazada, en el sentido de haberse tratado de un caso de enfermedad “*preexistente*”. Luego y según sea la conclusión a que se arribe en el aspecto

precedentemente aludido, corresponderá pasar a analizar la procedencia y cuantía del resarcimiento en concepto de “reembolso de gastos médicos”, el “daño psicológico” y de “daño moral”, así como la pertinencia y “dies a quo” de los intereses sobre estos dos (2) últimos rubros y la tasa de los réditos que corresponde aplicar al primero, aspectos acerca de los cuales se agravan indistintamente tanto una como la otra de las partes, conforme detalle efectuado en el considerando anterior (III). Veamos.

(2.) La cobertura por asistencia médica en el contrato de asistencia al viajero que vinculó a los litigantes. La “enfermedad preexistente” como causal de exclusión de la cobertura.

La accionante –se recuerda- afirmó que el día 28/10/2007, encontrándose en la Ciudad de *Santiago de Chile*, sufrió imprevistamente una indisposición que, horas más tarde, fue diagnosticada como “*colecistitis aguda*”, la cual requirió una intervención quirúrgica de urgencia en la “*Clínica Las Condes*” de dicha localidad (véase fs. 76 vta., primer párrafo).

Dijo que a raíz de ese evento se comunicó con la demandada “*Assist- Card*” a efectos de que se hiciera cargo del costo de la atención médica en el marco del contrato de asistencia al viajero oportunamente suscripto, pero esta última guardó silencio y recién luego de ser intimada mediante carta documento a dar cumplimiento con las obligaciones contraídas le remitió una misiva manifestándole que sólo cubriría la suma de *dólares estadounidenses trescientos (U\$S 300)* debido a la “*...preexistencia de la enfermedad tratada...*” (véase fs. 79 vta., primer párrafo).

La emplazada, por su parte, afirmó en su responde que el día 28/10/2007 recibió un llamado telefónico de un familiar de la actora dando aviso de la internación de esta última, a raíz de lo cual efectuó varios llamados al nosocomio, donde fue informada de la decisión médica de operar a la paciente (véase fs. 176 vta., segundo párrafo). Agregó que el día 30/10/2007 recibió el informe médico oficial de la “*Clínica Las Condes*”, el cual fue analizado por el departamento médico de “*Assist-Card*”, quien concluyó que el evento en cuestión se trató de una “*...manifiesta complicación de una preexistencia...*”, motivo por el cual su parte se negó a hacerse cargo del costo de la asistencia médica de conformidad a los términos del contrato, comunicando esa decisión “*...ese mismo día, tanto a la hija de la accionante como a su hijo*” –el destacado no es del original- (véase fs. 176 vta., cuarto párrafo). Asimismo, unos párrafos más abajo reconoció que en la carta documento que le remitió a la actora manifestó que “*...los gastos fueron denegados (...) por enfermedad preexistente*” –el destacado no es del original- (véase fs. 177, primer párrafo).

Dicho esto, cabe comenzar por advertir que no se encuentra acreditado en autos que la demandada se hubiera comunicado con los hijos de la actora a efectos de informarle su decisión de declinar la cobertura en razón de que el evento denunciado habría sido producto de una “complicación” de una enfermedad preexistente.

Por el contrario, se encuentra reconocida la autenticidad de la carta documento N° 900180868, fechada el 19/11/2007, que “Assist-Card” le remitiera a *Silva Silva* a efectos de comunicarle que su parte “...proceder(ía) a cumplir con las obligaciones emergentes del contrato suscripto (...) que ascienden a la suma de U\$S 300 en virtud de la **preexistencia de la enfermedad** tratada, de acuerdo con las condiciones generales del producto contratado, las que fueran oportunamente entregadas a la pasajera” –el destacado no es del original- (véase fs. 1). En dicha epístola también transcribió las cláusulas C.2, C.4.1.10.3 y C.4.2 atinentes a la exclusión de cobertura ante enfermedades preexistentes, tras lo cual manifestó que “la afección sufrida por Ud. fue diagnosticada como **litiasis vesicular (piedras en la vesícula)**, la cual es claramente **preexistente**, motivo por el cual son de aplicación las cláusulas precedentes que hemos detallado, debiendo hacerse cargo Ud. por los gastos incurridos como producto de la misma y que exceden el tope de U\$S 300, los cuales se encuentran a vuestra disposición” –el destacado no es del original- (véase fs. 1).

De todo ello se extrae que la emplazada, al momento de comunicarle a la actora su decisión de no afrontar los gastos correspondientes a la atención médica que le fuera brindada en la “Clínica Las Condes” de la Ciudad de *Santiago de Chile*, argumentó únicamente que aquélla padecería una “enfermedad preexistente” –y no una “complicación” de una enfermedad preexistente, como alegó recién al contestar demanda-, diagnosticada como “litiasis vesicular (piedras en la vesícula)”, la cual configurarían una causal de exclusión de la cobertura.

En ese sentido, cabe señalar que la cláusula C.4.1 de las condiciones generales del contrato de asistencia al viajero que nos ocupa prevé –en lo que aquí interesa- que el titular del servicio, en “...todo caso de enfermedad, accidente o emergencia para el cual necesite asistencia...”, “...deberá comunicarse con una central Assist-Card...”, quien pondrá a disposición de aquél “...su red mundial de centrales de alarma...” y le brindará “...las condiciones para su oportuna atención, sea remitiendo al profesional en cada caso o autorizando la atención en uno cualquiera de los centros asistenciales u hospitales disponibles en el área de ocurrencia del evento cuya asistencia se solicita...” (véase fs. 66, pág. 15).

En dicha cláusula también se dejó expresamente aclarado que “los servicios de asistencia médica a ser brindado por Assist-Card se limitan a **tratamientos de urgencia de cuadros agudos** y están orientados a la asistencia en viaje de eventos súbitos e imprevisibles donde se haya **diagnosticado una enfermedad clara, comprobable y aguda que impida la normal continuación de un viaje** y por la misma razón no están diseñados ni se contratan ni se prestan para procedimientos electivos o para adelantar tratamientos o procedimientos de larga duración sino para garantizar la recuperación inicial y las condiciones físicas que permitan la normal continuación del viaje” –el destacado no es del original- (véase fs. 66, pág. 16).

Por su parte, la cláusula C.4.2 dispone que, “a menos que el voucher Assist-Card indique lo contrario, quedan expresamente **excluidas** de los servicios asistenciales de Assist-Card todas las **dolencias** crónicas o **preexistentes** o congénitas o recurrentes, **conocidas o no por el titular**, como también sus consecuencias y agudizaciones, aún cuando las mismas aparezcan por primera vez durante el viaje” (véase fs. 66, pág. 20).

En el mismo sentido, la cláusula C.5.12.1 establece que quedan expresamente excluidos del sistema de asistencia “...los **estudios y/o los tratamientos relacionados con enfermedades** crónicas o **preexistentes** o congénitas o recurrentes – conocidas o no por el titular- **padecidas con anterioridad al inicio de la vigencia de la tarjeta Assist-Card y/o del viaje**, lo que sea posterior, así como sus agudizaciones, secuelas o consecuencias (incluso cuando las mismas aparezcan durante el viaje). A los efectos del presente contrato de asistencia en viaje, se entiende como enfermedad o afección preexistente tanto aquéllas padecidas con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la tarjeta Assist-Card como las que se manifiesten posteriormente pero que para su desarrollo hayan requerido de un período de incubación, formación o evolución dentro del organismo del titular, iniciado antes de la fecha de inicio de vigencia de la tarjeta o del viaje, o como aquellas sufridas durante la vigencia de una tarjeta Assist-Card anterior” –el destacado no es del original- (véase fs. 66, pág. 32).

De esta manera, resulta claro que –en lo que aquí interesa- la “enfermedad preexistente” efectivamente estaba contemplada en las condiciones generales del contrato de asistencia al viajero como una causal de exclusión de la cobertura.

En ese marco, pesaba sobre la demandada la carga de acreditar que la accionante fue intervenida quirúrgicamente con motivo de una “enfermedad preexistente” – diagnosticada, según adujo, como “*litiasis vesicular (piedras en la vesícula)*”- y que, por ende, dicho evento se hallaba excluido de la cobertura contratada.

En ese sentido, el perito médico *Dr. Jorge Eduardo Chovet* informó que el 28/10/2007 la actora sufrió una indisposición que horas más tarde fue diagnosticada como **colecistitis aguda**, la cual requirió una intervención quirúrgica de urgencia (véase fs. 284, respuesta al punto c).

Por su parte, el perito médico *Dr. Rubén Néstor Raño* –designado en autos tras el fallecimiento del *Dr. Chovet*- compartió prácticamente en un todo el informe de este último y dictaminó que “...**la actora presentó una colecistitis aguda** (...) **y no un cólico biliar o litiasis biliar**, patología predisponente pero no de evolución constante a una colesistitis aguda; puede predisponerla, lo cual no implica que necesariamente evolucione hacia una colesistitis aguda como en el caso de la actora” – el destacado no es del original- (véase fs. 381 vta.).

Explicó, asimismo, que la *colesistitis aguda* puede desarrollarse también sin mediar *litiasis vesicular* (véase fs. 381 vta.).

Concluyó el experto que “...**la actora inició su viaje en buen estado general de salud...**” y que, “...**una vez en destino presentó una colecistitis aguda con migración de cálculos al colédoco, patología ésta no preexistente, ya que su desarrollo se produjo en forma aguda y la resolución de su patología por la gravedad de la misma se realizó en forma urgente**” –el destacado no es del original- (véase fs. 382).

Se advierte así que las conclusiones de los dos (2) peritos médicos intervinientes en autos resultaron concluyentes al informar que la accionante inició su viaje a Chile en buen estado general de salud y que en el ínterin desarrolló una *colecistitis aguda, enfermedad no preexistente* y distinta de la *litiasis vesicular* invocada por la demandada, dando por tierra, de esta manera, el argumento de esta última relativo a que *Silva Silva* fue intervenida quirúrgicamente a raíz de que habría padecido una “enfermedad preexistente” diagnosticada como “*litiasis vesicular (piedras en la vesícula)*”.

En virtud de esas razones, sólo cabe concluir que no se configuró en la especie la causal de exclusión de cobertura invocada por “*Assist-Card*” –esto es, que la afección de *Silva Silva* hubiera sido una enfermedad preexistente-, motivo por el cual la negativa de aquélla a afrontar los pertinentes gastos médicos devino ilegítima, correspondiendo en consecuencia rechazar los agravios de la emplazada bajo análisis y confirmar la sentencia apelada en cuanto la responsabilizó por los daños y perjuicios que su obrar antijurídico pudiera haberle irrogado a la accionante.

Ello establecido, corresponde ingresar a continuación en el tratamiento de los agravios relativos a la procedencia y *quantum* de los rubros indemnizatorios materia del *sub lite*.

(3.) Procedencia y quantum de los rubros indemnizatorios objeto de agravio

(i.) El “reembolso de los gastos médicos”

El Juez de grado reconoció por este concepto la suma de *dólares estadounidenses treinta y cuatro mil treinta y seis (U\$S 34.036)*, decisión que fue resistida por la demandada aduciendo que ese importe excedía el tope de *dólares estadounidenses doce mil (U\$S 12.000)* específicamente previsto en el contrato para la cobertura de “enfermedad no preexistente” y señalando que la accionante tuvo la opción de elegir otra cobertura con un tope mayor, pero se decidió por el más económico.

Efectivamente, del *voucher* y de las Condiciones Generales del contrato de asistencia al viajero que fueron acompañados al expediente por la propia actora surge que la cobertura por asistencia médica por “enfermedades no preexistentes” (cláusula C.4.1.10.2) –tal es el caso de la *colecistitis aguda* padecida por la actora- poseía un límite de *dólares estadounidenses doce mil (U\$S 12.000)* (véanse fs. 62 y fs. 66, pág. 19, cláusula C.4.1.10), de modo tal que, en caso de verificarse un evento de esas

características –como efectivamente aconteció en la especie-, la responsabilidad de “*Assist-Card*” no podía superar ese tope.

En este orden de ideas, no puede perderse de vista que la demandada es una empresa que presta diversos servicios de asistencia al viajero, entre los que se encuentra –no en forma exclusiva- la cobertura por asistencia médica que nos ocupa, siendo de público y notorio conocimiento que el público puede optar entre distintos planes o “paquetes” de asistencia al viajero, cuyo costo o precio –usualmente- será mayor cuanto más completa sea la cobertura. Dicha actividad no puede ser equiparada a la de una obra social o la de una empresa de medicina prepaga, cuyo objeto principal y casi excluyente está dado por la prestación de servicios médicos asistenciales a sus afiliados y/o asociados y las cuales, por la naturaleza de la prestación a su cargo, sí deben velar por la integridad psicofísica de aquéllos. Es por ello que la actora debe atenerse a los límites de la cobertura contratada, pues si pretendía contar con el amparo de otra con límites más altos, debió contratar –en caso de existir- un plan más completo, sea de “*Assist-Card*” o de otra compañía prestadora de servicios de asistencia al viajero, abonando –seguramente- un precio mayor.

En virtud de estas consideraciones y en atención a que los gastos médicos que generó la atención médica de la actora en la “*Clínica Las Condes*” de la Ciudad de *Santiago de Chile* ascendieron a la suma de *dólares estadounidenses treinta y cuatro mil treinta y seis (U\$S 34.036)*, la cual excede el límite de *dólares estadounidenses doce mil (U\$S 12.000)* previsto en el contrato para la cobertura por asistencia médica por “enfermedades no preexistentes” (cláusula C.4.1.10.2), la responsabilidad de “*Assist-Card*” debe limitarse al tope precedentemente mencionado, acotando su obligación de reembolso al monto máximo contractualmente previsto.

Es por ello que corresponde hacer lugar al agravio de la emplazada y, en consecuencia, reducir la suma indemnizatoria reconocida en la sentencia de grado por el presente rubro a la de *dólares estadounidenses doce mil (U\$S 12.000)*.

(ii.) El “daño psicológico”.

El *a quo* admitió este rubro solo parcialmente, ponderando que si bien en la pericia psicológica practicada en la causa se dictaminó que la actora presentaba un síndrome depresivo moderado como consecuencia del hecho de marras, estimó que ello no bastaba para llegar a la convicción de que la capacidad laboral de aquélla pudiera haberse visto afectada por el accionar de la emplazada, dado que se trataba de una persona jubilada que realizaba actividades de voluntariado y ayuda a personas carenciadas en una iglesia, motivo por el cual sólo admitió por este concepto la suma de *pesos cinco mil setecientos sesenta (\$ 5.760)* para afrontar el tratamiento psicoterapéutico de apoyo de frecuencia semanal, con una extensión anual, aconsejado por el perito.

Sin embargo, la accionante *Silva Silva* criticó esa decisión del sentenciante de grado, no sólo porque no tuvo por acreditado el “daño psicológico” invocado, pese a que el perito médico concluyó que ella presentaba una incapacidad parcial y permanente del dieciséis por ciento (16%) de la total obrera a raíz del hecho de marras, sino también porque la suma reconocida resultaría insuficiente para afrontar el tratamiento psicológico aconsejado por el experto. Cuestionó, asimismo, que el monto resarcitorio hubiera sido determinado a la fecha de la sentencia, cuando habría correspondido hacerlo a la del incumplimiento de la accionada, debiendo correr desde entonces los réditos respectivos.

Por su parte, la demandada “*Asisst-Card*” se agravió de que el *a quo* hubiera admitido este rubro en forma autónoma pese a que se encontraría subsumido dentro del “daño moral”, el cual tampoco resultaría procedente. Subsidiariamente, sostuvo que su negativa a afrontar los gastos médicos de la actora no podría considerarse un hecho generador del “daño psicológico” alegado.

Ante todo debe comenzar por anticiparse que, de acuerdo al criterio de esta Sala, sólo existe en nuestro ordenamiento el “*daño patrimonial*” (al que refieren los arts. 519, 1068 y 1069 del Código Civil) y el “*daño moral extrapatrimonial*” (previsto en los arts. 522 y 1078 del mismo cuerpo legal), es decir que no existe un tercer género (conf. esta CNCom., esta Sala A, 18/12/2007, mi voto, *in re: “Saucedo Bibiana Azucena c/ Transportes Metropolitano General Roca S.A. s/ Ordinario”*; *idem*, 11/07/2006, “*Miller Ángela Lidia c/ Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. s/ Ordinario*”; *bis idem*, 08/07/2005, *in re: “Molica de Tobares Dora Irma c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros*”; *ter idem*, Sala B, 14/12/04, *in re: “Maillot González Iris Raquel c/ Obra Social de la Industria del Plástico s/ Sumario*”; entre otros).

De ello se sigue que, en principio, no existiría un daño “*psicológico*” como daño patrimonial independiente del daño moral y que, por ello, en estricta ortodoxia, hubiese correspondido incluir las consecuencias psicológicas provocadas en la persona de la actora a raíz de la negativa de la emplazada a afrontar los gastos generados por su atención médica en la Ciudad de *Santiago de Chile* dentro del resarcimiento por daño moral. Así lo hace usualmente esta Sala.

Sin embargo, debido a que en el *sub lite* la reparación por “daño psicológico” fue fijada *ab initio* como un ítem inherente al daño patrimonial independiente del “agravio moral”, estimo inconveniente y hasta incompatible con una adecuada estructuración lógica de este pronunciamiento efectuar a esta altura del procedimiento una recalificación que afectaría el principio de economía procesal. Ello impone aceptar el encuadramiento propuesto por la parte actora y admitido por el Juez en su sentencia y tratar el “*daño psicológico*” en forma independiente del “*daño moral*”, sin perjuicio de aclarar que aquello que sea atribuible al rubro en cuestión (o sea, daño psicológico propiamente dicho, excluido el costo del tratamiento psicoterapéutico) se entenderá comprendido en el resarcimiento otorgado por daño moral, con lo que se evita una

superposición de rubros en el resarcimiento de conceptos que, en definitiva, no son sino un mismo y único daño.

Sentado lo expuesto, cabe recordar que el daño psicológico se configura cuando se produce una alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, el cual es resarcible siempre que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y en tanto entrañe una significativa descompensación que perturbe la integración del sujeto en el medio social (conf. esta CNCom, Sala E, 12/09/1995, *in re: "Torres Villar, Verónica c/ De Mito, Norberto s/ Sumario"*).

Considero, entonces, que no es discutible que corresponda otorgar a la demandante *Silva Silva* una reparación por este concepto ya que quedó determinado a través de la prueba pericial psicológica que la situación generada por la ilegítima negativa de "*Assist-Card*" a afrontar el costo del tratamiento médico que recibiera en la Ciudad de *Santiago de Chile* constituyó para aquella un hecho (agente estresante) que produjo un evento de magnitud e intensidad psíquica suficiente para afectarla emocionalmente, generando un cuadro depresivo moderado (véase explicación brindada por el perito médico *Raño* a fs. 369 vta., primer párrafo) que incidió en las esferas intelectual, afectiva y volitiva, limitando su capacidad de goce individual, laboral y familiar, lo que le ha generado un trastorno por estrés postraumático, crónico moderado y una incapacidad psicológica, parcial y permanente, del orden del *dieciséis por ciento (16%)* (véanse respuestas del perito médico *Chovet* a fs. 283 vta., último párrafo y a fs. 284 vta., punto c).

No paso por alto que la peritación psicológica fue impugnada por la accionada "*Assist-Card*" (véanse fs. 305/307 y fs. 373/379). Sin embargo, considero que para que las conclusiones emanadas del experto no sean tenidas en cuenta por este Tribunal es de menester arrimar evidencias capaces de convencer de que los datos proporcionados por el especialista son insuficientes. Es sabido que aún cuando los resultados del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ella se requiere, cuando menos, que se le opongan otros elementos no menos convincentes (CSJN, 13/08/1998, *in re: "Soregaroli de Saavedra, María Cristina c/ Bossio, Eduardo César y otros"*, Fallos, 321:2118). Es que la amplia libertad de los magistrados para apreciar dictámenes como el que nos ocupa, no implica la concesión de una facultad para apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo, como pretende la apelante, máxime cuando el perito médico *Raño* –quien, se reitera, fuera designado en reemplazo del fallecido *Chovet*- brindó a fs. 368/370 y fs. 381/382 acabada respuesta a los planteos efectuados por la empresa demandada.

Habida cuenta de ello y encontrándose suficientemente probada la existencia de relación causal entre el daño de tipo psicológico padecido por *Silva Silva* y la situación de desamparo generada a raíz de la negativa injustificada de "*Assist-Card*" a afrontar el costo del tratamiento médico que recibiera aquella en la Ciudad de *Santiago de Chile*, no cabe sino admitir la procedencia de una reparación por ese perjuicio. Sin embargo,

tal reparación se verá adecuadamente compensada –como se anticipara– con el resarcimiento que se otorgue en concepto de *daño moral*, razón por la cual lo único que cabría resarcir, independientemente de aquél, por el concepto bajo análisis, es el *tratamiento psicoterapéutico* que aquélla necesitaría a fin de que – eventualmente– recupere o, al menos, disminuya la incapacidad psicológica padecida a raíz del infortunio, rubro que no puede considerarse compensado con aquélla otra reparación.

En tal contexto, ponderando que el perito *Chovet* aconsejó que la actora realice un tratamiento psicoterapéutico con una frecuencia semanal y con una extensión de un (1) año, a un costo de pesos ciento veinte (\$ 120) cada sesión (véase fs. 284 vta., punto b) y recurriendo al criterio de estimación prudencial que debe orientar la labor de los magistrados en materia de daños y perjuicios –art. 165 CPCC–, estimo que la suma acordada por este concepto en la sentencia apelada resulta algo reducida, por lo que propiciaré su elevación a la de *pesos seis mil doscientos cuarenta (\$ 6.240)*, monto calculado a la fecha de acaecimiento de la mora conforme a lo establecido en el propio pronunciamiento –extremo que no fue cuestionado ante esta Alzada–, esto es, aquella en la que la accionada debió prestar la asistencia requerida por la actora – 10/12/2007–, debiendo correr desde entonces los intereses correspondientes hasta la fecha del efectivo pago.

(iii.) El “daño moral” derivado del incumplimiento contractual.

El sentenciante de grado reconoció por este rubro la suma de *pesos treinta mil (\$ 30.000)*, con fundamento en que la situación que afrontó la actora a raíz del hecho de marras debió tener la entidad suficiente para provocar el “*daño moral*” invocado.

La demandada se agravó por cuanto fue condenada a reparar el “*daño moral*”, pese a que, tratándose el caso *sub examine* de un supuesto de responsabilidad contractual, dicho perjuicio no se presume y debe ser evaluado con carácter restrictivo, cuando en la especie dicho daño no se hallaría acreditado. La accionante, por su parte, criticó el monto indemnizatorio acordado por considerarlo *exiguo*, además de que hubiese sido fijado al momento del pronunciamiento en vez de hacerlo a la fecha del incumplimiento de la emplazada.

Vale la pena recordar que, con relación al resarcimiento de este tipo de daño en materia contractual, se ha dicho que su apreciación debe ser efectuada con criterio restrictivo, teniendo en cuenta que no se trata de una reparación automática tendiente a resarcir las desilusiones, incertidumbres y disgustos, sino solamente determinados padecimientos espirituales que, de acuerdo con la naturaleza del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso, así lo hagan menester –art. 522 Código Civil– (conf. esta CNCom., esta Sala A, 27/11/2007, mi voto, *in re: “Sudaka S.R.L. c/ Pol-Ka S.A.”*; *idem*, 12/12/2006, *in re: “BVR c/ Banco Francés”*; *bis idem*, 28/12/1981, *in re: “Zanetta Victor c/ Caja Prendaria S.A. Argentina de Ahorro para Fines Determinados”*; *ter idem*, 13/07/1984, *in re: “Coll Collada Antonio c/ Crespo S.A.”*; *quater idem*,

28/02/1985, *in re*: “Vanasco Carlos A. c/ Pinet Casa”; *quinquies idem*, 13/03/1986, *in re*: “Pazos Norberto c/ Y.P.F. y otros”; *sexies idem*, Sala C, 19/09/1992, *in re*: “Farre Daniel c/ Gerencial Fondo Administrador S.A. de Ahorro para Fines Determinados”; *septies idem*, Sala B, 21/03/1990, *in re*: “Borelli Juan c/ Omega Coop. de Seguros Ltda.”; entre muchos otros).

Se ha sostenido también –en esa dirección- que en los supuestos de responsabilidad contractual, en los que la reparación del daño moral se encuentra regida por el art. 522 del Código Civil, la regla de que está a cargo de quien lo reclama la acreditación de su concreta existencia cobra especial significación. Y esto es así porque, si la noción de daño moral se halla vinculada al concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales, aparece como evidente que no puede ser equiparable ni asimilable a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones propias de todo incumplimiento contractual, en tanto estas vicisitudes son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial (conf. Borda Guillermo, “*La Reforma al Código Civil*”, E.D., 29-763), razón por la cual es exigible que quien lo invoque acredite las especiales circunstancias a las que la ley subordina la procedencia de este resarcimiento (conf. esta CNCom., esta Sala A, 10/04/2008, mi voto, *in re*: “*Gazzaniga, Jorge Antonio y otros c/ Bank Boston N.A. y otro*”).

Véase que si todo incumplimiento contractual es en principio revelador de la culpa del deudor, no parece tampoco que esta última resulte de suyo suficiente para acoger todo reclamo por reparación del daño en cuestión en los supuestos de responsabilidad contractual, ya que, de ser así, no tendría razón de ser la limitación que para su procedencia determina la norma antes citada, cuando supedita tal reparación a la “*índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso*”. En este terreno el Juez debe discernir lo que es la angustia propia del mundo de los negocios, de la afectación de aquellos intereses que atañen profundamente la esfera íntima del ser humano (conf. esta CNCom., esta Sala A, 10/04/2008, mi voto, *in re*: “*Gazzaniga...*”, *cit. supra*).

En su escrito inaugural, la accionante adujo que “*...la experiencia vivida (...) en razón del incumplimiento de la demandada en la ocasión ha transformado para siempre (su) forma de ser, sentir, pensar, etc...*” (véase fs. 84, último párrafo), agregando que, “*habiendo sido una persona confiada, sociable, afectuosa, activa, jovial, trabajadora y plena, luego del evento se ha transformado en un ser desconfiado, fóbico, nervioso, sufriendo aún al presente síntomas graves de depresión, insomnio, autodesvaloración, fobias, aislamiento, ansiedad, apatía, desgano y hasta sufre episodios de agorafobia y ataques de pánico, se ha retraído y han aparecido en ella síntomas de paranoia*” (véase fs. 84 vta., anteúltimo párrafo).

En ese sentido, ha quedado demostrado –como se determinó *ut supra*- que *Silva Silva*, a causa de la injustificada negativa de la demandada “*Assist-Card*” a afrontar los gastos correspondientes a la atención médica que le fuera brindada a aquélla en la “*Clínica Las*

Condes”, de la Ciudad de *Santiago de Chile*, padece un trastorno por estrés postraumático que la incapacita en forma parcial y permanente en el dieciséis por ciento (16%) del Valor Obrero Total y Total Vida (véase fs. 284 vta., respuesta al punto c). En consecuencia, teniendo en cuenta que el “daño psicológico” se encuentra comprendido dentro del “daño moral”, pero considerando que el perjuicio en el plano psicológico excede al resarcimiento por el costo del tratamiento psicológico, corresponde otorgar también un resarcimiento complementario en ese plano.

En esa inteligencia y en atención a la índole del hecho generador del daño, tiempo transcurrido y demás circunstancias del caso, recurriendo al ya referido criterio de estimación prudencial (art. 165 CPCC), estimo que el monto de *pesos treinta mil (\$ 30.000)* concedido en el fallo apelado resulta razonable, debiendo –por ende– ser confirmado, conclusión ésta que no cabe hacer extensiva al criterio de su justipreciación a la fecha del pronunciamiento, por lo que propiciaré la modificación de la sentencia en ese aspecto, correspondiendo –en consecuencia– fijar dicho resarcimiento al momento en que se produjo la mora, esto es, aquel en el que la demandada debió prestar la asistencia requerida por la actora –10/12/2007–, siendo a partir de esa fecha que habrán de correr los intereses correspondientes hasta la del efectivo pago.

(4.) Las tasas de interés aplicables.

Resta analizar los agravios de las partes relacionados con el cómputo de los intereses.

La actora se quejó en ese sentido porque el *a quo* no estableció tasa de interés alguna para el supuesto de que la demandada incurriera en mora en el cumplimiento de la sentencia.

Por su parte, la accionada se agravió de la tasa del ocho por ciento (8%) anual en dólares estadounidenses fijada en la sentencia apelada por considerarla elevada, solicitando su reducción a una índice no mayor al cuatro por ciento (4%) anual.

En lo tocante a las sumas acordadas en pesos, más allá de la modificación del “*dies a quo*” del cómputo de los intereses decidida *ut supra*, lo cierto es que en la sentencia apelada se omitió determinar cuál es el tipo de rédito aplicable, correspondiendo –en consecuencia– establecer como tal la tasa activa percibida por el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta (30) días (conf. esta CNCom., en pleno, 27/10/1994, *in re: “S.A. La Razón s/ quiebra s/incidente de pago de los profesionales”*), no capitalizables (conf. doctrina plenaria del fuero, 25/08/2003, *in re: “Calle Guevara, Raúl (Fiscal de Cámara) s/ revisión de plenario”*, JA 2003-IV-567).

Respecto de los réditos correspondientes a la suma de dólares estadounidenses reconocida en el considerando **IV**, punto **(3.) (i.)**, cabe recordar que al momento de establecer la tasa aplicable los Jueces no se hayan sujetos a fórmulas rígidas, sino que

recurren al criterio de estimación prudencial que debe orientar su labor en materia de daños y perjuicios –art. 165 CPCC-, debiendo para ello tener en consideración las particulares circunstancias del caso concreto bajo análisis. En esa inteligencia, si bien es cierto que este Tribunal usualmente reconoce para operaciones de la naturaleza de las que se examinan una tasa de interés puro del seis por ciento (6%) anual, sin capitalizar, en atención a la falta de pacto expreso a considerar en la especie y demás circunstancias particulares del caso, recurriendo al ya mencionado criterio de estimación prudencial que debe orientar la labor de los magistrados (conf. art. 165 CPCC), estimo que la tasa del *ocho por ciento (8%)* en dólares estadounidenses establecida en el pronunciamiento de grado resulta razonable, por lo que habré de postular su confirmación y –por ende- la desestimación de la queja de la demandada sobre este puntual aspecto.

(5.) Régimen de costas del proceso.

Habida cuenta que lo hasta aquí expuesto determina la modificación – aunque más no sea parcial- de la sentencia apelada, tal circunstancia determina la pérdida de virtualidad de la distribución de costas efectuada en la anterior instancia, debiendo este Tribunal expedirse nuevamente sobre este particular en orden a lo previsto por el art. 279 CPCC, aun cuando producto de esa revisión el resultado termine siendo el mismo, esto es, que las costas sean soportadas por la accionada en su condición de sustancialmente vencida en el litigio.

En efecto. Sabido es que en nuestro sistema procesal los gastos del juicio deben ser satisfechos –como regla- por la parte que ha resultado vencida en aquél. Ello así en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 CPCC) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

Es cierto que ésa es la regla general y que la ley también faculta al Juez a eximir de las costas al vencido, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss. CPCC). Pero ello, esto es, la imposición de las costas en el orden causado o su eximición –en su caso-, sólo procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la *litis*, su resultado o en atención a la conducta de las partes, su regulación requiere un apartamiento de la regla general (conf. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, T° I, pág. 491).

De los antecedentes de este litigio surge que la accionante *Silva Silva* inició el presente proceso con el objeto de obtener la indemnización de los daños y perjuicios que le irrogó la negativa de la emplazada “*Assist-Card*” a afrontar –en el marco de un contrato de “asistencia al viajero”- los gastos generados a raíz del servicio médico que le fue brindado a aquélla en la Ciudad de *Santiago de Chile*. En autos quedó acreditado que la

demandada se negó infundadamente a afrontar el costo de la atención médica de la actora, incumpliendo de esta manera una de las obligaciones contractuales a su cargo.

De ello se desprende que fue el obrar ilegítimo de la accionada *“Assist- Card”* la que motivó el presente reclamo judicial y por lo cual terminó siendo responsabilizada por los daños y perjuicios ocasionados a la accionante *Silva Silva*, habiéndose admitido como consecuencia de ello la acción incoada, más allá de que ella no haya prosperado en forma íntegra. No se advierte entonces fundamento que se aprecie suficiente a los fines de desvirtuar el principio general antes apuntado, por lo que estimo que la imposición de costas a la demandada en su calidad de vencida en el proceso, resulta ser la solución más adecuada a las circunstancias del *sub lite*.

Y a dicha solución no la enerva –reitero- el hecho de que la demanda no haya prosperado por la totalidad de los montos reclamados originariamente, pues, aún no habiendo progresado íntegramente la pretensión esgrimida, las costas deben ser soportadas por la accionada ya que, en definitiva, ésta ha resultado sustancialmente vencida en la contienda.

Comparto –en este sentido- el criterio jurisprudencial que propugna, en las acciones de daños y perjuicios, la imposición de costas a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio, de acuerdo a una apreciación global de la controversia y con independencia que las reclamaciones del perjudicado hayan progresado parcialmente con relación a la totalidad de los rubros o montos pretendidos, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos (conf. esta CNCom., esta Sala A, 06/10/1989, *in re: “Cichelli, José c/ Hilu Hnos. S.A.”*; *idem*, 31/03/1993, *in re: “Pantano Ventura c. España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros s/ Sum.”*; *bis idem*, 08/11/2002, *in re: “Stagno, Carlos Alberto c/ Banco Río de la Plata S.A. s/ Ordinario”*; *ter idem*, 16/06/1992, *in re: “Consevik S.A. c/ Ventura, Sebastián”*; *quater idem*, Sala C, 14/02/1991, *in re: “Enrique R. Zenni y Cía. S.A. c/ Madefor S. R. L. y Otro s/ Ordinario”*; *quinqües idem*, 22/12/1999, *in re: “Burgueño, Walter Ricardo c/ Banco Mercantil S. A. s/ Ordinario”*; *sexies idem*, 12/12/2003, *in re: “Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión c/ Torneos y Competencias S.A. s/ Ordinario”*; *septies idem*, 30/12/2003, *in re: “Marcolín Carlos Alberto c/ Resero Sociedad Anónima Industrial, Agropecuaria, Comercial y Financiera s/ Ordinario”*; entre muchos otros).

Voto pues, como lo referí *ut supra*, por que se impongan las costas del juicio en ambas instancias a la demandada *“Assist-Card”*, dada la circunstancia de haber resultado sustancialmente vencida en ellas, conforme al criterio expuesto en los considerandos anteriores (arts. 68 y 279 CPCC).

V.- CONCLUSIÓN

Por todo lo hasta aquí explicitado propongo –entonces- al Acuerdo:

(i.) Admitir parcialmente los recursos de apelación interpuestos tanto por la accionante *María Angélica Silva Silva*, como por la demandada “*Assist-Card Argentina S.A. de Servicios*” y, en consecuencia, modificar la sentencia apelada disponiendo reducir el resarcimiento acordado en concepto de “*reembolso de gastos médicos*” a la suma de *dólares estadounidenses doce mil (U\$S 12.000)*; elevar la suma reconocida para afrontar los “*gastos de tratamiento psicoterapéutico*” a *pesos seis mil doscientos cuarenta (\$ 6.240)*, importe calculado a la fecha de acaecimiento de la mora –10/12/2007-, con más los correspondientes intereses calculados desde esa fecha y hasta el efectivo pago; fijar el monto resarcitorio en concepto de “*daño moral*” al momento de la mora –10/12/2007- y reconocer el devengamiento de intereses desde esa fecha y hasta el efectivo pago; y establecer que los montos de condena en pesos devengarán intereses a la tasa que percibe el BNA para sus operaciones de descuento a treinta (30) días, sin capitalizar;

(ii.) Confirmar el pronunciamiento apelado en todo lo demás que fue materia de agravio;

(iii.) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida, en virtud de las razones indicadas en el considerando **IV**, punto **(5.)** (conf. artículos 68 y 279 CPCC).

Así voto.

La ***Dra. María Elsa Uzal*** dijo:

Comparto con el distinguido Colega preopinante, Dr. Alfredo A. Kölliker Frers, la descripción y la valoración de los hechos que efectúa en su ponencia y la caracterización jurídica de su encuadramiento. Sólo he de agregar una distinción conceptual que, en mi parecer, cabe efectuar en el caso, pues discrepo parcialmente con su enfoque.

En efecto, comparto como criterio que cabe, estrictamente, hablar de *daño psíquico* cuando se hace referencia a aquel daño que puede tener incidencias en el cuerpo humano (su psiquis) y ello ocurre, cuando llega a ser incapacitante, por lo que habrá de apreciarse como pérdida de aptitudes físicas en la/s víctima/s y, por ello, debe ser indemnizado *en cuanto se traduzca en un perjuicio económico*.

De otro lado, en cambio, cuando el daño que se traduce como “*daño psicológico*” hace referencia a los dolores o sufrimientos íntimos que caracterizan al daño o agravamiento moral, que – pese a su inmaterialidad- puede ser indemnizado pecuniariamente al carecerse de otro medio para mitigar el dolor de la víctima, este concepto se sobrepone a la pretensión de daño moral y corresponde, en su caso, brindar tratamiento en conjunto a ambos planteos.

Conforme a ello, en el concreto caso que nos ocupa, encuentro configurado un daño psíquico –síndrome depresivo moderado- que torna procedente, atento a la relación causal probada entre los hechos del caso y ese daño –véase peritación de fs.283 vta./284- el *tratamiento terapéutico* dirigido a su reparación.

También he de concordar con el Colega preopinante, en la pertinencia de elevar el monto a conceder como indemnización por ese ítem hasta el valor propuesto de \$6.240.

De otro lado, también coincido en que no se encuentra suficientemente configurada en el caso la incapacidad laboral parcial y permanente susceptible de provocar una reparación, adicional, que se pide por ese concepto. Ello, atendiendo a las condiciones personales de la accionante que la alejan de exigencias laborales actuales, donde puedan evidenciarse secuelas perjudiciales de la afección psíquica -susceptible de tratamiento-, aptas para adquirir una incidencia dañosa que dé lugar a resarcimiento.

Con esta precisión conceptual pues, coincido también con la valoración que se realiza en concepto de daño moral, con el resarcimiento propuesto a su respecto y con la concreta solución final brindada al caso en la ponencia precedente.

He aquí mi voto.

Por análogas razones, la Señora Juez de Cámara ***Dra. Isabel Míguez*** adhiere al voto del Dr. Kölliker Frers y a los fundamentos de la Dra. Uzal.

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los Señores Jueces de Cámara Doctores:

Valeria Cristina Pereyra Prosecretaria de Cámara

Alfredo A. Kölliker Frers

María Elsa Uzal (por sus fundamentos)

Buenos Aires, 12 de marzo de 2015.

Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se resuelve:

(i.) Admitir parcialmente los recursos de apelación interpuestos tanto por la accionante *María Angélica Silva Silva*, como por la demandada *“Assist-Card Argentina S.A. de Servicios”* y, en consecuencia, modificar la sentencia apelada disponiendo reducir el resarcimiento acordado en concepto de *“reembolso de gastos médicos”* a la suma de *dólares estadounidenses doce mil (U\$S 12.000)*; elevar la suma reconocida para afrontar los *“gastos de tratamiento psicoterapéutico”* a pesos seis mil doscientos

cuarenta (\$ 6.240), importe calculado a la fecha de acaecimiento de la mora -10/12/2007-, con más los correspondientes intereses calculados desde esa fecha y hasta el efectivo pago; fijar el monto resarcitorio en concepto de “daño moral” al momento de la mora -10/12/2007- y reconocer el devengamiento de intereses desde esa fecha y hasta el efectivo pago; y establecer que los montos de condena en pesos devengarán intereses a la tasa que percibe el BNA para sus operaciones de descuento a treinta (30) días, sin capitalizar;

(ii.) Confirmar el pronunciamiento apelado en todo lo demás que fue materia de agravio;

(iii.) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida, en virtud de las razones indicadas en el considerando **IV**, punto **(5.)** (conf. artículos 68 y 279 CPCC);

(iv.) En cuanto a los recursos de apelación en materia arancelaria, atento lo resuelto precedentemente en materia de costas y dado que conforme lo normado por el art. 279 del Código Procesal incumbe a este Tribunal la fijación de los respectivos estipendios, déjase sin efecto la regulación de fs. 434.

Conforme el monto comprometido en la presente *litis*, con inclusión de intereses, atento las etapas efectivamente cumplidas y merituando la labor profesional desarrollada por su eficacia, extensión y calidad, se fijan en **pesos treinta y cuatro mil**, en **pesos dieciocho mil**, en **pesos siete mil trescientos**, en **pesos trescientos**, en **pesos cuatro mil**, en **pesos dos mil quinientos** y en **pesos tres mil doscientos noventa** los honorarios de la doctora **Silvia Alejandra Gómez**, del doctor **Lino Alberto Palacio**, del doctor **Raúl Silvio Imposti**, de la doctora **Ángela Catalina Sorace**, del perito médico **Jorge Eduardo Chovet**, del perito médico **Rubén Néstor Raño** y de la doctora **Miriam R. N. Gini**, respectivamente (arts. 6, 7, 9, 13, 19, 37 y 38 de la ley 21.839, modif. por la ley 24.432; anexo III, art. 1, inc. g), del Dto. 1467/11, reglamentario de la ley 26.589);

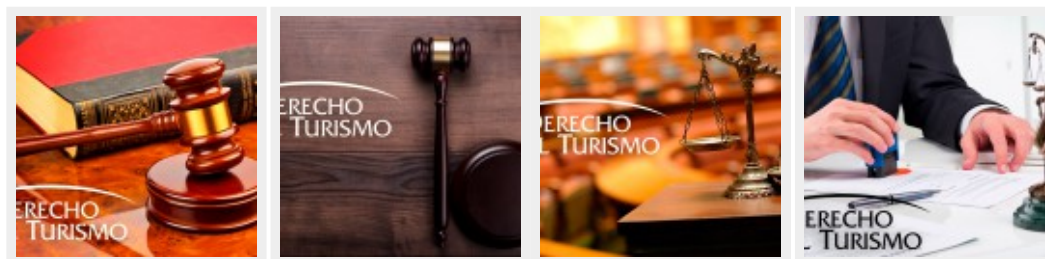
(v.) Notifíquese a las partes. Fecho, devuélvase a primera instancia, encomendándose al Señor Juez *a quo* disponer las restantes notificaciones; y

(vi.) A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1° de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN y con el objeto de implementar esa medida evitando obstaculizar la normal circulación de la causa, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ, una vez transcurridos treinta (30) días desde su dictado, plazo durante el cual razonablemente cabe presumir que las partes ya habrán sido notificadas. Alfredo Arturo Kölliker Frers, Isabel Míguez y María Elsa Uzal (por sus fundamentos). Ante mí, Valeria Cristina Pereyra. Es copia del original que corre a fs. 519/533 de los autos de la materia.

BUSCADOR SITIO WEB

 Buscar

COMPARTIR



NOTICIAS MÁS LEIDAS

ARTÍCULOS **Coronavirus y turismo. Cancelaciones y responsabilidad de las empresas**

En el artículo se analiza particularmente la cuestión referida a las cancelaciones de servicios turísticos contratados, ante la pandemia.

15 Abril 2020

ARTÍCULOS **El Derecho del Consumidor y las Agencias de Viajes.**

El derecho del Consumidor y las Agencias de Viaje. Perspectivas y Previsiones frente al cambio. Publicado en "Derecho del Turismo", Edt. Fundación Universitaria. Autora: Karina Barreiro

15 Noviembre 2006

ARTÍCULOS **Responsabilidad de las Agencias de Viajes**

El artículo analiza el ordenamiento vigente en relación a la responsabilidad de las agencias de viajes

21 Junio 2016

ARTÍCULOS **El contrato de hospedaje y la responsabilidad de consumo**

Comentario al fallo "Onnorato, Viviana c/LLao LLao Resorts": La Cámara Comercial responsabilizó al hotel por las quemaduras sufridas por una menor al ser higienizada por su madre en el cuarto del hotel.

25 Octubre 2012

ARTÍCULOS **Contrato de Viaje - Responsabilidad de las Agencias de Viajes frente a los usuarios**

Disertación de la Dra. Karina Barreiro sobre el Contrato de Viaje y la responsabilidad de las agencias de acuerdo a las reformas proyectadas, en el marco de la Jornada de Análisis y Debate organizada por el Observatorio de Derecho del Turismo de la Facultad de Derecho UBA.

27 Septiembre 2012

Este sitio fue creado en el año 2006 por la Dra. Karina M. Barreiro, como herramienta para el intercambio de información entre profesionales de la especialidad y estudiantes de la materia derecho del turismo.

La jurisprudencia aquí publicada es relevada por el equipo de trabajo del Observatorio de Derecho del Turismo de la Facultad de Derecho de la UBA.

NOTICAS MÁS LEIDAS



Coronavirus y turismo. Cancelaciones y responsabilidad de las empresas

15 Abril 2020



El Derecho del Consumidor y las Agencias de Viajes.

15 Noviembre 2006



Responsabilidad de las Agencias de Viajes

21 Junio 2016