

Accion De Danos Y Perjuicios Incumplimiento Contractual Defensa Del Consumidor Responsabilidad De Las Mutuales Intervencion Quirurgica

JURISPRUDENCIA

Acción de daños y perjuicios. Incumplimiento contractual. Defensa

del consumidor. Responsabilidad de las mutuales. Intervención quirúrgica Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios contra una mutual, por no haber cubierto oportunamente la intervención quirúrgica del actor, ante la arbitrariedad de su conducta, al vedar el acceso a las técnicas terapéuticas más modernas y seguras, privando al enfermo de los adelantos que el progreso científico incorpora, y desnaturalizando así el régimen propio de la salud. En la

ciudad de Mar del Plata, a los 12 días de Julio de 2016, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "S. J. J. A. C/ MUTUAL FEDERADA 25 DE JUNIO S.P.R. S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélide I. Zampini y Rubén D. Gérez. El Tribunal resolvió plantear y

votar las siguientes CUESTIONES: 1) ¿Corresponde decretar la nulidad de la sentencia dictada a fs. 254/273, aclarada a fs. 277? 2) ¿En caso negativo, es justa la sentencia de fs. 254/273, aclarada a fs. 277? 3) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO: I) Dicta sentencia

la Sra. Juez de Primera Instancia, resolviendo rechazar los planteos de inconstitucionalidad del art. 3° de la ley de Defensa del Consumidor y de incompetencia opuestos por la demandada, y luego haciendo lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por el Sr. J. A. S. J. contra Mutual Federada 25 de Junio S.P.R., condenando a ésta última a abonar al actor la suma de \$?, con más intereses y costas. Para así decidir, expone inicialmente que es de aplicación el régimen reglado por el Código Civil (texto según ley 17.711) y la Ley de Defensa del Consumidor, y explica que el art. 3 de esta última no deviene inconstitucional, por ajustarse al art. 42 de la Constitución Nacional. En lo atinente al rechazo del planteo de incompetencia, argumenta que la cláusula

predispuesta de prórroga de competencia resulta inválida, dado que ha sido inserta en un contrato de adhesión que regula una relación de consumo. De seguido analiza la responsabilidad, y a tal efecto encuadra la cuestión dentro del ámbito de la responsabilidad contractual y luego considera probado que el accionante se encuentra asociado en la Mutual demandada. Así también expone, en base a los elementos aportados, que no advierte que la "esplenectomía laparoscópica" no se encuentre dentro del elenco de prestaciones que cubre esta última, e indica que recaía sobre la accionada la carga de acreditar que se encontró exenta de tener que cubrir la práctica médica de referencia, de acuerdo al principio de las cargas probatorias dinámicas. Argumenta además que la circunstancia de no estar incluida en el PMO no la excluye por sí sola de las condiciones particulares de la relación, luego detalla los derechos que le asiste al actor en su condición de consumidor y pone de relieve la trascendencia de los derechos a la vida y a la salud, concluyendo que el actor ha demostrado una actitud arbitraria de la parte contraria, al negarle cobertura de la intervención quirúrgica laparoscópica. Finalmente, se expide en relación a los rubros indemnizatorios reclamados, declarando

precedente los conceptos "daño emergente" por la cantidad de \$?, "daño moral" por \$? y "daño punitivo" por la suma de \$?, conceptos éstos que son admitidos con más intereses (por los dos primeros), a calcularse a partir de la mora según la denominada "Tasa pasiva - Plazo digital a treinta días" (BIP) en su modalidad tradicional. II) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 279 por el Dr. Carlos D. Florio, en su carácter de apoderado de la parte demandada, fundando su recurso a fs. 281/302 a través de la Dra. María V. Dolan, quien también reviste la calidad de apoderada de la accionada, con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 311/321. III) Agravia en primer lugar a la recurrente que, en la sentencia apelada, la a quo haya aplicado una ley derogada (Código Civil según ley 340) y haya resuelto una cuestión no planteada bajo el acápite "Respecto al derecho aplicable al caso", no resolviendo cuestiones planteadas que consisten en haber afirmado que a la relación jurídica existente entre el asociado y su mutual no le es aplicable la normativa del contrato, ni la Ley 24.240. A tal efecto, aduce que la sentencia resulta arbitraria e incongruente y que en base a ello debe declararse la nulidad de la misma o, en su defecto, acogerse el recurso y revocar la sentencia.

Seguidamente afirma que la sentencia es arbitraria por haber considerado que no resulta controvertido el vínculo jurídico existente entre las partes, pues aduce que ello se contrapone con las constancias de autos, al haber oportunamente argüido que no existe relación contractual. Advierte además que se ha condenado a la sucesión de Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. y que se ha demandado a Mutual Federada 25 de Junio S.P.R., y luego refiere que la sentencia se sustenta en fundamentos aparentes, al haberse incluido citas doctrinarias y jurisprudenciales que no resuelven las cuestiones aquí discutidas y que se basan en normas derogadas. Aduce también que la sentencia se sustenta en prueba inexistente, al considerar probada una relación contractual de adhesión y de

consumo. Así también expresa que la resolución prescinde de prueba decisiva, dado que se ha valorado parcialmente la prueba pericial médica y el Reglamento de servicios médico asistenciales de la entidad demandada y los arts. 7 de la ley 26.682 y 7 del decreto reglamentario 1993/2011, y entiende que dichos elementos son decisivos a los fines de establecer si la Mutual se encuentra obligada a brindar la cobertura pretendida. En base a todo ello aduce nuevamente que la sentencia resulta arbitraria, incongruente y contradictoria, y requiere que se declare la nulidad de la misma o, en su defecto, que se acoja el recurso y se revoque la sentencia. Detalla además que la Juez de grado ha afirmado que la circunstancia de no estar incluida en el PMO no la excluye por sí sola de las condiciones particulares de la relación, y entiende que ello se contrapone con la doctrina de la Corte Suprema que surge del caso "L., E. S. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ Amparo". Refiere también que existe una auto-contradicción al haber determinado la a quo que es aplicable al caso el Código de Velez, para luego hacer aplicación del art. 1735 del nuevo Código Civil y Comercial, y a todo evento manifiesta que la facultad allí prevista sólo puede utilizarse previa comunicación de que se aplicará ese criterio. En lo que respecta al rubro "daño emergente" admitido, manifiesta que el Reglamento de servicios médicos asistenciales excluye de cobertura a la mentada modalidad de cirugía y que el fallo se sustenta en normas derogadas, y reitera que no existe relación contractual, por lo que entiende que no puede haber responsabilidad civil y/o contractual de su parte. En lo atinente al rubro "daño moral", considera que la sentencia carece de sustento fáctico y normativo, y expresa a tal efecto que no existe relación contractual, que el actor no lo ha probado y que la resolución se sustenta en normas derogadas. En cuanto al rubro "daño punitivo", indica que la sentencia se basa en la existencia de una relación contractual, de adhesión con cláusula predispuesta y de consumo regulada por la ley 24.240, extremos éstos que son rechazados por el apelante.

IV) Antes de pasar a analizar los agravios traídos a esta instancia, relataré los ANTECEDENTES DE LA CAUSA: A fs. 27/35 se presenta el Dr. José María Benzo, en nombre y representación de J. A. S. J., y promueve demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual contra Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. por la suma de \$?, o lo que más o en menos resulte de la prueba a producirse, con más inteseses, costos y costas del presente proceso. Expone que su mandante se encuentra afiliado a la Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. desde finales de octubre del año 2007, cumpliendo en tiempo y forma con el pago de las cuotas y demás obligaciones correspondientes al carácter de afiliado, y denuncia que padece la enfermedad conocida como PTI (Púrpura TrombositopénicaIdeopática), causada por un defecto en el número de plaquetas circulantes en la sangre, siendo un síntoma de la enfermedad la formación de equimosis, hematomas y hemorragias, por lo que le es indicado el suministro sistemático de corticoides en altas dosis. Relata que cuando dicho suministro de corticoides no consigue la cura de la enfermedad, se encuentra indicada la esplenectomía, esto es, un procedimiento quirúrgico para la extracción del bazo, y expone que ante la frustración del suministro de corticoides, al actor le fue prescripta la esplenectomía laparoscópica para fines de agosto de 2013. Afirma que el fundamento de que la intervención quirúrgica sea mediante laparoscopia radica en evitar el profuso sangrado que por defecto de la coagulación por deficiencia plaquetaria le generaría al actor una intervención convencional, poniendo en riesgo su vida. Indica que formulado el requerimiento ante la demandada, el actor comenzó a realizar los estudios prequirúrgicos de rigor, como así también la ingesta de medicación al efecto, programándose como fecha de operación el día 18 de Septiembre de 2013 en el Hospital Privado de Comunidad de esta ciudad. Continúa relatando que el día 17 de Septiembre de dicho año se hizo presente el actor en el citado nosocomio, para entrevistarse con el galeno encargado de la operación, y encontrándose a horas de la intervención quirúrgica le es informado que si bien la mutual prepaga había autorizado la anestesiología necesaria para la intervención laparoscópica, no había autorizado la realización de dicha técnica, sino la intervención quirúrgica convencional. Aduce que tal noticia y la desesperación que le provocó al actor, quien se encontraba en pleno tratamiento prequirúrgico, motivó que tuviera que recurrir a la ayuda de familiares y amigos para conseguir dinero, y una vez garantizado el pago de la operación, que fue cancelada por la suma de \$? en fecha 20/09/2013, fue sometido a la esplenectomía laparoscópica que le fuera indicada. Luego se expide sobre el denunciado incumplimiento que le imputa a la demandada, como así también sobre la normativa que entiende aplicable, y sostiene que el PMO no es una norma cerrada, ni rígida. Finalmente, liquida en concepto de daños la suma de \$? por daño emergente, \$? por daño moral, y la cantidad de \$? en concepto de daño punitivo. A fs. 36 se da traslado de la demanda en los términos del proceso sumarísimo, dándose intervención a Ministerio Público Fiscal, quien toma intervención a fs. 37. A fs. 118/126 se presenta el Dr. Carlos Florio, en nombre y representación de la mutual demandada. En primer lugar señala que su representada ha sido notificada en un domicilio diferente del que surge de las constancias de autos, afectándose con ello el derecho de defensa, y luego deduce como defensa de fondo un planteo de incompetencia, argumentando que la actora convino la prórroga de la competencia territorial a favor de la justicia de la provincia de Santa Fe, específicamente en la ciudad de Rosario, y expone en tal sentido que dicha prórroga no afecta el orden público, por ser la competencia territorial prorrogable. Sostiene además que no resulta de aplicación el inc. 3ro del art. 5 del CPC, en razón que el domicilio de su mandante se encuentra en calle Moreno n° ? de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, y se opone también a la aplicación de la ley 24.240, por considerar que la entidad demandada no puede ser encuadrada

como un proveedor, en virtud de tratarse de un mutual amparada bajo la ley 20.321. Afirma que la mutual no desarrolla ni profesional ni ocasionalmente ninguna de las actividades señaladas por el art. 2 de la ley 24.240, ya que no distribuye ni comercializa bienes y servicios, y refiere que ello encuentra fundamento en que la ley de Mutualidades y su estatutos establecen la imposibilidad de hacerlo, por tratarse de una asociación sin fines de lucro. Resalta que tampoco el actor, conforme exige la ley de defensa del consumidor, reviste la calidad de usuario, y refiere en tal sentido que la mutual accionada sólo presta servicios a sus asociados, y para ser asociado a la entidad los aspirantes deben cumplir con lo dispuesto en los arts. 7, 8 y 9 del Estatuto Social, como así también con los artículos 7 y 8 de la ley 20.321, siendo un vínculo inspirado en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales, de conformidad al art. 2 de la ley 20.321, impidiendo esa solidaridad confundir al asociado con el usuario de la ley 24.240. Por último y para el supuesto de considerarse aplicable al caso el art. 3 de la ley 24.240, plantea la inconstitucionalidad del citado artículo y/o de la interpretación que instituye a dicha norma como ley Suprema de la Nación, equiparándola a la Constitución Nacional, por violar el art. 31 de la Carta Magna. A fs. 128/152 la demandada contesta la acción impetrada en su contra. A tal efecto, produce negativas generales y particulares, y luego expresa que su mandante no es una obra social, sino que es una asociación mutual, encontrándose regulada por las leyes 23.660 y 23661. Aduce que tampoco reviste la calidad de agente del seguro nacional de salud y que por ende no se halla inscripta en el Registro que al efecto lleva la ANSSAL, e indica que no reviste la calidad de una entidad comercial de medicina prepaga, las cuales son reguladas por la ley 26.682, que ha derogado de hecho a la ley 24.754, encontrándose su reglamentación en el Decreto n° 1993/2011. Manifiesta que su mandante reviste el carácter de una asociación mutual sin fines de lucro y que se encuentra regulada por la ley de mutualidades n° 20.321, por las resoluciones de la autoridad de aplicación INAES (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social), y su estatuto y reglamento de servicios médico asistenciales, encontrándose actualmente incluida en el art. 1° de la ley 26.682 por decreto n° 1991/2011. Así afirma que las mutuales puedan prestar servicios asistenciales a sus asociados, bajo la supervisión de la INAES, si se inscriben en el Registro de entidades de medicina prepaga que lleva la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, e indica que la accionada se encuentra inscripta en dicho registro bajo el n° ?, manteniendo su Reglamento de servicios médico asistenciales en plena vigencia de la Resolución n° 55/2012 de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación. Expresa también que la normativa del contrato tampoco le resulta de aplicación a las partes, ya que el aspirante para incorporarse a una asociación mutual suscribe una solicitud de ingreso donde se notifica y presta conformidad a las disposiciones reglamentarias y estatutarias, las cuales a partir de su aceptación como asociado regularán la relación en cuanto a los derechos y obligaciones. Manifiesta luego que mantiene el ofrecimiento que en su oportunidad le realizara a la parte actora mediante carta documento n° ?, de fecha 18/10/2013, a través de la cual se le reconocía como reintegro el costo que tiene convenido con el Hospital Privado de Comunidad de Mar del Plata por la esplenectomía por vía tradicional que se encuentra prevista en la PMO, a valores vigentes a la fecha de aceptación de la actora. A fs. 161/164 la actora se expide sobre la respuesta de la contraria y la documentación acompañada, a fs. 165 se abre la causa a prueba por el término de ley, a fs. 178 se proveen los medios de prueba ofrecidos, a fs. 236 se certifica el vencimiento del término probatorio y su resultado, a fs. 244 se da intervención al Sr. Agente Fiscal, obrando a fs. 245/247 el dictamen emitido por dicho funcionario, y a fs. 254/273 el Sr. Juez de Primera Instancia dicta sentencia en los términos expuestos en el "acápite I". V) Trataré en primer lugar el planteo de NULIDAD DE SENTENCIA. Sobre el punto, es necesario destacar que la declaración de nulidad de sentencia requiere la existencia de una irregularidad manifiesta y grave, por lo que no procede cuando los vicios de construcción del fallo son de menor envergadura, o en hipótesis de errores ?in iudicando? que pueden ser reparados mediante el recurso de apelación. En el mismo sentido se ha dicho que el recurso de nulidad contra la sentencia de primera instancia sólo procede ante la existencia de vicios extrínsecos (formales atribuibles a ese pronunciamiento), pero nunca contra los vicios intrínsecos, de juzgamiento, que -de existir- son corregibles por el recurso de apelación también formulado y al que aquél necesariamente accede (art. 253 del CPC; argto. jurisprud. ésta Cámara, Sala III, en la causa ?Scampitelli, Lisandro c/ Vermarajo S.R.L. s/ daños y perjuicios?, sent. int. del 2-03-2010; Sala III, en la causa N°145.132 ?Francano, María Adelia c/ Rossi, Alberto José s/ cobro ejecutivo?, sent. del 16-02-2010; Sala III, en la causa N°145.009 ?Estagna, Juan c/ Domínguez, Adolfo s/ daños y perjuicios?, sent. int. del 15-12-2009; Sala II, en la causa N°125.423 ?Ahalloub, Armando c/ Muchelli, Juan s/ rendición de cuentas?, sent. del 30-11-2010). Ello por cuanto la sentencia en sentido lato y como acto jurisdiccional que entraña el conocimiento del juez sobre las cuestiones sometidas por las partes, debe tener un funcionamiento jurídico que la avale para aventar decisiones antojadizas de parte del juzgador, y sólo ante la ausencia de ese fundamento se impone decretar la nulidad del pronunciamiento (art. 17 Const. Nac.; arts. 168 y 171 Const. Pcial.; arts. 34 inc. 4, 161 inc. 1; 163 inc. 5 del CPC; Morello-Sosa-Berizonce, ?Códigos Procesales en lo civil y comercial"; T.II-C, Edit. Platense, La Plata 1996, pág 11; Cám. Apel. Civ. y Com. I, La Plata, causa N° 238.578, RSD 239/1 del 1/1/2001; entre otras). En el caso de autos, el recurrente alega que la sentencia recurrida resulta nula, argumentando a tal efecto que la a quo ha aplicado una ley derogada (Código Civil según ley

340), que ha resuelto una cuestión no planteada bajo el acápite "Respecto al derecho aplicable al caso" y que no ha resuelto cuestiones planteadas que consisten en haber afirmado que a la relación jurídica existente entre el asociado y su mutual no le es aplicable la normativa del contrato, ni la Ley 24.240. Asimismo, aduce que existen afirmaciones de la sentencia que se contraponen con las constancias de autos y con doctrina legal, que la resolución prescinde de prueba y normativa decisiva, que se ha condenado a la sucesión de Mutual Federada 25 de Junio S.P.R., y aduce además que el fallo se sustenta en prueba inexistente y fundamentos aparentes y contradictorios (léase, inclusión de citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales no aplicables y contradictorias). Ante ello y en base a las premisas antes expuestas, es posible adelantar que los argumentos brindados por el apelante para fundar el planteo de nulidad no resultan idóneos para tal fin. Es que siendo que los vicios descriptos, en caso de existir, consisten en errores "in iudicando" (léase que los "errores" denunciados se relacionan con la determinación de la ley aplicable y/o el encuadre jurídico, con valoraciones probatorias efectuadas y con denunciadas contradicciones de argumentación o inclusión de fundamentos aparentes), resultan pasibles de ser reparados mediante el recurso de apelación, y no constituyen un vicio extrínseco del pronunciamiento que habilite la declaración de su nulidad (art. 253 y ccdts. del CPC). Si bien observo que el apelante ha incluido una cuestión que excede de la categorización de "error in iudicando" (léase el relacionado con la condena a "sucesión de Mutual Federada 25 de Junio S.P.R."), cabe señalar que en la actualidad tal deficiencia ha sido subsanada, por lo que no puede ser utilizada para dar sustento a la nulidad pretendida. Véase al respecto que el apelante ha expuesto que se ha condenado a la sucesión de Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. y que se ha demandado a Mutual Federada 25 de Junio S.P.R., sin advertir que ello ha sido aclarado en la instancia de origen a través del resolutorio dictado a fs. 277 (en fecha 6/11/2015). En tal sentido, no es procedente juzgar sobre esta última parcela del escrito recursivo, pues ha dejado de existir la causa de dicho agravio (abstracción), deviniendo cualquier pronunciamiento a su respecto meramente teórico e inoficioso (argto. jurisprud. S.C.B.A. en la causa I. 1369 ?Fernández, Celia Esther s/ Inconstitucionalidad del dec. ley 9650/80?, sent. del 13-XI-1990; S.C.B.A. en la causa A. 70.687 ?Puebla, Elsa Noemí c/ Prov. de Bs. As. s/ reconocimiento de derecho?, sent. del 22-IV-2015). A riesgo de abundar, considero oportuno mencionar que, en consonancia con lo que en reiteradas oportunidades ha resuelto nuestro Máximo Tribunal Provincial, las nulidades (y más aún cuando se trata de sentencias) deben acogerse con criterio restrictivo, partiendo de la idea que -en principio- debe estarse por la conservación del acto procesal y no por su decaimiento (argto. jurisprud. SCBA. en la causa Ac. 91341 ?La Catalina S.C.A c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Expropiación inversa?, sent. del 26-IX-2007; SCBA. en la causa Ac. 85519 ?Jocano Raúl c/ Empresa Distribuidora de Energía Sur S.A s/ Proceso sumarísimo?, sent. del 3-III-2004; SCBA. en la causa Ac. 74998 ?Gazzotti Luisa c/ Merlo Atilio s/ Restricción y límites al dominio?, sent. del 12-XII-2001, entre otras). Llevando tales pautas al caso concreto, entiendo que los defectos que se endilgan a la sentencia no habilitan su declaración de nulidad (léase que no se advierten vicios nacidos en la construcción del decisorio, ni en la fundamentación que no puedan ser subsanados a través de la instancia recursiva), por lo que propongo al Acuerdo su rechazo (arts. 34 inc. 4, y 163 inc. 6º del C.P.C; arts. 15, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 18 de la Constitución Nacional; art. 8 del Pacto San José de Costa Rica). ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO: VI) Pasaré a analizar los agravios planteados. VI.a) Agravia en primer lugar a la recurrente que, en la sentencia apelada, la a quo haya resuelto una cuestión no planteada bajo el acápite "Respecto al derecho aplicable al caso". Ante ello, observo que a través del acápite de mención la Juez de grado ha desarrollado los argumentos en que ha sustentado la aplicación del régimen del Código Civil (sancionado por ley 340) a la relación jurídica sometido a juzgamiento, por lo que en modo alguno puede entenderse que se ha infringido el principio de congruencia o que la sentencia resulta arbitraria, como aduce el apelante, dado que es función propia de la judicatura determinar el encuadre jurídico del caso. En tal sentido, nuestro máximo Tribunal provincial tiene dicho que "...No infringe el principio de congruencia el fallo que resuelve el encuadre jurídico del caso en función de las normas de fondo que, en su criterio, rigen la materia de que se trata..." (SCBA LP L 112179 S 16/07/2014, in re "Sampedro, Hugo Héctor contra Aguas Bonaerenses S.A. s/ Materia a categorizar"), entendimiento éste que sella la suerte adversa de la crítica intentada. VI.b) Luego de ello, sostiene el apelante que existen citas legales, jurisprudenciales y doctrinales incluídas en la sentencia que no son de aplicación al caso de marras, y afirma además que la a quo aplicó una ley derogada para resolver la contienda (Código Civil, sancionado por ley 340). En lo tocante al primero punto de la crítica (denuncia de inaplicabilidad de citas), corresponde dejar establecido que la aplicabilidad de las citas y su incidencia serán evaluadas, en caso de ser relevante para la solución del pleito, al abordar cada uno de los tópicos cuestionados a que las mismas acceden. Luego y en lo que respecta a la denunciada aplicación de un ley derogada (Código Civil, sancionado por ley 340), me permito señalar que comparto lo argumentado por la Magistrada de la Instancia de origen, en cuanto ha expuesto que el presente caso se trata de una situación jurídica acaecida con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley y que por tal razón debe aplicarse el régimen anterior, en base al art. 7 del nuevo ordenamiento, rigiendo este último exclusivamente para las consecuencias o

efectos no producidos. Para ello, es menester mencionar que conforme preceptúa el nuevo digesto Civil y Comercial, en el mentado art. 7, éste es de aplicación a las nuevas situaciones o relaciones jurídicas que se creen a partir de su vigencia y a las consecuencias que se produzcan en el futuro de las ya existentes, rigiendo para las anteriores el Código de Vélez Sarsfield (v. Kemelmajer de Carlucci Aída, "La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, Sante Fe, págs. 28/36). En el caso en estudio, es posible apreciar que tanto los hechos que motivan el reclamo como los daños invocados han tenido gestación en fecha anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (ley 26.994), lo que determina que los presupuestos de la responsabilidad civil por el supuesto incumplimiento contractual deben juzgarse a la luz de las previsiones legales contenidas en el Código Civil de Vélez Sarsfield (sancionado por ley 340). Y siendo ello así, corresponde rechazar los argumentos brindados por el apelante en cuanto a este tópico, dado que resultan contrarios a la norma de derecho transitorio aplicable. VI.c) Aduce además el recurrente que el Juez de grado no ha resuelto lo planteado por su parte en la contestación de demanda, en tanto ha afirmado en aquella que a la relación jurídica existente entre el asociado y su mutual no le es aplicable la ley 24.240, ni la normativa que regula del contrato. Sin embargo, a contrario de lo sostenido por el apelante, observo que del resolutorio atacado se desprende claramente que la a quo se ha ocupado de tales argumentos, apartándose de ellos, al haber determinado expresamente que existe una relación de tipo contractual entre las partes, de adhesión, y que se encuentra aprehendida por el régimen consumeril. Véase en tal sentido que la sentenciante se ha expedido in extenso de estas cuestiones en el acápite "II" del resolutorio, habiendo explicado que "...corresponde encuadrar el vínculo jurídico que une a la parte actora y demandada, como una relación de consumo en los términos del art 3 de la ley 24.240 modificada por la ley 26.361, al encontrarse la demandada, Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. inscrita en el Registro Nacional de Entidades de Medicina Prepaga con el número provisorio 1158, bajo el régimen de la ley 26.682 (conforme se desprende del oficio contestado de fs. 216/217). Ello por cuanto podemos definir la relación entre la empresa de medicina prepaga y el afiliado como un contrato mediante el cual una de las partes se obliga a prestar servicios médicos a los pacientes, por sí o por terceros, sujeta a la condición suspensiva de que se dé una determinada enfermedad en el titular o beneficiarios, contra el pago de un precio anticipado y periódico. Se trata de un contrato innominado (conf. art. 1143 del Código Civil) y de adhesión, ya que sus cláusulas son predisuestas por la empresa, y el contratante adhiere a ellas aceptando sus condiciones sin posibilidad de negociación alguna. Este contrato se encuentra principalmente regulado por dos normas, una específica que es la Ley 26.682 que establece el marco regulatorio de las empresas de medicina prepaga, y la otra más general, que es la Ley de Defensa del Consumidor 24.240..." (sic; v. fs. 259vta./260). Asimismo, el carácter contractual de la relación ha sido también delineado en el acápite "IV.a" de la sentencia, en tanto la a quo ha expuesto que "En autos, la cuestión a debatir corresponde al ámbito de la responsabilidad contractual, ya que la misma se sustenta en el incumplimiento de la obligación asumida por la demandada, respecto de quien la actora estaba vinculada bajo un contrato de adhesión (art. 1 y 2 ley 26.682), que importa una relación de consumo (art. 3 de la ley 24.240)" (v. fs. 262vta.). Cabe recordar que la conformidad de la sentencia con la pretensión deducida no tiene que ser absoluta y literal, sino ajustarse a lo discutido y no a las palabras, vocablos o cursos de discusión con que se ha litigado (argto. doct. Guillermo Jorge Enderle "La congruencia procesal", Ed. RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2007, págs. 200 y sgts.), habiendo sentado al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino tan sólo pronunciarse acerca de aquellas que se estimen conducentes para fundar sus conclusiones y resulten decisivas para la solución de la controversia" (CSJN, Fallos: 301:970; 303:135; 307:951; 307:2216, 329:1951). Si bien estas consideraciones demuestran la inatendibilidad de las críticas volcadas en cuanto a este tópico, es oportuno mencionar que el carácter contractual de este tipo de relaciones ha sido reconocida por la S.C.J.B.A., en criterio que comparto (v. a modo de ejemplo S.C.J.B.A. C 99322 S 09/06/2010, in re "G., R. c/A.M.A.R. s/Amparo"). Resulta esclarecedor en este punto lo explicado al respecto por el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti en su obra "Tratado de los contratos", en donde ha tipificado como contractual la relación de la prestadora de medicina privada o prepaga con sus asociados, sin atender de manera concluyente al tipo social adoptado por la primera -en criterio que es trasladable al sub lite-, al detallar que "...la masividad y aun la naturaleza jurídica de la sociedad prestadora, que puede ser una cooperativa, no puede hacer perder de vista que se trata de un contrato de cambio. La ventaja de uno es a cargo del otro, el precio contra la entrega de la prestación, hay equivalencia y equilibrio; en la cooperación asociativa, en cambio, los riesgos y ventajas de uno son también los de los otros..." (Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, págs. 144/145). Así también coincido con la postura que entiende que el servicio de cobertura médica provisto por la mutual a su afiliado se desenvuelve en el ámbito consumeril. En este último sentido, esta Alzada ha resuelto que "...puede sostenerse prima facie que el servicio de cobertura médica proveído por la mutual es de uso común y generalizado (aún para un grupo de individuos), destinado para el consumo final y no utilizado en un proceso de producción o comercialización, pudiendo ser concebido en los términos del art. 1º inc. "b" ley 24.240 (argto. Belluscio, Augusto, "Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado", Ed. Astrea, Bs. As., 1999, T. I, págs. 877 y ss). En segundo término, podemos sostener -en el actual estado del

procedimiento- que el sujeto demandante, reviste la calidad de usuario por destinatario final de un servicio de salud suministrado por la mutual; es decir, un consumidor tal como lo prevé la ley en su art. 2° "a cont.". (CC0102 MP, 130568, RSI-1205-4 I 21/09/2004, in re "Isla Casares, Fray Cristian c/ Mutual San Pedro s/ Reclamo contra actos de particulares"). Es decir, aún con independencia del carácter contractual o no del vínculo, se trata de una relación de consumo en los términos del art. 42 de la Constitución Nacional y de la ley de defensa del consumidor (arts. 1, 2, 5, y 40 de la ley 24.240). Repárese que el propio art. 42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de "relación de consumo" para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios. Estas apreciaciones imponen confirmar la aplicación del régimen protectorio del consumidor, y la calificación de la relación como contractual y de adhesión, dado que no se advierte arbitrariedad alguna en la sentencia atacada, ni se han aportado argumentos idóneos para conmovérla. VI.d) Luego, expone el apelante que la Juez de grado ha utilizado fundamentos aparentes para resolver el planteo de inconstitucionalidad del art. 3 de la ley citada y que no resulta aplicable el art. 5 del CPC por darse el supuesto de prórroga de competencia. En cuando a la resolución del planteo de inconstitucionalidad de mención, cabe tan solo remitirme al considerando II de la sentencia para rechazar el agravio, pues allí la Magistrada ha consignado que "...se concluye que deviene inaceptable el planteo de inconstitucionalidad formulado, cuando la norma en crisis ha sido modificada en aras de establecer su concordancia con el art. 42 de la Constitución Nacional, siendo por ende la misma, una consecuencia del dictado de normas constitucionales cuyo principal objetivo tuitivo es proteger los derechos del consumidor o usuario, fijando con amplitud, los parámetros de éstos con los proveedores" (sic; v. fs. 259vta.). Como puede observarse, la a quo ha emitido opinión personal sobre el punto, por lo que resulta inexplicable e insuficiente la argumentación brindada por el apelante, en tanto se limita a argüir que las citas volcadas no son aplicables a la situación bajo examen, sin atacar en modo alguno el razonamiento volcado por la sentenciante, el cual ha de quedar incólume. A partir de ello y en virtud de que ut supra ha quedado determinado el carácter contractual, de adhesión y consumeril de la relación, se desdibujan los argumentos que se atalayan en la denunciada prórroga de competencia, pues es de aplicación el régimen de los arts. 3 y 37 de la Ley 24.240, tal como lo ha especificado la Juez de la Instancia de origen. Y siendo ello así, debe confirmarse la declaración de invalidez de la cláusula de prórroga de competencia, y por ende, debe mantenerse el rechazo del planteo de incompetencia (arts. 3, 37 y ccdtes. de la Ley 24.240; art. 5 del CPC). VI.e) Habiéndose superado los anteriores achaques vertidos contra el resolutorio dictado en la Instancia de origen, me encuentro en condiciones de ingresar a resolver los agravios que han sido direccionados hacia la atribución de responsabilidad a la Mutual demandada. Es decir, corresponde en este estado dilucidar si esta última se encontraba obligada a cubrir la prestación médica pretendida por el actor de autos. Al respecto, observo que la Juez de grado ha tenido por acreditada la patología sufrida por el actor (púrpura trombocitopénica idiopática), así como también la prescripción médica necesaria (intervención quirúrgica bajo la metodología de esplenectomía laparoscópica) y el costo de la misma (\$?), extremos éstos que no han sido materia de embate en esta instancia recursiva. Luego la Magistrada ha determinado -atendiendo al principio de las cargas probatorias dinámicas- que la Mutual no acreditó que la mentada modalidad de intervención quirúrgica no se encuentre dentro del elenco de prestaciones que cubre la mutual y que la circunstancia de no estar incluida en el PMO no la excluye por sí sola de las condiciones particulares de la relación, y ha entendido consecuentemente que ha existido arbitrariedad en el actuar desplegado por la prestadora del servicio de salud, al negarle la cobertura de referencia, determinando que la misma debe responder por la conducta desplegada. Ante ello y en vista de los agravios vertidos, no he de extenderme aquí en consideraciones acerca de los criterios centrales aplicables a la hora de interpretar el régimen de la salud, pues la a quo se ha encargado in extenso de delinearlos, no habiendo recibido dicho tópico cuestionamiento alguno. Basta precisar que el derecho a la salud, sobre todo si se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primer -y preexistente- derecho de la persona humana, reconocido y garantizado tanto por la Constitución Nacional como por diversos tratados de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -art. 12.1-; Convención Americana sobre Derechos Humanos -arts. 4.1 y 5.1-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 6.1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. 1-; Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 3-; art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna; v. asimismo Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -XXII° Período de Sesiones, Año 2000-, esp. parág. 1, 2 y 3). Por el contrario, sí deviene conducente puntualizar que la Mutual demandada se encuentra sometida al marco regulatorio de medicina prepaga reglado por la Ley 26.682 (art. 1 segundo párrafo) y su Decreto Reglamentario 1993/2011 (art. 1 inc. 3), el cual establece que debe cubrir como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) en vigencia. Y digo que el análisis de esta temática resulta conducente, en la medida que la hoy accionada ha rechazado la cobertura sobre la base de no estar reconocida por el P.M.O. y su Reglamento (v. misiva obrante a fs. 26). Al respecto, es menester señalar inicialmente que el hecho de que la prestación médica no se encuentre

contemplada en el P.M.O. (Programa Médico Obligatorio), no resulta de por sí causa suficiente para eximir a la demandada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud. Ciertamente, el P.M.O. fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar, es decir, esa limitación en la cobertura debe ser entendida como un "piso prestacional", por lo que no puede, como principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas, el cual tiene jerarquía constitucional (v. C.S.J.N., Fallos 323:1339). Desde esta plataforma es preciso verificar si el apego irrestricto de la demandada a las previsiones del P.M.O. importó -en la especie- un obrar arbitrario o infundado que pudo acarrear un grave riesgo de lesión a la salud del afiliado. A tal efecto, es menester recordar que la arbitrariedad ha sido definida por nuestra Corte provincial, como la manifestación abierta, caprichosa y sin principios jurídicos, noción que de suyo involucra a conceptos como la inmoralidad, la irrazonabilidad y la injusticia (cfr. doct. S.C.B.A. causa Ac. 92.271 ?Champignones Argentinos S.A.?, sent. de 9-VIII-2006). Ella puede exteriorizarse, inclusive, cuando aún apareciendo el acto o la omisión fundados explícita o implícitamente en una norma, ésta es aplicada con un excesivo rigorismo formal, autocontradicción (doct. S.C.B.A. causa B. 64.868 ?De la Torre?, sent. del 10-IX-2008), o bien cuando las conductas cuestionadas, en orden a las particularidades del caso, resultan contrarias a la equidad y a los principios generales del derecho (v. Cám. de Apel. en lo Contencioso Administrativo Mar del Plata, en causas A-1522-MP2 ?C.,P.M.?, sent. del 15-VII-2010; A-2353-MP0 ?Covini?, sent. del 15-III-2010). Bajo tales lineamientos me permito adelantar que la respuesta brindada por la Mutual, frente al petitorio llevado a su sede por el hoy accionante, patentiza por sí, un proceder manifiestamente arbitrario. Es que ello ha quedado claramente demostrado a partir de la experticia médica producida a fs. 219/220 (y explicaciones volcadas a fs. 231) -de la cual no encuentro mérito para apartarme-, donde el auxiliar, luego de detallar el diagnóstico (púrpura trombocitopénica Idiopática PTI) y el tratamiento quirúrgico propuesto (extirpación del bazo), ha confirmado que resultó imperativo apartarse de la cirugía convencional, para realizarse según la técnica laparoscópica. Véase que el experto ha clareado los inconvenientes, riesgos y múltiples desventajas de no efectuarla conforme esta última modalidad, detallando que "en la cirugía convencional debe realizarse una gran incisión subcostal abdominal de no menos de 20 cm, y manipular el tubo digestivo para acceder con amplitud al bazo y proceder luego a su resección. Esto trae como consecuencia en el postoperatorio, estado nauseoso, y una parálisis transitoria del intestino que prolonga la internación, además del dolor en la zona de la herida quirúrgica. Existen además potenciales complicaciones de la herida, como lo constituyen los hematomas, infecciones, eventraciones a futuro, sin contar claro el daño estético. La técnica laparoscópica elimina todas las complicaciones mencionadas incluida la estética. las incisiones son de 5 mm y 10 mm, no se manipulan vísceras digestivas ya que se trabaja directamente sobre el bazo la internación es breve, el paciente se alimenta rápidamente y el daño estético es mínimo" (sic; v. respuestas a los puntos de pericia 4 y 5). Conjugado con lo anterior, el especialista ha afirmado que la resección del bazo (esplenectomía) en un paciente con PTI, tiene indicación mandatoria de técnica laparoscópica, abandonando de esta manera la convencional (sic; v. respuesta al punto pericial octavo), concluyendo que "queda claro que la técnica convencional puede implicar más complicaciones, como ya se mencionó, que la técnica laparoscópica" (respuesta al punto pericial séptimo; arts. 34, 36, 375, 384, 457 y concls. del CPC). Así pues, habiéndose corroborado a partir del dictamen pericial que la negativa de la Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. a cubrir los costos que demandó la intervención quirúrgica del Sr. J. A. S. J. ha sido susceptible de ocasionar un grave perjuicio a su salud, al privarlo arbitrariamente de una alternativa idónea, se impone concluir que se hallan configurados en autos los presupuestos necesarios para atribuir responsabilidad a la prestadora del servicio, meritando sobremanera que el ejercicio diligente de la actividad obliga a que la prestación se ejecute según las posibilidades de la ciencia y con todos los medios técnicos necesarios a su alcance, a fin de no desvirtuar la naturaleza de la prestación médica. En tal sentido e insistiendo en que el P.M.O. es un piso mínimo prestacional, considero que el enfoque restrictivo que subyace en el actuar de la Mutual, al vedar el acceso a una técnica terapéutica más moderna y segura y privar al enfermo de los adelantos que el progreso científico incorpora, desnaturaliza el régimen propio de la salud y el derecho a obtener una conveniente y oportuna asistencia sanitaria. No obstan a lo expuesto los argumentos que sostienen que la prestación médica reclamada no ha sido prevista en el Reglamento pre-impreso de servicios médico asistenciales de la Mutual demandada. Es que no puede desatenderse que las empresas prestadoras del servicio de salud adquieren un ineludible compromiso social para con sus usuarios, en tanto tienden a proteger las garantías a la vida, la salud, y la integridad de las personas, y de ahí que el cúmulo de compromisos que adquieren exceden o trascienden el mero plano negocial (v. argto. C.S.J.N. Fallos 324:677; 327:5373; 330:3725; 330:3725; arg. doct. S.C.B.A. causa C. 99.557 ?N.d.Z., M.V.?, sent. de 8-VIII-2007). Por consiguiente, el comportamiento que cuadra exigir a estos sujetos no puede ceñirse sin más a lo previsto en las cláusulas particulares (arts. 1137, 1197 y ccds. del Cód. Civ.), sino valorando los derechos de mayor relevancia, como la vida y la dignidad de las personas (conf. arts. 12 inc. 1º y 36 inc. 8º Const. Pcial.), tal como lo exhorta la doctrina legal acuñada por nuestro Superior Tribunal provincial (cfr. Cám. de Apel. en lo Contencioso Administrativo Mar del Plata, en causas A-1522-MP2, ?C.,P.M.?, sent. del 15-VII-2010, con cita de doct. S.C.B.A. causa C. 102.224 ?C.,D.?, sent. de 10-IX-2008). De tal manera, no cabe duda que dejar sin

la cobertura peticionada, mas aún cuando la demandada no acreditó que la ecuación económica se rompía a través de esta provisión, no cumple con el paradigma constitucional, en cuyo marco entiendo que la Mutual debe responder por el presente reclamo. Así pues, habiéndose determinado *ut supra* que ha resultado imperativo apartarse de la cirugía convencional para resguardar el derecho constitucional y convencional de la salud, ha de colegirse que la Mutual demandada ha adoptado una postura incompatible con aquellas exigencias que reposan en cabeza de instituciones de medicina prepaga, debiendo responder por tal actuar. Es decir, habiéndose demostrado la necesidad de que la cirugía reúna determinadas características (cirugía laparoscópica), el cumplimiento de su deber de cobertura le exigía brindar una alternativa terapéutica distinta de la cirugía convencional. Debo insistir en este punto, que dentro del marco constitucional (art. 12 y 36 de la Const. Provincial), junto a las normas del derecho internacional convencional que conforman el plexo normativo federal, surge sin hesitación, que cuando se trata de cuestiones que pueden repercutir negativamente sobre la esfera de la salud física y psicológica, el derecho a la salud, constituye el bien a preservar con la mayor intensidad posible (v. C.S.J.N. Fallos 324:4061; S.C.B.A. Causa Ac. 88.573 in re ?Fundación Hematológica Sarmiento?, sent. de 2/3/2005) Si bien lo expuesto es suficiente para determinar la responsabilidad habida, me permito recalcar nuevamente en este punto que la actividad desplegada por la accionada resulta alcanzada por las normas de la Ley de Defensa del Consumidor, las que imponen al proveedor médico asistencial el ineludible deber de informar adecuadamente y brindar un trato digno al destinatario o usuario del servicio (conf. arts. 1º, 2º 3º, 4º, 8º bis y ccds. LDC; conf. art. 42 Const. Nacional; art. 38 Constitución Provincial). Asimismo, ha de valorarse que ha quedado determinado que nos encontramos frente a un típico contrato de adhesión, donde los deberes inherentes al vínculo -en especial el de buena fe- recaen con mayor estrictez en la parte fuerte del contrato (en el caso la demandada), dada la naturaleza del servicio que brinda (argto. doct. C.S.J.N. Fallos 330:3725). De tal manera, partiendo del entendimiento de que la prestación de servicios médicos prepagos genera a cargo de la empresa la obligación de informar impuesta por el art. 4 de la ley 24.240 y que en este tipo de contrataciones tiene especial relevancia el deber de buena fe en el desarrollo de la relación, cabe considerar que la Mutual se encontró compelida a transmitir a la otra parte una información cierta, objetiva y detallada (no general) respecto de aquello que sea necesario y útil para la toma de decisión relativa al acto de consumo, a fin de que este último pueda evaluar los riesgos propios de la contratación, optimizar el aprovechamiento de los intereses en juego y evitar los daños que eventualmente deriven (v. Juan M. Farina, Defensa del consumidor y del usurario, edit. Astrea, pág. 161 y sgts.). Con tales alcances la doctrina ha dicho que de la información brindada debe surgir, con meridiana claridad, quien es el prestador del servicio, cual es la gama de prestaciones cubiertas y cuales serán cumplidas por empresas asociadas o contratadas, teniendo en cuenta que el empresario ofrece un servicio en calidad de profesional, mientras que el adherente se encuentra en una situación de franca inferioridad, tanto por carecer de conocimientos en materia médica como por encontrarse frente al imperativo de obtener una cobertura médico-asistencial para sí y su grupo familiar (conf. Carlos A. Ghersi, y otros, Contrato de medicina prepaga, Edit. Astrea, Bs.As. 1999. pág. 63 y ss.). Trasladando estos conceptos al caso de autos, no advierto que la accionada haya aportado elementos que demuestren que la información brindada por la Mutual haya cubierto las exigencias regladas por la ley 24.240 (y modif.). Es que si nos atenemos al Reglamento glosado en copia a fs. 65-104 y a la solicitud de ingreso y anexo obrantes a fs. 114-115, no se observa que exista una clara y precisa exclusión de la modalidad de cirugía que ha requerido la patología sufrida por el actor, a punto tal que ha sido necesario producir en este proceso un dictamen pericial a los fines de determinar si la misma se encontraba prevista en el P.M.O. Considero que estas valoraciones permiten entender que el Sr. J. A. S. J. no ha tenido discernimiento del aspecto técnico aquí ventilado, lo cual ha sido confirmado a través de la prueba testimonial producida en autos, de donde emerge que los testigos deponentes de fs. 183 y 184 han sido contestes en afirmar que el actor tomó conocimiento el día previo a la intervención de la negativa de la Mutual a dar cobertura a la misma (arts. 375, 384, 424, 456 y ccds. del CPC; art. 4 de la LDC). Así también debe valorarse que en caso de duda debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con aquél o contra el autor de las cláusulas uniformes (doctrina de Fallos: 317:1684; 321:3493). Esta regla hermenéutica se impone en razón de expresas disposiciones legales (art. 1198, Cód. Civil, art. 218, inc. 3º, Cód. de Comercio, art. 3º de la ley 24.240), y se acentúa en el supuesto del contrato de prestación médica, habida cuenta de la jerarquía de los valores que se hallan en juego: la vida y el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria (v. CSJN, ?Peña de Marquez Iraola c/ Asociación Civil Hospital Alemán?, sent. del 16-4-2002, LA LEY 2002-C, 630). En definitiva y de acuerdo a los elementos de valoración propuestos, no advierto razones atendibles que eximan a la demandada de la obligación de responder por la prestación médica que se reclama, por lo que los agravios volcados al respecto no pueden prosperar. Cabe señalar que la solución que propicio no se ve conmovida en modo alguno por el citado precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictado en autos ?L.E.S. c/ Centro de Educación Medica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ amparo? (sent. de fecha 20/5/14), ello no solo por variar en extremo las circunstancias de hecho (véase que allí se reclamó la cobertura de un medicamento), sino además por haberse sustentado aquella decisión en la omisión de debida fundamentación, lo cual entiendo que no se presenta en el presente resolutorio, dado que he

abordado in extenso los motivos que justifican el apartamiento de los límites establecidos en el PMO y el Reglamento. Por el contrario, la solución propuesta resulta acorde con precedentes dictados por nuestro máximo Tribunal Provincial, en los que se acogió -por razones sustancialmente análogas a las aquí vertidas- pedimentos que perseguían la cobertura integral de una alternativa terapéutica no contemplada en su reglamentación, al demostrarse que las opciones puestas a disposición del no resultaban igualmente aptas para hacer frente a los trastornos padecidos (vgr. SCBA C 99.322, sent. del 09/06/2010). Sentado lo anterior, en cuanto se han desechado las críticas relacionadas con la obligación de la Mutual de otorgar cobertura a la cirugía aplicada, resta analizar las que se dirigen a cuestionar los rubros indemnizatorios admitidos, labor que desarrollaré a continuación. VI.f) En lo atinente a los rubros indemnizatorios admitidos, observo que a los fines de obtener la modificación de la decisión adoptada en la instancia de origen, el apelante reitera en lo sustancial las críticas que ut supra han sido analizadas, por lo que esta parcela de la instancia recursiva ha de seguir la misma suerte adversa para el agraviado. Para mayor claridad, dígame que en relación al rubro "daño emergente" admitido, el recurrente manifiesta que el reglamento de servicios médicos asistenciales excluye de cobertura a la mentada modalidad de cirugía y que el fallo se sustenta en normas derogadas, y reitera además que no existe relación contractual, por lo que entiende que no puede haber responsabilidad civil y/o contractual de su parte. Como puede advertirse, estos argumentos han sido ut supra desestimados (a cuyos argumentos me remito), pues párrafos atrás ha quedado confirmado que el caso queda subsumido dentro de los regímenes contractual y consumeril, y se ha determinado que el fallo no ha sido sustentado en normas derogadas y que la Mutual demandada es responsable por la cobertura de la cirugía bajo la modalidad laparoscópica, por lo que las críticas volcadas en este punto se evidencian como estériles a los efectos de conmovir los argumentos brindados en la instancia de origen (léase que han sido ya desestimadas). En lo atinente al rubro "daño moral", aduce el apelante de manera genérica que la sentencia carece de sustento fáctico y normativo, que no existe relación contractual, que el actor no lo ha probado y que la resolución se sustenta en normas derogadas. Ante ello, nuevamente debo mencionar que ha quedado ya determinado que la cuestión se enmarca en el ámbito contractual y consumeril, y que es de aplicación el Código Civil (t.o. según ley 17.711), por lo que las críticas volcadas al respecto han de ser rechazadas por iguales fundamentos, a los que me remito. En lo demás, no se observa una crítica concreta y razonada de los argumentos esgrimidos por la juzgadora de Primera Instancia para fundar su pronunciamiento, por lo que se impone la deserción del recurso. En efecto, de la lectura de la sentencia recurrida, surge que la Sra. Jueza de grado ha considerado que el reconocimiento y resarcimiento del daño moral depende, en principio, del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión. Ha valorado además a tales fines la necesidad del actor de promover el presente proceso y la situación vivida ante la imperiosa necesidad del tratamiento, estimando finalmente por este concepto la cantidad de \$... Considerando tales fundamentos, puede observarse que la crítica de la recurrente se limitó a afirmar que no surge probado el daño moral, no obstante lo cual, no ha explicado los fundamentos que lo llevan a interpretar que la a quo equivocó en su decisión (v. fs. 302). Es decir, considero que la fundamentación del recurso deducido es insuficiente, pues si bien la apelante se ha disconformado de la solución brindada por la Magistrada de la Instancia de origen, no ha indicado las razones por las cuales considera que la decisión y valoraciones efectuadas por la primera juzgadora resulta equivocada o errónea, desplegando de tal forma una técnica recursiva defectuosa, que no es conducente para demostrar que el fallo no resulta ajustado a derecho. En este orden de ideas, el memorial debió indicar punto por punto los errores, omisiones y deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento jurisdiccional, no bastando apreciaciones desvinculadas de las consideraciones esenciales de la sentencia, como se evidencia en el sub examine (art. 260 del C.P.C.). Cabe recordar a esta altura del análisis que la fundamentación del recurso de apelación "...debe contener un mínimo de técnica recursiva, por debajo de la cual las consideraciones o quejas carecen de entidad jurídica como agravios, resultando insuficiente la mera disconformidad con lo decidido por el Juez, sin hacerse cargo de los fundamentos de la resolución apelada..." (Hitters, Juan Carlos, "Técnica de los recursos ordinarios", Librería Editorial Platense SRL, La Plata, 1985, pág. 442; conc. Roberto G. Loutayf Ranea, "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 262). En definitiva, considero que la ausencia de una exposición de fundamentos con potencialidad para patentizar el error del fallo y justificar su eventual modificación revela la inoperancia de la crítica, la que queda reducida a una manifestación desvinculada de las consideraciones esenciales de la sentencia, no reuniéndose así los recaudos del art. 260 del CPC. De conformidad con todo lo expuesto, no habiendo cumplido el apelante en este tópico con la carga de efectuar la "crítica concreta y razonada" dispuesta en el art. 260 del C.P.C, mal puede atenderse la crítica deducida. Por último, en cuanto al rubro "daño punitivo", reitera el apelante que la sentencia se basa en la existencia de una relación contractual, de adhesión con cláusula predispuesta y de consumo regulada por la ley 24.240, y expone que todos estos extremos han sido controvertidos y cuestionados por el apelante. Nuevamente en este punto he de remitirme -en honor a la brevedad- a los argumentos ut supra brindados, pues tales críticas han sido pormenorizadamente rechazadas. Consecuentemente, siendo inocuas las críticas vertidas en este parcial, ha de confirmarse la procedencia de los rubros admitidos. VI.g) En definitiva, habiendo quedado demostrada la inatendibilidad de las

críticas volcadas por Mutual Federada 25 de Junio S.P.R., propongo la desestimación íntegra del recurso de apelación intentado, y la confirmación del pronunciamiento de grado, en cuanto fuera materia de agravio. Las costas de esta instancia deben imponerse a la accionada, dada su condición de vencida (arts. 522, 1197, 1198 del CC, arts. 3, 37 y ccdtes. de la Ley 24.240; art. 5, 68, 260, 266, 267 y ccdtes. del CPC). ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO: Corresponde: I) Rechazar los agravios traídos a esta instancia por el apelante a fs. 281/302 confirmando, en consecuencia, la sentencia recurrida. II) Imponer las costas a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C). III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. En consecuencia se dicta la siguiente;

SENTENCIA Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se rechazan los agravios traídos a esta instancia por el apelante a fs. 281/302 y se confirma, en consecuencia, la sentencia recurrida. II) Se imponen las costas a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C). III) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase. NÉ LIDA I. ZAMPINI RUBEN

D. GEREZ Pablo D. Antonini Secretario Correlaciones: L., E. S. c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/amparo - recurso de hecho deducido por la demandada - Corte Sup. Just. Nac. - 20/05/2014 Sampedro, Hugo Héctor c/Aguas Bonaerenses SA s/materia a categorizar - Sup. Corte Just. Bs. As. - 16/07/2014 008536E