

NEUQUEN, 23 de junio de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “F. L. C/ SWISS MEDICAL S.A. Y OTRO S/ SUMARISIMO LEY 2268”, (Expte. Nº 468080/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La actora apela la sentencia que rechaza su demanda, expresando agravios a fs. 1113/1120.

Previo a hacer una síntesis de los hechos que sustentaran su pretensión, el actor inicia su crítica a lo que entiende es el principal argumento de la sentencia, esto es: “no hubo de la demandada un incumplimiento contractual en tanto el tipo de plan “cerrado” contratado por el actor limitaba la decisión de donde ser atendido y el costo de la decisión de atenderse en el lugar que consideraba la familia del actor más adecuado a su estado de salud (Fleni) no podía modificar lo pactado”.

Señala que la sentencia omite considerar la total falta de respuestas y propuestas de atención para su parte ante el urgente pedido de derivación.

En esa senda encuentra que, en definitiva, se omitió valorar prueba determinante y por otro se incurrió en equivocaciones al interpretar la escogida.

Abunda en conceptos relativos a las características de los denominados “planes cerrados”, afirmando que en este caso en particular al suscribir el contrato se debió entregar al actor el reglamento del plan contratado, circunstancia que no ocurrió y que la sentencia reconoció en ese sentido.

Destaca que pese a la postura de la demandada acerca de la imposibilidad de acudir a prestadores fuera de la cartilla ofrecida, dentro de las cláusulas predispuestas se incluye una que contempla la posibilidad de que la auditoría

médica autorice dicha circunstancia.

Concluye que además al contestar una de las cartas documento la demandada sostuvo que el actor se trató sin contar con la autorización para la cobertura por lo que concluye que más allá del plan cerrado, si media autorización el afiliado puede recurrir a un prestador de los que están fuera de la cartilla.

Alude que la falta de entrega del reglamento también fue erróneamente valorado por la sentencia, pues no se trata de inoponibilidad por oscuridad de las cláusulas sino por violación del deber de información de aquellas que impiden la posibilidad de reintegro de los gastos efectuados.

Continúa razonando que la sentencia tuvo por acreditado que el FLENI –instituto en el cual el actor recibiera atención- no estaba entre los sanatorios excluidos por la cartilla, concluyendo de ello que al no estar exceptuado en realidad la práctica sí se podía realizar allí, pues con el visto bueno de la auditoría la práctica se podía realizar en cualquiera de las instituciones.

Subraya la falta de respuestas de la demandada ante la situación de urgencia médica, reafirmando aquí la nulidad e inoponibilidad de cualquier cláusula que excluyera el reconocimiento del gasto en el que incurriera el actor tanto se enfoque del ángulo de la defensa al consumidor como desde el principio de la sana crítica para evaluar la prueba, haciendo referencia también a la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

En segundo término indica que se encuentra probada la necesidad de atención por parte del actor en el mencionado Instituto FLENI, destacando que ante la derivación que prescribe el Dr. Obligado para que la Auditoría Médica resuelva, no hubo una respuesta de la empresa al mencionado requerimiento.

Señala que pese a que la sentencia afirma que fue probada la existencia de otras clínicas, ello no es así agregando que el actor se encontraba en un estado de salud que no le permitía conocer qué centros eran los prestadores de Swiss Medical.

Hace foco en que fue Swiss Medical quien al contestar la demanda reconoció que

la oferta de clínicas alternativas fue en su misiva del día 14 de noviembre de 2011.

Luego, la sentencia para concluir que sus familiares estaban debidamente informados de las clínicas donde se podía rehabilitar, tuvo en cuenta las copias agregadas en la pericia contable respecto a pedidos telefónicos alegados por la demandada.

Impugna esa valoración pues señala que las copias a las que se refiere la pericia son anotaciones efectuadas por el empleado de la demandada que habría atendido a la madre del actor en cada uno de los pedidos de cobertura y transcripción es de reclamos que pertenecen a un sistema denominado "Portal" en el que obran registros de las comunicaciones con los afiliados.

Destaca que no sólo desconoció e impugnó esas constancias durante el trámite probatorio, sino que resulta llamativo que se haya designado un contador para que determine si esos son registros telefónicos del sistema, agregando que la pericia no pudo informar en definitiva si esos registros estaban inalterados o no, sin que tengan fecha cierta, por lo cual hasta pudieron ser realizados con posterioridad a los hechos.

Califica de arbitraria la decisión de tener en cuenta esas constancias cuando, como ya señalara a más de haber sido desconocidos e impugnados, tampoco de ellos surge que se le haya brindado alternativas de atención en la ciudad de Buenos Aires.

Manifiesta que la orden de derivación fue recibida por la Auditoría Médica de Swiss Medical el día 15 de marzo de 2011, el cual debió haber generado alguna respuesta de parte de ésta, cuestión que no ocurrió y tampoco sucedió una vez reiterado, con carácter de urgente, el 28 de marzo de 2011.

También critica la valoración del testimonio de la Sra. Alfieri, pues indica que la Jueza no se hace cargo allí de la parcialidad de la testigo, quien además de ser la auditora médica de la demandada en ningún momento de su testimonio se desprende que haya dado respuesta al pedido médico de derivación.

Del testimonio mencionado subraya "... dijo que la respuesta al informe médico del Dr. Obligado que indicaba la derivación en vuelo sanitario al Fleni "... debe estar en algún lado..." e impugna señalando que es llamativo como la testigo recuerda con detalle otros aspectos de la situación y no resulta asertiva en cuanto a manifestar si el pedido de derivación fue aceptado o rechazado.

Destaca que el ofrecimiento de las clínicas Ulme, Ciarec y Basilea aparece en la carta documento del mes de octubre de 2011, destacando que habían pasado 7 meses desde el pedido médico y que la sentencia no tuvo en cuenta que las mismas no se encontraban habilitadas ni eran centros de rehabilitación al momento que se necesitaba la derivación.

Agrega que en todo caso de considerarse que no le asiste razón, al haber decidido atenderse en un centro respecto del que le habrían informado que no era prestador de la demandada, al menos debería reconocerse la diferencia entre lo que abonó y lo que hubiera abonado la demandada en un centro dispuesto por ella, pues de lo contrario se incurriría en un enriquecimiento sin causa.

En tercer lugar, se agravia de que la sentencia haya considerado que la ley de defensa al consumidor es aplicable al caso y luego el pronunciamiento termina siendo contrario a todos los principios que surgen de la misma.

En este capítulo expresa que aún cuando se comprobó que no le fue entregado al actor el reglamento en el que figuran las condiciones de contratación, la sentencia no consideró esa conducta como violación al derecho de información y en consecuencia no se tuvo en cuenta como incumplimiento.

Critica: "... el argumento de la jueza de grado de referir que las condiciones pactadas eran conocidas por haber sido expuestas en el escrito de demanda no resiste el menor análisis, en tanto se tomó conocimiento de las pretendidas limitaciones alegadas por Swiss Medical S.A en los reclamos previos e intercambio epistolar."

Reitera que ni el actor ni su familia podían conocer que el Fleni no era prestador, si de la propia cartilla no surgía que el mismo estuviera excluido.

Si fuera cierto que la cobertura no correspondía, esa debió haber sido la respuesta de la demandada y, reitera, esa respuesta no existió, calificando de abuso el comportamiento omisivo de la demandada.

En el marco del principio protectorio encuentra que no hubo dudas que la accionada tiene el deber de informar claramente el contenido del contrato, de modo que al no figurar como excluido el Fleni, ni tampoco haberse dado respuesta al pedido o a su reiteración, este deber se encuentra incumplido.

Se agravia también por la imposición de costas a su parte considerando que ello implica una total inobservancia de las reglas y principios que informan a la Ley de Defensa al Consumidor.

Alude al beneficio de justicia gratuita, citando doctrina y jurisprudencia que sostiene que el mismo abarca todo el proceso y no sólo el acceso a la justicia.

Concluye en un resumen de los agravios, hace reserva del caso federal y solicita se revoque la sentencia.

La demandada contesta los agravios y afirma que la parte actora en su primer agravio intenta modificar el eje de su pretensión refiriendo que el plan que los vinculara no sólo no sería cerrado, si no que ahora plantean que si la auditoría médica lo hubiera autorizado, el actor hubiera podido acceder a prestadores que se encuentran fuera de la cartilla.

Luego de subrayar que se trata de un nuevo argumento, afirma que el Reglamento establece esa posibilidad describiéndola como una situación excepcional.

Expresa que sería una circunstancia excepcional no contar con un prestador especializado en alguna materia, o encontrarse el paciente en zonas rurales o alejadas, lo que podría ocasionar imposibilidad a la empresa de poner a disposición del afiliado la complejidad requerida, en cuyo caso, a través de la auditoría se determinan los requerimientos médicos y las derivaciones que pudieran corresponder.

Sostiene que en el caso la auditora acompañó en todo momento a la familia aclarando que FLENI no era prestador afirmando que, aunque negativa, ello

importa una respuesta.

Afirma que desde el inicio de su dolencia, su parte le ofreció cobertura al actor a través de su red de prestadores, cuestión que entiende acreditada con el listado de prestaciones que se acompañó al presente, cuestión que también entiende fue reconocida por aquel al demandar.

En esa senda es que destaca que se cubrieron las prestaciones en la ciudad de Bariloche y que ante la obstinación de los familiares de que el actor fuera atendido en Buenos Aires se le ofrecieron centros asistenciales de reconocida trayectoria en aquella ciudad, haciéndoselo saber en la carta documento de fecha 12 de octubre de 2011 cuestión refrendada también por la Dra. Alfieri, auditora de la empresa.

Agrega que la prueba testimonial y la prueba pericial han demostrado que dependientes de la empresa le comunicaron a los familiares del actor que FLENI no era prestador, destacando entre ellos a la Srta. Perilli y la Dra. Alfieri.

Respecto a que no hubo de su parte ofrecimiento de clínicas alternativas para la rehabilitación del actor, alude nuevamente al contenido de las declaraciones testimoniales antes citadas y a la pericial contable, de la cual –a su juicio– surge que en innumerables ocasiones se le informó a la madre del actor que el FLENI no era prestador.

Expresa: “El único interés del actor y su familia, desde un origen residió en que el tratamiento de Leonardo fuera realizado en el FLENI, ello a sabiendas de que resultaba un prestador ajeno a la cartilla de su plan y a pesar de que nunca acreditaron que el tratamiento de rehabilitación de su hijo debiera realizarse imprescindiblemente en dicha institución y no pudiera realizarse con los prestadores de Swiss Medical”

Califica de irrisorio pretender que la cartilla de prestadores que asisten a los afiliados de Swiss Medical indique quienes no lo son, agregando que resulta claro que cualquier cartilla indica quienes son prestadores y no quienes no lo son.

Por último alude a la resolución de “Defensa del Consumidor” que decidiera: “Que en torno al Art. 4° cuya colisión de le enrostra, SWISS MEDICAL ha acreditado que informo al reclamante los motivos por los cuales no hizo lugar a los reintegros pretendidos por la reclamante, pues se lee en respuesta a la intimación del reclamante –fojas 132/133- donde hace saber la prestadora los motivos por los cuales desconoce reintegros por prestaciones efectuadas en centros ajenas a la red de prestadores de Swiss Medical S.A, habiendo acreditado además haber entregado copia del reglamento General de la Contratación y Anexo, tal como se lee a fojas 130 vuelta con rubrica del reclamante, informa anexo al reglamento –Plan SM02- que el plan SM02 es un plan de cobertura médica integral que adopta las características de “Sistema cerrado” esto implica que los beneficiarios podrán utilizar libremente los prestadores incluidos en la guía de profesionales y Servicios entregados por Swiss Medical...” y culminan sobreseyendo a su parte.

Solicita se rechace el recurso, con costas al actor.

II.- Reseñados los agravios, entiendo que lo que es preciso analizar es la valoración probatoria efectuada en la instancia de grado la cual llevara a la sentenciante a concluir que correspondía rechazar la demanda.

En tal sentido, encuentro imprescindible destacar que las partes se encuentra de acuerdo en el encuadre legal de la cuestión bajo los preceptos de la ley de defensa al consumidor, cuestión que no resulta menor a la hora de la interpretación de los elementos que puedan acreditar las posturas de las partes. Igualmente, existe acuerdo en que el contrato que vinculó a las partes era el que establecía un sistema cerrado, el cual no habilita la posibilidad de reintegros.

Sin embargo, no es menos cierto que la atención requerida por el actor era parte de las atenciones que brindaba el plan médico, de modo tal que a esta altura es preciso indagar si es cierta la afirmación de la demandada respecto a que le ofrecieron alternativas a la derivación al FLENI que, es fundamental

destacar, fue indicada por los facultativos que lo atendieron en Bariloche y los que lo atendieron en Neuquén.

El requerimiento de que fuera cubierta esa atención fue efectuado por la madre del actor, en primer lugar a través de la presentación de una nota suscripta por el Dr. Obligado en el que se explayaba en relación a los aspectos médicos de la dolencia del actor y detallaba razones por las cuales correspondía continuar el tratamiento en el FLENI el día 15 de marzo de 2011.

La segunda ocasión fue el pedido el 28 de marzo del mismo año en que nuevamente la madre del actor –atento a su condición neurológica crítica- reitera el pedido y requiere el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada destacando: “... Tuvieron tiempo de expedirse y nada han hecho creando una situación de incertidumbre que conllevó a la decisión tomada de internar a nuestro hijo en el instituto Fleni, gastos todos que deberán ser reintegrados en forma íntegra a esta parte así como el vuelo sanitario que se debió contratar desde Bariloche a Neuquén y que también debió afrontar esta parte.” – notas agregadas a fs. 991/997-

Frente a esto, la demandada sostiene que efectivamente dio respuesta a través de su auditora –Dra. Alfieri- señalando que dicho Instituto no era prestador dentro del plan contratado y que ofrecía la alternativa de otras tres clínicas que tienen las prestaciones que la rehabilitación que requería el Sr. Fornasin. Esta defensa de la demandada se sustenta en la testimonial de la Srta. Perilli – ex empleada de la accionada- y de la Dra. Alfieri, auditora en aquella ocasión y en el mismo cargo al momento de efectuar la declaración y los registros telefónicos obrantes en la empresa que dan cuenta de las comunicaciones mantenidas entre distintos empleados e la accionada y quienes lo hacían en nombre del actor.

Vale destacar también que esta altura del debate ha quedado firme por un lado la existencia de la dolencia del actor como así también la necesidad de ser atendido en un centro de rehabilitación, debiendo decidir si ante esta

situación es cierto que les fue informado que el FLENI no estaba incluido como prestador y que por ello se le ofrecieron Clínicas alternativas, en la zona y en Buenos Aires.

En ese orden de ideas adquieren singular relevancia las pautas de interpretación que brinda la Ley de Defensa al Consumidor, marco legal con el que cabe analizar la cuestión.

Así, el artículo 4° de la ley establece: “Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.”

En el caso el deber de información atraviesa la pretensión desde el inicial reclamo referido a la falta de entrega del Reglamento, lo que se ubica en el plano de la formalización del contrato a su inicio y con mayor intensidad en la etapa de cumplimiento del contrato, donde a mi juicio es que se ubica la falta de cumplimiento de esa obligación y en definitiva sella la suerte del reclamo en forma adversa para la demandada.

Así, y referido específicamente a los contratos de medicina prepaga se ha dicho: “... la imposición legal de este deber de información persigue una concreta finalidad, cual es, acortar las distancias, nivelar las desigualdades estructurales que existen entre los extremos de la relación de consumo, atender a las asimetrías del mercado. En particular podemos decir que, según la etapa por la que atraviesa el vínculo, dicho deber satisface necesidades específicas: en la etapa precontractual, procura un consentimiento reflexivo del consumidor y la previsión de los riesgos que involucra la contratación; y, durante la ejecución del contrato –y aún luego de la conclusión del mismo- tiende a asegurar la satisfacción del interés involucrado en el acto de consumo, optimizando los beneficios perseguidos por el consumidor o usuario. En todos

los casos, tiende a evitar la afectación del interés de indemnidad. El deber de información constituye una obligación que no sólo se impone al proveedor en la etapa precontractual y al momento de concretar la celebración del acto de consumo sino, que debe ser cumplida asimismo durante todo el íter contractual.”

“La empresa organizadora de las prestaciones debe informar; y ello supone desplegar una conducta o actividad concreta: ejecutar el acto de comunicación esperado, suministrar la información legalmente indicada”. (“Ley de Defensa del Consumidor” Tomo II - Picasso Vázquez Ferreyra Directores – “Contrato de Medicina Prepaga” Belén Japaze – pg. 146)

Agrega la autora: “... Se impone asimismo que la información sea detallada, con lo cual debe el proveedor ofrecer precisiones acerca de los ítems legalmente establecidos, evitando generalizaciones. Al explicar este recaudo, se dice que la información debe ser pertinente, completa y suficiente pues, sólo de ese modo, el consumidor tendrá a su alcance los elementos necesarios y útiles para conocer, comprender, hacer una previsión de riesgos, decidir y adoptar precauciones para evitar daños.”

“Si bien la oportunidad no es una cualidad mencionada por la ley, el proveedor debe velar por el cumplimiento tempestivo de la obligación a su cargo. La puntualidad del pago –como en todo deber jurídico obligacional- es un requisito innegablemente vinculado a la obtención del objeto y a la satisfacción del interés del acreedor. Precisamente, la inexecución del comportamiento informativo en el tempo oportuno puede comprometer irremediabilmente la responsabilidad del proveedor.”

“... Determinar en cada caso si la información suministrada por el proveedor satisface las directivas impuestas por el legislador, constituye una típica cuestión de hecho, que el intérprete –la autoridad de aplicación en el marco del procedimiento administrativo; y los jueces en el ámbito judicial- habrá de merituar conforme las circunstancias del caso. Todo ello sin olvidar que, en caso de duda, habrá que estar a la interpretación que resulte más favorable al

consumidor.” (ob. cit. pg. 149) —el subrayado me pertenece—.

Es así que la cuestión de los hechos adquiere singular relevancia y esto nos lleva al inicio, cuando señalara que los agravios principales del actor giran en torno a la interpretación del plexo probatorio, aspecto el cual y nuevamente de acuerdo al marco normativo, requiere que sea abordado de una forma muy específica.

En esa senda, y respecto a la prueba del cumplimiento de la obligación de informa: “Es a la empresa de medicina prepaga, interesada en acreditar el cumplimiento de la obligación de informar, a quien le incumbe la carga de probarlo. Se trata del principio general en materia de prueba del pago. Es el proveedor de servicios quien debe acreditar que desplegó el comportamiento informativo idóneo para alcanzar el objeto esperado. Tal carga probatoria resulta justificada en tanto es la empresa de medicina prepaga quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar el hecho que exterioriza el cumplimiento de su deber de información.”

“... Atento a la importancia del deber legalmente impuesto a los proveedores de servicios, la prueba del cumplimiento no debe dejar dudas acerca de la eficacia del comportamiento informativo y la obtención de la finalidad perseguida. En esa línea argumental, se ha entendido que: “la cláusula contenida en un contrato de medicina prepaga que dice que el solicitante declara conocer y aceptar el listado de servicios y beneficios del plan, su reglamentación y hasta las modificaciones que en el futuro se establezcan, debe considerarse vacía de contenido pues se configura la imposibilidad que el art. 953 del Código Civil excluye como objeto válido de un acto.”

“En el mismo pronunciamiento el tribunal expreso: “revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda entablada por una empresa de medicina prepaga y condenó al afiliado a pagar una suma de dinero en concepto de diversos insumos y medicamentos, toda vez que no se encuentra suficientemente acreditado que éste conociera el alcance de los servicios ofrecidos porque la actora no acreditó

haberle entregado el reglamento correspondiente al plan que pertenecía lo cual evidencia el incumplimiento del deber de información que le incumbía conforme al art. 4| de la ley 24.240 y la falta de consentimiento eficaz respecto de las exclusiones de cobertura que reclamaba”. (“Ley de Defensa del Consumidor” – Picasso Vázquez Ferreyra Directores – “Contrato de Medicina Prepaga” Belén Japaze –Pág. 159)

En este caso en particular el cumplimiento tempestivo del deber de informar aparece con singular relevancia pues es una máxima de experiencia, que en el caso se encuentra refrendada por los informes médicos, que una persona con compromiso neurológico en su salud debe iniciar su tratamiento y rehabilitación a la brevedad.

Así, no encuentro posible dar por cumplida la prestación a cargo de la demandada pues en primer lugar, no encuentro acreditado que haya ofrecido -como señaló en un primer momento- “prestadores de la zona de residencia y ante la obstinación de los familiares, y como liberalidad, mi poderdante ofreció a la familia del actor la cobertura de centros de reconocida trayectoria en la ciudad de Buenos Aires, tales como Ulme, Ciarec y Basilea (conf. CD 218333980, de fecha 12 de octubre de 2011” -fs. 126 vta.- y agregaban “Maxime, cuando Swiss Medical S.A contaba y cuenta con una amplia re de prestigiosos prestadores para atender la patología y requerimientos del Sr. Leonardo Fornasin (por ejemplo los ya nombrados)...”

En primer lugar es de resaltar la generalidad con la que se ha referido la demandada a “prestadores en la zona de residencia”, a lo que cabe agregar que ello enlaza con la falta de constancias del ofrecimiento del mencionado prestador.

Luego y con respecto a las Clínicas en la ciudad de Buenos Aires encuentro imprescindible señalar que el ofrecimiento de las mencionadas clínicas surge primero, de los dichos de las testigos ofrecidas por la demandada -respecto de las cuales sus testimonios se encuentran fuertemente afectados por las

generales de la ley- y segundo de la carta documento de fecha 14 de octubre de 2011.

En cuanto a los testigos, cabe destacar que la Srta. Perilli si bien al momento de declarar no trabajaba más para la demandada, aparece como una de las responsables del manejo del tema, al igual que la Dra. Alfieri, quien no sólo seguía desempeñándose para la accionada al momento de declarar, sino que fue la auditora médica en el caso.

Entiendo que estas cuestiones no fueron correctamente evaluadas en la sentencia pues para que los testimonios afectados por algunas de las causas descriptas en el Código Procesal como “generales de la ley” puedan tener el valor de generar certeza, deben encontrarse apoyadas por elementos que a su vez no ofrezcan dudas y en el presente su apoyo en lo informado por la pericia contable no aparece como pasible de ser calificado de esa manera. Veamos.

La pericia –fs. 823/851- informa: “... Informara si la empresa tiene un registro informático donde se dejen asentadas las llamadas y consultas de los socios. En su caso indique cual es, y cual es su utilización. Respuesta: Afirmativo, la empresa tiene un registro informático donde se dejan asentadas las llamadas y consultas de los socios. Lo denominan “PORTAL”, en el mismo se registran las llamadas que la demandada efectúa a sus prestatarios y viceversa”, luego: “En particular deberá informar si de los registros del sistema informático “Portal” de mi mandante, se han registrado algún tipo de llamada de los familiares y/o allegados al Sr. Fornasin desde el 15 de enero del 2011 en adelante respecto de los alcances del plan contratado, en especial de la cobertura de FLENI como prestador de Swiss Medical: Respuesta: me remito al Anexo II, parte integrante del presente informe pericial.”

Ahora bien, el Anexo II son 10 fojas donde en cada una de ellas aparecen las impresiones de lo que serían las pantallas de un sistema donde se habrían asentado los llamados en los que la empresa informó al actor.

Pues bien, esas constancias no dejan de ser documentación emanada de la

demandada, cuya fidelidad para brindar información no puede equipararse a un libro tal como “Inventario y Balance” o “Diario General” en los que media la autorización y fiscalización de una autoridad pública –Inspección General de Justicia o Registro Público de Comercio- que es lo que le otorga valor a los registros que allí se vierten.

No es el caso de la documentación con la que se intenta respaldar los dichos de las testigos, pues como adelantara no dejan de ser documentación que emana de la parte y en algunos casos –fs. 826; 827 y 830- de la propia testigo, lo cual equivale a decir que lo que dice el testigo se apoya en lo que el testigo escribió.

Estas circunstancias fueron puestas de relevancia por el actor al impugnar la pericia, sin embargo no fueron tenidas en cuenta en la sentencia.

Allí señalaba el accionante entre otras cuestiones: “... No surge del informe pericial que hayan sido puestas a su disposición o haya escuchado el contador las supuestas grabaciones; son tan solo registros en papel de anotaciones de los propios empleados de la demandada ...al contador se le exhibieron las mismas copias en papel que fueron acompañadas al expediente, con lo cual muy lejos estamos ante un informe pericial –menos contable- estamos ante una puesta en escena de la demandada que intenta asignarle valor probatorio a documentos que realmente no lo tienen. Las grabaciones NO EXISTEN, y si existían, debieron ser acompañadas como prueba por la parte demandada al momento de contestar su demanda... no tienen fecha cierta... surge que son comunicaciones internas, unilaterales y, por lo tanto, inoponibles al actor dado que este jamás puede controlar lo que en dichos registros se dejaría asentado, por ello carecen de valor para tener por acreditados los hechos que se encuentran controvertidos en autos.”

La sentencia sostiene: “... el actor conocía que el Instituto Fleni no era prestador de la demandada, pues no es verosímil que requiriera de ésta prestaciones médicas que sí afrontó y además consintiera pagar al Instituto

Fleni sin ningún reclamo mientras transcurría su internación y atención médica en ese instituto.”

Reitero, de conformidad al plexo normativo con el que hay que analizar la cuestión la óptica que cabe adoptar, no es desde la presunción elaborada por la Jueza sino desde la falta de acreditación de parte de la demandada acerca del ofrecimiento específico de otras clínicas –en la zona- o en la ciudad de Buenos Aires que pudieran efectuar la rehabilitación del actor, pues no es posible que el actor permaneciera sin iniciar su tratamiento –de conformidad a lo que surge de los informes médicos- por falta de ofrecimiento en concreto de alternativas. En definitiva, lo que la demandada no ha logrado acreditar es que se hubieran ofrecido alternativas frente a lo que los médicos le indicaban.

La Dra. Alfieri expresa en su testimonio que los médicos no pueden ordenar una derivación a la obra social, lo cual si bien es cierto no obsta a la solución que aquí se propone, pues lo que hizo el Dr. Obligado fue indicar por escrito – seguramente a requerimiento de los familiares del actor- el estado de salud y los requerimientos de rehabilitación que necesitaba el actor, considerando según sus conocimientos que ello debía hacerse en el FLENI, todo lo cual fue presentado a la obra social a fin de obtener una respuesta.

Según surge del testimonio de la auditora las cuestiones que se presentan por escrito se derivan al área legales de la empresa y a partir de allí ellos –en la oficina de la zona- ya no tienen conocimiento de qué sucede.

En ese orden de ideas es que la auditora hace referencia a que existiría un acta que se habría intentado hacer firmar a la madre del actor previo al traslado en ambulancia hasta el aeropuerto donde se dejaba constancia que Swiss Medical asumía la responsabilidad hasta allí, acta elaborada por el área de legales, que finalmente la requerida no suscribió y que la mencionada acta está “...en algún lado...”

A lo largo de los testimonios de Alfieri y Perilli, surge que el manejo de la información se efectúa a través de soporte electrónico y que las constancias de

ello obran en el denominado “Portal” de la empresa, cuestión ésta que intentó acreditar también la demandada a través de la pericia contable.

Sin embargo, y sin sustraerme de las máximas de experiencia que indican que en la actualidad el manejo por medios informáticos es una forma habitual de intercambio de información, tratándose de una empresa de las características de la demandada, que además cuenta con un “área de legales” a la que se derivan los requerimientos escritos –según destaca la Dra. Afieri en su testimonio- lo cierto es que en este proceso no ha logrado acreditarse que haya habido una respuesta concreta y sobre todo tempestiva a los requerimientos del actor.

En ese marco la valoración que efectúa la sentencia de grado acerca de que el pago del resto de las prestaciones que recibió el actor –al margen de las del FLENI- le otorga la pauta de que efectivamente el actor sabía que ese instituto no era prestador e igualmente se atendió allí, no obsta a que el reclamo prospere pues ante la falta de alternativas para seguir el tratamiento que se haya optado por el indicado por la médica que lo atendió inicialmente en Bariloche y luego por el que lo atendió en Neuquén, aparece como una conducta razonable a tenor del estado en el que se encontraba el actor.

Así y frente a ello a quien cabía la carga de probar que ofreció alternativas al FLENI y además que efectivamente las clínicas ofrecían tratamientos similares a los ofrecidos por aquel instituto era a la demandada.

Tan ello era así que al momento de ofrecer la prueba ésta requiere:

“Informativa: ... Servicio Nacional de Rehabilitación: ... a fin de que informe acerca del Proyecto Institucional que presentara oportunamente el CIAREC, CLINICA DE REHABILITACION ULME Y CLINICA BASILEA, en sus respectivos expedientes para lograr su correspondiente categorización, indicando nómina de profesionales, especialidades y carga horaria de los mismos, población destinataria y demás datos de interés, como así también remita copia certificada de los expedientes en cuestión.”

Similares precisiones se solicitaban a la Dirección de Promoción y Protección

de la Salud y al Registro Nacional de Prestadores.

Luego: "Clínica de Rehabilitación ULME" ... a) si resulta ser un Centro Educativo Terapéutico para el abordaje rehabilitatorio de Trastornos Neurológicos; b) acerca del proyecto institucional que presentara oportunamente en el expediente para lograr su correspondiente categorización, indicando nómina de profesionales, especialidades y carga horaria de los mismos, población destinataria y demás datos de interés, como así también, remita copia certificada del expediente en cuestión c) si resulta ser prestador de Swiss Medical S.A"

Solicitudes del mismo tenor se reclamaban en relación a Clínica Basilea y a CIAREC.

De esta forma cabe analizar el tenor de la prueba colectada a la luz de las mencionadas peticiones.

A fs. 215 la Clínica ULME informa: "... Centro de rehabilitación ULME, no es un centro educativo. Trabajamos en rehabilitación de pacientes subagudos y somos prestadores de Swiss Medical"; a fs. 207 la Superintendencia de Seguros de Salud expresa: "... La CLÍNICA CIAREC... se encuentra inscrita por Disposición 943/2012 SSalud desde el 24 de Agosto de 2012, con vigencia hasta el 24 de Agosto de 2017, como establecimiento de salud con internación; La CLÍNICA BASILEA... se encuentra inscrita desde el 7 de diciembre de 2011, con vigencia hasta el 7 de diciembre de 2016 como establecimiento de salud con internación... CENTRO DE REHABILITACION ULME no cuenta con inscripción en este registro."

A fs. 719/754 obra contestación del Registro Nacional de Prestadores del Servicio Nacional de Rehabilitación dependiente del Ministerio de Salud que expresa: "... se informa que tanto la CLINICA DE REHABILITACION ULME, como la CLINICA BASILEA, no se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Prestadores y no han presentado a la fecha solicitud de inscripción alguna. En relación a CIAREC, la institución solicitó su inscripción el 26 de febrero de 2002, como Servicio de Rehabilitación Nivel I, bajo el N° de expediente ...No

obstante ello, tampoco se encuentra inscrita en el Registro Nacional de Prestadores, ya que se declaró de oficio la caducidad de las actuaciones, procediéndose a su archivo. De acuerdo a lo solicitado se adjunta copia certificada del expediente..., aunque carece de la documentación requerida, ya que el interesado no incorporó el proyecto institucional, ni organigrama profesional, ni los datos de la población destinataria.”

A fs. 767 la Clínica Basilea contesta: “ ... Clínica Basilea no es un Centro Educativo Terapéutico b) En razón de lo anterior, no se ha presentado expediente al respecto c) Si, la institución es prestadora de Servicios Médico Asistenciales de Swiss Medical S.A”

De la lectura de los informes transcriptos y sin perjuicio de haber dejado ya sentado que no ha logrado acreditarse que la existencia de alternativas al FLENI hubiera sido informada en tiempo y forma oportunas al actor –o a sus familiares- se advierte que la demandada tampoco logró acreditar que a la fecha del accidente y posterior período de rehabilitación requerido por el actor, las clínicas que dijo haber ofrecido contaran con la habilitación pertinente o los requerimientos profesionales que necesitaba el actor.

En síntesis, podemos señalar que ante la falta de respuesta concreta por parte de la demandada lo que no es lógico es suponer que el actor permanecería sin recibir el tratamiento indicado hasta la fecha en que se tiene la primer señal expresa y acreditada por parte de aquella de las clínicas de Buenos Aires que es a la fecha de la carta documento del día 14 de octubre de 2011 donde a más de señalar que el FLENI no era prestador expresa: “ ... Mi mandante jamás rechazó cobertura de tratamiento de rehabilitación a realizarse por el Sr. Fornasini.

Tal como le fuera informado, al momento de requerirse la cobertura pretendida, Swiss Medical S.A contaba en la zona de residencia del Sr. Fornasini con prestadores en la especialidad requerida, motivo por el cual en primer lugar no resultaba necesaria la derivación a una institución en Buenos Aires, sino que tampoco mi mandante se encontraba obligada a brindar cobertura en concepto de

traslado, y/o consultas y/o alojamiento en la ciudad de Buenos Aires tal como Ud. requiriera oportunamente existiendo, como se expuso, centros especializados en su zona de residencia. 3) Sin perjuicio de lo expuesto, y a mayor abundamiento, mi representada ofreció como una liberalidad, en forma excepcional y sin que esto implique reconocimiento de hechos ni derechos, brindar cobertura del tratamiento de rehabilitación del Sr. Fornasini en la ciudad de Buenos Aires, done también contaba con centros de reconocida trayectoria tales como: Ulme, Ciarec y Basilea. ...”

Aquí cabe efectuar una aclaración y es que el original de la carta documento se encuentra agregada incompleta al expediente judicial y completa en el administrativo de la Secretaría de Defensa al Consumidor lo cual admite tener en cuenta lo allí expuesto pues se trata de un intercambio epistolar reconocido por las partes.

Volviendo a la carta documento, se advierte la extemporaneidad de la respuesta pues el accidente fue en febrero de ese año y el actor se trasladó para iniciar la rehabilitación en marzo del mismo año.

Pues bien, en el contexto descrito es razonable que ante la falta de alternativas concretas –repito, la demandada no logró acreditarlo- el actor concurriera al lugar en que fuera derivado por dos facultativos y que ante la urgencia abonara lo que la institución le reclamaba para llevar adelante el tratamiento.

Por otra parte calificar de “obstinación” la pretensión de que el señor Fornasin fuera tratado en el Instituto Fleni, resulta cuanto menos desconsiderada pues más allá de lo que puede calificarse como actitudes reiterativas en ese sentido, no puede perderse de vista que quienes realizaban las gestiones eran los padres del actor, personas mayores, con un nivel de preocupación que ni siquiera es preciso acreditar pues es una máxima de experiencia y que además contaban con dos indicaciones médicas para que el tratamiento se realizar en aquella institución.

La demandada se expresó en la demanda en los siguientes términos: “Como se desprende y deduce de los hechos y circunstancias de autos, es innegable que el actor y su familia han gozado y gozan de prosperidad económica, constituyendo una familia de alto poder adquisitivo. Frente al accidente sufrido por el Sr. Fornasin, y evidentemente dadas sus disponibilidades, decidieron seguir los tratamientos por ellos elegidos y que según los profesionales médicos también elegidos por ellos, les parecieron los más convenientes. Todo ello pese a que Swiss Medical contaba con prestadores de cartilla de excelencia y mucha mayor experiencia que el propio Fleni...”

Del análisis de la prueba colectada a la luz de las particulares reglas que rigen la carga probatoria en el marco aplicable, entiendo que más bien la obstinación es de la demandada al insistir mantenerse en el esquema contractual de que se trata de un plan cerrado en el que el FLENI no es prestador de cartilla, sin hacerse cargo de la falta de acreditación del cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Es preciso recordar que hubo de parte de la accionada un reconocimiento expreso de que el tratamiento debía brindarse, sin embargo no logró acreditar en este proceso su actuación diligente en orden a dar cumplimiento con ello.

La profesionalidad de la demandada le impone una carga mayor en el cumplimiento del deber apuntado en cuanto a brindar la información clara, oportuna y precisa al afiliado y es allí donde no ha alcanzado a generar la certeza requerida para tener por cumplido con ese deber.

Señala la autora antes citada: “El texto del art. 8° bis de la ley 24.240... expresa: “Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias...” Se trata de una norma aplicable a las empresas de medicina prepaga, en tanto los contratos celebrados con los usuarios admiten su calificación como contratos de consumo, aprehendidos por la

ley citada... Atender al consumidor, implica recibirlo, escucharlo, informarlo, asesorarlo, aconsejarlo, advertirle sobre los riesgos, receptar sus reclamos, darle satisfacción. Todo ello de conformidad a las concretas circunstancias del caso. Atenderlo, supone arbitrar los mecanismos necesarios al efecto: capacitar a quienes ejercen la representación del proveedor o son su cara visible frente al consumidor o usuario, habilitar centros de atención al cliente de acceso real y efectivo y dotarlos de mecanismos adecuados para la finalidad que le es propia (dar una respuesta satisfactoria en términos razonables).”

“El trato digno supone respetar la esfera íntima del consumidor, sin invasión indebida o injusta. Importa facilitar el acceso a los bienes y no restringirlo, respetar la libertad, la autodeterminación y los tiempos en que el consumidor desea manifestarse... En materia de contratos de medicina prepaga, la jurisprudencia ha reprobado ciertas prácticas por considerarlas lesivas de la dignidad del usuario del sistema y conculcatorias de sus derechos.”

“La imposición de trámites burocráticos previos, para recién acceder a las prestaciones requeridas, puede ser lesiva de los derechos del paciente, más aún cuando su cuadro de salud demanda la inmediata atención profesional, el tratamiento médico o la intervención del caso.”

“En muchos casos, se aprovecha la situación de vulnerabilidad del usuario – afectado por una dolencia, precisado de una prestación particular, urgido por los tiempos o abrumado por la situación- para que asuma obligaciones adicionales o renuncie a derechos o beneficios. Se trata de una práctica empresarial abusiva y, por ende, censurable. El intérprete debe ser particularmente celoso del resguardo de la dignidad del consumidor descalificando aquellos comportamientos.” (ob. cit. pág. 172)

Destaco de la doctrina transcrita las notas de urgencia y vulnerabilidad que encuentro resultan aplicables al caso en examen y que también fueron recogidas en un antecedente jurisprudencial citado por la autora: “A una mujer que se encontraba suscripta a un sistema de medicina prepaga de carácter cerrado se le

diagnosticó la existencia de un tumor e la base del cráneo que lo hacía inoperable. Habiendo efectuado una interconsulta con profesionales ajenos al sistema se le informó la necesidad de efectuarle una operación de suma urgencia. Planteado el caso en la empresa de medicina prepaga, le exigieron el cumplimiento de distintos trámites que aquella, dada la urgencia no cumplió. Finalmente fue operada con éxito por un médico ajeno a la cartilla de la prepaga y solicitó el reintegro de lo abonado. En primera instancia se hizo lugar al planteo que apelado por la demandada fue confirmado por la Cámara. El tribunal entendió que correspondía “condenar a la empresa de medicina prepaga al reintegro de las sumas que el actor abonó por la operación quirúrgica efectuada por un profesional fuera de la cartilla, si a pesar de la urgencia del caso no fueron puestas a disposición del socio las soluciones que otorgaba el plan con la premura que indicaba el caso.” (CNCiv., Sala L 7/3/2001, “S.,L. c. Omint S.A” LA LEY, 2001-E-188). Con una línea argumental similar, CCiv. y Com. Córdoba, sala 6, 27/4/2005, “Baigorri, Francisco c. Instituto Provincial de Atención Médica de la Provincia de Córdoba (I.P.A.M.)” (pág. 172)

En consecuencia y por lo expuesto, es que he de proponer al Acuerdo revocar la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda en la extensión solicitada, condenando a la demandada a reintegrar las sumas abonadas por el actor, las que alcanzan a la suma de \$ 452.807 con más sus intereses desde el 26 de septiembre de 2011, fecha de la carta documento por la que se requiriera el reintegro y que se fija como fecha de mora, con costas de ambas instancias a la demandada vencida, difiriéndose la regulación de honorarios para cuando se cuenten con pautas a tal fin.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia apelada, condenando a la demandada a abonar al actor la suma de PESOS CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SIETE (\$452.807,00), con más sus intereses según surge de los considerandos que anteceden.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida.

III.- Diferir la regulación de honorarios para el momento de contar con pautas a tal fin.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA