

Poder Judicial de la Nación

Libre n° 438.680.- “MARCUZZI DE GIMENEZ ZAPIOLA INÉS C/ SWISS MEDICAL S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”.- JUZGADO N° 14.- Expediente n° 17366/2003.-

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los días del mes de noviembre de dos mil cinco, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la sala “G” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de Apelación interpuestos en los autos caratulados: “MARCUZZI DE GIMENEZ ZAPIOLA INÉS C/ SWISS MEDICAL S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, respecto de la sentencia de fs. 346/50, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores: CARLOS ALFREDO BELLUCCI- OMAR J. CANCELA- LEOPOLDO MONTES DE OCA.-

A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara Doctor Bellucci dijo:

I.- La actora, que como empleada estaba afiliada por su patrona a una pre-paga, finiquitada dicha relación de cobertura médico-asistencial, quiso contratar esos servicios con aquella empresa de medicina, y ésta no la admitió.-

Ante esa actitud y pretextando “discriminación” y “abuso de derecho”, la demandó por resarcimiento de daños y perjuicios.-

La emplazada (a través de la sociedad que la absorbió por fusión: “Swiss Medical Group S.A.”) repelió la demanda con fundamento en la inexistencia de tales extremos, y por no existir contrato firmado directamente con la peticionaria.-

La accionante pidió y obtuvo beneficio de litigar sin gastos tal como surge de la resolución dictada a fs. 48/50 del incidente apiolado y a la vista que lleva n° 17.367/2003, pronunciamiento aquél que fue confirmado por este tribunal a fs. 144/vta.-

Trabada la litis como quedó dicho, la cuestión fue declarada como de “puro derecho”.- (“vide” fs. 183), con consentimiento de las partes involucradas.-

II.- *Por considerar la inexistencia de los extremos en que se apoyó su pretensión, a fs. 346/50 la sra. jueza “a-quo” la rechazó definitivamente y le impuso las costas irrogadas a la demandante.- Reguló honorarios a los sres. profesionales que asistieron a las partes.-*

III.- *Aquel rechazamiento enanca el rezongo de la peticionaria quien a fs. 370/74 vta. desgrana argumentos en pro de la reversión del fallo, con el norte puesto en la “discriminación” de la que dice haber sido objeto, sin olvido del abuso de derecho que le achaca a la empresa de medicina pre-paga que no quiso afiliarla.- Tal pieza trasladada a fs. 377 mereció pedimento de deserción y subsidiaria repulsa de parte de la apelada.-*

IV.- *Una serena lectura de la pieza gravosa, al trasluz de lo pretendido y de lo actuado en autos hace que me esfuerce en no aplicarle a aquélla el rigor de la disposición prevista por el artículo 266 de la ley adjetiva, desde que es sabido, esta tríada jurisdiccional abreva en un criterio amplio para examinar los dardos críticos lanzados contra el decisorio de la anterior instancia.-*

Ello así, premito que las quejas no le hacen mella al correcto

Poder Judicial de la Nación

3

silogismo de grado.-

Sucedo que -como vertebralmente lo expresa la disconforme a fs. 370 vta. párrafo 6to.- no hay derechos absolutos cuyo ejercicio convalide una demasía de esa prerrogativa legal.- De ahí que ese afirmado juega en favor pero también en contra de la postulante ya que, del mismo modo que no se puede consagrar una negativa arbitraria e infundada a celebrar un contrato de afiliación, mucho menos puede admitirse una imposición fuera de sustento direccionada a que se le extienda -directamente- cobertura médico asistencial a una persona proponente.- Es de toda evidencia que el criterio con que ensayó su súplica la accionante se contrapone y queda a mi juicio neutralizado por el derecho de la demandada, sin que tal actitud así contemplada, rebase su razonado y razonable ejercicio.-

Tanto es ello así, que la propia disidente, en párrafo siguiente de esa misma foja reconoce esta aseveración de mi pluma.-

Trátase de hacer valer la temática legal del “abuso de derecho” y en ese derrotero bueno es reflexionar que, afincado ese instituto en la regla moral de raíz canónica, se fue consolidando en la teoría general, de tal suerte que ha menester de una clara ilegitimidad en tanto y cuanto el ejercicio de una determinada prerrogativa resulte contrario a la ley, o a los fines tenidos en cuenta por quien la prohió y dictó.- En el espíritu de Josseland está patente la noción de “función social” a cumplir, de tal guisa que no se permitan derechos puestos, entre otros fines, al servicio de la mala fe precontractual, y contractual.- (autor citado, “El espíritu de los derechos y su relatividad”, ed. José M. Cajica (h), traducción de Eligio Sánchez Larios; México, año 1946).-

Precisamente, el texto dado por la ley 17.711/68 al artículo 1071 de nuestra actual ley de fondo (Cód. Civil) insufló benéfico soplo de equidad -que por cierto Vélez ya conocía (ver arts. 907 y 1056 de ese mismo cuerpo legal)- y lo colocó a tono con la filosofía imperante en nuestro días.-

A modo de rescate ontológico, es dable afirmar que la regularidad

en la utilización -diría yo más bien invocación por las facetas del caso a resolver- de un presunto derecho subjetivo supone su íntima relación entre esa normativa y quien la invoca, es decir, la demostración cabal de que le corresponde por lógica atribución.-

Pero cuando a ese mismo derecho se lo esfuerza (el resaltado me pertenece) en procura de un fin anti-funcional, o que se contrapone decididamente a otra prerrogativa legal (v.g libertad de contratar o de no hacerlo) no puede hablarse “lato o stricto sensu” de abuso de derecho.- (Véscovi, Enrique A. en “El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil”, según XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en la Ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, año 1981, pág. 261).-

Como en la actualidad, ese instituto del que vengo haciendo estas aclaraciones que me parecen necesarias, está imbricado en toda la teoría general del derecho (que sabido es un todo orgánico sin compartimentos estancos: abarca por igual a todas y cada una de sus ramas), también, paradójicamente, puede darse en el ejercicio de la incitación jurisdiccional, es decir para ser más claros, al promover un litigio innecesario o con visos evidentes de improponibilidad.- Con ello se quiere significar que aquel estigma puede acompañar, como peculiaridad, también al uso del proceso.- (Gelsi Bidart , Adolfo, mismo Congreso citado, pág. 218).- Esa lente es imprescindible para visualizar las concomitancias que se dan y derivan en este caso sometido a revisión.-

He examinado las piezas constitutivas de este juicio, lo propio he hecho con todo lo demás actuado y en verdad, no salgo de mi asombro porque la peticionaria puso en tela de juicio a la misma libertad de contratar, sin que haya demostrado lesión al interés negativo (no debe ni puede olvidarse que fue declarada la cuestión como de “puro derecho”), y menos aún, la procedencia de la “noxia moral” en la que embanderó a su pretensión resarcitoria.-

Sobre dicho piso de marcha es bueno recordar que entre los

Poder Judicial de la Nación

5

requisitos de procedencia del instituto esgrimido por la recurrente (v.g. conducta permitida por el ordenamiento jurídico; su contrariedad a los fines previstos por el Legislador; o a la moral y buenas costumbres; la imputabilidad en cuanto a la actuación con discernimiento, intención y libertad, e incluso según una corriente moderna, una fuerte presión social reflejada a través de la normativa espontánea o conciencia jurídica colectiva que aspira a una modificación del derecho positivo vigente en el decir de Luis Alberto Warat, (en “Abuso del derecho y Lagunas de la Ley”, Bs. As., año 1969, pág. 60), se cuenta la necesaria existencia de un daño provocado por el ejercicio antifuncional que se predica de aquel derecho reconocido a no contratar.-

Me basta referir que todos aquellos extremos y, en especial el último de ellos han de ser demostrados por quien se cobija bajo el manto del abuso, de tal suerte que si la prueba ha sido vacua, o si como aconteció en este retazo de verdad ya histórico, siquiera existió porque se consintió aquella declaración de puro derecho que alejó toda suerte de demostración de la que vengo hablando, con acierto decidió la “quaestio” la distinguida colega de la primera instancia.- (arts. 377 y cc. del rito; 1071 y cc. de la ley sustantiva; Carranza, en “Abuso del derecho”, en J.A. al to. 3-1969-680; ídem Castiglione José, en “El abuso del derecho”, Bs. As. Año 1921, pág. 119).-

No constituye demás legal reprochable -como se esfuerza en decirlo la quejosa- la negativa a contratar si, como en la especie, no se ha demostrado que exista obligación concreta de realizar esa conducta.- (Esta Excma. Cámara, por su Sala “D”, en J.A., to.1960-II-465, fallo 2177).-

Tal aseveración no significa enrolarse en la tesis de la “libertad absoluta”; tan sólo es producto de examinar en el caso por un lado, la vigencia del principio superlativo que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, y por el otra, de meritar que la actora tenía a su alcance la posibilidad de cubrir su faz médico asistencial mediante el “CEMIC”,

empresa que le ofrecía su empleadora.-

Infiero que la actitud asumida por aquélla (me refiero a la peticionaria), es más asimilable a un “capricho” (en propias palabras de la demandada a fs. 380, cuarto párrafo “in fine”) que a una discriminación que desde luego no advierto en autos.-

Por traducir toda la argumentación de la actora en punto a la alegada actitud de la pre-paga a la que me referí en el párrafo que antecede, prédica que trajo ahora a este colegiado, paréceme necesario apuntocar que no surge que se le haya dado trato de inferioridad por cuestiones o motivaciones raciales, religiosas, políticas ni de tipo personal, salvo, claro está, el haber ejercitado el derecho de libre contratación que en modo alguno puede adjudicarse a ninguna de estas calidades.- Incluso, me atrevo a barruntar que en la situación de la quejosa existieron muchas otras personas a las que la emplazada no les concertó vínculo jurídico alguno.- Basta pensar en los plazos de decadencia propios de toda empresa privada de medicina pre-paga, en el sentido de alentar o desalentar aspirantes a ser afiliados en consideración a su particular y personal situación de salud.- ¿Acaso podría hablarse aquí de discriminación?.- Sincera y convencida mente respondo que no.-

*Por darle un tratamiento exhaustivo a los reproches al “dictum”, me atrevo a afirmar que las consideraciones vertidas antes se anudan con otra de no menor entidad para desalentar la procedencia de aquéllos.- Sucede que corresponde diferenciar apropiadamente el rol y actividad de estas empresas privadas de aquellos que competen a las públicas (v.g medicina estatal) y a las semi-públicas (v.g. obras sociales) en tanto éstas últimas y no las primeras, están sometidas a un régimen legal que las regula y les impone **cobertura** de prestaciones de carácter obligatorio generales, y en su caso, específicas. (la negrita es de mi pluma; conf. ley 23.660/80 en L.A. to.1989-A-51 y ss.; ley 23.661/89 en L.A., mismo to. págs. 58/66; Ley 24.901/97, en ADLA, to. LVII-E-1997, págs. 5555/59 referida a*

Poder Judicial de la Nación

las personas con discapacidad).-

Al resaltar el vocablo cobertura en el considerando que precede, he tenido en cuenta la sanción de la ley 24.754/97 (ADLA. To. LVII-A-8) en la que en su único artículo 1° establece que a partir del plazo que allí fijó, las pre-pagas deberán cubrir -como mínimo- en sus planes de cobertura médico asistencial, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme las leyes que he mencionado, a lo que agrego sus respectivas reglamentaciones; pero ello implica necesariamente que se haya hecho efectivo -mediante el respectivo contrato- el carácter de afiliado beneficiario de aquella obligación.- Ergo, en la medida que no se dio tal supuesto, queda como dije, la pretensora al margen de todo reclamo.-

Como colofón de todo lo meritado aprecio que la sra. Marcuzzi de Gimenez Zapiola trasfunde y confunde a la libertad de contratar con el deber de hacerlo, lo que resulta impropio.-

Por último, a estar a la propia documentación que arrojó con su escrito postular (fs. 4/15), la quejosa por intermedio de "AMAT", tenía cobertura accesible con la pre-paga "CEMIC" luego que la contrata con la demandada y "AMAT", finiquitó.- De allí que por muy respetable que haya sido su intención de continuar atendiéndose con los profesionales de la cartilla de la ya desvinculada empresa aquí emplazada, no se advierte que tal postura apareje viabilidad a su reclamo de afiliación directa que, escudada en la ya mentada libertad de contratar constitucionalmente protegida, desechó en derecho la compelida.-

En suma, voto por la afirmativa como respuesta al interrogante copete de este acuerdo.-

De suscitar adhesión de mis pares, corresponderá confirmar el correcto y justo pronunciamiento apelado, con costas de alzada a cargo de la actora, apelante devinta en su intentona revisora.- (arts. 68 y cc. de la ley de forma).-

Tal, mi parecer.-

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Omar J. Cancela y Leopoldo Montes de Oca votaron en igual sentido por análogas razones a las expresadas en su voto por el Doctor Bellucci.- Con lo que terminó el acto.-
CARLOS ALFREDO BELLUCCI- OMAR J. CANCELA- LEOPOLDO MONTES DE OCA.-

Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la sala “G” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.- Conste.-

Buenos Aires,
 2005.-

de noviembre de

Y VISTOS:

*Por lo que resulta de la votación de que instruye el Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE: I.-** Confirmar la sentencia dictada en la anterior instancia, en todo cuanto decidió y fue motivo de inatendibles quejas, con costas de alzada a la apelante.- **II.-** En atención al resultado del proceso, el monto a tomar como base regulatoria es el que surge de la suma reclamada en la demanda conforme la doctrina del fallo plenario recaído en autos “Multiflex S.A. c/ Consorcio” (L.L. 1975-D, pág. 297).- Valorando la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada, etapas cumplidas y resultado obtenido y a lo normado por los arts. 6, 7, 9, 10, 14, 37, 38 y conc. de la ley 21.839 y la ley 24.432 se confirman por ajustados a derecho los honorarios regulados a la letrada patrocinante de la parte actora, **DRA. PILAR IZURIETA Y SEA**, y los de los letrados apoderados de la parte demanda **DRES. HUGO EDUARDO S. WOLOSCHIN** y **STELLA MARIS ARROÑADA** se confirman por haber sido apelados sólo por “altos”.- Por los trabajos de alzada se fija la remuneración de la **DRA. PILAR IZURIETA Y SEA** en la suma de **PESOS CIENTO CUARENTA (\$ 140)** y*

Poder Judicial de la Nación

9

del DR. HUGO EDUARDO S. WOLOSCHIN en la suma de PESOS DOSCIENTOS SESENTA (\$ 260).- Se fija el plazo de diez días corridos para el pago de los emolumentos.- Regístrese, notifíquese, y devuélvase.-

19

20

21