



NEUQUEN, 26 de junio de 2024.

**Y VISTOS:**

En Acuerdo estos autos caratulados: "**CRESPO ANGEL ESTEBAN C/ MEDIFE S/D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES**", (JNQC11 EXP N° **522497/2018**), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- En contra de la sentencia dictada el 2 de noviembre de 2023, que rechaza la demanda, el actor deduce recurso de apelación en hoja 289, y lo funda en hojas 291/295vta.

II.- a) En su memorial, el recurrente aduce que el pronunciamiento cuestionado, si bien hace mención a que la demanda se funda en la normativa del consumo, luego "*no interpreta ni aplica la protección del consumidor*" en el marco de una relación contractual regida por el estatuto de defensa del consumidor.

Así, afirma que en la decisión en crisis se ha incurrido en una errónea y absurda valoración de la prueba, apartándose de las normas y reglas aplicables a la relación de consumo y, en consecuencia, concluyendo que su parte no acreditó los presupuestos de responsabilidad civil, pese a que se demostró el incumplimiento de la prestadora de salud demandada que derivó -dice- en la incapacidad física informada por el perito médico.

En segundo lugar, el recurrente señala que en la decisión de grado no se tuvo en cuenta la falta de controversia en orden al accidente sufrido el 19 de julio

de 2016, mientras realizaba tareas de metalurgia en su taller particular, como tampoco que tomó conocimiento del mismo y asumió la asistencia pactada; habiéndose demostrado el requerimiento efectuado por el Dr. Birbuet -de Traumatología del Comahue- para la provisión de elementos de osteosíntesis a fin de efectuar a su parte una intervención quirúrgica en el dedo anular.

Agrega que el perito médico sostuvo en la audiencia donde brindó explicaciones, que compartía lo expuesto por el consultor técnico de parte y determinó que el actor presenta una incapacidad del 7,85%.

Además, acerca de la supuesta falta de comunicación a la demandada de aquello prescripto por el médico tratante, sostiene que se adjuntó a las presentes un documento con el logo e identificación de la prestadora responsable de proporcionarlo: *"Incluso fue emitido por la prestadora de salud, que le había sido indicado por la misma demandada. Esta última, incluso, nunca produjo prueba, a su cargo, que desvirtuara no haber recibido tal comunicación"* -cfr. hoja 292vta.-.

También expone que el testigo Moreno manifestó que el actor concurrió a la sede de la empresa para reclamar que se le diera la prestación y que el día 5 de octubre de 2016 remitió una carta documento dirigido a un domicilio no desconocido por la demandada, *"produciendo los mismos efectos, desde la teoría de la recepción Esto es, que colocada en la esfera de su conocimiento, la circunstancia de que no haya sido recibida. Cuestión que le es atribuible a la misma responsable que generó tal circunstancia"* -cfr. hoja 293-.

El quejoso dice que además, su parte demostró la recepción del requerimiento de material por parte de la

accionada, mediante nota de fecha 26 de octubre de 2016 presentada ante el Servicio al Cliente que tiene el sello y estampa de la firma de la empleada Betsabé Gaydou. Así, afirma que si bien ésta no contestó los oficios debidamente diligenciados, Medifé no probó que la misma no fuera su dependiente o su ausencia el día señalado, ni que el sello fuera falso o no le correspondiera.

Por otra parte, aduce que la demandada no invocó ni justificó que resultara innecesaria la intervención quirúrgica prescripta, ni que no estuviera contemplada en el Programa Médico Obligatorio.

En tercer lugar, el recurrente se agravia por cuanto el pronunciamiento de grado le endilgó la falta de prueba del nexo causal entre los daños invocados y el incumplimiento, pese a haber demostrado que padece una incapacidad del 7,85% derivada de la omisión de la demandada en brindar la prestación adecuada, en el tiempo requerido por el médico de la prestadora de salud que aquella subcontractó.

Al respecto, considera que su parte sólo debía acreditar el daño sufrido y su relación con la cosa o servicio, encontrándose a cargo de la contraria la prueba de una causa ajena para liberarse de la responsabilidad, e incluso que la falta de provisión de los elementos descriptos resultaba indiferente en relación al resultado incapacitante del accidente, pues lo cierto es que Medifé incumplió en prestar la debida atención a la que se había comprometido.

Agrega que concurre implícita en el caso una obligación de seguridad de carácter general y accesoria respecto de los daños que puedan originarse en la prestación del servicio; en tanto, el servicio debe

prestarse en condiciones tales que el prestatario no sufra daño por deficiencia de la forma en que aquél se brinda.

Por último, el demandante se injuria por la forma en que fueron impuestas las costas procesales, por resultar -dice- injusta y arbitraria la sentencia cuestionada; la que solicita sea revocada acogiendo favorablemente sus agravios, con expresa imposición de costas a la contraria.

b) Conferido el traslado de ley, en hojas 297/300vta, la demandada solicita en primer término que el recurso del actor se declare desierto por traducir manifestaciones genéricas o una mera disconformidad personal con la decisión de grado, sin fundamento fáctico ni jurídico; no observando los recaudos contenidos en el art. 265 del CPCyC.

A continuación, contesta en subsidio los agravios del recurrente.

Acerca del primero de ellos, señala que el quejoso no demostró que cursó a su parte el presunto pedido de material de osteosíntesis, el cual refiere como causal de suspensión de la cirugía.

Así es que, tal deficiencia en la producción de la prueba, impide aplicar el beneficio de la duda establecido en la ley de defensa del consumidor.

En orden al segundo agravio, la demandada expone que la jueza de grado refiere fundadamente que de acuerdo con las constancias de la causa, no se encuentra suficientemente acreditada la omisión o provisión por parte de Medifé del material de osteosíntesis presuntamente requerido. A tales efectos, hace referencia a que el actor desistió de la prueba informativa dirigida a la señora Betsabé Gaydou; en tanto resultó ser la persona señalada

por el accionante, como aquella que habría recepcionado la nota con el pedido médico en cuestión, y del que su parte negó haber tomado conocimiento.

Luego, manifiesta los sucesivos medios de prueba de los cuales su contraria desistió, y que podrían haber acreditado la relación causal de los hechos por los que demanda.

Sobre el tercer agravio, dice que el apelante pretende sostener la carga de la prueba sobre el nexo causal entre el daño y el incumplimiento contractual a tenor de lo dispuesto en el art. 40 de la ley 24.240; liberándose su parte únicamente con la demostración de que la causa del daño le ha sido ajena.

Por último, y en orden a la imposición de costas procesales, la demandada refiere que resulta inadmisibles la pretensión del quejoso, por cuanto la decisión de primera instancia ha sido dictada conforme a derecho.

III.- Ingresando en el tratamiento del recurso deducido ante esta Alzada, habré de comenzar el análisis por la denuncia formulada por la accionada en su contestación del traslado del memorial en orden a la inhabilidad de los agravios, entendiéndolo al respecto que no están dadas las condiciones para declarar desierto el remedio procesal planteado por el actor en los términos del art. 265 del CPCyC, desde que los agravios contenidos en la pieza recursiva se presentan como una crítica al pronunciamiento de grado, suficiente para avocarse a su tratamiento y decisión.

Abordando entonces la quejas de la partes actora, y analizadas las constancias de la causa, se

advierte que la situación de hecho en la que se basa la pretensión resarcitoria del demandante es poco clara.

Ambas partes son contestes en que entre ellas ha mediado una relación contractual, y siendo la demandada una empresa de medicina prepaga, va de suyo que el objeto de la contratación ha sido la prestación de servicios médicos. Sin embargo, no se ha acompañado el contrato, ni se ha informado sobre las características de la contratación.

Y ello no es un tema menor, en tanto de los términos de la demanda pareciera que el actor encuadra la contratación como un seguro de salud, y pretende que la cobertura que debía brindar la demandada era por un accidente de trabajo -sufrido como trabajador autónomo (herrero)-; en tanto que la demandada denuncia una relación que tuvo diversas modalidades pero se entiende que como obra social: primero plan superador del PMO por derivación de aportes y, en el momento del hecho dañoso que nos ocupa, como "individual voluntario" (hoja 35vta.).

De todos modos, la parte actora coloca el hecho antecedente de su incapacidad en la omisión en que habría incurrido la demandada en el suministro del material de osteosíntesis, que se necesitaba para llevar adelante la intervención quirúrgica. Y en estos términos resulta indistinto que la provisión de dicho material lo fuera como consecuencia de la atención médica integral del accidente de trabajo, o de la cobertura de las prestaciones de salud individualmente consideradas.

Asimismo es importante destacar que, conforme lo sostiene Ricardo Luis Lorenzetti, los "contratos médicos" de medicina privada o prepaga -tal el de autos- son contratos de adhesión ya que existe una

empresa que predispone las cláusulas mediante planes a los que adhiere el consumidor; y también son contratos de consumo, puesto que hay un servicio brindado hacia un destinatario final, siendo aplicables las disposiciones de la ley 24.240 y del CCyC. *"La relación contractual entre el afiliado y la empresa de medicina prepaga es de consumo"* (cfr. aut. cit., "Tratado de los Contratos", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2021, T. Parte Especial - III, pág. 72/73).

Luego, el reclamo del demandante se centra en el resarcimiento de los daños causados por la omisión de entregar el material necesario para la realización de la cirugía, siendo la defensa de la parte demandada la de negar haber sido anoticiada del requerimiento de tal material.

De acuerdo con el art. 1.176 del CCyC, *"La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado..."*.

De lo dicho se sigue que era carga de la parte actora acreditar el incumplimiento de la obligación contractual por parte de la demandada, ya que ello es el hecho fundante de su pretensión. En el caso concreto, se debía probar el requerimiento de entrega del material de osteosíntesis, y el incumplimiento de esta obligación.

Ninguno de los litigantes se refiere a cuál era la metodología a observar para efectuar el requerimiento del material, si el pedido lo hacía el médico tratante, o ello le correspondía al paciente afiliado a la empresa demandada (aquí actor).

No se cuenta en autos con informe o testimonio del médico tratante, que permita conocer si efectivamente el pedido de material fue hecho por él, o qué

gestiones realizó para obtener su entrega. En tanto que el certificado médico de hoja 216 -en el cuál se solicita con carácter urgente la provisión de material de osteosíntesis- no está intervenido por la demandada.

Prima facie aparece que la actora no ha probado el incumplimiento de la demandada.

Sin embargo, enmarcándose la relación habida entre las partes como una relación de consumo, no puede pasarse por alto que el art. 53 de la ley 24.240 regla que para acciones como la presente, los proveedores deben aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio.

Y, claramente no ha sido esta la conducta tenida por la demandada.

Esta Sala II ya se ha expedido respecto a que la manda del art. 53 de la LDC no produce una inversión de la carga de la prueba, y se discute si ella incorpora o no la teoría de las cargas probatorias dinámicas, pero sí establece un deber agravado en cabeza de los proveedores de bienes y servicios, en el entendimiento que se encuentran en mejores condiciones que el consumidor para aportar prueba sobre algunos aspectos de la relación de consumo (cfr. autos "Boutonnet c/ Kaeri S.A. y otro", Expte. JNQCI4 n° 508.019/2015, 4/9/2018; "Sfeir c/ BMW de Argentina S.A.", Expte. n° 468.650/2012, 9/9/2020; "Carrasco c/ Sapac S.A.", Expte. n° 520.924/2018, 2/2/2020; "Quilodrán c/ Banco Macro S.A.", Expte. JNQCI1 n° 529.144/2019, 7/9/2022, entre otros).

Conforme lo sostiene Luis R.J. Sáenz, refiriéndose al art. 53 de la LDC, "*...la mencionada norma es*



*clara en tanto establece, expressis verbis, un deber de colaboración en cabeza del proveedor, que consiste en aportar al proceso los elementos de prueba que se encuentren en su poder -o que deberían estarlo-, pero no determina que recaea sobre él la carga de producir la prueba pertinente” (cfr. aut. cit., “Algunas consideraciones acerca de la distribución de la carga de la prueba en el proceso de consumo”, TR LA LEY AR/DOC/2184/2023).*

Este último autor también se refiere a las consecuencias de omitir -el proveedor- esta conducta procesal diligente: *“...el incumplimiento del deber de conducta aludido, a diferencia de lo que ocurre con la carga probatoria dinámica, no importa una inversión de la carga de la prueba, poniendo en cabeza del proveedor la carga de acreditar los extremos. Por el contrario, su incumplimiento trae como consecuencia que el juez puede tomar esa reticencia como un indicio de la verdad de los hechos alegados por la contraria. Es que resulta lógico considerar que la actitud reticente del interesado se funda en que la producción de los medios probatorios que intenta impedir o trabar arrojaría un resultado contrario a sus intereses.*

*“De esta forma, la conducta que desarrollan las partes en el proceso actúa como una regla de morigeración de la carga de la prueba para, y el juez puede recurrir a ella, a partir de la actividad de los litigantes en el juicio, extraer tanto indicios como argumentos a la hora de dictar la sentencia” (aut. cit., op. cit.).*

En esa senda, tenemos que la demandada no acompaña prueba documental alguna con su contestación de la demanda. Siendo la parte profesional en la relación contractual, bien podría haber adjuntado los registros correspondientes al actor, tanto para clarificar el tipo de

cobertura contratada, como así también exhibir los registros de prestaciones brindadas al demandante.

De la documentación de hojas 69/79 surge que con fecha 29 de julio de 2016 se indicó vacuna antitetánica al actor, con diagnóstico "prequirúrgico", indicándose como obra social a Medifé; con fecha 20 de julio de 2016, el médico tratante requirió con carácter urgente la provisión de material de osteosíntesis, indicando como fecha probable de la cirugía el día 25 de julio de 2016, constandingo como obra social a Medifé; en la misma fecha -20 de julio de 2016- el médico tratante solicita autorización para realizar la intervención quirúrgica, indicando también como obra social a Medifé. En hoja 74 obra certificación del médico tratante -sin fecha de expedición- donde propone día y lugar para la cirugía, señalando que eso se hace para obtener la entrega del material pertinente.

Luego, en los estudios complementarios obrantes en hojas 192/193 y 196/199, en los que consta el diagnóstico de fractura del dedo y evaluación de riesgo cardiovascular, consta la obra social Medifé y la pertinente autorización para realizar los estudios, siendo las fechas de realización: 20 de julio, 21 de julio, 22 de julio y 31 de julio, todo de 2016.

Entonces, tenemos que una empresa de medicina prepaga, obligada a brindar asistencia médica, autoriza una batería de análisis, radiografías y evaluación de riesgo cardiovascular, todo entre el 20 de julio y el 31 de julio de 2016, con evidente finalidad prequirúrgica, y niega haber recibido la solicitud de provisión de material de osteosíntesis para la cirugía, sin acompañar, como lo dije, los registros pertinentes para constatar los servicios requeridos y prestados al accionante.

A ello agrego que habiendo presentado el actor un reclamo para la reparación de los daños y perjuicios sufridos en la sede local de la demandada, siendo suscripta la recepción por la empleada Betsabé Gaydou con un sello que indica "Servicios al Cliente - Medifé" (hoja 204), la demandada niega la recepción de la nota, y no contesta el oficio librado a dicha empleada para que reconozca firma y recepción, siendo recibido el oficio judicial en cuestión en la misma dirección que consta en la nota remitida por el actor (calle Irigoyen n° 234 de la ciudad de Neuquén), y por un empleado que aclara su firma poniendo un sello con su nombre y que indica "Servicios al Cliente - Medifé".

Lo dicho me lleva a concluir en que el relato del actor se ajusta a la realidad de lo sucedido, en tanto era la demandada quién se encontraba en mejores condiciones para mostrar las vicisitudes de la relación con el actor, máxime si es ella quien administra el servicio, por lo que debió aportar los registros que daban cuenta de su utilización, presumiendo que su reticencia es consecuencia de los efectos negativos que, para sus intereses, pueden tener tales registros.

Y tal conclusión se ve avalada por el contenido del alegato formulado por la parte demandada.

En dicha pieza procesal, obrante en hojas 278/284 -ingreso web n° 526080, con cargo de fecha 30 de agosto de 2023-, la demandada abandona su postura defensiva de negar la recepción del pedido de material de osteosíntesis, para sostener que su actuación se ajusta a derecho, y que habiendo informado el dictamen pericial médico que el actor no presenta incapacidad (señala que tiene un 1%), se acredita que la demandada brindó la cobertura médico asistencial al demandante conforme su

estado clínico, lo que implícitamente importa reconocer que no autorizó la intervención quirúrgica, avalando un tratamiento conservador de la fractura que fue, el que, en definitiva y ante la imposibilidad de operar, implementó el médico tratante.

IV.- Sentado lo anterior, corresponde analizar si esta omisión en la entrega de material de osteosíntesis para la cirugía es antijurídica.

De acuerdo con el art. 1.717 del CCyC, *"Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada"*.

En autos, el actor sufrió un accidente mientras trabajaba en su taller particular, el que le produce la fractura de la primera falange del dedo anular de la mano derecha. Respecto de este hecho, la demandada es ajena, no pudiéndosele imputar responsabilidad ni por el acaecimiento del hecho, ni por las consecuencias dañosas de él derivadas.

La responsabilidad que puede imputarse a la demandada lo será por un eventual agravamiento de la secuela (daño) producida por el accidente, que sea consecuencia de la falta de intervención quirúrgica.

El informe pericial médico, obrante en hojas 90/91, concluye: *"Inicialmente se solicitó material de osteosíntesis para tratar la fractura a través de cirugía. Con posterioridad, fue tratada de manera conservadora y recuperada con 10 sesiones de kinesioterapia. A los 45 días se constató buena evolución, sin secuelas. Según el Baremo de Altube Rinaldi para el Fuero Civil...el actor padeció fractura de la primera falange del dedo anular de la mano derecha (mano dominante) sin acortamiento ni angulación, que se pondera entre el 0% y 3% de incapacidad. No*



*obstante, no corresponde responsabilizar a Medifé por la fractura sino por las supuestas secuelas atribuidas a la falta de material de osteosíntesis. En ese caso se aclara que el actor padece una limitación en la flexión de la articulación metacarpo falángica de 80° con conservación de la pinza que se pondera en el 1% de incapacidad”.*

La parte actora impugnó el informe pericial médico en cuanto al porcentaje de incapacidad asignado, insistiendo en que por la lesión en la falange corresponde fijar un 7% de incapacidad con más 4,65% por limitación de las funciones de la mano (hojas 94/95vta.). Sin embargo, en el informe médico de parte, tales porcentajes fueron otorgados por la totalidad de las secuelas de la lesión, sin diferenciar entre las ocasionadas por el accidente y la que derivarían de la omisión del tratamiento quirúrgico (hojas 62/63). Y en la rectificación que hace el perito médico respecto del porcentaje de incapacidad, llevándolo al 7,85%, tampoco queda claro con que se corresponde (ver audiencia de hoja 125).

Con relación a esta audiencia, en la que el perito médico brinda explicaciones, y de acuerdo con los dichos del consultor médico de parte -allí presente-, la consecuencia de la falta de tratamiento quirúrgico sería la angulación del dedo -que el perito reconoce existente-, pero siempre la referencia es en tiempo potencial, no siendo claro si efectivamente la angulación se hubiera evitado con la cirugía, o no.

Conforme surge de las constancias indicadas, no se encuentra probado que la incapacidad que presenta el demandante sea consecuencia del obrar omisivo de la demandada. Ello así como consecuencia de la falta de claridad de la pericia médica y de los informes de parte, los que no explican por qué se necesitaba de la

intervención quirúrgica con material de osteosíntesis, y en que hubiera variado la situación del actor de haberse procedido a dicha intervención.

Tampoco diferencian los informes el agravamiento de la situación como consecuencia del tratamiento conservador y no quirúrgico, sino que adjudican incapacidad por secuelas de la fractura, siendo contradictoria la pericia médica con lo informado por el médico tratante -conforme se expone en el mismo dictamen pericial- ya que el profesional tratante certifica que después de 45 días de tratamiento conservador, la fractura curó sin secuelas, para luego atribuir -el perito- un 1% de incapacidad por limitación en la flexión, y más tarde incrementar este porcentaje de incapacidad en más de 6 puntos.

Lo correcto hubiera sido evaluar la incapacidad del actor como consecuencia de la fractura -si es que esta existe- y después establecer un porcentaje de concausalidad en tal disminución de la capacidad física derivada de la omisión de tratamiento quirúrgico.

Conforme lo dicho, no habiéndose probado el daño que derivaría de la conducta de la demandada corresponde confirmar el rechazo de la demanda decidido en la instancia de grado.

V.- Por tanto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación planteado por la parte actora y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la apelante perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada de los letrados Eduardo Miguel



Domínguez Lorenzo, César Javier Domínguez Lorenzo y Raúl Edgardo Franco en la suma de \$ 68.600 en conjunto para los dos primeros, y \$ 98.000 para el tercero, todo de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

**El juez José NOACCO dijo:**

Adhiero al voto que antecede, por compartir su fundamento y solución.

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

I.- Confirmar la sentencia dictada el 2 de noviembre de 2023 (hojas 284/287 vta.).

II.- Imponer las costas de segunda instancia a la parte actora.

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**PATRICIA CLERICI**  
Jueza

**JOSÉ NOACCO**  
Juez

**MICAELA ROSALES**  
Secretaria