

## Danos Y Perjuicios Obra Social Intervencion Quirurgica Pedido De Reintegro Rechazo

### JURISPRUDENCIA

### Daños y perjuicios. Obra social. Intervención quirúrgica. Pedido de

reintegro. Rechazo Se confirma el rechazo de la demanda que procuraba el reintegro por parte de la obra social de lo abonado por el actor por su intervención quirúrgica, pues, al tratarse de una técnica novedosa, esta no estaba incluida en la cobertura.

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 8 días del mes de noviembre de dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial La Matanza, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: "Cassano Miguel c/ Obra Social OSMECON s/ Daños y Perjuicios» (causa nro. 5251/1), habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debí-a ser observado el siguiente orden de votación: DR. PÉREZ CATELLA - DR. POSCA resolviéndose plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1ª cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª cuestión: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR HECTOR ROBERTO PÉREZ CATELLA, dijo: I.- Antecedentes del caso Se promueve una acción por incumplimiento de contrato de medicina prepaga, con más los daños y perjuicios, acción que la Sra. Juez de la instancia de grado rechazó con costas. II.- El recurso de apelación y sus agravios. A fs. 215/221 vta. la Sra. Juez de la instancia de grado resolvió rechazar la demanda promovida por Miguel Ángel Cassano contra Circulo Médico de La Matanza por resarcimiento de los daños y perjuicios. Impuso las costas al accionante y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. Por lo cual, a fs. 225 apela la sentencia la parte actora, recurso que fuera concedido libremente a fs. 228. A fs. 253/254. se elevan las presentes actuaciones, siendo radicadas ante esta Sala Primera a fs. 255, por lo cual a fs. 256 se ponen los autos en secretaría para exprese agravios el apelante, presentando sus fundamentos a fs. 259/268. En consecuencia, a fs. 269 se corre el respectivo traslado de ley, no siendo contestado por los accionados -conforme proveí-do de fs. 270 pto. I. A fs. 270 pto. II se corre vista a la fiscalí-a de cámara, el cual fuera contestado con la presentación electrónica de fecha 22/06/2018 a las 14:26:45 horas, pasando los autos para sentencia a fs. 272, practicándose el sorteo de vocalí-a a fs. 273. II.a.- Agravios de la parte actora. Se agravia, el recurrente por la errónea valoración que desde su óptica dice que hace la sentenciante anterior de la prueba relativa, a la falta de acreditación del incumplimiento contractual. En ese sentido señala que su asistido no se encontraba en conocimiento de las practicas que cubrí-a y las que no. Asimismo, agrega y en caso de que existiera la posibilidad de que su asistido hay soslayado el convenio, no lo podrí-a haber consentido porque no firmo la solicitud de afiliación (la cual se adjunto), haciéndolo su padre-donde el actor formaba parte de la adhesión del grupo familiar, pero sin el conocimiento de las practicas cubiertas. Alega que el actor Miguel Ángel Cassano, no tení-a conocimiento real de las prestaciones cubiertas y las rechazadas por el convenio ya que el no lo firmo, sino que lo hizo su padre a través de la adhesión del grupo familiar, agrega que de acuerdo a la mayorí-a de edad que presenta, la obra social deberí-a haber notificado al actor a fin de que ratifique el contrato, firmado con anterioridad por su padre, hecho que permitirí-a al actor conocer los alcances y las exclusiones de la cobertura médica contratada. Además agrega que el actor no se encontraba en condiciones de decidir debido a que estaba bajo los efectos de un psicofármaco (MORFINA) que le estaban administrando. Dentro de este agravio también se aplicará la teorí-a de los vicios de la voluntad esbozada en el Código Civil y jurisprudencia al respecto. Vicios de la voluntad Defectos o anomalí-as, bien conscientes bien inconscientes, que pueden provocar una discordia entre la voluntad interna y la declarada. El segundo agravio la queja va dirigida a la calificación realizada por el Dr. Hermida en cuanto a la práctica médica que se le realizo al actor el que sostuvo que es un procedimiento no frecuente en nuestro paí-s. III. LA SOLUCIÓN Centrados los agravios que constituyen el marco cognoscitivo de ésta instancia jurisdiccional, me abocaré al tratamiento de los mismos. Cuando hablamos de responsabilidad contractual, en principio podemos definirla, en su singularidad, como aquella que deriva del incumplimiento de una obligación -entendida ésta como un deber jurí-dico en sentido estricto- y, además, constituida válidamente, cualquiera sea la fuente y cuya infracción origina un daño resarcible. Lo cierto es que la responsabilidad contractual se configura siempre que se viole un deber jurí-dico dimanante de un especí-fico ví-nculo o de un negocio jurí-dico ya existente que conlleva -como sanción- la reparación del daño causado. Precisamente, es sobre la base de esta caracterí-stica -la preexistencia de la obligación o deber jurí-dico y su especificidad- en que la doctrina común establece la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual (Messineo, Betti, De Ruggiero, Llambí-as, Ghestin, Pizarro, Vallespinos, Mayo, Prevot, etc.). La relación obligatoria nacida del contrato, de la ley, etc., puede concluir por el cumplimiento voluntario, esto es, por el pago, entendido éste en sentido amplio y genérico, que es además lo que ocurre de ordinario en el tráfico jurí-dico (art. 865, Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, puede suceder que el deudor

incumpla la obligación, por lo que el acreedor tiene derecho a satisfacer su crédito a través de la ejecución forzada directa (en especie o por otro) y, de no ser ello posible, indirectamente, mediante el equivalente en dinero (arts. 724 in fine, 730 y 777, Cód. Civ. y Com.). Estos medios legales surgen tanto del Código como de otros "microsistemas" del derecho argentino cuando se hace referencia a las distintas vías de ejecución forzada con que se faculta al acreedor ante la falta de cumplimiento del deudor (cfr. arts. 730 y 777, Cód. Civ. y Com.; 10 bis, ley 24.240, modif. ley 26.361). (Responsabilidad contractual: precisiones e implicancias con incidencia procesal. Negri, Nicolás J. RCCyC 2017 (agosto) , 23. Cita Online: AR/DOC/1789/2017). Del mismo modo, no debe perderse de vista que para que la responsabilidad civil del deudor -sea ella contractual o extracontractual- quede comprometida, deben conjugarse como presupuestos el incumplimiento de su parte, que él le sea imputable a título de culpa o dolo, que hubiere causado daño al acreedor y que éste guarde relación de causalidad con aquel incumplimiento, siendo suficiente que alguno de tales recaudos no concurra para considerarlo exento de responsabilidad por las consecuencias de su actuar. (CC0201 LP 97871 RSD-235-2 S 07/11/2002 Bava, Edith Nelba c/Miranda, Adriana s/Daños y perjuicios por responsabilidad contractual. B254712). A mayor abundamiento, no es jurídicamente viable reconocer reparaciones que no encuentren fundamento en perjuicios efectivamente probados en la causa. Y, ello, es también lo que resulta de la doctrina difundida por la Suprema Corte de Justicia Bonaerense, en cuya virtud "aún tratándose de daño emergente o de lucro cesante y sea que se accione por responsabilidad contractual o extracontractual, el perjuicio, para que sea resarrible, debe ser cierto y su prueba corre por cuenta del que los reclama y debe hacerlo fehacientemente, aportando a la causa la información necesaria para su determinación por el juzgador sin que sea bastante la posibilidad de la existencia de un perjuicio, pues no corresponde acordar indemnizaciones sobre la base de simples conjeturas» (CC0203 LP 117853 RSD-51-15 S 21/04/2015. B355759. Dezeo, Jorge Aurelio y otro/a c/ Pendon, Marcos Mariano y otro/a s/ Daños y Perjuicios). Finalmente, quiero poner de resalto que respecto a la interpretación de los contratos, nuestro Supino Provincial ha dicho que: "La regla moral que impone la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (art. 1198, C.C.), es un principio que integra el orden público porque tiende a obtener o a mantener las condiciones de sustentación que se reputan indispensables para que el contrato funcione ordenadamente como instrumento de justicia. (SCBA LP C 118779 S 19/10/2016. Misuraca, Eduardo Francisco y otra contra Morán, Estela Beatriz. Resolución de contrato). En este orden, y adentrándome al tratamiento de la cuestión de fondo, observo que se encuentra acreditado el contrato que une a las partes en la modalidad grupo familiar del señor Salvador Cassano (matrimonio y tres hijos, entre ellos, Miguel Ángel Cassano, el actor), con el detalle de las prestaciones comprendidas y las exclusiones, lo cual, no fue desconocido por el accionante (fs. 42/48). Tampoco es materia de discusión que el señor Miguel Ángel Cassano fue sometido a la intervención quirúrgica consistente en una ablación por radiofrecuencia Osteoide femoral bajo Tac en el Cemic el 22 de noviembre del 2012. Que el monto de la intervención quirúrgica fue de \$ 17023,5 de los cuales, la demandada asumió el pago de los \$ 10000 y el afiliado se hizo cargo del resto. La práctica había sido autorizada con la especie, valor, leyenda y calidad prevista en el PMO como "Coxal, fémur, húmero» número de nomenclador 120403 (resolución 201/02), conforme surge de las correspondientes órdenes de internación que acompaña y serían practicadas en el CEMIC, clínica prestadora de la demandada. En dicho marco legal, la Resolución 201 de la Superintendencia de Servicios de salud que aprobó el Plan Médico Obligatorio de Emergencia no ha incluido prestaciones distintas a la convencional allí- nombrada con el número 120402 "incisión, resección parcial de coxal fémur húmero», distinta a la prescripta para el caso del actor de "Ablación por Radiofrecuencia de Osteoma Osteoide femoral bajo TAC» (fojas 2) y no cubierta por PMO. Asimismo, en el documento acompañado por el actor con la demanda (fojas 9) y suscripto por el auditor médico de la demandada, fue suscripto también por CEMIC con fecha 13 de nov de 2012 ascendiente a \$17.023,5, las prácticas excluidas e incluidas, especificando en la parte de abajo sector izquierdo del documento que SAMI se hizo cargo de la suma de \$10.000 siendo la diferencia a cargo del afiliado. Como vemos, tanto el CEMIC que realizó la práctica como el afiliado, sabían del presupuesto autorizado por la demandada y aun así- se optó por concretar la operación, asumiendo el cargo el saldo restante de \$ 7.023,5, que surge de los recibos extendido por CEMIC. (fs. 2/12 y 57) (arg. Artículos 330, 354 inciso 1 del C.P.C.C.). En relación a esto último, considero poner de resalto dos cuestiones. En primer lugar, no surge que la obra social tenía la obligación de prestar dicha asistencia. Sobre dicho tópico, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha manifestado que: "Parece evidente que los servicios de salud a cargo de tales entidades como la aquí- demandada deben adecuarse a las nuevas técnicas, en vista de la innegable mutabilidad con que la evolución científica impregna a las prestaciones en el marco de los servicios de salud. Mas ello no supone, de suyo, que todo adelanto médico deba ser automáticamente brindado, cualquiera sea su fiabilidad, alcance y costes, por la firma de medicina prepaga con absoluta prescindencia del contenido del convenio originario (conf. mi voto en la causa C. 90.638, sent. de 12-XI-2008). De allí- que la sola existencia de esa prestación no se transforma en obligatoria para la entidad prestadora». (Causa C. 116.515, "M. , G. B. contra Germed S.A. Amparo».16/10/2013). Por otra parte, y a mayor abundamiento, no surge acreditado en modo alguno que el recurrente haya formulado reserva de repetir, ni ha protestado el pago, tampoco constituyo en mora a la demandada o la intimo

fehacientemente a su reintegro. Es decir, no desplego un mínimo de cuestionamiento, por lo cual esa conducta ha sido consentida. Como es sabido, del principio de la buena fe contractual deriva la doctrina de los actos propios, en la que nadie puede ponerse en contradicción con los propios actos ejerciendo una conducta incompatible con la anterior (argumento artículo 1198 del CC, su doctrina). SCBA LP C 121223 S 06/06/2018. Riquelme, Osvaldo Daniel c/ COTO C.I.C.S.A. y otros s/ Daños y perjuicios. B15015. SCBA LP C 118142 S 08/04/2015. Galban, Juan Antonio contra Ioannon, Juan y otra. Indemnización de daños y perjuicios. SCBA LP C 92207 C 10/08/2011. Feltrin, Alberto Juan c/Banco Francés S.A. s/Ejecución de honorarios. SCBA LP C 84480 S 16/03/2011 Banco de La Pampa c/Wiersma, Enrique s/Cobro ejecutivo. SCBA LP C 96012 S 17/03/2010. Banco de La Pampa c/Catalano, Mario Alfredo s/Cobro ejecutivo, entre otros). Asimismo, en su escrito de agravios el apelante refiere a la falta de conocimiento del contrato, respecto de las prestaciones que estaban incluidas y las que no, como además la existencia de vicios del consentimiento. Al respecto, es dable señalar que todo ello no fue oportunamente alegado en la demanda en la instancia de origen. Conviene recordar en este sentido que el art. 272 del C.P.C.C. establece que, como principio "el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia». Así lo han decidido otros tribunales: "Es inadmisibles la introducción en la alzada de materias no propuestas en primera instancia, en virtud del principio de congruencia, que entronca directamente con la garantía constitucional de defensa en juicio de la contraparte (artículos 15 de la Constitución Provincial y 18 de la Constitución Nacional, artículo 272 C.P.C.C., L.L. 2001-B-650). El principio de congruencia, establecido por el art. 163 inc. 6º y reiterado por el art. 272 del C.P.C.C., significa que, como regla general, debe existir correspondencia perfecta entre la acción promovida y la sentencia que se dicta, lo que se desarrolla en una doble dirección: el juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide, o sea sobre todas las demandas sometidas a su examen y sólo sobre éstas y debe dictar el fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus presentaciones y sólo basándose en tales elementos. (SCBA LP C 121773 S 26/09/2018. D., V. B. contra Dí-az, Marcelo y otro/a. Daños y Perjuicios. B4824). No puede admitirse una argumentación cuando resulta novedosa en la sede extraordinaria, en tanto no fue propuesta en la etapa en que debió plantearse (arg. art. 272, C.P.C.C.). SCBA LP C 119370 S 09/05/2018 Hernández, Alejandro y otro contra Municipalidad de Tres Arroyos y otros. Daños y perjuicios. B32634). Por último, destaca el recurrente la calificación realizada por el Dr. Hermida referente a que la práctica médica que se le realizó al actor es un procedimiento no frecuente en nuestro país. Es dable señalar, que la inobservada indagación pericial medico traumatológica (fojas 176/178), ha quedado firme en esta instancia, por lo cual las manifestaciones vertidas al respecto en su pieza recursiva deben ser rechazadas sin más. En consecuencia, las manifestaciones vertidas por el apelante en nada conmueven la conclusión atacada, menos aún cuando no se ha aportado en autos una contrapericia con validez suficiente para dejar sin efecto la misma (artículos 375 y 472, 474 del CPCC). Del mismo modo, el experto manifestó que no han quedado secuelas incapacitantes en la persona del actor, por lo cual tampoco se ha logrado demostrar cuál sería el perjuicio efectivamente ocasionado al accionante, presupuesto fundamental para que prospere el reclamo por daños y perjuicios incoado en su demanda. Como se observa, no han sido desvirtuados por la impugnante, quien se apoya en su postura de sostener la obligación de la empresa de reembolsar el costo de la intervención, sin demostrar que la conclusión del fallo que se recurre haya sido producto de un razonamiento viciado en grado de absurdo. En suma, resulta improcedente la demanda por cumplimiento de contrato entablada contra una obra social a fin de obtener el reintegro de lo abonado por una operación realizada a un afiliado, ya que en la especie la previsión contractual de exclusión de la cobertura de dicho tipo de práctica médica en la forma indicada, resulta clara y precisa, sin que resulte legalmente válido por tanto acudir a interpretaciones que resultarían violatorias del principio contenido en el art. 1197 del Código Civil (conf. Cám. Nac. Com., Sala A, 17-V-2004, "La Ley», 2004-0-744-107.709). Por todo lo expuesto, en tanto no se ha probado el incumplimiento como los perjuicios, y no existiendo a ver de este sentenciante obligación legal o contractual de reembolsar el dinero pagado, corresponde rechazar el recurso de apelación en todo lo que ha sido materia de agravios y confirmar lo decidido por la Sra. Juez de la instancia de grado. IV. Las costas de Alzada. Atento al modo y forma en cómo se resuelve la presente contienda judicial, estimo que las costas generadas en Primera y Segunda Instancia, deben ser impuestas a la parte actora. Ello, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.). Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, VOTO POR LA AFIRMATIVA. Por análogos fundamentos el Doctor Posca también vota POR LA AFIRMATIVA. A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR HECTOR ROBERTO PEREZ CATELLA dijo: Visto el acuerdo que antecede propongo a mi distinguido colega: 1º) SE CONFIRME la sentencia apelada en cuanto fuera materia de agravios. 2º) SE IMPONGAN las costas generadas en Primera y Segunda Instancia a la parte actora. Ello, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.). 3º) SE DIFIERA la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77). ASI LO VOTO Por análogas consideraciones, el Dr. Posca adhiere y VOTA EN IGUAL SENTIDO. Con lo que terminó el acuerdo que antecede, dictándose la siguiente: SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme la votación que instruye el

Acuerdo que antecede este Tribunal RESUELVE: 1º) CONFIRMAR la sentencia apelada en cuanto fuera materia de agravios. 2º) IMPONER las costas generadas en Primera y Segunda Instancia a la parte actora. Ello, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.). 3º) DIFERIR la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77).REGISTRESE. NOTIFIQUESE. Fecho, pasen los Autos al Acuerdo para el tratamiento del recurso de apelación contra los honorarios regulados en la instancia de origen.

034043E