NEUQUEN, 13 de agosto de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"O.S.D.E. C/ MACEDO FRANCES MARIELA Y OTRO S/ REPETICIÓN" (JNQCI2 EXP 500396/2013)**, venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Ghisini, dijo:**

I.- A Fs. 489/495, se dicta sentencia haciendo lugar a la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la demandada, rechazando la demanda interpuesta por la actora con expresa imposición de costas en atención a su condición de vencida.

Contra dicho fallo la actora interpone recurso de apelación, a fs. 500.

II.- En la expresión de agravios de fs. 516/521 y vta, manifiesta que en la sentencia de grado se sostiene que la relación de causalidad no se encontraría configurada como tampoco la subrogación en los derechos de la víctima, en tanto la cobertura asumida por OSDE tuvo fundamento en una relación contractual previa.

Considera que el razonamiento de la jueza surge como resultado de un error de interpretación del instituto de la subrogación legal, cuya aplicación ha sido soslayada al definir la suerte del conflicto.

Aduce, que la acción de repetición tiene fundamento en dos institutos que deben operar de manera simultanea, tales como la responsabilidad civil y la subrogación legal.

En relación a la responsabilidad civil, dice que por un lado se encuentra la relación contractual entre OSDE y su afiliado, y por el otro, encontramos la relación nacida

como consecuencia del ilícito extracontractual, en el que OSDE es un tercero interesado.

Considera, que la concatenación causal debió ser analizada por el a quo en el marco de ésta última relación jurídica, pues entiende, que ha operado la transmisión al tercero (nuestro mandante) de todos los derechos y acciones del acreedor Calero, nacidas como consecuencia de la responsabilidad civil atribuida a los demandados, en virtud de los gastos soportados por OSDE.

Afirma, que la suerte del litigio ha sido definida con prescindencia de este último instituto y, por ende, no se ha considerado en absoluto la transmisión operada respecto de la obligación de los demandados, en virtud de que el nexo causal ha sido debidamente comprobado en el marco de la relación extracontractual que dio nacimiento a los derechos y acciones transmitidos por Calero a OSDE.

Entiende, que la sustitución personal operada por efecto de la subrogación legal existente, ha colocado a su mandante en el lugar exacto en que se encontraba su afiliado, es decir, como acreedor de la obligación indemnizatoria a cargo de los demandados surgida por la relación extracontractual de la cual resultaba ajeno.

Refiere, que si bien OSDE debe ser considerado un tercero interesado en la relación contractual entre Calero y los demandados, el art. 768 del Código de Vélez, reconoce la subrogación aún a favor del tercero no interesado que paga contra la voluntad del deudor, circunstancia que a fortiori permite admitir la subrogación en favor de OSDE, en su calidad de tercero interesado que ha satisfecho el interés del acreedor mediante el pago de esa obligación, pasando a ocupar el lugar de este último.

En cuanto al análisis que realiza la a quo en lo que respecta a la subrogación en los derechos de la víctima, expone que el pago efectuado por OSDE a su afiliado víctima

del siniestro no puede dispensar a quien produjo el daño de reintegrar esa suma, pues, de otro modo seria este quien se beneficiaría por la conducta previsora de la víctima que contrato la cobertura médica, en desmedro de nuestra representada que cubrió la prestación.

Indica, que su mandante es un tercero interesado en cuanto al crédito que aquél tiene ante el responsable del daño, pues, si bien son relaciones obligacionales autónomas, la que soporta la accionante frente a su asociado no puede ser obstativa a la subrogación operada a raíz de la cobertura del perjuicio resarcible.

Acota, que la subrogación a favor de la accionante de los derechos y acciones de un afiliado derivado de las erogaciones producidas por la acción culposa del tercero no puede configurar un enriquecimiento sin causa, como se infiere de la interpretación del a quo, pues el dinero abocado por aquel no ésta destinado a responder a un eventual hecho ilícito, ya que entiende, que de otro modo se estaría subvencionando en cuotas al autor del daño, en perjuicio de la prepaga, quién forma parte de un subsistema de seguridad social.

A fs. 522, se ordenó correr traslado de los agravios, los que son contestados por la demandada a fs. 531/536., solicitando su rechazo con costas.

III.- Con la finalidad de arribar a un acuerdo que ponga fin al diferendo, a fs. 538 se convocó a las partes a una audiencia de conciliación, en los términos del inc. 4 del art. 36 del CPCyC.

A fs. 540 se llevó a cabo la misma ante esta Alzada, sin que se pudiera arribar a un acuerdo, por lo que pasaron los autos para resolver.

IV.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, observo que la parte actora en su carácter de obra social del Sr. Gastón Calero, inicia una acción de

repetición contra Mariela Claudia Macedo Frances, Ricardo Ramón Rodríguez Álvarez, y Federación Patronal Seguros, en virtud de los gastos médicos y sanatoriales que asumió con respecto a su afiliado.

Ello, como consecuencia del accidente ocurrido el día 6 de noviembre de 2011, en la intersección de Av. Argentina e Islas Malvinas de esta ciudad, conforme los términos y alcances de la sentencia dictada en los autos: "Calero, Gastón c/ Macedo Francés Mariela Claudia y otro s/ daños y perjuicios" (Expte. N° 473.302/2012), de la cual surge que sólo la Sra. Macedo Francés y la Aseguradora Federación Patronal Seguros- en función del desistimiento efectuado a fs. 90 con respecto a Alvaréz- fueron condenados de manera concurrente al pago de las indemnizaciones allí determinadas.

De modo que, el tema central a decidir, es si la obra social que debió erogar la asistencia médica y hospitalaria de su afiliado, producto de un accidente de tránsito-, tiene legitimación activa para reclamar a la responsable del accidente y a su aseguradora, los gastos generados en tal concepto.

A poco que se analice la cuestión traída a estudio, adelanto que le asiste razón al apelante.

En efecto, aún cuando entre la Obra Social (O.S.D.E) y el Sr. Gastón Calero, exista un contrato de cobertura médica, ello no implica que la obra social- más allá de que deba cumplir de manera inmediata con la prestación medico asistencial de su afiliado-, no tenga legitimación activa para reclamar al tercero responsable de accidente y a su aseguradora- esta última en la medida del seguro- los gastos médicos y sanatoriales incurridos por dicha obra social con motivo de dicho accidente.

Ello así, toda vez que la subrogación pretendida por la actora es viable, pues no debe confundirse la relación contractual existente entre el afiliado y su obra social, con

la posición que detenta el tercero productor del daño frente a la obra social del damnificado por el accidente, pues en este último caso la relación no es contractual, sino que deriva de la ocurrencia de un hecho ilícito- accidente de tránsito.

De allí que, frente a la ocurrencia del accidente, y declarada la responsabilidad de la demandada, si bien la obra social tiene la obligación de asistir a su afiliado, brindándole de manera inmediata la asistencia médica y hospitalaria necesaria, no tiene por qué subrogar los gastos generados por un tercero, con el que no lo une ningún vínculo contractual.

Por lo tanto, el pago efectuado por OSDE por los gastos derivados en un accidente de tránsito del que resultara victima su afiliado, no dispensa a la aseguradora de quien lo ocasionó, de reintegrar esa suma, pues de otro modo se beneficiaría por la conducta previsora de la víctima que contrató la cobertura médica, en desmedro de la accionante que cubrió la prestación.

En función de lo expuesto, juzgo que el pago efectuado por la obra social, que prestaba cobertura a la víctima de un accidente de tránsito por los gastos asistenciales de su afiliado, constituye un supuesto de pago por subrogación, en los términos del art. 768, inc.3 del Código Civil Velezano, norma que resulta de aplicación al caso de autos, en función de lo dispuesto por el art. 7 del Código Civil vigente.

A su vez, en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (L. 26.994), se ha incorporado la figura del pago por el tercero interesado (arts. 881 y 882; v. asimismo arts. 914, 915 y 919), por lo que el instituto del pago por subrogación legal mantiene, en líneas generales, la misma estructura que le fuera reconocida en el Código Civil citado.

La jurisprudencia se ha pronunciado del siguiente modo:

"El pago efectuado por la obra social que prestaba cobertura a la víctima de un accidente por los gastos asistenciales de su afiliado configura un supuesto de pago por subrogación en los términos del artículo 768 inc 3 del Código Civil que si bien desinteresa al damnificado, no extingue la deuda a cargo del autor del siniestro, quien debe responder ante la entidad asistencial. Es también una consecuencia obvia de la norma del artículo 1086, que impone al victimario el pago al damnificado de todos los gastos de curación. Pero cuando tales gastos fueron afrontados por una obra social o institución de medicina prepaga o por los padres de un menor, etc. el crédito queda transmitido a ellos conforme a las reglas generales del pago con subrogación .Y finalmente, la legitimación de la obra social reposa, en última instancia, en el principio general del enriquecimiento sin causa". (Autos: Obra Social De Empleados Públicos C/ Giunta, Guillermo Luis Francisco P/ DaÑos Y Perjuicios. - Fallo N°: 20000000378 - Ubicación: S124-061 - - Expediente N°: 31865 - - Tipo de fallo: Sentencia - Mag.: MASTRACUSA-GARRIGOS-STAIB - Tercera Cámara Civil - Circ.: 1 - - Fecha: 23/06/2009).

Y que: "En definitiva, se colige que aunque la empresa de medicina prepaga estaba vinculada contractualmente con su afiliado y por ello debió abonar las sumas correspondientes para satisfacer la prestación a la que se obligó, sin hesitación afírmase que reviste la calidad de tercera respecto de la relación existente entre dicho afiliado víctima de un accidente y quien resulte responsable de los daños que le haya provocado; dicha coyuntura habilita enmarcar la situación en la previsión del referido art. 768 inc. 3° del Cód. Civil, pues el pago fue efectuado por una persona jurídica ajena a éstos últimos, que en cumplimiento de su obligación desinteresó al damnificado Duarte, mas no dispensa a quien produjo el daño; de lo contrario la mencionada empresa cancelaría una obligación que en el inicio le era exigible al

autor del ilícito, habiendo nacido la deuda de ese hecho cuando en definitiva debía ser abonada por quien lo causó. De otro modo, se liberaría el responsable de ese daño beneficiándolo por la conducta previsora de la víctima —al haber contratado la cobertura médica—, en desmedro de la prepaga que cubrió la prestación y quien por haber actuado sin conocimiento de aquel, puede entenderse que ha obrado como un gestor de negocios, autorizado por el art. 727 del ordenamiento de fondo requerir el reintegro del valor dado en pago para desinteresar al acreedor (víctima del ilícito)" **(Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B(CNCiv) (SalaB) **Fecha:** 21/04/2016. **Partes:** Galeno Argentina S.A. c. Vázquez, María Luisa y otros s/ cobro de sumas de dinero **Publicado en:** LA LEY 26/07/2016,- LA LEY2016-D, 413 - LA LEY 13/09/2016 , 7, con nota de Claudio F. Leiva; LA LEY 2016-E , 233, con nota de Claudio F. Leiva; RCCyC 2016 (septiembre), 19/09/2016, 175 - LA LEY 21/09/2016 , 10, con nota de Santiago Bergallo (h.); LA LEY 2016-E , 356, con nota de Santiago Bergallo (h.); DJ02/11/2016, 71 - RCyS 2016-XI , 68, con nota de Santiago Bergallo (h.); **Cita Online:** AR/JUR/20958/2016).

Y también que: "No es exacto que -como lo sostienen los quejosos- la actora haya carecido de legitimación "ad-caussam", porque por mérito del entuerto causado, debió erogar la asistencia médica hospitalaria de su afiliada, con total independencia de factores endógenos a ella (enfermedad, accidente por descuido, etc.). A tal punto que, de no haber existido el ilícito, esas erogaciones no las habría tenido que honrar. Mas allá de la dualidad de fuentes contractual (para la relación "AMSA S.A." asociada) y extracontractual (damnificada- responsables concurrentes del evento lesivo), resulta determinante que la peticionaria en este pleito, soportó la reparación del rubro cuyo reembolso solicitó, en virtud de una obligación propia pero en respaldo

de un interés que le era y es ajeno. En pocas palabras, el crédito que frente a ella tenía su afiliada proveniente del contrato de cobertura médico asistencial, mutó en su titularidad a favor de aquella, precisamente por el pago que realizó de ese ítem, y en función de la subrogación legal prevista en el art. 768 inc. 3 del Cód. Civil… Sucede que el referido pago por la aquí accionante no extinguió -en cuanto a la yactura cuyo reembolso requirió- la obligación en cabeza de los co- condenados, sino su transmisión, ello, habida cuenta de la amplitud con que ha sido legislada la subrogación legal, que en nuestro ordenamiento adjudica al tercero interesado, cualquiera sea la posición subjetiva de los deudores hoy recurrentes al realizarse aquella erogación…”(**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G(CNCiv)(SalaG) **Fecha:** 03/06/2005. **Partes:** Asociación Mutual Empleados Banco Provincia de Buenos Aires c. Mazza, Juan C. **Publicado en:** RCyS2005, 1191 **Cita Online:** AR/JUR/2998/2005).

Consecuentemente, la obra social del afiliado accidentado, tiene legitimación activa para reclamar al tercero responsable del daño y a su aseguradora, esta última en la medida del seguro, los gastos médicos y sanatoriales brindados a su afiliado con motivo de un accidente de transito.

Sin perjuicio de ello, y toda vez con relación al Sr. Ricardo Ramón Rodríguez Álvarez, no ha existido condena en los autos: “Calero, Gastón c/ Macedo Frances Mariela Claudia y otro s/ daños y perjuicios” (Expte. N° 473.302/2012), en función del desistimiento efectuado en su oportunidad por el Sr. Calero, no corresponde extender la condena a éste último, pues para que ello sea posible debió haber sido declarada su responsabilidad con motivo del acciddente, cosa que no ocurrió en los mencionados autos.

Por lo que en relación a éste, corresponde confirmar el rechazo de la demanda a su respecto, con costas a cargo de la actora.

Conforme lo expuesto, como así la documentación acompañada (fs. 6/58; 166/284, 349/452) e informe pericial contable obrante a fs. 299/300 y vta; y 469/470, corresponde hacer lugar a la suma reclamada en concepto de capital: $444.909,84; con más sus intereses tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha en que cada uno de los condenados fueron notificados de la presente demanda, hasta su efectivo pago.

V.-Por las consideraciones expuestas voto entonces porque se revoque la sentencia apelada y se condene a Mariela Claudia Macedo Francés y a su aseguradora Federación Patronal Seguros, citada en garantía, a abonar a la actora dentro del término de 10 días de notificada la presente, la suma de **$444.909,84**; en concepto de capital reclamado, con más sus intereses, los que deberán ser liquidados conforme las pautas precedentemente señaladas; y se impongan las costas en ambas instancias en el orden causado, atento existir doctrina y jurisprudencia contradictoria sobre la cuestión (conf. arg. art. 68, parte 2ª, Cód. Procesal).

Confirmar el rechazo de la demanda interpuesta contra el Sr. Ricardo Ramón Rodríguez Álvarez, conforme lo expuesto precedentemente, con costas a cargo de la actora.

Habiéndose efectuado una única regulación de honorarios en el pronunciamiento de grado, atento la forma en que ahora se resuelve, deberán adecuarse los emolumentos en la instancia de grado y los correspondientes a ésta instancia, regularse conforme las pautas del art. 15 LA.

TAL MI VOTO.

El Dr. Medori, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**,

RESUELVE:

1.- Confirmar el rechazo de la demanda interpuesta contra el Sr. Ricardo Ramón Rodríguez Álvarez, conforme lo expuesto precedentemente, con costas a cargo de la actora.

2.- Revocar la sentencia dictada a fs.489/495, y en consecuencia, condenar a Mariela Claudia Macedo Francés y a su aseguradora Federación Patronal Seguros, citada en garantía, a abonar a la actora dentro del término de 10 días de notificada la presente, la suma de **$444.909,84**; en concepto de capital reclamado, con más sus intereses, los que deberán ser liquidados conforme las pautas precedentemente señaladas en los considerandos que integran este pronunciamiento.

3.- Imponer las costas en ambas instancias en el orden causado, atento existir doctrina y jurisprudencia contradictoria sobre la cuestión (conf. arg. art. 68, parte 2ª, Cód. Procesal).

4.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán ser adecuados al nuevo pronunciamiento en la instancia de grado (art. 279 C.P.C.C.), de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran el presente fallo (arts. 6,7,10,20,37,39 Ley 1594).

5.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

6.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA