Comodoro Rivadavia, noviembre de 2008.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"M. ARGENTINA DE S. S.A. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ APELACION Art. 7° Ley 4219", Expte. Nro. 19/2008.**

Que vienen las presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada por haber apelado M. Argentina S. S.A., a fs. 79, la resolución no. 64/2008 de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia- Oficina de Defensa del Consumidor, de fs. 60/60vta. que sanciona a la empresa con multa de $ 15.000 por infracción al art. 19 de la Ley de Defensa del Consumidor no. 24.240.

El apelante expresa agravios a fs. 79/85. Previo, realiza un resumen de los antecedentes del caso, impugna la resolución en crisis por entender en primer lugar que, la ley 24.240 no resulta aplicable al ámbito del contrato de seguro y, en segundo lugar, por considerar que la resolución dictada carece de fundamentos.

Subsidiariamente solicita se disminuya el monto de la multa dictada. Hace reserva del caso federal.

La queja del apelante respecto a la improcedencia de la aplicación de la ley 24.240 al contrato de seguro, no puede prosperar. Ello es así, pues como este tribunal ha dicho siguiendo el criterio jurisprudencial mayoritario, la ley de defensa del consumidor sanciona la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios, que fueron impuestos como forma de equilibrar la relación prestatario-consumidor y; en forma coincidente con el criterio jurisprudencial

citado, la aseguradora como prestadora de servicios se encuentra sometida a la misma.(En este sentido ver : Sala A " M. Argentina S. S.A." Expte no. 15.789/2006. CNac Ap. Contencioso administrativo Federal Sala II. 7/3/2006. Generali Corporate CÍA Argentina de Seguros SA. MJJ7312. Otros : Bdegas Chandon SA c/ DNCI Disp 296/2003 y Societe Generale SA c/ GIBA).

Repárese que la autoridad de aplicación local, solo tiene competencia de contralor en orden al cumplimiento de los deberes que la ley 24240 le impone a las aseguradoras en la relación con el cliente. A dicha autoridad administrativa se le ha atribuido el control de policía del consumo, independientemente de la repercusión que la actividad aseguradora tenga dentro del mercado. Es decir, está centrado en la relación directa de la empresa –como prestadora de servicios- y cliente – como consumidor-; controla la actividad aseguradora en aquello que se relacione con la atribución conferida de velar por los derechos del consumidor,(arts 1, 2 y 41 ley 24240).

Se advierte que las leyes 17.418 y 20091, resultan actualmente integradas al microsistema creado por la ley de defensa del consumidor, razón por la que los conflictos que se susciten entre las diferentes jerarquías de normas deberán ser solucionados en base a los principios consagrados en el nuevo sistema; es decir, la ley de defensa del consumidor. (Fresneda Saieg-Esborraz-Hernández, "Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro", JA, 1994-III-944, citado en Farina Juan, Defensa del consumidor y del usuario. Ed Astrea. 3ra edición, pág 112 y ss.).

La Superintendencia de Seguros de la Nación controla y aprueba la redacción de las cláusulas de

las condiciones generales de póliza de los contratos de seguros previo a su aplicación y fiscaliza la situación económica financiera de dichas compañías; en cambio, la ley 24240 determina su ámbito de aplicación a la protección del consumidor en cuanto a su condición de cliente, como ya se adelantara. Son ámbitos distintos y uno no excluye el otro, sino que por el contrario se complementan, sobretodo si se tiene en cuenta la inferioridad de condición en que se encuentra el cliente-asegurado con relación a la empresa-aseguradora que redacta las cláusulas contractuales e impone las condiciones de cumplimiento de las mismas en forma masiva y, por lo general ,sin la participación activa del cliente.

Se destaca que la conducta de la propia parte resta fundamento a sus argumentos pues, de las constancias de las actuaciones surge que, se sometió voluntariamente a la instancia administrativa al tomar activa participación en el sumario labrado en el expediente 586/07 que nos ocupa, con lo cual reconoció y aceptó la competencia de la autoridad de aplicación local prevista en la ley 24.240, que recién en esta etapa procesal cuestiona.

En relación al segundo agravio, la supuesta falta de fundamento de la resolución administrativa dictada, cabe señalar que se ha especificado la naturaleza de la infracción cometida, así como el encuadre legal que le corresponde. En el reclamo de fs. 1, en las actas de conciliación de fs. 36 y 37 y, en el detalle realizado en el acta nro 624/2007 de fs. 55, surge claramente que el hecho que se le atribuye a la empresa. Esto es, presunta infracción al artículo 19 de la ley 24240 al desconocer

la cobertura reclamada por la accionante según certificado de seguro de salud no. 00000935.

Asimismo, se ha respetado el derecho de defensa al notificársele la apertura de sumario a fs. 57. En la resolución impugnada, el funcionario actuante detalla los hechos que motivaron el presente, hace referencia a las audiencias celebradas, (fs. 37), al certificado de póliza, al riesgo cubierto por el seguro, dentro del cual se encuentra la cobertura reclamada por la accionante y también, se establece claramente la norma en la cual se basa la infracción (art 19 de la ley 24240) y la conducta de la aseguradora.

Por lo expuesto, la resolución es fundada ya que detalla las razones de hecho y derecho que le dan origen. Incluso el recurrente al fundamentar su crítica, hace referencia a las mismas circunstancias que motivaron el dictado, evidenciando que ha podido conocer los motivos en los que se fundamenta la decisión y ejercer su derecho de defensa.

La empresa sostiene que su parte ha cumplido y respetado las obligaciones pactadas y modalidades del contrato de seguro, por lo que no se configura violación alguna al artículo 19 de la ley 24240. Alega que la supuesta infracción a dicha normativa, encontraría fundamento en una errónea interpretación de la cláusula contractual que, determina los riesgos y operaciones quirúrgicas cubiertos por la póliza de seguro.

Agrega que las consecuencias de dicha interpretación errónea no le es imputable a su parte, cuando se ha dado a la accionante toda la información necesaria y copia de las condiciones de póliza a

efectos de que tuviera conocimiento respecto del límite de la cobertura reclamada. Insiste que el riesgo cubierto, en el caso : cirugía comando de útero y anexos (fs. 09) es la extirpación del útero y ovarios, no siendo un riesgo cubierto cuando sólo se extirpa parte de ellos como el presente. Agrega que conforme los informes médicos remitidos por la actora, la misma fue sometida a una operación quirúrgica que consistió en la extirpación del útero y ovario izquierdo y, dicha operación no es la cirugía de alta complejidad que cubre el contrato de seguro.

De las constancias del expediente se observa que, en base a la póliza no. 1257, certificado no. 0000935, (fs. 3) y resumen de coberturas emitido por la aseguradora (fs. 5/9 y ss), uno de los riesgos cubiertos por el contrato son las denominadas intervenciones quirúrgicas de alta complejidad (punto 2.1). Dicho punto se relaciona con el listado de beneficios adjunto, donde se detalla a fs. 9 " Operaciones en el útero. Cirugía Comando de útero y anexos", aplicando al caso el baremo individualizado como BVM 1 12.10.01.

El contrato de seguro y condiciones pactadas han sido reconocidos e invocados por ambas partes, centrando la discusión en la interpretación de las cláusulas contractuales.

La empresa en sus cartas documentos de fs. 30,32 y en la audiencia de fs. 37, se limitó a rechazar el reclamo arguyendo que no es un riesgo cubierto sin brindar mayores datos o explicaciones. Es decir, sólo sostuvo que la operación a la que fuera sometida la actora no encuadraba en dicho riesgo- " cirugía comando de útero y anexos"-, no informó o

ilustró debidamente que se entendía por cirugía comando de útero y anexos, a pesar de la inclusión en el detalle de beneficios dentro del capítulo Operaciones de útero. No hay dudas que era necesario ser más explícito al momento de informar al usuario el alcance de la cobertura pactada.

En este sentido, siguiendo el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia "... en caso de duda acerca de la extensión del riesgo debe estarse por la obligación del asegurador, no sólo porque éste redacta las condiciones del contrato, sino porque está en mejores condiciones que el asegurado para fijar precisamente y en forma indubitada la extensión de sus obligaciones, sin poder pretender crear en el espíritu del tomador la falsa creencia de una garantía inexistente (Seguros, Isaac Halperín.to.II, pág 543, Ed Depalma, citado en fallo elDial.com.AA26E6. En igual sentido: CNCom Sala C, " Prenfin Sociedad Anónima c/ M. Aconcagua Compañía de Seguros Sociedad Anónima s/ ordinario", sentencia 22/10/02. CS." R.V. de D.S. María c/ Qualitas Médica SA 15/12/98, entre otros).

El consumidor tiene derecho a ser informado, facultad que tiene el correlativo y recíproco deber de informar, entendiendo por tal la prestación de comunicar, noticiar, avisar, anunciar, participar, prevenir , instruir, advertir, poner en conocimiento de otro. Esta obligación recae en el proveedor del servicio o bien, en las tres etapas del íter contractual; así se ha dicho que: " la información exigida en las etapas precontractual, de ejecución contractual y post contractual configura una verdadera obligación, ya que su incumplimiento generará el deber

de reparar” (Conforme: Ámeal Oscar J.Compiani María F y otros. “ La obligación de informar”, en “Derechos del Consumidor. Juris. Santa Fe, 2000, vol 10, pag 46. Lorenzetti Ricardo Luis. “ Tratado de los Contratos” Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 2000,t III.p. 632. Citados por Osola Federico. Vallespinos Gustavo. “ La obligación de Informar”. Pag 117. Ed Advocatus).

En consecuencia, atento la redacción en las condiciones de póliza, y la exclusión la empresa sólo invoca con precisión en su memorial de agravios, teniendo presente la jerarquía de las normas que protegen los derechos de los consumidores, especialmente el presente referido al derecho a la salud, ante la duda debe estarse en mantener la obligación del asegurador.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución impugnada en cuanto establece la infracción a la norma del art 19 de la ley citada.

A mayor abundamiento, la presente es una infracción de las denominadas formales, se configura por la simple constatación, sin que se advierta en el presente elemento alguno que justifique un apartamiento de la regla general.

Respecto de la crítica por el monto de la multa, se destaca que la graduación de las mismas tiene relación con el hecho denunciado ,la infracción cometida y la existencia de antecedentes o no al respecto, así como el perjuicio resultante para el usuario o consumidor, posición en el mercado del infractor, e intencionalidad de la infracción, entre otras pautas (arts 47 y 49 ley 24.240).

En el presente, se ha determinado que la infracción es formal, por lo que basta la mera relación

entre la obligación impuesta y su incumplimiento; sin perjuicio de lo cual a la hora de aplicar la sanción la existencia de dolo o culpa servirá como circunstancia agravante o atenuante. (Ver: nota de Oscar Eduardo Romera. " Las sanciones por infracción a la ley de defensa del consumidor". JA 1994- I- 841). En el caso, la negativa a brindar la cobertura pactada por parte de la aseguradora, constituye la exteriorización de su intención de no cumplir con su deber.

Corresponde sumar a lo señalado, la gravedad del riesgo o perjuicio social derivado de dicha infracción, teniendo en cuenta que se encuentra involucrado en autos el derecho a la salud, cuya tutela tiene raigambre constitucional (art. 75 inc 22 Const. Nac).

Todas las pautas indicadas deben ser tenidas en cuenta al momento de determinar el monto de la multa, juntamente con los límites impuestos por la norma específica (art 47 ley citada). En función de los fundamentos expuestos, no existiendo informes respecto del registro de sanciones anteriores, corresponde adecuar el monto de la sanción, la que se fija en la suma de pesos diez mil ($10.000), artículo 47 inc b) ley citada.

Concluyendo, no resultando suficientes los agravios del apelante para desvirtuar las constancias de autos, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución nro 64/2008 de la Oficina de Defensa del Consumidor, con excepción del monto de la sanción establecida.

Por como se resuelve, las costas se imponen al recurrente vencido, por el principio objetivo de la derrota,(art 68 CPCCH). Se regulan los

honorarios profesionales de acuerdo a las pautas orientadoras de la ley de aranceles (arts 14 y 33 ley 4335 t.o)

Por ello, la Sala A de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1).- Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 79/85, con excepción del monto de la multa y adecuar la misma a la suma de pesos diez mil – ($ 10.000).-

2).- Costas de la Alzada a la parte vencida. Regular los honorarios profesionales del Dr C. Z. en la suma de pesos trescientos ($ 300).-

3).- Tener presente la reserva del caso federal.

4).-Regístrese, notifíquese, devuélvase.-

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2008

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS