000417/2014

Comodoro Rivadavia, de octubre de 2014.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"S. M. SA en autos; V. B. E. c/ S. M. s/ RECLAMO Expte N°763/2011 s/ APELACION LEY VII N°22"**, Expte. N° 417/14.-

I- La empresa S. M. SA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 283/2014 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia que le ordena cubrir mediante la modalidad de reintegro y hasta el límite del plan médico contratado el valor de la intervención quirúrgica pedida por la actora, más la cobertura de gastos de traslado y alojamiento y de un acompañante, bajo apercibimiento de iniciar actuaciones sumariales por presunta infracción a los arts. 8 bis y 19 de la ley 24240 y le impone el pago a la actora de la indemnización por daño directo por la suma de $ 20.000, art 40 bis LDC.

II- En su memoria de fs. 42/50, sostiene que no se encuentran acreditados los recaudos necesarios para la medida preventiva. Critica la imposición de abonar la indemnización por daño directo porque constituye una sanción sin infracción. Afirma que se vulnera el trámite previsto por ley. Aduce que el plan de cobertura médica de la actora corresponde a los denominados planes cerrados. Señala que conforme este plan la actora debe acudir a los profesionales que forman parte de la red de prestadores y que no se admite la modalidad por reintegro. Manifiesta que el profesional elegido por la actora no forma parte de la red de prestadores de S. M. S.A. Destaca que la actora desde el inicio conocía que de acuerdo a su plan no se admite la cobertura con profesionales ajenos a la red de

prestadores, como tampoco la cobertura por medio de reintegro. Niega la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Advierte que no se cumplió con la segunda audiencia establecida por ley dictándose la medida preventiva sin tener en cuenta la propuesta ofrecida por su parte. Agrega que siempre se ofreció brindar la cobertura necesaria a la actora y que, en forma excepcional, se ofreció reintegrarle una suma equivalente a los valores que tiene convenidos con sus prestadores. Invoca las condiciones del contrato suscripto con la actora. Insiste en la improcedencia de la modalidad de cumplimiento impuesta por la medida dictada. Señala que no se ha dado caución que habilite la medida. Reitera la improcedencia del rubro impuesto por daño directo. Ofrece prueba. Hace reserva del caso federal.

III- La ordenanza N° 10.387/12 que adhiere a la ley nacional 24240 y Ley provincial VII 61 y la resolución municipal nro. 1480/01 son las que determinan el procedimiento de aplicación de las normas de defensa al consumidor en el ámbito de la provincia y del municipio de Comodoro Rivadavia.

Esta normativa deriva de la Constitución Nacional que establece la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, la obligación de las autoridades de proteger estos derechos, el dictado de leyes que establezcan procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control

(art 42 CN).

También se ha señalado que el art. 42 tiene una doble proyección: el derecho de los usuarios y consumidores a la protección de sus intereses personales y económicos, y el correlativo deber del Estado de asegurarlos; deber que también es exigible a los proveedores de bienes y servicios (conf. Germán Bidart Campos, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", T. VI, págs. 308/309; Abel Fleitas Ortiz de Rozas, "La protección del usuario", ponencia realizada en las Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad, 8 y 9 de junio de 1995). Pues bien, es deber de las autoridades -tanto legislativas como administrativas y, en su defecto, judiciales- proveer lo necesario para garantizar los derechos de los usuarios y consumidores a la protección de sus intereses económicos, a la libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno como así también a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales y al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos (conf. Gordillo, Agustín, "Derechos Humanos", 6° edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007, Capítulo VI, págs.5/8).

El art. 10 de la ordenanza dispone que efectuada la denuncia por afectación de derechos individuales se convocará a una audiencia de conciliación pudiendo fijarse una segunda audiencia en caso de no llegar a un acuerdo en la primera o si se adoptaran compromisos de realizar consultas o pruebas.

En caso de no existir acuerdo o ante la ausencia injustificada del presunto responsable se elevará el expediente para la realización del

correspondiente sumario (art. 11). El art. 17 establece que de la denuncia y posteriores actuaciones se correrá traslado al presunto infractor para que realice su descargo y ofrezca prueba, concluida la etapa de prueba se dictará resolución (arts. 19,20,21).

De las actuaciones surge que a fs. 1, la actora formula su denuncia contra S. M. por la falta de derivación a Bs As. y cobertura de los gastos de la cirugía que enuncia en su nota de fs.2/4, honorarios del profesional médico que realizará la práctica, más gastos de traslado y estadía de la actora y un acompañante. Adjunta documental.

A fs.16, se celebra audiencia de conciliación entre los interesados que deciden pasar a un cuarto intermedio.

A fs. 17/18, la firma denunciada presenta su descargo y ofrece brindar la cobertura requerida por la actora por medio de los profesionales médicos que integran su listado, sin costo. En subsidio, en caso de no ser aceptada la propuesta, ofrece abonar, en forma excepcional, bajo la modalidad de reintegro, la suma de $ 38.249,63 equivalente a las sumas acordadas con los profesionales médicos prestadores de la misma. Aclara que en ambos casos, la actora contará con cobertura de derivación médica a Buenos Aires (incluyendo traslado, alojamiento para la asociada y un acompañante) y cobertura de internación en el sanatorio Los Arcos de dicha ciudad, con el alcance del plan que posee la beneficiaria. Solicita se tenga presente lo manifestado y oportunamente, se archiven las actuaciones.

A fs. 23/26, la actora rechaza la propuesta de S. M. y solicita se le intime a cubrir los gastos requeridos y práctica a realizar por el

profesional elegido por la misma, con más la imposición de una multa.

A fs. 29/30, se dicta la resolución recurrida.

IV- Atento la crítica realizada por el trámite impuesto, cabe señalar que la conducta asumidas por ambas partes a fs. 17/18 y a fs. 23/26- una pide el archivo de las actuaciones y la otra rechaza la propuesta realizada- evidencia que era innecesaria la fijación de una segunda audiencia por resultar, en este caso, un trámite meramente dilatorio. La postura de actora y denunciada demuestra que dieron tácitamente por concluida la instancia conciliatoria.

La denunciada ha podido ejercer todos sus derechos y los recursos previstos por ley, por lo que no se evidencia que se encuentren conculcados el debido proceso y el derecho de defensa de la recurrente.

Con relación al contenido de la decisión impugnada, corresponde señalar que la legislación apunta a consolidar la función preventiva de los intereses y derechos de los consumidores y no solo reparadora o sancionatoria.

En este sentido, la normativa aplicable reconoce a la autoridad de aplicación diferentes competencias para que cumpla con su labor de prevención y contralor en el marco de las relaciones de consumo, una de ellas reviste particular importancia, concretamente nos referimos a la facultad que le confiere el art. 24 de la Resolución N° 1480/01 al adoptar medidas preventivas administrativas.

Ahora bien, la autoridad de aplicación conforme los hechos acreditados en el sumario tuvo por incumplida la obligación de S. M. SA, de otorgar la

derivación y cobertura requerida por la actora.

Este incumplimiento contractual denunciado surge de las actuaciones y no ha sido enervado por las afirmaciones del recurrente, conforme surge de la falta de la debida asistencia médica del Dr. P., médico al que fuera derivada la actora, quien no continuó atendiendo a la misma (fs. 22), circunstancia que no ha sido negada por la recurrente. Tampoco se le ofreció a la actora la asistencia de otro profesional de la lista de prestadores, permaneciendo hasta el presente sin tratamiento. Esta es la conducta reprochada y sancionada conforme las disposiciones de los arts. 8 bis y 19 de la ley de consumidor.

Reparase que la denunciante reclamó la derivación a la ciudad de Buenos Aires, la cobertura de los gastos y honorarios de la intervención quirúrgica a realizar por el profesional elegido por la actora, más gastos de traslados y estadía para sí y un acompañante.

La relación jurídica que vincula a las partes es un contrato de medicina prepaga, sistema de salud distinto al de una obra social. En este tipo de contrato, el afiliado es un consumidor de servicios médicos, objeto del contrato, y la empresa obtiene una rentabilidad a través de la prestación de dichos servicios, ya sea por entes propios o terceros.

En estos regímenes la afiliación de los particulares a los entes prestadores es, voluntaria y no imperativa, por lo que la relación entre ambos se regirá por las normas del derecho de fondo (arts. 1137,1197,1198 y ss CC), dado que se trata de una libre contratación donde impera el principio de autonomía de la voluntad. Aún cuando se integre la contratación con reglamentos y contratos de adhesión establecidos

previamente por los entes privados de salud, el particular tiene el derecho a decidir no afiliarse si no le resulta conveniente el sistema prepago que se le ofrece.(Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. RESPONSABILIDAD CIVIL. Parte Especial. Ricardo Lorenzetti. Tomo III, pág. 1053 y ss. LA LEY).

La actividad se encuentra regulada por la ley 26.682 y su decreto reglamentario N° 1993/2011.

La afiliación de la actora a la empresa de medicina prepaga es de las denominadas contrataciones corporativas (art 15).

El usuario de los servicios de salud brindados por empresas de medicina prepaga posee un amplio marco normativo que protege sus intereses y que son acordes con la protección constitucional del derecho a la salud.

En este sentido, la SCJN sostuvo que "la adhesión a las cláusulas predispuestas por una empresa de medicina prepaga y la existencia de un servicio prestado para un consumidor final, indica que debe darse tanta a la ley cuya interpretación se discute como al contrato que vincula a las partes, entre todos los sentidos posibles, el que favorezca al consumidor de conformidad con el art. 42 de la CN y los arts. 3° y 37° de la ley 24240… Las empresas o entidades de medicina prepaga adquieren un compromiso social con sus usuarios, que les impide desconocer un contrato o invocar sus cláusulas para apartarse de las obligaciones impuestas por la ley, son consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas"(CSJN 28/8/2007." Cambiaso Péres de Nealón Celia y otros c. Centro de Educación Médica e

Investigaciones Médicas. Fallos 330:3725, DJ 2007 III,172.)

No se puede soslayar que están en juego las garantías constitucionales a la vida, la salud, seguridad e integridad de las personas, arts 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La empresa debe cubrir como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (art. 7) y los usuarios tienen derecho, en caso de duda, a recibir las prestaciones de emergencia, correspondiendo en forma posterior resolver si se encuentran cubiertas por el plan contratado (art.26).

Como se observa, la denunciada debe otorgar la derivación solicitada y cubrir la cobertura médica asistencial requerida por la actora, como consecuencia del incumplimiento del profesional designado por S. M. SA, y la urgencia del caso ante el deterioro denunciado en el estado de salud de la denunciante, conforme surge de los certificados médicos adunados a fs. 8/12 y que no fueron desconocidos por la empresa.

El organismo pertinente -Oficina de Defensa del Consumidor-, puede ordenar como medida preventiva y en cualquier estado de las actuaciones el cese de conductas infractivas y la reversión de sus efectos, así como el cumplimiento de las obligaciones legales, y ello fue lo que ordenó.

La medida administrativa de carácter preventivo, no busca asegurar el resultado del sumario, como la cautelar en sede judicial el resultado del

pleito, sino ordenar el cese de la infracción a la ley. (Cfme. Alvarez Larrondo, Federico M., "Las medidas preventivas administrativas en el Derecho del Consumidor" LA LEY 2008-B, 69).

La actuación preventiva no busca asegurar el resultado del proceso, sino detener la violación de la ley, de la cual la Autoridad administrativa es custodia.

Huelga señalar que estas medidas contempladas en las leyes de defensa al consumidor, no son medidas cautelares, sino medidas de fondo dictadas anticipadamente con la finalidad de dar cumplimiento al rol de policía que la autoridad administrativa detenta, y no para asegurar resultado alguno al consumidor. (ob.citada)

Asimismo debemos señalar que para el dictado de ésta medida preventiva no se requiere la existencia de certeza, sino que vale la mera apariencia que haga conveniente el dictado de la medida, no implicando prejuzgamiento y dentro de este marco se adoptó la misma.

En el particular, de los elementos de prueba obrantes en autos (fs.8/12 y ss) y dentro del estado de las actuaciones, surge la existencia verosímil del derecho invocado por la reclamante.

Por lo demás es claro que con el dictado de la medida en cuestión, el poder administrador no se extralimitó en el ejercicio del control que le compete pues, se reitera, solo tiende al cese de la conducta infractora y cumplimiento de la obligación pactada conforme el contrato de adhesión y medicina prepaga celebrados y normas vigentes.

Sin embargo, corresponde dejar sin efecto

la indemnización por daño directo del punto 2) de la parte resolutiva en virtud que no es procedente imponer el mismo ante de la sustanciación del debido sumario.

Por lo expuesto corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el recurrente y confirmar la resolución de fs. 29/30 con la excepción del daño directo el punto 2 de la parte resolutiva.

V.- Las costas se imponen al recurrente vencido en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 69 de. C.Pr.). Regular los honorarios profesionales del letrado interviniente conforme las pautas de la ley arancelaria local (artículos 13 y 32 de la ley arancelaria).

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 por el recurrente y confirmar la resolución de fs. 29/30 con excepción del daño directo del punto 2) del resuelvo.

2) Costas de la Alzada a la parte vencida. Regular los honorarios profesionales del Dr. I. F. A. en la suma equivalente a OCHO (8) JUS.

3) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 50.

4) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara en virtud por encontrarse cumpliendo funciones la Sra. Jueza de Cámara, Dra. Silvia Noemí Alonso, en el Consejo de La Magistratura y concordar en la solución del caso (Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

FERNANDO NAHUELANCA
JUEZ DE CAMARA

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2014
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS