000117/2016

Comodoro Rivadavia, de agosto de 2016.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"S. M. S.A. en autos: "L. L. F. c/ S. M. S.A. s/ RECLAMO" Expte. N° 104/2016 s/ RECURSO DE APELACION"**, Expte. N° 117/2016.

I.- Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de esta Cámara de Apelaciones, en virtud del recurso de apelación interpuesto en fs. 31/37 por S. M. S.A., contra la resolución N° 40/2016 de la Oficina Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, que ordena a la recurrente, arbitre las medidas necesarias para proceder a la derivación del niño F. L. DNI N° XX.XXX.XXX, Socio XXXXXXXXXXXXXXXXXXX al Hospital Italiano de la ciudad autónoma de Buenos Aires, para la atención y control de su enfermedad, bajo apercibimiento de iniciar actuaciones sumariales por infracción al art. 19° de la ley N° 24.240.

En su memorial de fs. 31/37, luego de relatar antecedentes de la causa, precisa como agravios los siguientes:

1) Se ordenó el dictado de una medida preventiva de carácter innovativo, omitiéndose toda mención y acreditación de los estrictos requisitos establecidos por el CPCC para este tipo de tutelas preventivas o cautelares anticipatorias. Siendo estas medidas asimilables a las previstas por el Código Procesal, deben acreditarse los presupuestos indispensables para su procedencia. Este tipo de tutela

es de interpretación estricta y restrictiva. La resolución no desarrolla ningún motivo que permita suponer que en el tiempo anterior al dictado del acto administrativo definitivo y final, se pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable en la persona del afiliado o de F. S. M. pone a su disposición los profesionales en la zona de residencia del niño para la continuación del control pediátrico ya iniciado.

2) Si bien la admisibilidad de estas medidas preventivas innovativas debe ser analizada con extrema severidad, no surge de la Resolución análisis alguno, por lo que debe ser revocada. La autoridad administrativa soslayó por completo considerar que su admisibilidad, por configurar un anticipo de jurisdicción de carácter excepcional favorable respecto del acto definitivo y final, debió haber analizado con extrema severidad, mayor prudencia y exigencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.

3) No existe verosimilitud en el derecho del Sr. L. No surge del reclamo presentado ni de la resolución, una identificación concreta de cuál es la norma legal específica que la obligaría a proceder en los arbitrarios e ilegales términos ordenados por aquel acto. El control médico en esta ciudad, garantiza adecuadamente su derecho de salud de acuerdo al alcance del plan médico asistencial contratado. La administración no ejerció de oficio las potestades de investigación necesarias para alcanzar la verdad material objetiva.

4) No se acreditó ni existe peligro en

la demora. No se encuentra configurado este requisito, toda vez que no existe un temor grave fundado en que a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del acto administrativo final resulten prácticamente inoperantes. El reclamo se limita a describir de manera tendenciosa e incompleta los hechos del caso, sin vincular causalmente las circunstancias que afirmó con la real y efectiva afectación a la salud del niño, lo que confirma que este recaudo es meramente hipotético y conjetural, incapaz de sustentar la procedencia de medida cautelar alguna.

5) No se fijó la menor contracautela, para resarcir los perjuicios que ocasionará a S. M. la ejecutoriedad de la resolución.

6) La Dirección omitió indicar que norma legal o reglamentaria daría sustento al derecho invocado por el reclamante supuestamente transgredido por su parte, de modo que la Resolución configura un acto arbitrario, gravemente viciado en su causa, motivación, objeto y finalidad. La medida preventiva ordenada es nula de nulidad absoluta por grave vicio en su motivación.

7) Los graves vicios incurridos por la Dirección a través de la Resolución no son subsanables ni en Sede Administrativa o Judicial.

Formula reserva de recursos de inconstitucionalidad, casacón y del Caso Federal.

Corrido traslado de ley en esta instancia, la Sra. Asesora de Familia contesta la vista conferida a fs. 52/53 en representación complementaria

de F. L. Afirma haber mantenido entrevista personal con los progenitores del niño relatando las manifestaciones allí vertidas. Entiende se encuentra involucrado el derecho a la salud de F. L. y que se encuentran comprometidos derechos fundamentales y especialmente sensibles para la sociedad como lo son los de la infancia; por lo que resulta prioritario que todas las estructuras del poder público reaccionen en pos de garantizar el respeto de tales derechos.

Entiende que la resolución administrativa dictada en la Oficina de Defensa del Consumidor resulta ajustada a derecho siendo ineludible la obligación a cargo de S. M. S.A. de brindar cobertura requerida, pues resulta garante del derecho a la salud invocado, a tenor de lo dispuesto por la Carta Magna Provincial y los tratados internacionales aplicables al caso.

II.- De las constancias de la causa surge que Luis L. el 26/01/2016, peticiona ante la Oficina de Defensa del Consumidor local que se interceda ante la prepaga S. M. por la negativa a continuar con el control pediátrico de su hijo F. L. DNI 50.580.284, socio N°XXXXXXXXXXXXXXXXXX, plan 4510/52 iniciado y aprobado dos años atrás. No solo se aprobó la derivación inicial, sino también dos controles posteriores. Se sugiere cortar el tratamiento y control en Buenos Aires para comenzar de cero en esta ciudad. Los mismos profesionales que se sugieren ahora, ya estaban en esta ciudad cuando el niño fue derivado por no existir especialidad en la zona. Su hijo debe continuar el

tratamiento como lo viene haciendo el alergista pediatra y su equipo, hasta tanto se determinen más controles o el alta correspondiente.

Acompañó copia simple de 1) constancia del médico tratante en Comodoro Rivadavia Dr. C.; 2) Derivación medica programada 14/07/2015; 3) Comprobante de recepción de reintegro de prestaciones; 4) Solicitud de derivación del 08/04/2011 suscripta por C.; 5) Datos de derivación del 28/07/2015 suscripta por Dr. C. P.; 6) Credencial S. M..

A fs. 14 se celebra audiencia de conciliación, donde S. M. comparece a través de representante, quien manifiesta que se encuentra brindando cobertura cobertura de conformidad con la normativa vigente en la materia y alcance de plan médico asistencial contratado del cual el menor F. L. resulta ser beneficiario en virtud de las prescripciones médicas presentadas. Informa que existen profesionales en esta ciudad altamente calificados para atender a F. en la especialidad requerida. El Sr. L. rechaza lo manifestado y dice que en tres oportunidades y estando los médicos propuestos en esta ciudad, se autorizó la derivación de su hijo sin ningún problema. Peticiona la apertura del sumario y correspondiente multa.

Sin otra actuación, a fs. 21/21vta., la Oficina de Defensa del Consumidor, mediante Resolución N° 40/2016 ordena a S. M. S.A. arbitre las medidas necesarias para proceder a la derivación del niño F. L. al Hospital Italiano de la ciudad de Buenos Aires para la atención y control de su enfermedad.

Como fundamento de la decisión, el Sr. Director General considera que la prestadora con anterioridad y en dos oportunidades, autorizó la derivación del menor para su tratamiento en un centro especializado; no encontrando sustento –a juicio de esa autoridad de aplicación- su negativa a hacerlo en esta oportunidad, máxime cuando el profesional que lo atendió la última vez y al cual fue derivado por la prestadora, aconsejó su regreso para el control de la patología, desaconsejando su tratamiento en su lugar de residencia.

Dicha resolución fue objeto de apelación, conforme se expusiera precedentemente.

III.- Relatados los antecedentes de autos, preliminarmente se destaca que la normativa aplicable al caso, 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 denunciados en el sumario, ordenó la derivación F., conforme se precisara precedentemente.

La recurrente, en su memorial de agravios cuestiona la admisibilidad de la medida, principalmente por considerar que no se encuentran cumplidos los recaudos previstos para este tipo de medidas innovativas, y haciendo hincapié en la existencia de profesionales médicos con la especialidad

requerida en esta ciudad. No desconoce la relación jurídica que vincula a las partes, que sería una contratación al servicio de medicina prepaga que brinda la recurrente. No se ahondará en este tema, por no estar discutido el mismo. Tampoco pone en duda la patología y estado de salud del niño

Ahora bien, brindadas estas primeras consideraciones y entrando al análisis de los agravios expuestos, surge que el accionante denuncia incumplimiento de la apelante en la derivación de su hijo a la ciudad de Buenos Aires, para la atención del a patología del niño, afirmando que ya ha sido derivado en otras oportunidades, conforme surge de los certificados médicos adunados a fs. 2/9 y que no fueron desconocidos por la empresa.

El organismo administrativo, 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 sucedió.

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. (cfr. Alvarez Larrondo, Federico M., "Las medidas preventivas administrativas en el Derecho del Consumidor" LA LEY 2008-B, 69).

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)

Por otra parte, señalamos que para el dictado de esta 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.

No podemos desconocer la escasa fundamentación de la decisión aquí apelada, pero ello pasa inadvertido teniendo en cuenta los derechos que se intentan proteger.

Desde esta perspectiva, no hay dudas de que el derecho a la salud constituye un valor primordial de nuestro ordenamiento jurídico, reafirmado a partir de la reforma constitucional de 1994 en la que se incorporaron con jerarquía constitucional una serie de declaraciones y tratados en materia de derechos humanos. Las referencias concretas a este derecho fundamental pueden encontrarse en el art. 12, inc. c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el art. 4, inc. 1° y en el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica-; en el art. 6, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y, en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

(ver CSJN, Fallos 330:4647, entre otros)."

A la luz de estas premisas, no hay dudas de que esta decisión de la recurrente de pretender que el niño continúe su tratamiento en esta ciudad, cuando ya autorizó su derivación anteriormente por la patología del mismo que data desde su nacimiento, conforme surge de los certificados obrantes en este proceso, es contraria a este derecho a la salud tan primordial de F..

No consideramos que la resolución configure un acto arbitrario, ilegal e improcedente, tal como afirma la recurrente. Es más, esta expresión no resulta adecuada para la empresa de medicina prepaga, sino mas bien un desafortunado intento de evadir responsabilidades, mostrando para ello una absoluta falta de consideración hacia el afiliado. No debemos olvidar que más allá de la actividad y términos de la contratación privada, lo que aquí está en juego es la salud de las personas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que esta circunstancia indica que debe darse al contrato que vincula a las partes, entre todos los sentidos posibles, la interpretación que favorezca al consumidor de conformidad con el artículo 42 de la Constitución Nacional y los artículos 3 y 37 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (Fallos: 330:3725; 324:677; 331:748; esta Sala in re: "CS Salud SA c/ DNCI-Disp 445/10 (Expte S01:427584/06)" del 05/04/2011)."

El derecho a la salud se encuentra

íntimamente relacionado con el derecho a la vida y el principio de autonomía personal. La tutela preventiva dispuesta por la autoridad administrativa de aplicación, encuentra debido sustento, en tanto tiende a preservar el derecho del afiliado a la salud y a la integridad personal, evitando las eventuales consecuencias dañosas posibles que se podría producir por la falta de derivación o interrupción de atención, sin ingresar en el examen de la cuestión de fondo, reservado para otra oportunidad del procedimiento. Lo expuesto, basta para tener por configurado el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho.

Por los fundamentos dados, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el recurrente en fs. 31/37 confirmar la resolución N° 40/2016 de fs.21/21vta.

IV.- Costas de la Alzada al recurrente vencido por el principio objetivo de la derrota (art 69 CPr.). Se regulan los honorarios profesionales de acuerdo a las pautas orientadoras de la ley de aranceles (arts. 13 y 32 ley XIII N° 4 y 15 Digesto Jurídico).

Por ello, la **Sala B** 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 S. M. S.A. en fs. 31/37, Confirmar la resolución Oficina Defensa Consumidor MCR N° 40/2016.

2) Costas de la Alzada a la recurrente

vencida. Regular los honorarios profesionales de la Dra. M. A. F. A., en la suma de pesos equivalente a ocho (8) jus, con más el IVA si correspondiere.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de Juez de Cámara y existir concordancia en la solución del caso (Ley V N° 17 Digesto Jurídico Chubut).

D.G.

Se notificará digitalmente sin retiro de copias a FERREYRA AMUCHASTEGUI , ANGELINA -