Comodoro Rivadavia, de octubre de 2019.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados:**"S. M. SA EN AUTOS:"A. C. R. c/S. M. SA s/RECLAMO"(EXPTE N° 1308/18 ODC) s/ RECURSO DE APELACION" Expte n° 399 Año 2019.**

I- La empresa S. M. SA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 256/2019 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia que, impone multa de $ 25.000 por infracción al art. 19 de la ley 24240 más la suma de $ 400 por gastos de publicación, arts. 47 Ley 24240, art. 6 inc e) Ley VII 22 y art. 4 Ordenanza Municipal n° 6758/99.

II- En su memoria de fs.99/111, plantea la nulidad de la resolución por vicios en el procedimiento. Alega que la decisión se funda en el discurso unilateral de la actora y no tiene en cuenta la defensa y pruebas ofrecidas por su parte. Aduce que la decisión es arbitraria, carece de fundamentación suficiente y conculca el debido proceso. Sostiene que cumple con la cobertura del 70% del medicamento de la actora mediante la modalidad que enuncia. Señala que esta circunstancia ha sido reconocida por la accionante. Insiste en el cumplimiento de las prestaciones asumidas contractualmente, conforme Resolución n° 310/04 del Ministerio de Salud de la Nación. Manifiesta que no se ha acreditado la conducta reprochada. Critica la procedencia de la sanción y su monto. Reitera

ofrecimiento de prueba realizado en su descargo. Hace reserva del caso federal.

III- En primer lugar cabe señalar que la validez de los actos que componen un proceso administrativo en sede local no debe ser juzgada a la luz de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo; sino, a tenor de 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 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; más la aplicación supletoria de la Ordenanza n°485/76.

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 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).

La recurrente sostiene que la nulidad se configuraría en principio por la omisión de la Administración de considerar los medios probatorios

propuestos, también por la falta de motivación suficiente.

La compulsa de estas actuaciones demuestra que S. M. S.A. se presentó a fs.13/14, compareció a las audiencias de fs.23 y fs.36 y, formuló su descargo y ofreció pruebas a fs. 42/62.

La lectura del descargo demuestra que pudo tomar conocimiento de los términos de la denuncia efectuada, responderla y ofrecer prueba, no evidenciándose afectación del derecho de defensa y el debido proceso.

Cabe señalar que de la denuncia y del descargo de S. M. SA, surge el cumplimiento de la cobertura del 70% del valor del medicamento T4 a la actora bajo la modalidad del 40% al momento de la compra en farmacia y el 30 % restante por reintegro, previo pedido del interesado.

La actora no niega este extremo aunque cuestiona la modalidad adoptada por la empresa de medicina prepaga, sostiene que la misma no cumple con la Resolución 310/04 del M.S., aduce que le causa perjuicio y discute los importes reintegrados.

La cobertura de medicamentos al 70% a favor de la actora es un hecho no controvertido, ergo, en relación al mismo no era necesario producir prueba.

Lo expuesto evidencia que la nulidad de procedimiento invocada no se verifica, que la resolución cumple con el requisito de fundamentación suficiente (art.21 Resolución 1480/01 y art. 30 Ordenanza 485/76, aplicada supletoriamente), pudiendo la parte ejercer su derecho de defensa y plantear recursos, por lo que se rechaza el agravio.

Ahora, conforme surge de estas actuaciones la sanción impuesta se funda en la metodología utilizada

por S. M. SA que, consiste en descontar el 40% del valor del medicamento al momento de la compra en farmacia y el 30% restante por medio de reintegro, previa solicitud del afiliado y presentación del comprobante de compra, conducta que la administración considera caprichosa y contraria a la Resolución 310/04 y el derecho del consumidor.

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. 1092 y ss CCyC), 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, norma de orden público, y su decreto reglamentario N° 1993/2011.

La persona usuaria 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 Suprema Corte de Justicia de la Nación 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, so 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.) Este criterio ha sido plasmado en el art.1095 del CCyC que establece que el contrato se debe interpretar en el sentido más favorable al consumidor.

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).

La actora suscribió con S. M. un contrato de medicina prepaga, siendo beneficiaria del plan de salud SMG20. Este contrato establece en su cláusula 14 Prestaciones Incorporadas por el Programa Médico Obligatorio (PMO) que:" 14.1 Las prestaciones incorporadas a la cobertura por imperio de la Resolución 247/96 MSAS y sus modificatorias y/o ampliatorias aplicables a las empresas de medicina prepaga por la ley 24.754 serán brindadas a los beneficiarios exclusivamente en los servicios asistenciales y bajo las modalidades que en cada caso determine la Auditoría Médica de S. M. SA, aún cuando los prestadores afectados a dichos servicios no se incluyan en las cartillas y guías de profesionales y servicios aplicables al plan".

La Resolución 310/04 M.S,, establece en lo pertinente:"… *Art. 2° — Modifícase el apartado 7 del Anexo I de la Resolución N° 201/02-MS, el que quedará redactado de la siguiente manera:7.1. Se asegura por parte del Agente del Seguro de Salud, la cobertura de los medicamentos de uso ambulatorio que figuran en el Anexo III con 40% a su cargo para medicamentos de uso habitual, y 70% a su cargo para los medicamentos destinados a patologías crónicas prevalentes, que requieren de modo permanente o recurrente del empleo de fármacos para su tratamiento, conforme al precio de referencia (monto fijo) que se publica en el Anexo IV y para las formas farmacéuticas, concentraciones y*

presentaciones de cada medicamento, que allí se individualizan. El Anexo V incluye medicamentos de alternativa terapéutica, cuya cobertura por parte del Agente del Seguro de Salud deberá ser resuelta por su auditoría médica según las recomendaciones de uso establecidas en dicho Anexo. La cobertura será del 40% para medicamentos de uso habitual y 70% para los medicamentos destinados a patologías crónicas prevalentes, que requieran de modo permanente o recurrente del empleo de fármacos para su tratamiento. Todo ello, a cargo del Agente del Seguro de Salud y conforme al precio de referencia —monto fijo— que se publica en el referido Anexo y para las formas farmacéuticas, concentraciones y presentaciones que de cada medicamento se individualizan...”

La reseña realizada y la interpretación armónica del contrato y normativa citada demuestran que la cobertura de medicamentos del 70% por enfermedades crónicas está a cargo de la prestadora de salud, aunque el modo de cumplir con dicha obligación está sujeto a lo que establezca la Auditoría Médica de la prestadora, en el caso, S. M..

La actora cuestiona precisamente la modalidad adoptada por su prestadora y el monto de los reintegros en el precio de los medicamentos, siendo esta conducta la reprochada y sancionada por la administración.

La determinación de la procedencia y monto de los reintegros de las sumas reclamadas, es materia de debate y prueba que excede las facultades otorgadas a la administración. Asimismo, el reconocimiento del derecho y prestaciones cubiertas conforme el plan de salud contratado, es facultad reservada a la judicatura en tanto corresponde a su función jurisdiccional.

La Oficina de Derechos del Consumidor no está facultada para reconocer derechos o asegurar resultados al consumidor. Ergo, la decisión que implica el reconocimiento del derecho y da por cierto la entidad de las sumas reclamadas, excede el poder de policía del organismo conforme lo señalado.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso y revocar la resolución de fs. 79/84 dejando sin efecto la multa impuesta.

IV.- Las costas se imponen por su orden (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°) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por S. M. SA, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 79/84 y dejando sin efecto la multa impuesta.

2°) Costas de la Alzada por su orden. Regular los honorarios profesionales del Dr. I. F. A. en la suma de pesos equivalente a 4 JUS.

3°) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 110.

4°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

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

Julio Antonio ALEXANDRE
JUEZ de CAMARA

Fernando
NAHUELANCA
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2019
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS