Comodoro Rivadavia, de diciembre de 2019.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados:"**S. M. SA en autos :"A. C. R. c/S. M. SA s/RECLAMO"(EXPTE N° 1048/18 ODC) s/ RECURSO DE APELACION" Expte n° 421 Año 2019.**

I- La empresa S. M. SA interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 278/2019 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia que, impone multa de $ 30.000 por infracción al art. 46 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.68/77vta., plantea la nulidad de la resolución. Aduce que la decisión carece de fundamentos suficientes y conculca el debido proceso. Sostiene que cumple con el acuerdo de partes homologado y con la cobertura del 70% del medicamento de la actora conforme lo pactado y la normativa vigente. Insiste en la improcedencia de la sanción y critica su monto. Señala que la multa es arbitraria. Ofrece prueba. Hace reserva del caso federal.

III- Hemos señalado en anteriores pronunciamientos que la Ordenanza N° 10.387/12 que adhiere a las leyes nacional 24240 y provincial VII 61 y la resolución municipal nro. 1480/01 determinan el procedimiento de aplicación de las normas de defensa al consumidor en el ámbito del municipio de Comodoro Rivadavia.

Esta normativa tiene su fuente en 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).

VI.- La recurrente sostiene que la nulidad se configuraría en principio por la omisión de la Administración de considerar los hechos y las pruebas de autos, también por la falta de motivación suficiente.

La compulsa de estas actuaciones demuestra que la resolución homologatoria del acuerdo de partes se notificó a S. M. S.A. el 13/11/2018 (fs.40), que la actora denunció el incumplimiento del acuerdo el 26/6/2019 informando que la empresa de medicina prepaga mantiene la cobertura del 40% del precio de los medicamentos en farmacia, debiendo su parte continuar con el sistema de reintegros que motivara el presente reclamo, que se notificó a la empresa la apertura de sumario y el plazo para presentar descargo y la prueba que considere pertinentes (fs.52), que la denunciada no formuló descargo ni ofreció pruebas y que,

finalmente a fs.54/57 se dictó la resolución que sanciona a la firma con multa, aquí recurrida.

En consecuencia, no se advierte conculcación del debido proceso ni el derecho de defensa. La conducta reprochada consiste en el incumplimiento del acuerdo celebrado entre las partes y que fuera homologado en sede administrativa, de modo tal que no es posible reiterar argumentos anteriores ni reeditar etapas precluidas.

Reparase que mediante la resolución n° 541/2018 ODC se homologó el acuerdo y obligaciones asumidas por las partes en el que S. M. SA sin reconocer hechos ni derechos algunos ofrece a la actora la cobertura de los medicamentos Seretide y Asmavitan a favor de su hija L.P.A. al 70% de su valor en farmacia de conformidad a la normativa vigente 310 mientras dura la filiación y régimen de renovación anual de documentación formulario y/o órdenes médicas respiratorias correspondientes. (fs.39).

El artículo 46 de la ley 24240 establece que el incumplimiento de acuerdos conciliatorios se considerará violación a esta ley, siendo el infractor pasible de sanciones previstas por la norma, sin perjuicio del cumplimiento imperativo de las obligaciones que las partes hubieran acordado.

De lo dicho, se desprende que el incumplimiento del convenio es el único presupuesto exigido normativamente para tener por configurada una falta susceptible de reproche en los términos de la norma citada. Por lo tanto, es en dicho marco que corresponde analizar si tal incumplimiento se verifica o no.

Del expediente surge la cobertura del 70% del valor de los medicamentos Seretide y Asmavitan a la hija menor de edad de la actora bajo la modalidad del 40% al momento

de la compra en farmacia y el 30 % restante por reintegro, modalidad que la actora reconoce en su escrito inicial y reitera en su denuncia de fs.48. La queja versa exclusivamente sobre tal modalidad.

La empresa asumió la obligación de otorgar cobertura del 70% del precio del medicamento en farmacia “conforme la normativa vigente Resolución 310 (entiéndase Resolución 310/04 MS) mientras dura la afiliación y régimen de renovación anual de documentación , formulario y órdenes médicas respiratorias correspondientes”.

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 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...*"

En el caso, la vinculación se encuadra en el 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 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, y que el modo de cumplir con dicha obligación está sujeto a lo que establezca la Auditoría Médica de la prestadora, en el caso, S. M., siendo ésta la obligación asumida por la empresa de medicina prepaga y no otra y que así fue homologado en sede administrativa.

Lo expuesto evidencia que el extremo denunciado por la actora no se corrobora con las constancias de autos, ya que la cobertura del 40% y el posterior reintegro del 30% no configura una conducta reprochable de la prepaga.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso y revocar la resolución de fs. 54/57, dejando sin efecto la multa impuesta.

IV.- Las costas se imponen por su orden (art. 69 de. C.Pr.).

Los honorarios profesionales del letrado interviniente se regularán 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. 54/57 y dejar 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. 77.

4°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara, Dr. Fernando Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

Silvia Noemí ALONSO JUEZA de CAMARA **Julio Antonio ALEXANDRI PRESIDENTE**

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