



125  
MARIA SOLEDAD CASAZZA  
SECRETARIA

*Ministerio Público de la Nación*

Juz. 29 – Sec. 57 – Sala B N° 23026/2018/CA1

Gimenez, Monica Edith y otro c/ Omint S.A. de Servicio s/ Sumarísimo (FG N° 135747)

Excma. Cámara:

1. La jueza de primera instancia resolvió a fs. 65/66, hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora, ordenando que previa caución juratoria, la demandada en lo sucesivo y con carácter cautelar, hasta tanto recaiga sentencia definitiva, deberá cesar en el cobro del adicional por edad, excluyendo de la facturación tal rubro, y los importes originados en la aplicación de los incrementos legales sobre éste .

2. Contra dicha resolución, la demandada interpuso recurso de apelación, conforme surge a fs.78/79, fundado el mismo a fs. 107/114.

Sostuvo en sus agravios que existe una falta de concurrencia de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar, pues se carece en autos de la verosimilitud del derecho, por cuanto las condiciones de aumento por rango etario se encontraban pactadas desde el inicio de la contratación en función de plan asistencial elegido.

Aludió, la demandada, a la libertad que tiene Omint S.A. de Servicios en fijar los precios conforme el juego de libre oferta y demandada, destacando que la medida adoptada afecta el sistema de medicina prepaga, pues obliga a la empresa a soportar mayores costos de los que se corresponden con la cobertura médica oportunamente contratada por la parte actora.

Finalmente, haciendo reserva del caso federal solicito se revoque la resolución recurrida.

3. Sentados los antecedentes del caso, es preciso señalar que, como principio, en reclamos individuales en los que se encuentren debidamente tutelados los derechos de los consumidores y usuarios esta Fiscalía no interviene. No obstante ello, en el supuesto particular y a la luz de las cuestiones debatidas, donde se ven involucrados derechos constitucionales de notoria trascendencia social cuya violación afecta el interés público, considero prudente expedirme respecto de la vista conferida a fs. 124.

4. Permitaseme comenzar por analizar si se encuentran reunidos los presupuestos necesarios para la procedencia de la medida cautelar, sin perder de vista que la base fáctica del reclamo trasunta en el marco del derecho constitucional de salud.

4.1 Cabe señalar que las medidas cautelares pueden tener diversas formas de expresión, de acuerdo al objeto que persigan y a la necesidad impostergable de su proveimiento, en atención a que de acuerdo a las especiales circunstancias del caso, pueden asegurar preventivamente la efectividad del proceso al que acceden, conservando bienes o pruebas, o bien anticipando total o parcialmente la pretensión principal (Torres Traba, José M., "Utilidad procesal de las medidas cautelares atípicas. La tutela anticipada de los derechos y la medida innovativa". Revista La Ley, Doctrina Judicial, 5 de noviembre del 2008).



MARÍA SOLEDAD CASAZZA  
SECRETARIA 126

## *Ministerio Público de la Nación*

En este sentido, la urgencia de su proveimiento y las circunstancias particulares de la situación jurídica a preservar en el presente caso, serán determinantes tanto para evaluar si corresponde mantener su procedencia.

Dentro de las funciones jurisdiccionales y, específicamente, como manifestación de la eficacia de la gestión judicial, se establece la posibilidad de requerir medidas cautelares tendientes a garantizar el cumplimiento de una sentencia eventualmente favorable. (Gozáni, Osvaldo; Tratado de Derecho Procesal Civil, La Ley, 2009, Tomo I, pág. 585).

Empero, las medidas precautorias no advierten como única función las de ser un medio de satisfacción de intereses que aguardan una respuesta jurisdiccional. Por el contrario, desde una visión moderna y dinámica del derecho adjetivo, en virtud del peligro que evidencia el tiempo que insuma el litigio puede ocurrir que sea necesario cubrir necesidades inmediatas.

En esta inteligencia, se ha sostenido que las medidas cautelares constituyen una garantía jurisdiccional de la persona o de los bienes para hacer eficaces las sentencias, asegurando los elementos formales y materiales del proceso y preservando de daños a los sujetos del interés sustancial, mediante la guarda y satisfacción de sus necesidades urgentes (CNFed. Cont. Adm., Sala II, 13/04/00, La Ley, 2000-D-914, jurispr. agrup., caso 15.173)

Dicho ello, se puede divisar claramente en autos los presupuestos de procedencia de la medida cautelar. En primer lugar la

verosimilitud de derecho se encuentra reconocida expresamente por el agraviado, pues da cuenta de la relación contractual que lo vincula con la actora –fs.97/108-. Al respecto destaco que lejos de desvirtuar los presupuestos que habilitan la medida cautelar, la expresión de agravios termina por sellar la suerte de los mismos.

En cuanto al recaudo del peligro en la demora, cabe señalar que el examen de su concurrencia requiere una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originando por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso, así como que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar el accionar reprochado en autos (Fallos: 331:108, entre muchos otros).

Tal circunstancia, se advierte en el caso, pues no se puede perder de vista que se encuentra en juego el derecho de salud, frente a los avatares de las ecuaciones económicas propias del sistema de salud privatizado y mercantilizado.

5. Resulta oportuno, en merito a las alusiones que realiza el agraviado en los fundamentos del recurso, que los derechos que se encuentran en juego hacen a la dignidad de toda persona humana, su protección, como así también a la sociedad jurídicamente organizada.

Es por ello que los derechos personalísimos fundamentales, como son el derecho de la salud, no sólo cuentan con raigambre constitucional



78  
MARIA SOLEDAD UNIÓN  
SECRETARIA

### *Ministerio Público de la Nación*

en los capítulos referidos a “Declaraciones, Derechos y Garantías” y “Nuevos Derechos y Garantías” de nuestra Carta Magna, sino que además encuentran especial tutela en los tratados internacionales incorporados a la misma por el art. 75 inc. 22.

6. Por otra parte la actividad desplegada por la demandada, como así también el derecho de acceso a los sistemas privados para el resguardo del derecho a la salud, se encuentra regulado por la ley 26.682 que legisla sobre el contrato de medicina prepaga.

En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que el servicio de salud mediante la medicina prepaga nace con la celebración de un contrato por el cual una empresa especializada se obliga a prestar el servicio de asistencia médica a una persona o grupo de ellas, recibiendo como contraprestación el pago de una suma de dinero que generalmente es periódico (CSJN, 13/03/2001, “Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedades Anónimas y Servicios”, Fallos 324:677).

El actual presidente de la Corte define a la relación jurídica entre la empresa y el paciente como “*la que se da mediante un contrato en el cual una de las partes se obliga a prestar servicios médicos a los pacientes por sí o terceros, sujeta a la condición suspensiva de que se dé una determinada enfermedad en el titular o beneficiarios, contra el pago de un precio anticipado y periódico*” (Lorenzetti, Ricardo L., La empresa médica, 1998, Santa Fe, Rubinzel Culzoni, pág. 124).

Incluso, cierta doctrina sostiene que, más que un contrato, en realidad lo que el consumidor realiza es una adhesión a un sistema que genera una relación de consumo, constituida por una red de contratos conexados, donde el cliente, futuro paciente, tiene el derecho a una medicina total e integral (art. 740 y 742 del Código Civil; CN Art. 42 y tratados internacionales) y que sólo puede diferenciarse por cuestiones “colaterales” -por ejemplo: hotelería- (Ghersi, Carlos A., Weingarten Celia, Ippolito Silvia, Contrato de Medicina Prepaga, Ed. Astrea., pág. 107, lo subrayado me pertenece).

Es apreciable por otra parte la disparidad existente entre los sujetos contratantes (usuarios -empresas de medicina prepaga-) por la posición asimétrica que ocupan; donde el paciente asume el rol de la parte más débil. La contratación, en este sentido, no solo resulta ser masiva y estandarizada, sino que además las condiciones y modalidades de la prestación son pre-dispuestas de forma unilateral por la empresa, convirtiéndose en nula la posibilidad de negociación individual (Nucciarone, Gabriela A., “Contradicciones que afectan al derecho constitucional de la salud. Comentario a dos recientes fallos sobre la cobertura o no cobertura de los tratamientos”, 23-04-2014; MJ-DOC-6679-AR).

Disparidad que transita no solo desde la etapa precontractual, ejecución del contrato, sino que también se refleja en el proceso judicial, cuando este ocurre, pues a la luz de los hechos, sin dudas la parte accionada es quien cuenta con la información, y los instrumentos necesarios para despejar y efectivamente cumplir con la sentencia recaída en autos.



*Maria Soledad Casalza*  
SECRETARIA

## *Ministerio Público de la Nación*

La sanción de la ley defensa del consumidor, cuyas previsiones contienen derechos hoy constitucionalizados y que gozan del carácter de orden público económico, ha modificado y enriquecido al derecho privado en aspectos centrales, atendiendo a un rol muy especial de la persona en la sociedad de consumo y especialmente en el ámbito de la medicina prepaga, donde más debe preservarse y protegerse al usuario de un servicio esencial como es el de la salud (Ghersi, Carlos Alberto y Weingarten Celia, "Tratado de Daños Reparables", T. III parte especial", 2001, La Ley, pág. 343).

En efecto, la normativa en cuestión tiende a proteger abusos y ello se encuentra en consonancia con lo asumido por los Estados que se han comprometido -para emplear la formulación de la Convención Americana- a lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

Destaco pues lo dicho por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E en los autos "Murillo, Rafael N. c. SPM Sistema de Protección Médica S.A." de agosto de 2005, donde conforme el dictamen de la Fiscal de Cámara doctora Alejandra Gils Garbó se abordó el planteo desde los ejes que hoy se encuentran afectados en el fallo en crisis. Así se dispuso que:

- "a) Los aumentos de cuotas, que constituyen un desequilibrio de las condiciones contractuales pactadas por las partes, podrían poner en inminente peligro no sólo el equilibrio contractual sino el derecho a la protección de la salud del actor;
- b) En un contrato de prestación de servicios médicos es esencial contar con el acuerdo de ambas partes para alterar los elementos esenciales de la relación

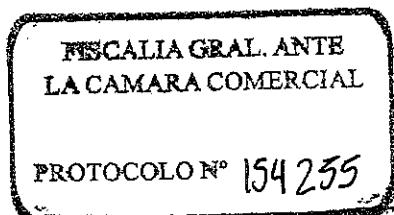
jurídica (el precio de la prestación médica y las condiciones previstas para la prestación); c) Aplicación de la cláusula "favor debitoris" (art. 3 y 37, ley 24.240 —Adla, LIII-D, 4125—); d) Necesidad de la demandada de demostrar que los aumentos de cuota han sido consensuados con el actor y que la demandada no ha demostrado que el actor tuviera conocimiento del Reglamento y que haya comprendido que significaba el aludido "cambio de categoría".

Bajo este andamiaje normativo y de tutela subyace la necesidad de preservar y garantizar la prestación del servicio de salud, lo que sin duda implica que la cuota que deben abonar los afiliados, mientras trascurre la acción principal, en cumplimiento de la regulación referenciada, y tal como lo dispuso el magistrado respetando pautas mínimas de razonabilidad.

7. Por las razones expuestas, entiendo que se deberá rechazarse el recurso de apelación planteado por la parte demandada confirmando la resolución que ordenó la traba de la medida cautelar.

Buenos Aires, diciembre 19 de 2018.

23.



"B"

MONICA S. MAURI  
FISCAL  
POR LICENCIA DE  
Dra. GABRIELA BOQUIN

EN LA MISMA FECHA CERTIFICO QUE EL PRESENTE DICTAMEN  
ES COPIA FIEL DE SU ORIGINAL OBRANTE EN LOS AUTOS DE  
REFERENCIA. CONSTE. FISCALIA ANTE LA CAMARA NACIONAL  
DE APPELACIONES EN LO COMERCIAL. SECRETARIA

MARIA SOLEDAD CASAZZA  
SECRETARIA