



Expediente Número: COM - XXXX/2019/1

Autos:

Incidente Nº 1 - ACTOR: XXXXX

Y OTRO DEMANDADO: SWISS MEDICAL S.A. s/

INCIDENTE ART 250 - **Tribunal:** CAMARA COMERCIAL - SALA D /

Excma. Cámara:

1. En su resolución de fecha [12/7/2021](#), el juez de primera instancia decidió otorgar la medida cautelar solicitada por los actores, disponiendo que la demandada cese en forma inmediata el débito de los importes controvertidos en autos, hasta la finalización del juicio.

Explicó el magistrado que con los antecedentes existentes en autos, habiendo sido reconocida la relación que vinculara a las partes y la edad de los accionantes, concurría una suficiente verosimilitud del derecho y por otro lado, el peligro en la demora se verificaba en el rango etario involucrado, las razones de salud esgrimidas y el lógico pesar y preocupación que sobre los destinatarios del plan de salud médica recaía respecto de las prestaciones contratadas.

El daño que previsiblemente les podía causar la falta de pago del plan, por otro lado, los ponía en riesgo con relación a su derecho a la salud.

2. Contra la mentada resolución, la demandada opuso recurso de apelación.

En su recurso, fundado en fecha [19/8/2021](#), la accionada manifestó que el decisorio impugnado se había pronunciado en base a la introducción inidónea de hechos y pruebas parciales aportadas por la contraria, violándose principios de raigambre constitucional.

Destacó que los accionantes conocían las condiciones de afiliación previstas desde el inicio del contrato, dentro de las cuales se encontraba la aplicación de incrementos por franja etaria y en dicho plan existía una cláusula que posibilitaba el cambio de categoría de cuota cuando cualquiera de los integrantes del grupo familiar cumpliera una determinada edad, incrementos que no se disponían de manera abusiva, arbitraria, ni unilateral, sino que formaban parte del contrato.

Por otro lado, negó que existiera peligro en la demora, así como que la contracautela dispuesta fuera suficiente.

3. En fecha [11/3/2022](#), los actores contestaron traslado del recurso incoado por la demandada, citando los antecedentes fácticos que derivaran en la





promoción de la presente demanda, y manifestando que había existido un destrato a su parte y que si se revocara el decisorio de grado por el cual se concediera la medida cautelar, les implicaría precisamente un severo perjuicio y agravio.

4. Elevadas que han sido las actuaciones, el día 22/3/2022 se corrió vista mediante cédula electrónica a esta Fiscalía.

Ahora bien, sentados los antecedentes del caso, es preciso señalar que, como principio, esta Fiscalía no interviene en reclamos individuales en los que se encuentren debidamente tutelados los derechos de los consumidores y usuarios.

No obstante a ello, en el supuesto particular y a la luz de las cuestiones debatidas, resulta menester emitir opinión, al encontrarse involucrados derechos constitucionales de notoria trascendencia social, cuya violación afecta el interés público.

5. Medida cautelar. Procedencia.

Permítaseme 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 a la prestación del servicio salud.

En tal sentido, debe en primer punto señalarse que una de las más relevantes características que exhibe el actual derecho de daños es su finalidad de prevención. Se asigna mayor importancia a evitar que el daño se cause que a la reparación posterior, ya se trate de hechos ilícitos o de incumplimiento contractual.

Se procura dar una solución ex ante (evitar el daño), en vez de confinar el remedio a una solución ex post (la indemnización). Desde el ámbito doctrinario, se ha señalado esta función de prevención y evitación de los daños como una de las modernas orientaciones que se vienen imponiendo en el estudio del derecho que se ocupa de ellos (Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y perspectivas, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989).

La Corte Suprema ya ha señalado oportunamente que mediante una acción preventiva y estando reunidas las condiciones para el ejercicio de una tutela anticipada o coincidente, puede anticiparse la satisfacción del actor ante la inminencia del periculum in damni que se cierne sobre aquél (CSJN "Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL. Y otros. s/ Daños y perjuicios", del 7 de agosto de 1997).

Ahora bien, 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).

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 (Gozáini, 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, jurisprud. agrup., caso 15.173)

Dicho ello, se pueden divisar claramente en autos los presupuestos de procedencia de la medida cautelar.

En primer lugar, debe cumplirse con la exigencia de que el derecho del peticionario de la cautelar sea aparentemente verdadero, ya que su certeza sólo podría obtenerse eventualmente con el dictado del pronunciamiento definitivo (Fallos, 327:3202), en otras palabras, debe existir verosimilitud en el derecho, la cual se encuentra reconocida en el caso de marras, en relación a los aumentos que habrían sufrido los accionantes en la cuota que abonan del plan de medicina prepaga al que se encuentran suscriptos como grupo familiar, los cuales resultarían contrarios a derecho, según los fundamentos que a continuación se desarrollarán.





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).

En tal sentido, se advierte que mediante la cautelar solicitada, la intención de la parte actora no es otra que la de neutralizar provisoriamente las consecuencias que los mentados aumentos podrían traer en su situación financiera, en medio de un contexto de suma vulnerabilidad e incertidumbre, y evitar, asimismo, quedar desprovistos de la cobertura del plan de medicina prepaga ante la eventual falta de pago de las cuotas, siendo que los derechos que pudieran serle reconocidos a aquellos en una eventual sentencia de mérito podrían en tal caso verse afectados.

Por otro lado se tiene por cumplido el requisito de la contracautela, ya que la medida cautelar en crisis ha sido dispuesta bajo responsabilidad de los accionantes, que han prestado caución juratoria a tal fin, ante eventuales costas y daños que pudiere ocasionar el otorgamiento de la suscitada medida, tanto a la demandada, como a los terceros que pudieran verse afectados, en los términos del art. 199 CPCCN.

5.2. Derechos en juego.

Resulta oportuno señalar 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 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.

De allí entonces que como primera premisa se debe asumir que el contrato que vincula a las partes cuenta con un contenido que se identifica con el interés social, toda vez que las prestaciones del servicio asistencial, entendido como “actividad comercial” desplegada por la empresa, involucran a los derechos personalísimos de sus afiliados.





Es decir, no nos encontramos frente a la prestación de un servicio de neto corte mercantilista, sino que trasciende dicha esfera y la debida asistencia conlleva una relevancia notoria al momento de que se ven involucrados derechos que se encuentran íntimamente vinculados con la persona humana.

En este sentido el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que “... si bien la actividad que asumen las entidades de medicina prepaga puede representar determinados rasgos mercantiles, en tanto ellas tienden a tutelar las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren un compromiso social con los usuarios (cfse. Fallos: 330:3725; y S.C.S. 851, L. XLIX, S. D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo”, dictamen del 02/06/14, entre otros)” (Dictamen en G., I. c/ Swiss Medical S.A. s/ Amparo Ley 16.986, S.C.G. 701; L. XLIX, 28/04/2015)

5.3. Principios aplicables.

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 Dr. Lorenzetti 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, Rubinzal 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 (Gherzi, Carlos A., Weingarten Celia, Ippolito Silvia, Contrato de Medicina Prepaga, Ed. Astrea., pág. 107).





Es apreciable por otra parte la disparidad existente entre los sujetos contratantes (usuarios y 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.

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 (Ghersí, 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, xxxx 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 especial, subyace la necesidad de preservar y garantizar la prestación del servicio de salud, lo que sin duda implica dejar sin efecto los aumentos de cuotas, que a priori, fueron impuestos sin previa autorización por parte de la entidad de contralor, como así también que estos sean retrotraídos mientras transcurra el presente proceso.

6. En pos de lo expuesto, esta Fiscalía propicia el rechazo del recurso incoado por la demandada, siendo confirmado el otorgamiento de la medida cautelar cuestionada en este incidente.

7. Reserva de caso federal.

Para el caso de que se dicte una sentencia que afecte el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción y defensa en juicio de los consumidores, formulo planteo de cuestión federal y la reserva de ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía extraordinaria.

8. Dejó así contestada la vista conferida.

Buenos Aires, marzo de 2022.

