

**Expediente Número:** COM - 7094/2024/1

**Autos:**

Incidente Nº 1 - ACTOR: C., C.

A. DEMANDADO: OSDE ORGANIZACION DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS s/ INCIDENTE ART 250 - **Tribunal:** CAMARA COMERCIAL - SALA C / CAMARA COMERCIAL - MESA GENERAL DE ENTRADAS

Excma. Cámara:

1. En su resolución de fecha 24/4/2024, la jueza de primera instancia decidió otorgar la medida cautelar requerida por el actor, ordenando a la demandada que retrotraiga los aumentos dispuestos en el plan de medicina prepaga contratado por éste, a los valores del mes de diciembre de 2023, pudiendo realizar para el mes de enero de 2024 un aumento del 8,51% y, en los meses subsiguientes, incrementos que no podrán superar a la variación del IPC informado por el INDEC correspondiente al mes anterior.

El saldo ya abonado en exceso por el actor deberá ser imputado a cancelar meses subsiguientes.

2. Al presentarse en autos en fecha 30/4/2024, la demandada apeló el otorgamiento de la medida cautelar.

Expuso que aquella medida constituía una confiscación, toda vez que los aumentos dispuestos habían sido expresamente autorizados por la autoridad de aplicación y se justificaban a partir de los cambios en las estructuras de costos de la empresa.

Aclaró que se iba a producir el desfinanciamiento del sistema de salud y que el juez se había extralimitado en sus funciones.

Por otra parte, adujo que no se verificaba la verosimilitud en el derecho invocado, ni el peligro en la demora. Indicó que la actora contaba con la cobertura del PAMI y que no mantenía mora alguna con su parte.





A criterio de la recurrente, la medida cautelar solo producía una situación de privilegio para el amparista, respecto del resto de los afiliados de OSDE y creaba un marco de inseguridad jurídica.

3. En fecha 5/6/2024, el actor contestó traslado del recurso opuesto por la demandada. A los términos de su presentación me remito por razones de brevedad expositiva.

4. Elevadas que han sido las actuaciones, el día 4/7/2024 se corrió vista mediante cédula electrónica a esta Fiscalía.

5. Procedencia de la medida cautelar.

Se agravia la demandada por el otorgamiento de la medida cautelar. Sobre este punto cabe señalar que las cuestiones que constituyen la base fáctica del caso se encuentran vinculadas con uno de los elementos del contrato de medicina prepaga que impacta en definitiva en el derecho constitucional de la salud de un adulto mayor.

Estos derechos hacen a la dignidad de toda persona humana y su protección; no resultan ser meras declaraciones, sino que son realmente operativos en tanto el Estado debe garantizar su libre ejercicio, al tiempo que debe prevenir y reparar su vulneración concreta.

5.1. Marco jurídico aplicable:

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 regulada por la ley 26.682, la cual 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).



La relación jurídica entre la empresa y su afiliado 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).

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).

Es apreciable 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).

La sanción de la LDC, 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.

Bajo este andamiaje normativo, y teniendo en cuenta que tal como se señalará a continuación, se encontrarían cumplidos los requisitos de procedencia de la medida cautelar solicitada, esta Fiscalía propicia la confirmación de su otorgamiento.

#### 5.2. Cumplimiento de los requisitos de la medida cautelar:

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).

La Corte Suprema 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).

Las medidas cautelares pueden tener diversas formas de expresión, de acuerdo con el objeto que persigan y a la necesidad imperiosa 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 para evaluar 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).

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 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, en relación a los aumentos sustanciales en las cuotas de los planes de medicina prepaga, los cuales son de público conocimiento, el vínculo contractual y las condiciones personales del actor, todo ello acreditado mediante la documental anexa al escrito de inicio.

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 la salud, lo que agudiza el grado de vulnerabilidad frente a las ecuaciones económicas propias del sistema de medicina prepaga.

En tal sentido, se advierte que mediante la cautelar solicitada, la intención del accionante no es otra que la de neutralizar provisoriamente las consecuencias de los aumentos que pondrían en peligro la continuidad del contrato, ergo las prestaciones que requiera del proveedor del servicio médico.

Por otro lado, la medida cautelar ha sido dispuesta bajo responsabilidad del actor, prestando aquel 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.

Por todo lo previamente reseñado, entiende esta Fiscalía que se encuentran reunidos los requisitos de procedencia de la cautelar requerida y por ello debería confirmarse su otorgamiento.



5.3. A mayor abundamiento recordamos que se ha dicho que en los casos en los que se encuentra comprometida la integridad psicofísica de una persona, el criterio de apreciación de la protección preventiva debe ser amplio, ya que se encuentra en juego el desarrollo armonioso de uno de los bienes más apreciables de la persona, sin el cual los restantes carecen de posibilidad de concreción (CSJN, Fallos 302:1284; 321:1684; 323:3229; CNCom., Sala B; "Landry, Ezequiel Alcides c/ Osde Organización de Servicios Directos Empresarios s/ Ordinario" del 24-4-17, "Aguilar Pinedo, Carlos Alberto c/ Swiss Medical SA s/ Ordinario" del 16-8-18, "García Encinas, María Martha Clara y Otro c/ Swiss Medical SA s/ Amparo" del 18-12-20, y "Umaran, María Eugenia c/ OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios s/ Ordinario", del 19-12-22, entre otros).

La solución expuesta se condice con lo resuelto por la Cámara de Apelaciones de este fuero en casos similares al presente (CNCom. Sala B, "García Encinas, María Martha Clara y otro c/ Swiss Medical SA s/ Amparo". Fallo del 3-12-20, "Umaran, María Eugenia c/ OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios s/ Ordinario", del 19-12-22, "Furman, Isaac Norberto c/ Swiss Medical SA s/ Incidente Art. 250", del 21-9-23 y "Pérez, Verónica Marina c/ Obra Social del Personal de Dirección de Sanidad Luis Pasteur s/ Incidente Art. 250", del 27-12-23; Sala D; "Fernández, Ramón Daniel c/ Omint SA de Servicios s/ Ordinario". Fallo del 13-10-22, entre otros).

Particularmente, en recientes pronunciamientos y en casos estrictamente análogos al de autos, se hizo lugar medidas cautelares previendo la suspensión de los aumentos dispuestos en los meses de enero y febrero de 2024 por las empresas de medicina prepagada ("Brauchli, Marta Cristina c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/amparo colectivo Expte FSM 94/2024"; "Millet, Luis Alberto Y Otro C/ Galeno Argentina Sa S/Amparo Colectivo Expte FSM 228/2024" "Rabbia, Eduardo Fabian C/ Omint Sa S/Amparo Colectivo - FSM y en "G B, J C y otros c/ Sancor Salud Y Otro s/Medida cautelar FRE 115/2024").

En este fuero comercial, el juez de primera instancia en cumplimiento de lo ordenado por la alzada resolvió hacer lugar a la





medida cautelar solicitada por una afiliada que se encontraba en similares condiciones fácticas que las denunciadas en autos -ver Com. 891/2024 "G.L.M y Otro c/ Galeno Argentina SA s/ Amparo"-.

Para valorar la procedencia de la medida, también se debe ponderar la hipervulnerabilidad de los adultos mayores.

En tal sentido, la CSJN, en el fallo "García, María Isabel c/ AFIP", del 26-3-19, afirmó que la falta de un tratamiento diferenciado para los adultos mayores, los colocaba en una situación de notoria e injusta desventaja, suponiendo igualar a los vulnerables con quienes no lo son.

En ese marco, las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para efectuar las correcciones generales necesarias, deben disponer un tratamiento diferenciado para aquellos beneficiarios en situación de mayor vulnerabilidad que se encuentran afectados por el tributo (en especial los más ancianos, enfermos y discapacitados). Una actitud contraria, agraviaría a la Constitución Nacional.

La vulnerabilidad resulta evidente y se manifiesta en la práctica jurídica, tanto en el escaso tratamiento normativo, como en la falta de reconocimiento de la vejez como dato diferenciador axiológicamente relevante, para el Derecho en su conjunto (Dabove, María Isolina; "La construcción judicial desde el Derecho de la vejez", en comentario al fallo citado del 03.04.2014, en Revista de Derecho de Familia, Tomo V, año 2014, pp. 116-127, Revista indizada en Latindex).

Por otra parte, estos derechos se encuentran debidamente tutelados en la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, tratado con jerarquía constitucional conforme lo dispuesto por la ley 27.360.

El artículo 19 de dicho tratado establece el íntegro derecho de las personas mayores a la salud física y mental y su acceso a los servicios de salud, que deberá ser garantizado por los Estados parte.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que los Estados deben garantizar estándares de calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad en los servicios de



salud, siendo entendida la “accesibilidad” desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información (Corte IDH; Caso "Poblete Vilches y Otros Vs. Chile". Sentencia del 8 de marzo de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 121).

Asimismo, cabe agregar que la postura adoptada por la demandada, aduciendo que no se encontraba en riesgo del derecho a la salud del actor, dado que aquel estaba afiliado a PAMI, sin dudas violenta el **trato digno** que todo proveedor del servicio le debe a los usuarios -art. 42 CN y 8 bis de la LDC-.

Aquello desatiende estrictamente el vínculo contractual que la une con los afiliados, quienes son y fueron vitales para el financiamiento de su actividad comercial, pretendiendo expulsarlos al sistema público cuando estas personas optaron por realizar el contrato en un sistema como el que previa la ley 26.682 antes de la sanción del DNU 70/2023.

Por último, no se puede perder de vista que la temática en tratamiento adquirió gran relevancia social afectando a muchos usuarios del sistema prepago de salud. Ello no puede ser inocuo, pues existen procesos judiciales colectivos, incluso iniciados por el propio Estado donde se ha decidido hacer lugar al tipo de medida solicitada en autos. Allí el punto de abordaje se debe anclar en el proceder de las empresas al disponer los aumentos y no estrictamente desde la capacidad económica del afiliado.

6. En pos de lo expuesto, esta Fiscalía propicia que se rechace el recurso opuesto por la demandada, confirmándose el otorgamiento de la medida cautelar.

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, julio de 2024.

23.

Signature Not Verified \_\_\_\_\_

Digitally signed by GABRIELA FERNANDA - 1607/2024

Nombre: GABRIELA FERNANDA - Fiscal General

Apellido: FERNANDA - Presidenta de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Date: 2024/07/08 12:59:41 AM



10 de  
10