

PROMUEVE ACCIÓN DE AMPARO – MEDIDA CAUTELAR - CASO FEDERAL

Señor Juez:

EDUARDO SANTIAGO WILSON, abogado CPACF T° 22; F° 8715, CUIT 23-08550206-9, Tel. 43721665, Cel. 11 4989-7078, mail dr.eswilson@gmail.com, por mi propio derecho y con mi propio patrocinio, constituyendo domicilio en Av. Córdoba 937, 4° piso, Departamento “D”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y domicilio electrónico en 23085502069, en los autos caratulados “WILSON, EDUARDO SANTIAGO c/ ESTADO NACIONAL- PODER EJECUTIVO NACIONAL s/Amparo” expediente n° 19.506/2023, a V.S. respetuosamente me presento y digo:

I.- OBJETO:

Que en mi carácter de asociado directo n° 0288694 01 1073 de Swiss Medical S.A., consumidor afectado del artículo 52 de la ley 24.240, de defensa del consumidor, vengo, en tiempo y forma, a interponer la acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional y ley 16.986, contra el **Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional** - con domicilio en la calle Balcarce 50, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 267 y 269 del Decreto de Necesidad y Urgencia: DNU-2023-70-APN-PTE, publicado en el Boletín Oficial el 21/12/2023, con vigencia desde el 29/12/2023 –Cfr. Art. 5° CCyC- solicitando que hasta tanto exista sentencia definitiva en esta causa, se disponga medida de no innovar manteniendo hasta entonces la vigencia plena de las disposiciones en los artículos 5° inciso g) y 17 de la ley 26.682/11.-

Todo ello en base a las consideraciones de hecho y derecho que a continuación expongo.-

II. HECHOS:

II.1.- Contexto actual en que se desarrollan los hechos:

La Ley N° 26.682/11, promulgada el 17/05/2011, modificada por el DNU 1991/11 del 01/12/2011, dispuso el **MARCO REGULATORIO DE LA MEDICINA PREPAGA**, que resulta aplicable a todas las Empresas de Medicina Prepaga (EMP) y los planes de adhesión voluntaria, los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud contemplados en las Leyes N°23.660 y N° 23.661.

En su **artículo 2°** define como "...Empresas de Medicina Prepaga a toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios..."

En su **artículo 4°** dispone que el Ministerio de Salud es la Autoridad de Aplicación de la Ley.

En su **artículo 5°** dispone que son **objetivos** y **funciones** de la Autoridad de Aplicación las siguientes:

g) Autorizar en los términos de la presente ley y revisar los valores de las cuotas y sus modificaciones que propusieren los sujetos comprendidos en su artículo 1°;

Y en forma concordante, dispone que: "**ARTICULO 17. — Cuotas de Planes. La Autoridad de Aplicación fiscalizará y garantizará la razonabilidad de las cuotas de los planes prestacionales.**

La Autoridad de Aplicación autorizará el aumento de las cuotas cuando el mismo esté fundado en variaciones de la estructura de costos y razonable cálculo actuarial de riesgos.

Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley pueden establecer precios diferenciales para los planes prestacionales, al momento de su contratación, según franjas etarias con una variación máxima de tres (3) veces entre el precio de la primera y la última franja etaria.

Finalmente que en su “ARTICULO 8º — Modelos. Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden utilizar modelos de contratos previamente autorizados por la Autoridad de Aplicación”.

II.2.- El acto arbitrario y manifiestamente ilegítimo del PEN que se impugna.

Mediante el DNU 70/2023, artículos 267 y 269, publicado en el Boletín Oficial el 21/12/2023, con vigencia desde el 29/12/2023 –Cfr. Art. 5º CCyC- el Poder Ejecutivo Nacional, en adelante PEN, excediendo en forma arbitraria y manifiestamente ilegítima sus facultades previstas en el Artículo 99, inciso 3), de la Constitución Nacional, sin existir la necesidad y urgencia que en este se requieren al efecto, ha legislado derogando los artículos 5, incisos g) y los dos primeros párrafos del artículo 17 de la ley 26.682/11, de orden público, dejando al libre arbitrio de las Empresas de Medicina la fijación del valor por la prestación de su servicio de salud.-

No concurren en el caso, ni siquiera se han tomado el trabajo de justificarlo en el DNU, las razones de necesidad y urgencia para tamaño avasallamiento de las facultades reservadas al Poder Legislativo en la Constitución Nacional, habiéndose limitado el decreto en su VISTO y CONSIDERANDO –página 5- solo a señalar al respecto: **“Que, asimismo, para aumentar la competitividad del sistema, se deben liberar las restricciones de precios al sistema de medicina prepaga.”**

V.S. podrá advertir que la fijación discrecional del valor de la cuota por las Empresas de Medicina Prepaga modificará en su favor la ecuación económica prevista de inicio en los

contratos en curso, constituyendo una cláusula abusiva en los términos del artículo 37 incisos a) y b) de la ley 24.240, de defensa del Consumidor, también de orden público, que además podrá ser utilizada como una forma indirecta de rescisión no admitida para estas Entidades en el artículo 9 de la ley 26.682, motivada por la imposibilidad de pago que los aumentos arbitrarios puedan ocasionar, transfiriendo así el costo de la atención médico farmacéutica de quienes no pueden pagar al sistema público de salud.-

Con la derogación del artículo 5° inciso g) y los primeros dos párrafos del artículo 17 de la ley 26.682/11 solo se busca retrotraer la situación al estado anterior a la vigencia de esta ley, cuando la relación de consumo se regía por la Resolución SCT 9/2004 y la actividad de las Empresas de Medicina Prepaga se encontraba desregulada, solo resultándoles aplicable la ley 24.754/96 que solamente les imponía ofrecer el Plan Médico Obligatorio como prestación más elemental dentro de sus planes de salud, situación que dio lugar a diversas prácticas de dudosa ética, Entre ellas, la libertad para ajustar el precio de las cuotas a pagar, y el monto de los aumentos; la libertad para elegir en forma arbitraria las condiciones de ingreso y los de exclusión de afiliados a los planes de salud; la exclusión de personas con enfermedades pre-existentes y de personas añosas, a quienes le incrementaban las cuotas cuando estos cumplen 65 años, quienes habiendo integrado el sistema de salud por años se veían excluidos mediante el aumento arbitrario de la cuota y finalmente, el 'tiempo de espera' entre la afiliación y el comienzo de la prestación de servicios de salud dentro del plan al que se adhería, circunstancias que entre muchas otras se dio fin mediante la promulgación de esta ley 26.682/11 que implementó el MARCO REGULATORIO DE MEDICINA PREPAGA hoy vigente, con la que se han eliminado muchas de estas prácticas y se han racionalizado otras, mediante la regulación de los precios y la autorización de los ajustes de las cuotas a pagar por el afiliado y los criterios de admisibilidad.-

III.- COMPETENCIA

Por la materia en debate, su contenido jurídico y el derecho que se pretende hacer valer, que privan por sobre el procedimiento que no puede desplazar la influencia de las reglas del fondo que rigen el caso, V.S. es competente por estar en juego la interpretación y aplicación de normas y principios institucionales de prioritaria trascendencia para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional. Esto es, por tratarse de normas de carácter federal que regulan lo relativo a la organización y funcionamiento del sistema de salud y donde prima facie, no prevalecen aspectos relativos al derecho administrativo (conf. CSJ Fallos: 164:186; 295:112; 324:3863; 312:985; 328:4095; 327:1453; 329:1693; 330:810; Sala III, causa "Swiss Medical SA", del 15/11/2016; CCyCFed, Sala III, causa 12.3074/06 del 13/3/2007). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha asignado la competencia del fuero civil y comercial federal, cuando como en el caso se encuentran en juego la aplicación e interpretación de normas y reglamentos concernientes a la estructura del sistema de salud regida por normas federarles (confr. CSJN Fallos: 329:2823, 330:810 y 2494). Por ello, y en virtud de lo expuesto, toda vez que la presente causa involucra el conocimiento y, la decisión de cuestiones concernientes a la estructura del sistema de salud, aspecto que, como se mencionó precedente, han sido reiteradamente atribuidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fuero en lo civil y comercial federal (Fallos: 328:4095, entre otros), al reconocérsele una especial versación en todas las cuestiones directamente vinculadas con aspectos relativos a las prestaciones básicas que fija el sistema nacional de salud, cabe entender que es dicho fuero el competente para conocer en estos autos (confr. en el mismo sentido, CNACAF, Sala II, in re: "Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ PEN – Mº de Salud s/ Amparo", del 7/07/2015, y sus citas y CAF 31353/2016/CS1, "Swiss Medical S.A. c/

Superintendencia de Servicios de Salud s/ nulidad de acto administrativo”, sentencia del 26 de diciembre de 2017).

IV.- PROCEDENCIA DEL AMPARO

IV.1.- Existencia de un caso

La existencia de causa o controversia que justifica la intervención de un Tribunal de Justicia -Art. 2 de la ley 27, art. 116 CN- se configura en el marco del ejercicio de esta acción de amparo prevista en el artículo 43, primer párrafo, de la Constitución Nacional, por cuanto en ella se demanda al Poder Ejecutivo de la Nación para que se declaren nulos, de nulidad absoluta e insanable por violación del artículo 99 inciso 3º de la Constitución Nacional, los artículos 267 y 269 del DNU 70/2023 del 21/12/2023, restableciendo la plena vigencia de los artículos 5º inciso g) y 17 de la ley 26.682.-

IV.2.- Derecho Constitucional cuya protección se procura

El derecho directamente lesionado en el caso es el derecho a la salud y a la vida, reconocido como un bien público que el Estado Nacional se encuentra obligado a garantizar e implementar según dispone la Constitución Nacional en sus artículos 14bis, tercer párrafo, 41, 42 y en los tratados internacionales incorporados en su artículo 75 incisos 22 y 23, normas que resultan inmediatamente operativas y no requieren de reglamentación alguna para su aplicación (Cfr. Fallos 332:111 “Halabi”).

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 25 establece que: “Toda persona tiene Derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica...”.

El derecho a la salud se consagra en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales el cual establece que en los Estados parte “deberán tomarse las medidas necesarias para la creación de condiciones que

aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad para asegurar a toda persona el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, y “el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente”.-

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado “Protocolo de San Salvador”, ratificado por la República Argentina, en su art. 10.1 establece el Derecho a la salud, en los siguientes términos: “toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. En el punto 10.2 dice: **“Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público** y particularmente adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la de asistencia sanitaria esencial puesta al alcance todos los individuos y familiares de la comunidad; b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado. Esta norma amplía y profundiza el contenido esencial del Pacto imponiendo obligaciones positivas y concretas al Estado para hacer efectivo el derecho consagrado.

La Constitución argentina, reformada en 1994, le otorga rango constitucional a los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado.- En efecto, el art. 75 inc. 22 de la Constitución estipula en forma genérica que “los tratados...tienen jerarquía superior a las leyes”. En cuanto a los tratados de derechos humanos ratificados por la Argentina, incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, establece que “tienen jerárquica constitucional” (Véase , entre otros, MORELLO, Augusto Mario, “El pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el derecho interno argentino “, en El Derecho,

Tomo 135 p. 888; CARRILLO BASCARY, Miguel :” Los pactos sobre derechos humanos: reflexión sobre su utilidad para el ejercicio profesional”, Zeus, Tomo 53, p. 2; GOZAINI, Osvaldo: “Alcance y vigencia de los derechos humanos en el derecho interno”, La Ley 1990-D, p. 567)

Corresponde destacar el reconocimiento de la salud como un bien público lo que justifica la procedencia de este amparo formulado en los términos del art. 43 la CN, pues estamos en presencia de un derecho de incidencia colectiva.

Frente a la consagración de un derecho a la salud existe una obligación legal concreta del Estado que constituye el objeto del derecho. Los derechos económicos, sociales y culturales, son verdaderos derechos y no meras declaraciones de principios.-

Y así, la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución Nacional no sólo es una declaración de voluntad del Estado, sino que también es un compromiso por el cual el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas.- (Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV, 12/06/1998, “Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social” LA LEY 1998-F, 102 - LA LEY, 1998-F, 305, con nota de Eduardo Mertehikan ~ ED, 178-808)

IV.3.- Legitimación – Interés Suficiente

Mi legitimación para el ejercicio de esta acción de amparo prevista en artículo 43 de la constitución Nacional, resulta de encontrarme afectado en forma personal como usuario del servicio de medicina prepaga de SWISS MEDICAL S.A., que acredito con la copia de la credencial virtual que obra en la aplicación de la Empresa, que como prueba documental acompaño en el archivo digital adjunto, circunstancia que me confiere suficiente interés directo para el ejercicio de esta acción de amparo del art. 43 CN.-

Resultado **“afectado”** por el acto de omisión de Autoridad Pública que se denuncia, resulta pues soy (Sic) **“Quien de modo directo y personal es lesionado en el disfrute de sus derechos fundamentales, reconocidos por la propia Constitución Nacional, los tratados y las leyes; quien sufre, de manos de la autoridad pública o de los particulares, en forma actual o inminente una lesión o menoscabo manifiestamente ilegal o arbitrario. Pero también –y aquí reside el enunciado generoso de la reforma- lo será quien experimente tales lesiones de manera indirecta o refleja”**.- (“El Amparo – Régimen Procesal”, de Augusto Mario MORELLO y Carlos A. VALLEFIN – 2ª edición – Editora Platense SRL, La Plata, 1998, pag. 277/78)

Así también, como ha dicho el Dr. Humberto Quiroga Lavié, **“Afectado** es quien no habiendo sido aún dañado, se encuentra en el ámbito posible o potencial de ser dañado” (“El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional”, de Humberto QUIROGA LAVIE; ps. 135/156; en “La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción”, Santa Fé- Buenos Aires- Rubinzal-Culzoni, 1994.-)

V. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE AMPARO

V.1.- Esta acción de amparo es admisible por cuanto:

1.- En el caso se demanda al Poder Ejecutivo Nacional por su acto arbitrario y manifiestamente ilegítimo e inconstitucional que significa la derogación de los artículos 5 inciso g) y primer y segundo párrafo del artículo 17 de la ley 26.682, mediante el dictado del DNU 70/2023 sin existir en el caso las razones de necesidad y urgencia requeridos expresamente en el artículo 99 inciso 3º de la Constitución Nacional, lo que significa su intromisión inadmisibles en las facultades reservadas en la Constitución al Poder Legislativo de la Nación, mediante la cual, en forma actual e inminente lesiona, restringe, altera y amenaza mi derecho a la salud expresamente consagrados en la constitución nacional en el artículo 42 de

la Constitución Nacional y en los tratados internacionales receptados y aprobados por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.- (art. 43 CN y art. 1º ley 16986).-

2) No existe otro medio judicial más idóneo para hacer cesar este acto arbitrario y manifiestamente ilegítimo que denuncio con el cual el Poder Ejecutivo Nacional produce la afectación de mis derechos constitucionales y la cuestión no requiere de una mayor amplitud de debate o prueba, pudiendo resolverse prácticamente de puro derecho.-

3) La acción es tempestiva en tanto he tomado conocimiento fehaciente de la existencia del acto de la Demandada en oportunidad de su anuncio por el Presidente de la Nación por la cadena nacional de radio y televisión llevada a cabo el 21/12/2023 a las 21 horas y en consecuencia el planteo judicial se efectúa dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 2º de la ley 16.986.-

4) La cuestión no requiere de mayor debate y prueba en tanto que resulta de los mismos términos del DNU 70/2023, VISTO Y CONSIDERANDO y sus artículos 267 y 269 cuya constitucionalidad se objeta en el presente, que no se configuran las circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, como se requiere expresamente al efecto en el artículo 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional y la desestimación de la acción configuraría una verdadera denegación de justicia o un exceso ritual que desnaturaliza los alcances y fines propios del amparo. (“El Amparo – Régimen Procesal”, de Augusto Mario MORELLO y Carlos A. VALLEFIN – 2ª edición – Editora Platense SRL, La Plata, 1998, pag. 224 y siguientes).-

V.2.- Existencia de una lesión actual e inminente:

La derogación de los artículos 5 inciso g) y 17, párrafos 1º y 2º de la ley 26.682, de la que resultan la eliminación de la autorización, revisión, modificación, fiscalización y razonabilidad de las cuotas de los planes prestacionales por la Autoridad de Aplicación, hace

suponer la existencia de la afectación normativa que mediante su implementación se ha querido evitar y por lo tanto la existencia de lesión actual e inminente de los mismos.-

V.3.- Existencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta:

Las obligaciones del Estado Nacional en materia de salud pública se fundamentan en los artículos 14bis, 33, 41 y 42 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, en donde se le reconoce al derecho a la salud la condición de bien público, indivisible y no susceptible de división en categorías.-

Esta obligación del Estado de reconocer a la salud como un bien público, también se reconoce en el artículo 1º de la ley 25.675 cuyo bien jurídico también lo constituye la implementación de un ambiente sano para lo cual el Estado deberá: Artículo 2º b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras.-

La ley 23.661 que crea el Sistema Nacional de Seguro de Salud, en su artículo 1º, dispone que procura el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. El seguro se organiza dentro del marco de una concepción integradora del sector salud donde la autoridad pública afirma su papel de conducción general del sistema, en consonancia con los dictados de una democracia social moderna.

En su artículo 25 establece el principio de plena utilización por las políticas nacionales de salud de los servicios y capacidad instalada existentes y su basamento en una estrategia de atención primaria de la salud.

Finalmente en el artículo 33 establece que las prestaciones de salud que organiza la ley se consideraran servicio de asistencia social de interés público.

La ley 26.682, de orden público conforme dispone su artículo 28, en su artículo 1º señala que tiene por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud (ASS) contemplados en las leyes 23.660 y 23.661. Quedan excluidas las cooperativas y mutuales, asociaciones civiles y fundaciones; y obras sociales sindicales.

A su vez en su artículo 2º señala que A los efectos de la presente ley **se consideran Empresas de Medicina Prepaga a toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión**, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa.

En tanto que el objeto de las Empresas de Medicina Prepaga consiste en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, se trata de una relación de consumo definida en el artículo 2º de la ley 24.240, cuyo régimen les resulta aplicable, resultando competente su Autoridad de Aplicación correspondiente en lo que respecta a esta relación de consumo. (Cfr. artículo 4º ley 26.682)

De la normativa citada surge la dimensión pública de la salud, y su calidad de bien público, derecho cuya vía de protección expedita se encuentra prevista en la acción de amparo del art. 43 de la CN.

En el caso surge claramente el obrar arbitrario y manifiestamente ilegítimo del Poder Ejecutivo de la Nación, quien invadiendo la esfera de competencias del Poder Legislativo de

la Nación, ha dispuesto en los artículos 267 y 269 de su DNU.70/2023, b.o. 21/12/2023, la derogación de los artículos 5º inciso g) y parcialmente del artículo 17, párrafos 1º y 2º, de la ley 26.682/11, de Marco Regulatorio de Medicina Prepaga, reglamentario del artículo 42 de la Constitución Nacional que expresamente dispone que: *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.”*

En este orden la CSJN ha señalado en reiterados fallos: ***“Que el art. 99, inc. 3 de la Ley Fundamental establece que el Poder Ejecutivo Nacional no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo, excepto que circunstancias de rigurosa excepcionalidad y urgencia –como las explicitadas por esta Corte en el citado precedente “Verrocchi”, publicado en Fallos: 322:1726- hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, en cuyo caso podrá dictar decretos de necesidad y urgencia, con sujeción a determinados recaudos materiales y formales y en la medida en que no regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos.”*** (CSJ 30/2013 (49-P)/CS1 “Pino, Seberino y otros c/ Estado Nacional– Ministerio del Interior– s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.” Considerando 10 - 07/10/2021)

También que: *“El art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional no deja lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país”* y que *“Para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en*

principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes”, y que “Corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite la facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales, para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente funciones legislativas.” (Cfr. precedente Verrochi - Fallos: 322:1726 – 19/08/1999)

Así, en un reciente fallo el Superior Tribunal tiene dicho que: *“Para que el Poder Ejecutivo pueda hacer uso de facultades legislativas la Constitución Nacional -además de restringir ciertas materias y disponer la debida consideración por parte del Poder Legislativo- exige que exista un estado de necesidad y urgencia y en este contexto, el Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables, en cuyo caso la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima.-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite” (Fallos 346:624 del 22/06/2023)*

En este orden, los fundamentos que ha dado el Poder Ejecutivo Nacional en el VISTO y CONSIDERANDO de su DNU 70/20°23, para derogar el inciso g) del artículo 5° y los 2 (dos) primeros párrafos del artículo 17 de la ley 26.682/11, de **liberar las restricciones de precios al sistema de medicina prepaga para aumentar su competitividad**, los asemejan mas a una gestión de negocios a favor de la Empresas de Medicina Prepaga en detrimento de sus afiliados y el sistema de salud, que a la existencia de las circunstancias excepcionales – inexistentes en el caso- que lo faculden a sustituir facultades propias que la Ley Fundamental le reserva al Poder Legislativo de la Nación.

Como sostiene SAGUES con acierto: "En concreto, puede comprobarse cotidianamente que la lesión de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, puede operarse tanto por la actividad, como por la inactividad estatal. Esta última, sin embargo, es apreciada con cierta benignidad, rayana en la indulgencia. En algunos sectores sociales, un resignado consenso convalida incluso la omisión, el silencio o la tardanza del agente público. Las decisiones de éste, alguna vez, más que actos de servicio parecen concesiones generosas y graciabiles, emitidas por puro espíritu de filantropía y beneficencia. Bueno es, no obstante, poner las cosas en su lugar. El Estado no constituye un fin en si mismo, sino un medio para alcanzar el bien común. De ahí el rol servicial del Estado, como bien enseña Rommen. En ese quehacer, el Estado se justifica siempre que actúe en pro de tal bien común, y no se justifica en la medida en que no lo hace. Los magistrados y funcionarios públicos, a su turno, existen solamente para realizar esa tarea de bien común, menester que, para ellos, no constituye un derecho sino un deber.". Agrega luego el destacado constitucionalista: "Ahora bien, cuando el órgano estatal no ejecuta el acto que legalmente debe cumplimentar, o cuando no emite decisión en el plazo en que debe hacerlo, sin que la ley califique a esa inactividad como admisión o rechazo de lo peticionado, tales omisiones pueden ocasionar lesiones subsanables por la vía de amparo, siempre que se den los demás requisitos de esta acción." El amparo procede entonces "ante la omisión de quien debe ejecutar un acto concreto. En tal hipótesis la acción tiene por objeto ordenar la ejecución del hecho omitido" (SAGUES, Nestor Pedro : " Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo", Editorial Astrea, 1991, pp. 74 y 75).

VI.- Efectos de la sentencia que se dicte en el caso:

Este interés suficientemente directo que me otorga legitimación en esta causa para el ejercicio de esta acción de amparo individual del artículo 43 CN en defensa de mi derecho a la

salud, por la naturaleza es un derecho de incidencia colectiva, un bien colectivo compartido por el universo de usuarios de los servicios que prestan las Empresas de Medicina Prepagas del artículo 1º de la ley 26.682, circunstancia que le otorga indudable carácter colectivo a la sentencia que en esta causa se dicte, en tanto beneficiará a todos por igual, sin exclusiones – cfr. art. 16 CN- no siendo razonable el dictado de una sentencia que asegure los controles previstos en los artículos 5º y 17 de la ley 26.682 con alcance individual, y que entonces cada uno de los usuarios deba solicitar por sí la inconstitucionalidad de la norma, probando el mismo incumplimiento del Poder Ejecutivo Nacional ya acreditado en este juicio, con el consiguiente dispendio procesal y mayores costos y sobrecarga de trabajo para los Tribunales, circunstancias que justifican el tratamiento de este caso como acción colectiva del 2º párrafo del art. 43 CN, pudiendo V.S., si así lo entendiera, disponerlo así conforme lo faculta el Punto III, último párrafo del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos – CSJN Acordada 12/16.-

Hago presente que mi legitimación como afectado no excluye la incidencia colectiva de la afectación a la luz del 2º párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional (cfr. CSJN “Halabi” Considerando 4º Fallos: 332:111), en tanto la noción de afectado amplía notablemente la legitimación para obrar. Como sostiene el Profesor Gozaini, sería suficiente que un derecho o interés se altere de manera directa o refleja para que alguien que se crea razonablemente con derecho a su protección pueda requerir la calidad de parte procesal. Y ello porque **la afectación no refiere a la persona interesada, sino al derecho o garantía que toda persona tiene para defender una situación de tanta importancia que dilate las fronteras tradicionales. Por lo tanto, continúa, esta afectación no tiene que ver con la capacidad ni con la representación, que son presupuestos procesales que anidan bajo las previsiones de la legitimación ad processum, diferentes a la legitimatio ad causam.-**

(“La noción de “afectado” a los fines de acreditar la legitimación procesal en el amparo”, por Osvaldo Alfredo GOZAINI en Diario La Ley del 06.08.96.- de la legitimación para obrar.)-.

Así, ***“La actuación de alguien que es susceptible, por consiguiente, de reflejarse en una protección de otros centro similares de afectación, no hace sino traducir un fenómeno que se corresponde con la necesidad de dar satisfacción a una categoría de situaciones que lejos de aparecer erráticas y aisladas, se compactan en una sola posición. Se enlazan en círculos y proyecciones que una misma y única sentencia, como formula técnica de representación grupal o colectiva, puede satisfacer.”*** (“El Amparo – Régimen Procesal”, de Augusto Mario MORELLO y Carlos A. VALLEFIN – 2ª edición – Editora Platense SRL, La Plata, 1998, Capítulo XVII- EL AMPARO COLECTIVO - pág. 270).-.

Para el supuesto de que V.S. considere que el caso se trata de un supuesto comprendido en la Acordada CSJUN 32/14, a tal efecto, a continuación en este Punto se efectúan las precisiones requeridas en el Anexo Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos de la Acordada 12/16 CSJN para el supuesto de procesos colectivos, a saber:

VI.1.- En esta demanda incluye: el nombre y domicilio del demandante; el nombre y domicilio del demandado; la cosa demandada, designándola con toda exactitud; Los hechos en que se funda, explicados claramente; el derecho, expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias y la petición en términos claros y positivos. (Art. 330 CPCCN - Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos: Punto II).

VI.2.- Bien colectivo cuya tutela se persigue: (Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos: Punto II.1.a.)

El bien colectivo cuya protección se procura es el derecho a la salud en la relación de consumo reconocido en la Constitución Nacional en su artículo 42 y en los tratados internacionales sobre derechos humanos que se mencionan en el artículo 75, inciso 22, que como tal constituye un derecho de incidencia colectiva que justifica la procedencia de este amparo en los términos del art. 43, 2º párrafo de la CN.-

**VI.3.- Que la Pretensión esté focalizada en la Incidencia Colectiva del Derecho.
(Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos: Punto II.1.b.)**

La pretensión se encuentra focalizada en la incidencia colectiva del derecho toda vez que en esta causa se procura que se suspenda la vigencia de los artículos 267 y 269 del DNU 70/2023 del Poder Ejecutivo de la Nación que disponen la derogación del artículo 5º inciso g) y parcialmente del artículo 17, ambos de la ley 26.682, hasta que se dicte sentencia definitiva en esta causa declarándose su inconstitucionalidad.-

VI.4.- Afectación del derecho de acceso a la justicia: (Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos: Punto II.2.c.).-

El acto arbitrario y manifiestamente ilegítimo de la demandada, que significa la derogación del artículo 5º inciso g) y parcialmente del artículo 17, ambos de la ley 26.682, con afectación directa de los derechos expresamente reconocidos a los usuarios y consumidores en la relación de consumo en el artículo 42 de la Constitución Nacional, mediante el avasallamiento de las facultades del Poder Legislativo que significa el dictado del DNU 70/2023 dispuesto en violación del artículo 99 inciso 3º de la Constitución Nacional, constituye prueba suficiente de la afectación del derecho de acceso a la justicia y defensa de los usuarios de los servicios de medicina prepaga que las Empresas comercializan, en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional.-

Tampoco escapa al alto criterio de V.S. que no es razonable esperar que todo aquel que se encuentre afectado por el acto de la Demandada, deba requerir por si mismos su cumplimiento, en tanto no todos ellos, en realidad solo una minoría, cuentan con los medios técnicos y económicos y la habitualidad necesaria en este tipo de planteos judiciales que les permita llevar adelante su reclamo con meridiana probabilidad de éxito, circunstancias que se constituyen para una gran mayoría de los beneficiarios del sistema de salud instrumentado por el Estado en la ley 26.682 en verdaderas barreras de acceso a la justicia, con afectación directa del derecho a una justicia efectiva –debido proceso y defensa en juicio- garantizados en el artículo 18 de la Constitución Nacional, esquema que en un análisis de costo-beneficio redonda para los Agentes de Salud ingentes beneficios mal habidos por el solo incumplimiento de la ley.-

VI.5.- Colectivo Involucrado – Conjunto relevante de derechos: (Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos: Punto II.2.c.a.)

El colectivo involucrado en el caso lo constituye la totalidad de los consumidores y usuarios, en todo el país, que para la protección de su salud utilizan los servicios que prestan las Empresas de Medicina Prepaga, cuyos derechos resultan afectados, en forma actual e inminente, por el acto de la demandada que se denuncia, que se estiman en alrededor de 6.300.000, según el INFORME SECTORIAL #19 SERVICIOS DE SALUD* Junio 2022, de la Cámara de Instituciones de Diagnóstico Médico –CADIME- que se adjunta como prueba y se puede consultar en <http://cadime.com.ar>, del que resulta que por el número de afectados se hace imposible la constitución de un litisconsorcio activo.-

VI.6.- Efectos de la resolución que se dicte en la causa:

En tanto las facultades de autorizar y revisar los valores de las cuotas y sus modificaciones previstas en el artículo 5º, inciso g), de la ley 26.682, y de fiscalizar y garantizar su razonabilidad, autorizando el aumento cuando esté fundado en variaciones de la estructura de costos y razonable cálculo actuarial de riesgos como dispone el artículo 17 de la ley 26.682, cuya protección se procura con esta acción, fueron dispuestos por el Legislador como protección de los derechos que se reconocen en ella a todos los usuarios de medicina prepaga sin exclusión, no existiendo por tanto intereses contradictorios entre ellos, la decisión que en esta causa se dicte tiene indudable efecto colectivo y beneficia a todos sin excepción.-

VI.7.- Representación Adecuada (Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos: Punto II.2.c.b.).-

Existe en el caso una adecuada representación del colectivo en tanto:

1) No existe otra vía que la del amparo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional para hacer efectiva la inconstitucionalidad de los artículos 267 y 269 del DNU 70/2023 dispuestos en violación de los artículos 99, inciso 3º, y 42 de la Constitución Nacional para hacer cesar la afectación normativa que produce el acto que se denuncia mediante la restitución de las disposiciones en los artículos 5º inciso g) y 17 de la ley 26.682/11 y la sentencia que en esta causa se dicte tendrá indudable efecto colectivo por el carácter indivisible del derecho a la salud, que no admite fraccionamiento alguno.-

2) Revisto la condición de abogado, matriculado en el CPACF, Tº 22; Fº 715, habilitado para representar y patrocinar en juicio conforme dispone el artículo 1º de la ley nacional nº 10996/1919, con capacidad para representar y patrocinar en acciones colectivas según lo dispone el art. 42 de la ley nacional nº 24.521/1995 de Educación Superior, habiendo el Consejo Permanente de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Nacionales, en su reunión del 19 de noviembre de 2012, elaborado y dado a conocer el documento que

deslinda las “actividades profesionales reservadas al título de abogado” de los “alcances” del mencionado título, indicando como actividad reservada al título de abogado en su Punto B, Apartado a) En el ámbito Judicial, 8) Patrocinar y representar...en procesos colectivos.-

3) Registro experiencia previa en acciones colectivas por acto de autoridad pública en las causas: “UTILDUCTO S.A. c/ EN – AFIP s/Amparo” expte. 1156/2015”, Juzgado Contencioso Administrativo Federal nº 10, Secretaría nº 20; “WILSON, EDUARDO SANTIAGO c/GCBA s/Amparo”, expediente nº 9313/2019, Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario CABA nº 13, Secretaría nº 25, y en acciones colectivas de consumo en las causas “ARIAS, BEATRIZ SUSANA c/ OSDE s/Amparo de salud”, expediente nº 1169/17, Juzgado Civil y Comercial Federal nº 4, Secretaría nº 7 y “ADAMOLI, LUCAS AUGUSTO c/MEDICUS S.A. s/Amparo” expediente nº 4279/17, Juzgado Civil y Comercial Federal nº 4, Secretaría nº 8; “PISTANI, HERNÁN CARLOS c/OMINT S.A. s/Amparo de salud” expediente nº 5006/17, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Relaciones de Consumo y “WILSON, EDUARDO SANTIAGO c/SWISS MEDICAL S.A. s/Sumarísimo de Salud” expediente nº 4871/2020, Juzgado Civil y Comercial Federal nº 2, Secretaría nº 4.-

5) Cuento con 42 años ininterrumpidos de ejercicio profesional en la matrícula del Fuero Federal y Fueros Nacionales Ordinarios.-

VI.8.- Declaración Jurada y manifestación sobre otros procesos colectivos:

(Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos: Punto II.2.c.e y d.)

Habiendo realizado la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos, declaro bajo juramento que a la fecha no existe registrado otro juicio cuya pretensión guarde sustancial semejanza con la de esta causa.-

Asimismo, declaro bajo juramento no haber iniciado alguna otra u otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de derechos de incidencia colectiva que se denuncia en esta causa.-

VII.- Medidas concretas que se solicitan:

Se solicita que se disponga la declaración de inconstitucionalidad en la sentencia definitiva de los artículos 267 y 269 del DNU 70/2023.-

VIII- Prueba: Se ofrece la siguiente que hace al derecho de esta parte:

VIII.1.- Documental:

1) Copia del DNI del suscripto

2) Credencial virtual de SWISS MEDICAL S.A. obrante en la aplicación de la Empresa.-

3) INFORME SECTORIAL #19 SERVICIOS DE SALUD* Junio 2022, de la Cámara de Instituciones de Diagnóstico Médico –CADIME- que se adjunta como prueba y se puede consultar en <http://cadime.com.ar>.-

4) Copia de Aumentos a Entidades de Medicina Prepaga, extraída de Ministerio de Salud Superintendencia de Servicios de Salud Usuarios Aumentos a Entidades de Medicina Prepaga

VIII.2.- Informativa:

Para el caso de desconocimiento de la documental acompañada, se solicita que se ordene librar oficio las siguientes Entidades:

1) Registro Nacional de las Personas para que informe sobre la autenticidad del DNI acompañado.-

2) Swiss Medical S.A., con domicilio en San Martín 323 piso 12. CABA, para que informe sobre la autenticidad de la credencial de asociación acompañada y si el actor se resulta asociado directo de su servicio de medicina prepaga.-

3) Superintendencia de Servicios de Salud, para que informe sobre la autenticidad de la información acompañada como correspondiente a www.argentina.gob.ar/sssalud/usuarios/aumentos-entidades-de-medicina-prepaga.-

4) cadime@cadime.com.ar; Perú 590, Piso 4. CA.DI.ME. Cámara de Instituciones de Diagnóstico Médico. MENU MENU. INSTITUCIONAL. para que informe sobre la autenticidad de la información acompañada como correspondiente al INFORME SECTORIAL #19 SERVICIOS DE SALUD* Junio 2022.-

IX.- MEDIDA CAUTELAR

Existiendo el peligro de que si se alterara la situación de derecho hoy vigente en los artículos 5, inciso g) y 17 de la ley 26.682/11 su derogación pudiera convertir la ejecución del pronunciamiento jurisdiccional en ineficaz o imposible, se requiere que se dicte medida de no innovar manteniendo su vigencia hasta tanto se dicte sentencia definitiva en esta causa.-

IX.I. Medida cautelar. Requisitos:

IX.I.I. Verosimilitud en el derecho:

La verosimilitud del derecho invocado resulta de las expresas disposiciones del artículo 42 de la Constitución Nacional, en donde se le garantiza a “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.”

A su vez la ley 26.682/11 en su artículo 5º inciso g) dispone que a la Autoridad de Aplicación – SSSalud- le compete “Autorizar en los términos de la presente ley y revisar los

valores de las cuotas y sus modificaciones que propusieren los sujetos comprendidos en su artículo 1º.”

En este orden en su artículo 17 de la LMP dispone expresamente que:

“Cuotas de Planes. La Autoridad de Aplicación fiscalizará y garantizará la razonabilidad de las cuotas de los planes prestacionales”.

“La Autoridad de Aplicación autorizará el aumento de las cuotas cuando el mismo esté fundado en variaciones de la estructura de costos y razonable cálculo actuarial de riesgos”.

“Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley pueden establecer precios diferenciales para los planes prestacionales, al momento de su contratación, según franjas etarias con una variación máxima de tres (3) veces entre el precio de la primera y la última franja etaria”.

Esta ley en su “ARTICULO 8º — Modelos. Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden utilizar modelos de contratos previamente autorizados por la Autoridad de Aplicación”.

Los contratos de medicina prepaga aparecen definidos, entre otros rasgos, por lo que la doctrina ha denominado "correspectividad de larga duración", la que determina que a través de pagos anticipados verificados durante el transcurso del tiempo, el beneficiario se proteja de riesgos futuros en su salud.

La duración del convenio es su nota relevante ya que la satisfacción de la finalidad perseguida dependerá de la continuidad de la asistencia médica. Desde el punto de vista económico, en cambio, es una actividad que se apoya substancialmente en el ahorro de los clientes, es decir, en el empleo del capital anticipado por éstos.

A su vez, la curva de utilidad marginal que atañe a las partes es inversa, puesto que las empresas de medicina prepaga obtienen mayores réditos en los comienzos de la relación,

en que los pacientes pagan, por lo general, con bajo nivel de consumo de servicios -lo que se ve garantizado, a su turno, por la exclusión de patologías previas y períodos de carencia- y más con el transcurso del tiempo, dado el natural envejecimiento y las enfermedades (conf. dictamen del Procurador General de la Nación en autos "E., R.E.. c/ Omint SA", 13/03/2001).

Es por ello que la aludida "correspectividad" adquiere aquí vital relevancia. El contrato de medicina prepaga como contrato de larga duración se diferencia de otros como los de distribución puesto que mientras en éstos la duración resulta beneficiosa para ambas partes, en el contrato de medicina prepaga la duración favorece a uno y dificulta la ecuación económica de otro.

El contrato de medicina prepaga es el contrato mediante el cual una de las partes se obliga a prestar servicios médicos a los pacientes, por sí o por terceros, sujeta a la condición suspensiva de que se dé una determinada enfermedad en el titular o beneficiario, contra el pago de un precio anticipado y periódico. (LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 330)

Es un contrato de adhesión, es decir, de aquellos cuyas cláusulas son preformuladas por una sola de las partes (empresa de medicina prepaga) y aceptadas o rechazadas por el adherente (paciente), sin poder modificarlas. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación brinda una definición de contrato por adhesión en su art. 984 como "aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

Es un contrato de consumo conforme el ámbito de aplicación subjetivo (art. 1º y 2º) y objetivo (art. 3º) de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Asimismo, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recepta también el contrato de consumo en el Título III del Libro sobre Derechos Personales.

Es un contrato aleatorio, de modo que el usuario no sabe si va a requerir los servicios médicos o no, lo cual depende de un acontecimiento futuro e incierto (la enfermedad). Es un contrato de larga duración, es decir que se celebra para perdurar en el tiempo.

La derogación de los artículos 5, inciso g), y de los primeros dos párrafos del artículo 17, ambos de la ley 26.682, por los artículos 267 y 269 del DNU 70/2023, deja en manos de las Empresas de Medicina Prepaga la facultad de fijar discrecionalmente el aumento de las cuotas prestacionales y para ello la de modificar en su favor la ecuación económica y el alea de los contratos en curso, constituyendo la incorporación de una cláusula abusiva que debe tenerse por no convenida (art. 37 inc. a y b ley 24.240) por cuanto desnaturaliza las obligaciones asumidas en su favor ampliando sus derechos, circunstancia que por causa de imposibilidad de pago podría hasta constituir una causa indirecta de rescisión por la empresa no autorizada en el artículo 9º de la ley 26.682.-

En el caso existe la afectación normativa del artículo 42 de la CN y de los artículos 5, inciso g) y 17 de la ley 26.682/11, de Marco Regulatorio de Medicina Prepaga, mediante el acto del Poder Ejecutivo Nacional que se denuncia de su derogación prevista en los artículos 267 y 269 del DNU 70/2023 del 21/12/2023, dispuesta en violación a las disposiciones del artículo 99, inciso 3), de la Constitución Nacional, resultando *prima facie* su ilegalidad y arbitrariedad manifiesta, por lo que corresponde tener por acreditada la “verosimilitud” del derecho invocado.

De modo tal que: *“La norma, al hacer la aclaración establecida en el artículo respecto de que sólo lo es al tiempo de la contratación, dispone que el usuario pagará la cuota fijada para el grupo etario en el cual el consumidor se encuadre, vigente sólo a su ingreso. A partir de allí, su cuota sólo debería verse modificada por los aumentos autorizados por el Estado y por ningún otro motivo, con excepción del régimen establecido para aquéllos que alcancen los*

65 años de edad y que no contaran con 10 años de aportes en dicha empresa de salud, en cuyo caso, el artículo 12 de la norma en estudio contempla la aplicación de diferenciales” (Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, expte. n° 35461/2012 – “VARIMAK S.A. Y OTROS c/ SWISS MEDICAL S.A. s/AMPARO” Sentencia del 19 de julio de 2019)

La Autoridad de Aplicación de la ley 26.682/11 ha dispuesto a partir de septiembre de 2012 sucesivos aumentos generales de las cuotas de los planes prestacionales de las Empresas de Medicina Prepaga, como se acredita con la copia extraída de la página institucional de la Superintendencia de Servicios de Salud: www.argentina.gob.ar/sssald/usuarios/aumentos-entidades-de-medicina-prepaga, que se acompaña como prueba en el archivo digital adjunto y es de consulta pública.-

Con relación al requisito de la verosimilitud del derecho la doctrina ha señalado que *“...La exigencia de este requisito, para el dictado favorable de la pretensión cautelar, no significa que se deba requerir la prueba terminante y plena del derecho invocado, sino que resulta suficiente su acreditación prima facie, es decir, como lo ha señalado la doctrina y jurisprudencia, que la verosimilitud del derecho debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista, y no como una incontrastable realidad, que sólo se logrará al agotarse el trámite de la acción de fondo”* (De Lázzari, Eduardo "Medidas Cautelares", t. I p. 29 y jurisprudencia allí citada, mencionado por Nissen en ob. cit. pág. 173; en igual sentido, Halperin, "Sociedades Anónimas" p. 656; CSJN Fallos 306:2060; LL 1986-B-48).

A su vez, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiteradamente que las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, ni un juicio de verdad, sino que se trata de advertir lo verosímil o hipotético (CSJN, vid. 22-12-92, I. 90.XXIV. originario: “Iribarren, Casiano Rafael c/ Provincia de Santa Fe s/ Acción Declarativa”). De modo que *“... la apreciación del derecho invocado por la parte actora*

no impone efectuar, en principio, un análisis jurídico riguroso sino que basta con que aquél tenga apariencia de verdadero...” (vid. Cám. Nac.Fed. Cont. Adm. Sala II, 16-8-93, “Marchiano, Domingo Alberto –incidente- c/ Ferrocarriles Metropolitanos Sociedad Anónima s/ juicio de conocimiento”).

Sin perjuicio que las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud, en el caso que nos ocupara mi derecho resulta claramente de las expresas disposiciones del artículo 42 de la CN; del Marco Regulatorio de Medicina Prepaga, Ley 26.682 y del artículo 99, inciso 3º de la constitución Nacional, y de los precedentes en los fallos citados y concordantes de la CSJN.

En conclusión, en el caso que nos ocupa, **mas que verosimilitud en el derecho HAY CERTEZAS EN EL DERECHO.**

IX.1.2. Peligro en la demora:

Existe peligro en la demora en el dictado de la medida de no innovar solicitada toda vez que el DNU 70/2023 fue publicado el 21/12/23 sin determinar la fecha de su entrada en vigencia, por lo cual esta se producirá el 29/12/2023, conforme lo dispone el artículo 5º del CCyC, momento a partir del cual los aumentos de cuota pasarán a ser resorte de la propia decisión discrecional de las Empresas de Medicina Prepaga, con la inmediata afectación normativa de las disposiciones en los artículos 42 y 75, incisos 22 y 23. de la Constitución Nacional.-

El "peligro en la demora", denominado *periculum in mora*, es el que justifica el interés jurídico del peticionante, pues se trata de evitar que el pronunciamiento que reconozca su derecho, llegue demasiado tarde y no pueda cumplirse el mandato judicial (RED 17-646; LL 1986-E-70).

Ello no significa que se requiera daño efectivo sufrido por el peticionante y en este orden la CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL - SALA FERIA A, en la causa n° 7161/22 “SARQUIS, SANDRA NAIR c/OSCOMM Y OTRO s/AMPARO DE SALUD” DEL 18/07/2022, tiene dicho que: “Y con respecto al peligro en la demora, es suficiente recordar que este Tribunal ha interpretado reiteradamente que se verifica con la sola incertidumbre del emplazante, acerca de la continuidad de los servicios médico asistenciales con los que contaba (confr. Sala II, causas n° 3145/08, del 15/08/08; n° 12.161, del 17/04/09 y n° 3275/09 del 18/06/09, entre muchas otras)”

En esta tónica, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “O.S.F.A.T.L.F. c/ Entre Ríos, Provincia de”, interpretando el concepto del peligro en la demora, dijo: *“para apreciar si concurre el requisito del peligro en la demora, debe verificarse si el mantenimiento o alteración de la situación de hecho o de derecho existente puede influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible”* (a La Ley, año 1996, tomo C, pág. 725).

En relación al caso concreto que nos ocupa, han dicho nuestros tribunales:

*“En punto al periculum in mora, **en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resulta suficiente para tenerlo por acreditado, la incertidumbre y la preocupación que ellas generan.** Esta solución es la que mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende, que compromete la salud e integridad física de las personas, reconocidos por los pactos internacionales de jerarquía constitucional”* (CNCom. esta Sala in re “Desiderato, Salvador María c/ Galeno S.A. s/ amparo s/ incidente de apelación por Galeno S.A.” del 18.11.08; idem in re “Llahaff, Jorge Rubén c/ Swiss Medial S.A. s/ medida precautoria s/ incidente de apelación art. 250 cpr.” del 07.11.11).

“Asimismo, en lo que refiere al peligro en la demora y su acreditación, cuando se cuestionan decisiones que tienen directa relación con la salud de las personas, es suficiente para tener por cumplido este recaudo la incertidumbre y la preocupación que ellas generan en el ánimo de las personas (CNCom, Sala B in re “Aguilar Pinedo, Carlos Alberto c/ Swiss Medical S.A. s/Ordinario”, del 16-8-18). (“MEZGER SILVIA ESTER C/ SWISS MEDICAL SA S/ AMPARO S/ INCIDENTE ART. 250 DE SWISS MEDICAL SA., 26/08/19, Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B).

IX.1.3. Contracautela:

Ofrezco como contracautela la caución juratoria en los términos del art. 199 del CPCC, que solicito se tenga por prestada con la firma del presente, que solicito que V.S. contemple otorgarme teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho y las constancias del caso. (

Al efecto hago presente que dada la mayor verosimilitud del derecho invocada y documentada en autos, deberá admitirse como contracautela la caución juratoria, conforme lo resuelto por la CNCont. Adm. Fed. Sala III, in re “Corrflor 636 SRL c/ Entel s/ Amparo” 3/7/92.

En idéntica línea con los puntos anteriores dispuso la CNCOM en el fallo “BBB Carlos Horacio y otro c/ Swiss Medical S.A. y otro s/ sumarísimo”, Sala B, 8-ago-2017:

“No tratándose de los supuestos excepcionales previstos por el art. 200 del Cpr., la contracautela debe estimarse en función de la verosimilitud del derecho, las circunstancias del caso y los elementos del juicio actualmente disponibles (cpr. 199, tercer párr.; CNCom, esta Sala, in re “Instituto Geriátrico Coghlan c/ Moquez de Mazlan, Jorge y otros s/ ordinario” del 20.3.98). En sub lite, se aprecia que la caución juratoria dispuesta por la a quo observa tales parámetros, ya que se entiende que una contracautela real sería contradictoria con la finalidad que se procura mediante el dictado de una cautelar como la de la especie (CNCom.Sala C in re “Argiz, Ramón c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/

sumarísimo” del 18.12.09; *idem in re “Nabel, Adán y otro c/ Federación Médica Gremial de la Capital Federal s/ medida precautoria” del 27.04.10).*

También podemos citar que: **“Corresponde confirmar la resolución de grado en cuanto dispuso suspender cautelarmente los aumentos establecidos por la empresa de medicina prepaga, previa caución juratoria. Ello así, en el marco de una acción incoada a fin de que la demandada se abstenga de aumentar la cuota de afiliación al sistema de salud que administra, con fundamento en la edad de los afiliados o cualquier otra causa no pactada y se retrotraiga el arancel al importe vigente antes del aumento. En el caso, se aprecia que la caución juratoria dispuesta observa los parámetros de verosimilitud del derecho. Una contracautela real sería contradictoria con la finalidad que se procura mediante el dictado de una cautela como la de la especie (CNCom. Sala C in re “Argiz, Ramón c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ sumarísimo” del 18.12.09; id. id. in re “Nabel, Adán y otro c/ Federación Médica Gremial de la Capital Federal s/ medida precautoria” del 27.04.10).”** (AGOSTINELLI MARCELO HECTOR C/ SWISS MEDICAL SA S/ SUMARISIMO, 11/10/13, Cámara Comercial: B.)

Resultando de los elementos aportados, que prima facie darían cuenta de los incumplimientos de la demandada de la normativa orden público que se denuncia como violentada, existe en el caso la verosimilitud del derecho y urgencia de la medida que justificarían el otorgamiento de la cautelar prestando caución juratoria.

IX.I.4. Efecto devolutivo – Inconstitucionalidad del efecto suspensivo:

En el supuesto de concesión de la medida cautelar y de ser ésta recurrida, solicito que el recurso de apelación sea concedido con efecto devolutivo (Cfr. Art. 498 inc. 6 CPCCN) (Morello y Vallefin "El amparo Régimen procesal", Rossi, LL 31-5-2000, Sagues, LL-16-8-2000).

Por ello, y a todo evento, toda vez que esta acción tramite por la vía de la ley 16.986, planteo la inconstitucionalidad del efecto suspensivo del recurso de la apelación de la medida cautelar prevista en ella por violar el art. 43 de la Constitución Nacional. (Cfr. Morello y Vallefin "El amparo Régimen procesal", Rossi, LL 31-5-2000, Sagues, LL-16-8-2000).

X.- BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA

Que tratándose en el caso de una acción planeada en los términos de la ley 24.240, de defensa del consumidor, corresponde que se me otorgue el beneficio de justicia gratuita, que incluye las costas del juicio.

En un reciente Fallo del 14/10/2021 dictado en "Recurso Queja N° 1 - ADDUC Y OTROS c/ AYSA SA Y OTRO s/PROCESO DE CONOCIMIENTO" Fallos 344:2835, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por unanimidad de sus miembros, dispuso que: *"Una razonable interpretación armónica de los artículos 53 y 55 de la ley 24.240 (con las modificaciones introducidas por la ley 26.361) permite sostener que el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso, en tanto la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente y solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición"* (Cfr. Fallos 335.1080; 338:40; 338:1344 y CNCiv.Com.Fed., Sala 3, Causa N° 11082/2021, del 17/5/2022; Sala 1, Causa N° 82202/2018, del 20/5/2022)

Y que: *"Al brindar la ley de defensa del consumidor a la demandada -en ciertos casos- la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la*

eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte”.

Y finalmente: *“Que una razonable interpretación armónica de los artículos transcritos permite sostener que, al sancionar la ley 26.361 —que introdujo modificaciones al texto de la ley 24.240—, el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso. En efecto, la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente. Solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición. En este contexto, al brindarse a la demandada —en ciertos casos— la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte. (Cfr. Fallo citado Considerando 8)*

Esta Doctrina es reiteración de Fallos: 335:1080 y 338:40 y más recientemente en Fallos: 338:1344 en donde por unanimidad de sus integrantes el Supremo Tribunal señaló que: ***“El otorgamiento del beneficio de gratuidad en materia de acciones judiciales que los consumidores y usuarios pueden iniciar cuando sus intereses resulten afectados o amenazados no aparece condicionado por el resultado final del pleito pues el artículo 55 de la ley 26.361 lo prevé "para todas las acciones iniciadas en defensa de intereses colectivos" por lo que una interpretación que pretenda restringir los alcances del***

precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir allí donde la ley no distingue sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores -y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses- a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos.” (Considerando 7º)

XI.- CASO FEDERAL

Para el caso de resolución adversa, dejo planteado el caso federal para recurrir a la Corte Suprema por la vía del inciso 3º del artículo 14 de la ley 48, pues en dicho supuesto se encontraría en juego la inteligencia de los artículos 14bis, 16, 17, 18, 19, 33, 41, 42, 43 y 75 inciso 22, de la Constitución Nacional y artículos 5 inciso g) y 17 de la ley 26.682/11 y la decisión sería contraria al derecho que mi parte funda en ellos y son materia de litigio.

XII.-PETITORIO

Por lo expuesto a V.S. solicito:

1) Me tenga por presentado, por parte y por constituido el domicilios electrónico denunciados.-

2) Se dé curso a la acción de amparo y se tenga por ofrecida la prueba y por acompañada la documentación.

3) Se disponga, con carácter de preferente despacho, la medida de no innovar solicitada en los términos del artículo 230 CPCC, ordenando mantener la vigencia de las disposiciones en los artículos 5 inciso g) y 17 de la ley 26.682/11, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en esta causa, con notificación a la demandada con habilitación de días y horas inhábiles.-

4) Se me conceda el beneficio de justicia gratuita por tratarse de una acción iniciada en los términos de los artículos 52, 53 y 55 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.-

5) De entenderse que la acción puede encontrarse comprendida en los términos de la Acordada CSJN 32/14, se requieran las aclaraciones que se estimen corresponder y en su caso se proceda conforme lo dispuesto en los Puntos III, V y VIII del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos.-

6) Se cite a la demandada a dar explicaciones en los términos del artículo 8º de la ley 16.986.-

7) Se tenga presente el planteo de Caso Federal.-

8) Oportunamente se dicte sentencia, disponiéndose la inconstitucionalidad de los artículos 267 y 269 del DNU 70/2023, con costas.-

Proveer de conformidad, SERA JUSTICIA.-