



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

Rosario, 13 de febrero de 2019.-

Visto, en Acuerdo de la Sala "A", el expediente Nro. **FRO 19536/2017**, caratulado "**BURGOS, Rocío S. c/ OSDE s/ AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES**", proveniente del Juzgado Federal Nro. 2 de esta ciudad, del que resulta,

Vinieron los autos en virtud de la apelación interpuesta y fundada por la actora (fs. 87 y 89/91), contra la sentencia del 11 de abril de 2018 (fs. 80/86), que rechazó la demanda.

Concedido el recurso (fs. 99), la demandada no contestó agravios. Elevados los autos a la Alzada, por sorteo informático se dispuso la intervención de esta Sala "A" y que pasaran al acuerdo para resolver (fs. 95/98).

El Dr. Aníbal Pineda dijo:

1.- La actora afirmó que la jueza a quo realizó una errónea interpretación de los hechos. Señaló que la sentencia en crisis expresó que la actora demandó que se la incorpore como afiliada a la Empresa de Medicina Prepaga demandada en el plan superador OSDE 2-210, lo que aseveró no es cierto.

Sostuvo que su parte petitionó su incorporación a la Obra Social demandada. Aclaró que OSDE es una obra social nacional, que se encuentra inscripta en el Registro de la Superintendencia de Servicios de Salud bajo el Nro. RNOS 4-0080-0.

Manifestó que no petitionó su ingreso como afiliada a una empresa de medicina prepaga que comercializa un plan superior, sino que solicitó a una obra ~~social nacional, que es la que le corresponde a su esposo~~

Fecha de firma: 13/02/2019

Alta en sistema: 14/02/2019

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANIBAL PINEDA, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIA DE CAMARA



#29779074#226693439#20190213142042506



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

debido a la actividad que desarrolla.

Indicó que los aportes y contribuciones que realiza su cónyuge a través de su recibo de haberes son remitidos a la obra social OSDE. Agregó que la mencionada reviste el doble carácter de obra social y de empresa de medicina prepaga.

Sostuvo que aun si se considerara que resulta aplicable la ley 26.682 de medicina prepaga, la solución dada al caso es errónea. Ello en virtud de que tal como fue acreditado, su parte requirió su afiliación en carácter de conviviente del titular de la obra social Vladimiro Lieiserson, es decir en carácter de integrante de su grupo familiar primario, por lo que sería de ineludible aplicación lo dispuesto en el artículo 14 de dicha norma.

Expresó que también resulta erróneo el argumento de que la accionante solicitó su incorporación a un "plan superador". Aseveró que OSDE carece de un plan inferior a aquel en el cual se registró su solicitud de incorporación. Que la posibilidad de acceder a un plan menor (o PMO) implicaba la derivación de los aportes de su esposo a otra obra social (OSDEPYM) y la exigencia de que ambos -en tanto grupo familiar- se incorporaran para acceder a un plan PMO, le resulta inaceptable.

Señaló que aun soslayándose el hecho de que OSDE es una obra social que actúa sólo como empresa de medicina prepaga, con lo cual no le serían aplicables las disposiciones de las leyes 23.660 y 23.661, sino las disposiciones referidas a la medicina prepaga, de todos modos lo requerido por la demandada para habilitar dicha incorporación continuaría siendo de carácter absolutamente arbitrario, en tanto la exigencia de pago de una cuota

Fecha de firma: 13/02/2019

Alta en sistema: 14/02/2019

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANIBAL PINEDA, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIA DE CAMARA



#29779074#226693439#20190213142042506



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

diferencial en virtud de su patología preexistente por un valor superior a la que abonaría de no padecer dicha patología, sin haberse requerido la autorización de la autoridad de aplicación, requisito éste último ineludible según lo dispuesto por la ley 26.682.

Peticionó se revoque la sentencia y se impongan las costas de ambas instancias a la demandada.

2.- Vale señalar que Roció Soledad Burgos interpuso acción de amparo contra OSDE (Obra Social de Ejecutivos y del Personal de Dirección de Empresas), con el objeto de que se la condene a cesar en su actitud lesiva, consistente en rechazar su ingreso como afiliada y que se la incorpore como integrante del grupo familiar de su cónyuge Vladimiro Leiserson, brindándole la cobertura de salud que le corresponde, sin exigírsele el pago de una cuota diferencial (conf. fs. 13).

Relató que en fecha 16 de octubre de 2015 solicitó incorporarse a la obra social demandada como integrante del grupo familiar primario de su esposo Vladimiro Leiserson. Que la demandada respondió a dicho requerimiento señalando que en virtud de padecer una patología preexistente (síndrome de Sjorgen), le fijaba una cuota diferencial que estimó en un 200% más de lo que abonaría el grupo familiar integrado por un matrimonio joven (fs. 13 y vta.).

3.- La cuestión principal a resolver radica en determinar si resultó arbitraria o no la conducta de la demandada consistente en el requerimiento de un valor diferencial en virtud de la enfermedad preexistente de la amparista.

Coincido con la juez a quo en el marco

Fecha de firma: 13/02/2019

Alta en sistema: 14/02/2019

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANIBAL PINEDA, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIA DE CAMARA



#29779074#226693439#20190213142042506



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

normativo regulatorio en el cual subsumió la controversia planteada en autos, ya que es de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley Nro. 26.682, en cuanto establece que los afiliados obligatorios a los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la ley (y su grupo familiar) cuando optaren por planes superadores del P.M.O. y tengan enfermedades preexistentes abonarán un valor diferencial que previamente deberá estar autorizado por la Superintendencia de Servicio de Salud.

No obstante, discrepo en la solución arribada por la destacada Magistrada a cargo del Juzgado Federal Nro. 2 de esta ciudad.

4.- No se encuentra controvertido que Rocío Soledad Burgos pretendió su incorporación a la obra social demandada como persona con preexistencia. A tal fin suscribió solicitud de afiliación al plan de servicio 2-210 (v. fs. 50, 51 y 52 de autos).

Es de resaltar que las disposiciones de la Ley 26.682, publicada en el boletín oficial del 17 de mayo de 2011, resultan de orden público en virtud de lo dispuesto expresamente en su artículo 28, por lo que rigen en todo el territorio nacional y no pueden ser dejadas de lado por las partes (ver ob. cit. del fallo apelado, fs. 84 3er. párrafo).

Por su parte, el artículo 10 de ese cuerpo normativo (relativo al capítulo de los contratos) dispone que: *"...Los contratos entre los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley y los usuarios no pueden incluir períodos de carencia o espera para todas aquellas prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio. Las otras*

Fecha de firma: 13/02/2019

Alta en sistema: 14/02/2019

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANIBAL PINEDA, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIA DE CAMARA



#29779074#226693439#20190213142042506



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

modalidades prestacionales y los tiempos previstos en el contrato como período de carencia deben estar suficientemente explicitados en el contrato y aprobados por la Autoridad de Aplicación. Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación”.

Al respecto su Decreto Reglamentario N° 1993/2011 dispone que: *“...La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD establecerá y determinará las situaciones de preexistencia que podrán ser de carácter temporario, crónico o de alto costo que regirán para todos los tipos de contratos entre las partes comprendidas en el presente decreto sin excepción. [...] Asimismo la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD autorizará los valores diferenciales para las patologías de carácter crónico y de alto costo”* (reglamentación del art. 10 Ley 26.682).

5.- En este marco normativo debemos recordar que quien alega un hecho o un precepto debe probar su existencia según lo dispone el código de procedimiento: *“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.”* (artículo 377, párrafos 2° y 3° del CPCCN).

Asimismo, tengo en cuenta que el nuevo

Fecha de firma: 13/02/2019

Alta en sistema: 14/02/2019

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANIBAL PINEDA, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIA DE CAMARA



#29779074#226693439#20190213142042506



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

Código Civil y Comercial consagra el principio de la carga dinámica de la prueba. En las XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín, los días 27, 28 y 29 de octubre de 2016, se aprobó la siguiente conclusión: *la carga dinámica de la prueba sólo impone "...a la parte que está en mejores condiciones de probar, la carga de colaborar con el esclarecimiento de los hechos (carga de "producir evidencia"). El incumplimiento de dicha carga acarrea como consecuencia la posibilidad de estimar su conducta como un fuerte indicio contrario a su postura en el proceso. En caso de que, aun valorando negativamente la falta de cooperación de la parte, subsistiera la incertidumbre del juez acerca del hecho, debe acudir a las reglas ordinarias de la carga de la prueba contempladas en la legislación sustancial (vg. art. 890. 894. 1734, 1736, 2265 del CCyCN, etc.) o procesal (art. 377 del CPCCN y sus análogos provinciales)".*

El desplazamiento de la carga probatoria hacia quien está en mejores condiciones de probar tiene recepción de nuestro Máximo Tribunal al decidir que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía -por sobre la interpretación de normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (C.S.J.N, 20/8/96, E.D. 171-361).

Así las cosas, observo que la demandada -quien además se encontraba en mejores condiciones de ~~probar este extremo- no acreditó haber cumplimentado con el~~

Fecha de firma: 13/02/2019

Alta en sistema: 14/02/2019

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANIBAL PINEDA, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIA DE CAMARA



#29779074#226693439#20190213142042506



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

requisito legal de tener autorización previa de la Superintendencia de Servicios de Salud para cobrar valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de la usuaria con enfermedad preexistente por el plan superador pretendido por la actora (art. 10 Ley 26.682 y su decreto reglamentario).

Por lo cual no habiéndose acreditado la aprobación previa en cuestión entiendo que la conducta de la demandada resultó arbitraria y corresponde revocar la sentencia apelada, hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por Rocío Soledad Burgos, y en consecuencia ordenar a OSDE a que proceda a su afiliación en el plan elegido por el afiliado titular, debiendo la demandada abstenerse de reclamarle cualquier valor diferencial en concepto de cuota por preexistencia, que sólo podrá exigirse a la amparista una vez autorizado por la Superintendencia de Servicios de Salud.

6.- En cuanto a las costas, en atención a las particularidades de la causa, estimo justo que sean distribuidas en el orden causado en ambas instancias (art. 68 segundo párrafo del CPCCN).

Así voto.

El Dr. Fernando L. Barbará dijo:

Adhiero al voto del Dr. Aníbal Pineda por cuanto comparto -en lo sustancial- sus fundamentos. Es mi voto.

Por tanto,

SE RESUELVE:

1.- Revocar, en cuanto fue materia de apelación, la sentencia del 11 de abril de 2018 (fs. 80/86). **2.-** Imponer las costas por su orden (artículo 68, segundo párrafo del





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

CPCCN). 3.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes ante esta alzada en un 30% de lo que se les fije por su actuación en primera instancia (artículo 14 de la ley 21.839). 4.- Insertar, hacer saber, comunicar en la forma dispuesta por la Acordada n° 15/13 de la C.S.J.N. y oportunamente devolver los autos al Juzgado de origen. No participa del acuerdo el Dr. Jorge Sebastián Gallino por haber cesado en sus funciones como juez subrogante a partir del 22 de diciembre del 2018 (Resolución C.M. 413/2017 del 23/11/2017 y Ac. CFAR 340/2018 del 29/11/2018).

ms-pst

FERNANDO LORENZO BARBARÁ
JUEZ DE CAMARA

ANIBAL PINEDA
JUEZ DE CAMARA

Ante mi

Eleonora Pelozzi
Secretaria de Cámara

