



**Expediente Número:** CCF - [REDACTED]/2022 **Autos:**  
G [REDACTED], M [REDACTED] c/ OSDE s/SUMARISIMO DE SALUD  
**Tribunal:** JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL  
FEDERAL 11 / SECRETARIA N° 22

V.S. remite esta litis en vista electrónica al conocimiento de la Fiscalía N°6, a raíz de la providencia dictada en fecha 5/03/2024.-

**I.-** M.G., promueve acción de amparo contra la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE), con el objeto de obtener un decisorio jurisdiccional que ordene a la accionada a reincorporarla al plan al que estaba afiliada (OSDE 2-410), sin valor diferencial alguno por preexistencia, debiendo garantizar la continuidad y cobertura de los tratamientos que sean pertinentes, al amparo de dicha afiliación. Solicita, asimismo, la cobertura del 100% de la intervención quirúrgica de reasignación de género hacia sexo femenino (vaginoplastía), que se llevaría a cabo el día 04/05/2022 en la Clínica [REDACTED], como así también los estudios prequirúrgicos y la medicación indicada, de conformidad con lo prescripto por su médico tratante.-

Expone que el 10/11/2021 solicitó su incorporación a OSDE, suscribiendo una declaración jurada de salud sin consignar





patologías, ya que es una persona sana que no posee enfermedades preexistentes. Indica que la accionada procedió a afiliarla sin exigirle ninguna cuota diferencial y que, al comenzar a utilizar los servicios de salud prestados por dicha entidad, ésta autorizó la cobertura de un tratamiento hormonal sin inconvenientes. Precisa que, al momento de la afiliación no había planeado someterse a ninguna cirugía y -según afirma- suscribió la declaración jurada de salud con total honestidad y de buena fe. Expone que, con posterioridad a ello, concurrió a una consulta con el Dr. B [REDACTED] con quien entabló una relación de confianza y se informó sobre la cirugía de confirmación de género. Señala que, una vez decidida, solicitó en marzo de 2022 la autorización de dicha intervención, pero la accionada le hizo saber -mediante carta documento- que había advertido “...una sustancial diferencia que nos lleva a la creencia que a existido de su parte 1 voluntaria actitud de reticencia y ocultamiento de esa verdadera situación de salud...” y que, en virtud de ello, procedería a “... determinar el valor diferencial y su periodo de aplicación...”, toda vez que en su declaración jurada de salud omitió consignar que “...tenía planeado realizar algún tratamiento, práctica o





*intervención en los próximos seis meses, falseando de esta manera el punto 14 de la misma...".* Luego, recibió un correo electrónico de parte de OSDE en el cual detallaba el valor adicional que debía abonar en concepto de "preexistencia titular" (esto es, \$161.002,00 durante 18 meses), indicando asimismo que de no consentirlo procedería a resolver el vínculo contractual. Destaca que, en dicho correo, la demandada no informó el número de expediente mediante el cual -supuestamente- habría solicitado la autorización a la Autoridad de Aplicación, así como tampoco el número de resolución firme que la haya dispuesto. Sostiene que OSDE pretende equiparar su condición de ser una mujer trans a tener una enfermedad preexistente, lo que resultaría violatorio de la ley de identidad de género e implica un trato discriminatorio hacia su persona (v. escrito de inicio digitalizado).-

La accionada, por su parte, contesta el informe previsto en el art. 8 de la ley 16.986 solicitando el rechazo de la acción instaurada. Sostiene -en lo sustancial- que la actora habría falseado su declaración jurada de salud al momento de suscribir el contrato de adhesión, al omitir señalar las cirugías que deseaba realizarse.-





Señala que el 10/11/2021 la accionante solicitó su incorporación a OSDE, informando únicamente en la declaración que es una mujer “Trans”, sin declarar que cirugías se realizaría. Indica que la actora falseó alevosamente la declaración jurada de salud al contestar la pregunta N°14 en la que se consulta si tiene planeado realizar algún tratamiento, práctica o intervención en los próximos 6 meses y la accionante contestó un rotundo y cerrado “no”, lo que claramente no era cierto. Añade que, no obstante, en fecha 8/03/2022 solicitó autorización para efectuarse una cirugía de reasignación de género hacia el sexo femenino (vaginoplastía). Afirma que la amparista tenía plena conciencia de las cirugías que deseaba realizarse, y que su firme propósito de afiliarse consistía únicamente en efectuar dicha cirugía (v. presentación del 25/04/2022).-

V.S. hace lugar a la medida cautelar requerida por la parte actora el 4/05/2022. Dicha resolución, resultó confirmada por la Sala II de la Excma. Cámara del fuero el 25/08/2022.-

**II.-** Expuesta brevemente la cuestión, corresponde señalar preliminarmente que la acción promovida debe entenderse reservada a aquellas





situaciones en las que, por falta de otros remedios legales, puedan verse afectados derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. Su viabilidad requiere, por consiguiente, el planteo de circunstancias muy particulares caracterizadas por la existencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo pueda eventualmente ser reparado acudiendo a la acción expedita y rápida del amparo (C.N. art.43; CSJN, Fallos: 294:152, 301:1061, entre otros).-

El progreso de estos mecanismos de excepción se sustenta en el desconocimiento de los preceptos legales pertinentes por parte de la autoridad pública o de los particulares, y que tal apartamiento sea lo suficientemente claro o inequívoco para imponerse *per se*, sin necesidad de un debate detenido o extenso, habida cuenta que el carácter sumarísimo del trámite es inherente a la naturaleza del amparo. Si esta exigencia no se cumple, en razón que el caso planteado versa sobre cuestiones fácticas o jurídicas opinables, o reclama -por su índole- un más amplio examen de los puntos controvertidos, corresponde que ellos sean





juzgados con sujeción a las otras normas establecidas al efecto.-

La categoría de los valores que se encuentran en discusión (la protección integral de la vida) conllevan necesariamente a opinar que no se puede exigir, de existir, otra vía para requerir el amparo judicial. La Corte Suprema ha resuelto reiteradamente que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional.-

**III.-** Ahora bien, atento a la pretensión deducida cabe señalar que, el derecho a la identidad de género y orientación sexual, por su contenido personalísimo, involucra toda una serie de derechos fundamentales como son el derecho a la dignidad personal, a la libertad, a la personalidad, a la no discriminación, a la vida privada a la salud, a trabajar, al proyecto de vida, a una adecuada calidad de vida, etc. Todos ellos, encuentran firme expresión en la letra y espíritu de Nuestra Constitución Nacional y los Tratados jerarquizados incorporados a ella.-





Asimismo, destaco que el reconocimiento de la *“garantía de identidad de género”* en el que se ampara la acción promovida, se sustenta en diversos instrumentos legales internacionales de derechos humanos, entre los cuales se encuentra la *“Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”* de la Organización de las Naciones Unidas, de la cual con fecha 22 de diciembre del 2008 la República Argentina resulta signataria.-

Que a través de dicho instrumento, se reafirmó el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, convocándose a los Estados miembro, para la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género. Así pues, tanto la Constitución Nacional como los Tratados Internacionales, incorporados a la misma, resultan fundamento suficiente para la no discriminación de dicho grupo dentro del territorio nacional, en cuanto al reconocimiento del derecho humano fundamental a su identidad personal y en particular a la identidad de género.-





Dentro del panorama internacional, merecen especial relevancia los *“Principios Sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”* (Principios de Yogyakarta), suscriptos por nuestro país y dentro de los que se establece el *“Derecho a la Seguridad Social y a Otras Medidas de Protección Social”* (Principio N° 13) y según el cual los Estados adoptarán todas las medidas necesarias a los fines de asegurar el acceso a la *“...atención o beneficios ligados a la salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género)...”*. En este mismo sentido dice que los Estados *“Facilitarán el acceso a tratamiento, atención y apoyo competentes y no discriminatorios a aquellas personas que procuren modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género”* (Principio N° 17, pto. g).-

La directriz que señalan los Tratados Internacionales, fue plasmada en la ley 26.743 sobre el Derecho a la Identidad de Género, norma que reconoce la garantía personal a la identidad de género de las personas, entendida como *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder*







*o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo” (cfr. art. 2 cit. ley).-*

Esa ley dispone que, el primer paso consiste en la rectificación del sexo asignado y la emisión de una nueva partida de nacimiento por parte de las Direcciones Generales, Provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; ello con el fin de dar plena operatividad a ese derecho, señalando que toda persona puede solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida (v. art. 3 cit. norma).-

De otra parte, el artículo 7º señala que, la rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes.-

Asimismo, el art. 11 contempla expresamente que, pueden acceder a las **intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para**





**adecuar su cuerpo**, todas las personas mayores de edad sin requerir autorización judicial o administrativa. Agrega que, los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, **privados o del subsistema de obras sociales**, deberán garantizar en forma permanente los derechos que les reconoce la ley y que *“Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio”*. Finalmente la legislación recalca, el derecho al trato digno y que se deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas, no pudiendo ninguna norma limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio de este derecho, debiendo interpretarse y aplicarse siempre a favor del acceso al mismo (v. arts. 12 y 13, el subrayado es mío).-

Por su parte el Decreto 903/2015, reglamenta el artículo 11 de la ley, disponiendo que *“Se entiende por intervenciones quirúrgicas totales y parciales a las cirugías que ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida...”* y enumera una serie de intervenciones en forma **no taxativa**.-

**IV.-** Atento a la naturaleza del reclamo impetrado, cabe reparar que la actividad que





asumen las empresas de medicina, si bien presenta rasgos mercantiles (arts. 7 y 8, inc. 5 del Código de Comercio), en tanto a través de ella se tiende a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquiere también un compromiso social con sus usuarios que excede el mero plano negocial, que obsta a que puedan desconocer un contrato o invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (cfr. Fallos 324:677 y 754). En este sentido Nuestro Alto Tribunal ha juzgado aplicable a estos contratos de cobertura médica, el régimen de defensa del consumidor establecido por la ley 24.240, ello habida cuenta que se trata de un contrato de adhesión y de consumo (cfr. Fallos 324:677 y 754; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, causa “Rodríguez, M.A. C/ Osecac y otros”, res. de 20/12/05).-

En consecuencia, corresponde seguir en estos casos el criterio jurisprudencial según el cual cuando se plantea un conflicto entre el derecho a la salud y el derecho económico de la empresa prestadora de medicina prepaga, cabe dar





preeminencia a los valores comprendidos en los derechos extrapatrimoniales, interpretándose en el sentido más favorable del consumidor (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, causa *“Zaidman, Jorge c/ SPM”*, de fecha 31/10/06 y Sala C, causa *“López, Claudio c/ Omint”*, de fecha 14/07/06; cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, causa *“Anzorena, R. C/ Asistencia Médica Privada S.A.”*, res. del 14/3/95).-

**V.-** Explicitado el marco normativo y jurisprudencial del derecho a la salud de la accionante, cabe puntualizar a la luz de las presentaciones efectuadas en autos, que no se encuentra controvertido en el caso que la ley 26.682 -y su decreto reglamentario 1993/2011- establecen el marco regulatorio de las empresas de medicina prepaga, normas aplicable a la situación aquí planteada.-

Sentado ello, cuadra destacar que la cuestión se centra en determinar, si le asiste a la actora el derecho a obtener el mantenimiento de la afiliación peticionada, sin la exigencia de un valor diferencial en concepto de preexistencia, al amparo de la legislación vigente.-

Ahora bien, cabe precisar que de conformidad con las constancias de la causa surge





que la accionada alegó -para rescindir el vínculo contractual anudó a las partes- la falsedad en la declaración jurada de salud suscripta al momento de la afiliación, en virtud del ocultamiento intencional por parte de la actora con respecto a los tratamientos y la cirugía a la que pretendía someterse. En definitiva, sostuvo que la omisión de consignar tales datos se tradujo en un supuesto de mala fe contractual (v. informe circunstanciado del 25/04/2022).-

En ese contexto, importa recordar que el art. 10 de la ley 26.682 dispone que “...*Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario suscripta al momento de la afiliación y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios*”.-

Sobre esa base, teniendo en cuenta la normativa internacional analizada “*ut supra*” y la pauta orientadora establecida por la ley 26.743, en tanto garantiza el acceso a los tratamientos como así también el pleno reconocimiento a la identidad de género (cfr. arts. 11, 12 y 13), no cabe sino concluir que no resulta aplicable al caso la prescripción contenida en el mencionado artículo 10 de la ley 26.682. En efecto, no parece razonable





asignarle a una cirugía de readecuación genital, contemplada ésta en el art. 11 de la ley 26.743 referido al *“Derecho al libre desarrollo personal”*, los caracteres de una enfermedad preexistente como mal pretende la accionada, máxime ponderando que se encuentran en juego derechos personalísimos.-

De otra parte, cabe precisar que de la presentación efectuada por la parte actora el 21/06/2022, surge que pasado los seis meses de su afiliación se ha dado cumplimiento con la manda cautelar en lo que respecta a la cobertura de la cirugía de reasignación de sexo hacia femenino (vaginoplastía). Así pues, estimo que resulta de aplicación la doctrina del Alto Tribunal según la cual *“en los juicios de amparo debe fallarse con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta no sólo los factores iniciales sino también los sobrevinientes, sean agravantes o no, que resulte de las actuaciones producidas”* (cfr. Fallos 304:1024).-

En este sentido, opino que en este estadio deviene abstracto el objeto de la petición oportunamente interpuesta respecto de dicha práctica médica.-





**VI.-** Por otro lado, cabe destacar que el art. 9 de la ley 26.682 que establece el Marco Regulatorio de Medicina Prepaga dispone que *“Los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley solo pueden **rescindir** el contrato con el usuario cuando... el usuario **haya falseado la declaración jurada**”* (la negrita me pertenece).-

Por su parte, el decreto reglamentario 1993/2011, al referirse a la falsedad de declaración jurada señala que, *“para que la entidad pueda resolver con justa causa el contrato celebrado, deberá acreditarse que el usuario no obró de buena fe en los términos del artículo 1198 del Código Civil. La falta de acreditación de la mala fe del usuario, determinará la ilegitimidad de la resolución”* (actual art. 961 del CCC).-

Asimismo, la Superintendencia de Servicios de Salud es quien debe dictar las normas pertinentes para establecer las características que deberán contener las declaraciones juradas y el plazo por el cual se podrá invocar la falsedad (art. 9°, ult. párr. Dec. 1993/2011, sustituido por art. 4° Dec. 66/2019). No obstante ello, señalo que -a la fecha- la Autoridad de Aplicación no ha dictado las normas pertinentes; circunstancia que no puede redundar en perjuicio de la parte actora.-





Vale recordar, en este sentido, que el Alto Tribunal ha sostenido, en doctrina que resulta aplicable analógicamente al caso de autos, que la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (conf. Fallos 321:2767).-

Es que, como principio general, las leyes son obligatorias desde su promulgación y publicación, aunque la propia ley dependiera de su reglamentación (conf. CCAFed., Sala I, *in re "Monges, Analía M. c/ U.B.A. s/ Resol. 2314/95"*, del 15-3-96 y sus citas de doctrina).-

Aún más, la omisión o retardo en el ejercicio de la facultad reglamentaria no obsta a la aplicación de la ley cuya operatividad no ofrece duda (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 262:468). Y si bien, dictada una ley por el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo está facultado para reglamentar su ejercicio respetando su espíritu, ello no significa que dicha potestad se convierta en una condición previa a su cumplimiento -aun cuando la norma legal disponga como es de práctica que el Poder Ejecutivo la reglamente-, ya que de admitirse tal principio,







quedaría librado al arbitrio de tal departamento del Estado Nacional el hacer cumplir o no la ley a través de la vía de no reglamentarla, lo que por cierto es inadmisibile (conf. CCAFed., Sala V, *in re "Zanusso, Eliseo c/ E.N. s/ expropiación -servidumbre administrativa-*", del 10-7-01), máxime en una órbita tan sensible como el derecho a la salud, plasmado en el caso en una ley formal (conf. CNCCFed., Sala II, doct. causa 247/09 del 15-3-10).-

**VII.-** En consecuencia, a la luz de las normas reseñadas y las constancias agregadas, considero que se encuentra acreditada la conducta arbitraria e injustificada por parte de la accionada.-

Corresponderá pues, que OSDE haga lugar a la afiliación peticionada por la actora, sin la aplicación de un importe adicional en concepto de preexistencia de enfermedad.-

Así lo entiendo, teniendo en cuenta el objetivo que asumen quienes se dedican a la actividad de servicios de salud. En efecto, la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, considerándose a tal efecto el que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos (cfr. arts. 10 y 11 del Código Civil y Comercial; v.





asimismo la ley 24.240, arts. 4; 8; 8 bis; 37 y ccdtes.)-.

De conformidad con lo expuesto, considero que V.S. debería hacer lugar a la acción de amparo interpuesta.-

Dejo así contestada la vista conferida.-

**MIGUEL ANGEL GILLIGAN**

**FISCAL FEDERAL**

