

*Poder Judicial de la Nación**Año del Bicentenario*

//Plata, 30 de junio de 2010.

AUTOS Y VISTOS: este expediente N° 5598/III caratulado "Incidente de apelación medida cautelar autos principales 'Agremiación Médica Platense s/ infracción a la ley'", procedente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia;

Y CONSIDERANDO QUE:

I. Antecedentes.

Máximo J. Fonrouge, representante de la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) formuló denuncia en los términos del art.26 de la ley 25.156 contra la Agremiación Médica Platense (AMP) "por haber incurrido en conductas anticompetitivas de las que resulta un evidente perjuicio al interés económico general", en especial, "fijar de forma unilateral el precio de las prácticas médicas de los profesionales que forman parte de la agremiación" e "imponer condiciones exclusorias, al impedir a los profesionales agremiados celebrar cualquier tipo de contrato o convenio con esta empresa para la atención de sus afiliados, o continuar con los ya existentes".

En apoyo a sus dichos y en lo que reviste interés, aquél destacó que "el 2 de noviembre de 1991 OSDE y la AMP -entidad que actualmente nuclea a casi la totalidad de los médicos del Partido de La Plata- firmaron el convenio prestacional (...) para la atención de los beneficiarios de esta obra social en el Partido de La Plata (...) Conforme lo allí acordado, la AMP facturaba las prestaciones brindadas por los profesionales agremiados a OSDE, de acuerdo con los aranceles pactados", aclarándose también que "toda modificación de las normas establecidas en los Anexos I, II, III y IV del presente convenio deberá previamente ser considerada y aprobada por ambas partes". Continuó el denunciante relatando que "si bien en su redacción original el convenio previó la exclusividad en manos de la AMP, en tanto se acordó que OSDE 'no recibirá ninguna

*facturación de servicios médicos a sus beneficiarios, brindados en el Partido de La Plata, que no le sea presentada por esta AGREMIACIÓN'*, tal exclusividad fue dejada sin efecto por las partes, ya que a partir del año 1995 los médicos que así lo requerían eran 'autorizados' por la propia AMP para dejar de facturar a ciertas obras sociales a través de la Agremiación, y así quedaban liberados para contratar con ellas en forma directa" (énfasis original). "No obstante lo pactado con OSDE sobre el consenso necesario para modificar las pautas acordadas -prosiguió el denunciante-, el Consejo Directivo de la AMP decidió, en forma arbitraria y unilateral, '*incrementar el valor de la consulta y de los distintos galenos aplicables a las prácticas en un 15% respetando las categorías de los distintos aranceles diferenciados*'. Y finalizó: "A partir de ese momento, la AMP se ha embarcado en la ejecución de todo tipo de acciones -directas o indirectas- tendientes a impedir que los profesionales que prestaban servicios a OSDE a través de la Agremiación facturasen a esta obra social directamente o celebrasen con ésta cualquier tipo de convenio e incluso dirigidas a obtener que aquellos profesionales que ya tenían relación directa con OSDE interrumpiesen la misma". Ello a través de continuas comunicaciones en su sitio web en las que impuso que los médicos debían abstenerse de prestar servicios a través de las obras sociales que mantenían un conflicto con la agremiación, situación que se agravó con la rescisión del contrato comunicada el 3 de junio a partir de la cual "los afiliados a OSDE se ven impedidos de utilizar el servicio médico en condiciones normales, requiriéndoseles el pago directo de las prácticas".

En la misma ocasión, el denunciante adjuntó la documentación pertinente y solicitó como medida cautelar que se "ordene el cese inmediato de la conducta lesiva con el objeto de evitar los daños irreversibles e irreparables que ésta provoca" (fs.12/23).

*Poder Judicial de la Nación**Año del Bicentenario*

USO OFICIAL

Corrido el traslado de ley, la AMP por intermedio de su presidente se presentó negando cada una de las imputaciones y enfatizando que "la más elemental comprensión del derecho a la actividad gremial, a la negociación de los derechos de los trabajadores agremiados mediante convenios colectivos, como los históricamente celebrados por esta AMP impiden confundirlas con medidas de 'restricción de libre competencia' que falsamente se nos imputan". En lo sustancial, adujo que "quien en realidad está perpetrando una maniobra de distorsión de la competencia es la propia denunciante, que mediante la negación del derecho a la libre contratación y el avasallamiento del legítimo derecho a la puja en la negociación contractual lo que persigue es socavar la vocación gremial de los profesionales médicos, para abusar de su posición en el mercado imponiendo a éstos condiciones abusivas, como por ejemplo, la remuneración por consulta a valores muy inferiores a los de mercado, rayanos con la indignidad". Subrayó con énfasis "el inexplicable cambio de actitud de OSDE para quien la actividad gremial histórica y generalizadamente llevada adelante por esta agremiación haya sido legítima (...) durante más de 18 años, y súbitamente, frente a la negativa de convalidar sus atropellos; y en el marco de la más legítima negociación y fundamentada revisión de precios (...) se convirtiera en un cuasi-monopolio". Culminó justificando a través de determinados índices la necesidad de revisar los devaluados aranceles profesionales del modo que lo hizo y resaltó que "el aumento pretendido por la AMP está enormemente por debajo de todos los índices oficiales y de todos los convenios colectivos de actividades vinculadas" (fs.46/65).

II. La decisión recurrida y los agravios.

Con fecha 04/11/09 la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia hizo lugar a la medida precautoria peticionada y ordenó que la AMP "se abstenga

de impedir o sancionar de cualquier forma a los profesionales agremiados que facturen en forma directa o celebren cualquier tipo de acuerdo con ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS EMPRESARIOS DIRECTOS (OSDE), para la prestación de servicios médicos a sus afiliados, permitiendo a los mismos agremiados contratar libremente con cualquier Administradora de Fondos para la Salud". Para así resolver la autoridad administrativa ponderó que los requisitos exigidos por las medidas cautelares estaban cumplidos, en especial, porque desde el mes de julio del año 2009 se encuentra interrumpida la prestación de servicios de la cobertura prepaga de salud OSDE en lo que respecta a la atención de médicos adheridos a la AMP, y a su vez, porque el sistema de reintegro no sana el perjuicio sufrido por el afiliado. Asimismo, destacó que "la participación en la negociación de los aranceles y el uso del poder coercitivo sobre sus miembros puede tener efectos anticompetitivos con la consecuente lesión al interés económico general", y en lo que atañe al peligro en la demora estimó la necesidad de que se permita la tutela jurídica de los damnificados y de las demás obras sociales en conflicto con la AMP. Por último, justificó la falta de exigencia de una contracautela porque la ley 25.156 es una norma de orden público que protege el interés económico general (fs.66/72).

Contra esa resolución el presidente de la AMP dedujo recurso de apelación en los términos de los arts.52 y siguientes de la ley 25.156, cuyos agravios se dirigen a demostrar la inexistencia de los presupuestos para el otorgamiento de la medida cautelar decidida. Concretamente, el recurrente invoca que: a) OSDE no es una obra social sino una organización de servicios empresarios; b) no es cierto que la ruptura del contrato con la agremiación importe brindar la totalidad de los servicios sólo bajo el sistema de reintegros, y a todo evento, los aludidos perjuicios que dicho sistema le

*Poder Judicial de la Nación*

*Año del Bicentenario*

causaría a los afiliados no están alegados ni probados; c) los profesionales gozan de absoluta libertad para contratar con quien mejor lo estimen; d) la actividad desplegada por la AMP no es una conducta anticompetitiva sino que se inscribe en el cumplimiento de sus obligaciones estatutarias como es la de defender los intereses del gremio médico; e) no se explica cuál es el peligro en la demora que avale la medida precautoria, el que a su vez es improbable por cuanto no puede siquiera presumirse que desde el 15 de julio del año 2009 en adelante los afiliados a OSDE no hayan obtenido prestaciones médico-asistenciales y f) la medida es improcedente por la falta de fijación de contracautela.

III. Consideración de los agravios.

1. Los presupuestos para el dictado de medidas cautelares. La ley de la Defensa de la Competencia. Su interpretación y alcances.

1.1. En reiterados precedentes este Tribunal ha dicho que el dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud; además el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad ("La Ley" 1996-C-434). En tal sentido, ha sido jurisprudencia reiterada que la procedencia de las medidas cautelares, justificadas, en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito, queda subordinada a la verificación de los siguientes extremos insoslayables: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, recaudos que aparecen exigidos por el art. 230 del Cód. Procesal, a los que se une un tercero, establecido de modo genérico para toda clase de medidas cautelares, cual es la contracautela, contemplada en el art. 199 del Código de

rito. Dichos recaudos aparecen de tal modo entrelazados que a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro del daño y viceversa ("La Ley" 1996-B-732) cuando existe el rigor de un daño extremo e irreparable, el riesgo del *fumus* puede atemperarse ("La Ley" 1999-A-142).

También es pertinente recordar -como lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que cuando la medida cautelar se intenta contra la Administración Pública, es menester que se acredite *prima facie* y sin que ello implique prejuzgamiento de la solución de fondo, la manifiesta arbitrariedad del acto cuestionado, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Y ello es así porque los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, razón por la cual en principio ni los recursos administrativos ni las acciones judiciales mediante los cuales se discute su validez, suspenden su ejecución, lo que determina, en principio, la improcedencia de las medidas cautelares (Fallos 313:521 y 819, entre muchos otros).

1.2. Los principios generales *supra* expuestos deben conectarse con la materia involucrada en el caso, tanto en lo que atañe a su régimen normativo como a los alcances que sobre él informa la jurisprudencia.

El art.1 de la ley 25.156 establece en su parte pertinente que "están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el *interés económico general*" (énfasis agregado).

*Poder Judicial de la Nación*  
*Año del Bicentenario*

USO OFICIAL

A título enunciativo el art.2 de dicha ley en sus diversos incisos consagra conductas restrictivas de la competencia como las siguientes: "a) Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto...; f) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste; g) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción ... ll) Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público".

A su vez, los arts.4 y 5 se encargan de esclarecer los alcances de la denominada "posición dominante" con pautas que sintéticamente pueden exponerse así: i) una o más personas gozan de tal posición cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial; ii) como datos relevantes para elucidar la concurrencia de la mentada posición deben atenderse - entre otros- las posibilidades de que el bien o servicio de que se trate sea sustituible, el nivel en que las restricciones normativas limitan el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate y las probabilidades de influencia que el presunto responsable tiene en la formación de precios.

1.3. La operatividad y los alcances interpretativos de la fórmula "interés económico general" -como dato determinante para definir la presencia o no de una conducta anticompetitiva- fueron

precisados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicho Tribunal, con remisión al dictamen del Procurador General y con apoyo en la exposición de motivos que oportunamente acompañó a la ley 22.262 - régimen anterior en materia de defensa de la competencia- dijo que "al examinarse la afectación del interés económico general que requiere el artículo 1º (...) se dejan a salvo aquellas conductas que 'puedan parecer anticompetitivas pero que en verdad *resultan beneficiosas para la comunidad*'" (énfasis original), añadiendo que la aludida norma "contempla las prácticas que 'menoscaben la eficiencia económica del mercado por medio de acciones reñidas con el interés de la comunidad', y tengan 'directa incidencia en el bienestar de los consumidores'" ("Fallos" 330:2192 y sus remisiones).

## 2. Su aplicación al caso.

2.1. Sentado lo anterior, examinadas las constancias de autos y dentro del estrecho marco cognoscitivo propio de la etapa cautelar por la que transita la causa, el Tribunal estima que se encuentran acreditados los requisitos que habilitan a la concesión de la medida precautoria peticionada por el denunciante.

2.2. En primer lugar, la circunstancia de que OSDE sea una organización de servicios empresariales y no una obra social no es un dato gravitante, en tanto una de sus funciones -reconocida incluso por el demandado- es la de brindar a todos sus beneficiarios prestaciones médicas por su cuenta y cargo y ello es lo que sustancialmente interesa en el pleito.

2.3. Sentado lo anterior, esta Sala no halla razones que *prima facie* habiliten a compartir el argumento del recurrente dirigido a postular que la actividad desplegada por la AMP no es una conducta anticompetitiva sino una expresión de sus obligaciones estatutarias.



*Poder Judicial de la Nación**Año del Bicentenario*

En efecto, si bien la negociación del incremento del 15 % en el valor de la consulta y prácticas de salud puede inscribirse en el marco de "la más elemental comprensión del derecho a la actividad gremial" como lo señala la demandada, ello no significa que la falta de acuerdo y el conflicto con la entidad denunciante -repetido con otras obras sociales- autorice sin más a tomar medidas disciplinarias sobre los facultativos agremiados que igualmente quieran prestar sus servicios a través de OSDE, con el indefectible traslado de los efectos de la contienda a los particulares que ven al menos dificultado su acceso a la atención médica.

USO OFICIAL

Es decir, sin ingresar en el examen de la pertinencia o no de la suba en los emolumentos pretendida ni en las razones que sobre el fondo del asunto esgrimen las partes, lo cierto es que -a juicio del Tribunal- comunicaciones de la AMP por las que se recuerda a "los sres. profesionales agremiados y colegiados que los pacientes afiliados a las obras sociales en conflicto con la AMP, deben ser considerados particulares", que "deben abstenerse de celebrar nuevos convenios con estas entidades" y que "el incumplimiento de estas normativas devendrá irremediablemente en sanciones éticas y gremiales para los profesionales actuantes" (v. fs. 38) no aparecen preliminarmente como un razonable ejercicio de la función gremial encaminada a la adecuada retribución de los servicios profesionales. Por el contrario, asoman como un exceso en la naturaleza y finalidad de la actividad que cualifica legalmente a la AMP, cuyo singular protagonismo en el circuito de la salud se exhibe con la sola circunstancia de que nuclea a 4.300 médicos matriculados en la Provincia de Buenos Aires, según lo informó aquella en sus sucesivas presentaciones.

Por cierto, la lecturas de las notas emitidas por los doctores Burry, Gerones, Peredo, Sánchez y Cortes por las que le comunican a OSDE sus determinaciones de cesar con los convenios, con expresiones tales como que *"el motivo del cese del mismo, es a consecuencia de las medidas tomadas por la Agrupación Médica Platense, las cuales incidirán en nuestros profesionales, siendo sancionados si continúan la atención mediante convenios directos"* (fs.121), que *"estamos obligados a definir nuestra posición respetando las directivas de la Agrupación Médica Platense"* (fs.122) y que *"soy partidario de la libertad individual y no del corporativismo por lo que me ha molestado muchísimo la actitud patoteril de la AMP en esta cuestión"* (fs.123) no hacen más que abonar la conclusión adelantada.

2.4. Lo anterior cuanto menos desmerece la afirmación del apelante de que los profesionales gozan de absoluta libertad para contratar con quien mejor deseen, y simultáneamente, hace suponer *a priori* la configuración de una conducta anticompetitiva en los términos de los arts.4 y 5 de la ley 25.156

2.5. En la misma línea de ideas, las contingencias apuntadas derivan en el peligro en la demora que habilita la tutela anticipada, representado en el caso por el hecho de que en el supuesto de que la decisión de la AMP se torne operativa los afiliados a OSDE no tendrán más alternativa que, para acceder al amparo de una necesidad básica como su salud, deban abonar particularmente las consultas y prácticas médicas y luego iniciar el trámite de reintegro, con las dificultades cotidianas que ello irroga y que por ser notorias están relevadas de toda prueba. Cabe en este punto recordar -en alusión a otro de los agravios del apelante- que conforme el clásico principio en la materia el concepto de notoriedad procura dos altos

*Poder Judicial de la Nación*

*Año del Bicentenario*

fines de política procesal. "Por una parte, un ahorro de esfuerzos al relevar a las partes de producir pruebas innecesarias" y, por otra, "procura prestigiar la justicia evitando que ésta viva de espaldas al saber común del pueblo y su arte consista, como se ha dicho, en 'ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe'" (Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 235, énfasis añadido).

2.6. En las condiciones apuntadas, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre el fondo del asunto y con el giro empleado por la Corte Suprema, el Tribunal no encuentra por el momento elementos que avalen que la resolución de la AMP sea beneficiosa para la comunidad, sino que de aplicarse en todos sus alcances podría traer aparejada una excesiva imposición de condiciones en la atención de la salud con directa incidencia en el bienestar de los consumidores.

2.7. Por último, en lo que respecta a la ausencia de contracautela, si bien la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia adoptó su decisión en los términos del art.35 de la ley 25.156 que nada dice acerca del requisito aludido, esta Sala conviene que atento su carácter precautorio le comprenden las exigencias normalmente requeridas por los principios generales del ordenamiento procesal para la concesión de una medida cautelar. Por tanto, en atención a la solución principal que se propicia, una vez devueltas las actuaciones la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia deberá fijar la caución que estime corresponder.

IV. Conclusión.

Las consideraciones precedentes permiten concluir que: a) el modo en que la AMP desplegó para obtener de las obras sociales el incremento del 15 % en el valor de la consulta y prácticas de salud no aparece

preliminarmente como un razonable ejercicio de la función gremial que le compete, sino que asoma como un exceso en la naturaleza y finalidad de la actividad que la cualifica y que *prima facie* la coloca incurso en una conducta anticompetitiva; b) la falta de acuerdo y el conflicto mantenido entre la AMP y OSDE no autoriza a tomar medidas disciplinarias sobre los facultativos agremiados que igualmente quieran prestar sus servicios a través de aquella, con el indefectible perjuicio que experimentan los afiliados a OSDE que no tienen más alternativa que abonar en forma particular los honorarios médicos para acudir luego al sistema de reintegro de gastos; c) atento el carácter precautorio de la decisión tomada corresponde que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia fije como contracautela la caución que estime corresponder.

V. En mérito a lo expuesto, SE RESUELVE:

a) Confirmar la decisión de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en cuanto ordenó que la Agremiación Médica Platense se abstenga de impedir o sancionar a los profesionales agremiados que facturen en forma directa o celebren cualquier tipo de acuerdo con Organización de Servicios Empresarios Directos (OSDE) para la prestación de servicios médicos a sus afiliados.

b) Ordenar a la Comisión Nacional de la Defensa de la Competencia que fije la caución que estime corresponder en orden a la medida precautoria que aquí se confirma.

c) Dada la forma en que se decide las costas son impuestas en el orden causado.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívese previo desglose del expediente administrativo y remisión con copia de la presente a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Fdo.: Carlos Alberto Nogueira. Carlos Alberto Vallefín.  
Ante mí: María Alejandra Martín. Nota: Se deja



*Poder Judicial de la Nación*

*Año del Bicentenario*

constancia que el doctor Antonio Pacilio no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia.

USO OFICIAL