

Rescisión Unilateral del Contrato de Medicina Prepaga y su impacto en la Protección de la Identidad de Género

Unilateral rescission of Private Health Insurance Contracts and Its Impact on Gender Identity Protection

Belén Kademian¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)34](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)34)

Comentario a

"B.G. (Y.A.B.) C/ PREVENCIÓN SALUD S.A. – AMPARO – LEY 4915"
Sentencia N° 202 del 22 de diciembre de 2023.

Cámara Civil y Comercial de Sexta Nominación de la Ciudad de Córdoba

RESUMEN:

El presente artículo abordará la acción de amparo interpuesta por G.B. (varón transgénero) con el objeto de que se condene a la empresa de medicina prepaga Prevención Salud S.A., a proveer cobertura total para la cirugía de readecuación sexual bilateral de mamas, en virtud de los derechos reconocidos por la Ley de Identidad de Género N° 26.743. Relata que como afiliado de la empresa, programó una cirugía de readecuación sexual conforme su identidad autopercibida. Sin embargo, días antes de la operación, se le notificó su baja como afiliado por nulidad del contrato, con motivo de haber iniciado un tratamiento hormonal de manera previa a la afiliación, y no haber consignado tal extremo en la declaración jurada incorporada al formulario de admisión de la empresa. La Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba resolvió hacer lugar al recurso de apelación incoado por la demandada, rechazando la acción de amparo. Para fundamentar su decisión, sostuvo que la prueba incorporada al proceso evidencia que el actor obró de mala fe al momento de completar su declaración jurada de afiliación, lo que habilita a Prevención Salud para rescindir el contrato, en función de lo dispuesto por el art. 9 de la ley 26.682.

¹ Abogada (U.N.C.), Escribana (UES21), Adscripta de la Cátedra "A" de Privado III (Contratos), Facultad de Derecho U.N.C. Asistente de Magistrado – Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Correo electrónico: belenkademian@gmail.com. Nro. De ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-2823-8073>

ABSTRACT

This article addresses the writ of protection filed by G.B. (a transgender male), seeking to compel the prepaid health insurance company Prevencion Salud S.A. to provide full coverage for bilateral breast reconstruction surgery as part of gender reassignment, in accordance with rights recognized under Gender Identity Law No. 26.743. G.B. Recounts that, as a company affiliate, he scheduled gender reassignment surgery based on his self-perceived identity. However, days before the operation, he was notified of his termination as an affiliate due to contract nullity, citing his initiation of hormonal treatment prior to affiliation without disclosing this in the sworn statement incorporated into the company's admission form.

The Sixth Chamber of Appeals in Civil and Commercial Matters of the City of Córdoba ruled in favor of the defendant's appeal, rejecting the writ of protection. In justifying its decision, the court argued that evidence presented during the proceedings demonstrated the plaintiff acted in bad faith when completing the affiliation sworn statement, thereby permitting Prevencion Salud to terminate the contract under Article 9 of Law 26.682.

PALABRAS CLAVE: Ley de identidad de género, medicina prepaga, falsedad de la declaración jurada, cirugía de readecuación de género, acción de amparo.

KEY WORDS: Gender Identity Law, Prepaid Health Insurance, Sworn Statement, Gender Reassignment Surgery, Writ of Protection.

I. Introducción

El presente trabajo versará sobre el análisis de la reciente Sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Sexta Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba en los autos caratulados "B.G. (Y.A.B) C/ Prevención Salud S.A. - Amparo Ley 4915".

La resolución determinó ajustada a derecho la rescisión unilateral del contrato de medicina prepaga realizado por la entidad demandada, entendiendo que resultaba probado que el amparista había falseado de mala fe la declaración jurada de admisión suscripta al tiempo de su afiliación, omitiendo declarar que se encontraba bajo tratamiento hormonal y próximo a realizarse una cirugía de readecuación de sexo conforme a su identidad autopercibida.

Este artículo busca analizar detalladamente los fundamentos del fallo, su impacto en la jurisprudencia y las implicancias del mismo para futuros litigios similares, ofreciendo una visión comprehensiva y esclarecedora sobre la protección de los derechos de las personas trans género en el sistema de salud argentino. Así, el fallo resulta enriquecedor por cuanto nos permite reflexionar sobre la protección del derecho humano a la salud de todas las personas, desde la óptica de la Ley de Identidad de Género y la Ley de Medicina Prepaga vigentes en Argentina.

Conforme esta orientación, se intentará un abordaje de la causa que tome como pauta orientadora el art. 13 de la Ley de Identidad de Género, en cuanto dispone que toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas, procurando que ninguna de estas excluya o suprima el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.(Ley 26743. Artículo 13).

II. Síntesis de la Causa:

1. Plataforma fáctica:

Ingresando al análisis de la plataforma fáctica que motivó la presente resolución, se observa con fecha 25/10/2022 el actor, G.B. interpone acción de amparo en contra de Prevención Salud S.A. a efectos de que se la condene a proveer, con cobertura total, la cirugía de readecuación sexual bilateral de mamas prescripta por sus médicos tratantes en virtud de los derechos reconocidos en la Ley de identidad de Género N° 26.743. Relata el actor que se afilió a Prevención Salud en julio de 2022 y que, en virtud de lo dispuesto por el art. 11 de la Ley de Identidad de Género 26.743 que recepta su derecho a acceder a intervenciones quirúrgicas totales o parciales para adecuar su cuerpo a su identidad auto percibida, a través de la secretaría quirúrgica de la Clínica Reina Fabiola solicitó a la empresa de medicina en el mes de agosto del mismo año la correspondiente autorización para realizarse una cirugía de readecuación sexual bilateral de mamas, quedando programada para el día 23 de Septiembre.

La relación contractual entre las partes se desenvolvía con normalidad, hasta que el día 19/09/2022 se le comunica, mediante carta documento, su baja como afiliado de la empresa. En la misma, la entidad demandada dispone la rescisión unilateral del contrato en los términos del art 9°, 2) apartado B del Decreto Reglamentario 1993/2011, aduciendo que el afiliado había realizado un tratamiento hormonal previo a su afiliación a Prevención Salud y no dejó consignado ese dato en la declaración jurada obrante en el formulario de admisión confeccionado con fecha 24/06/2022, pese a haber sido consultado para que indique si tomaba en forma ininterrumpida algún medicamento desde hacía más de un mes. Del mismo modo, la empresa de medicina entendió que el amparista ya tenía planeada la cirugía de readecuación sexual al momento de afiliarse a la empresa y omitió de mala fe indicar tal extremo en la declaración jurada.

En efecto, el Sr. G.B. solicita que se ordene a la empresa de medicina prepaga su reincorporación como afiliado, por considerar que la decisión adoptada por la prestadora del servicio resulta desmedida y promueve la patologización de las personas trans, reproduciendo estereotipos que ubican al colectivo dentro de la categoría de "enfermos/as". Sumado a ello, señala que a través de la resolución deberá ordenarse a la empresa, la cobertura total de la cirugía mastectomía bilateral.

Al resolver, el Juez acogió favorablemente la vía intentada e hizo lugar al amparo, condenando a la empresa de medicina prepaga la reincorporación del afiliado y también la cobertura total para la cirugía de readecuación bilateral de mamas, con la máxima premura posible. Para decidir así, entendió que la empresa demandada no ha logrado acreditar la falsedad en la declaración jurada ni la mala fe del afiliado al completar la misma, por lo que la rescisión no resulta ajustada a derecho.

2. La resolución de la Cámara de Apelación interviniente:

El pronunciamiento fue apelado por la demandada, elevándose la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Sexta nominación de la Ciudad de Córdoba.

En sus agravios, cuestiona la decisión adoptada por el tribunal de primera instancia, por cuanto entiende que este omite considerar prueba dirimente para la resolución del proceso y aplica erróneamente los arts. 9 y 10 de la Ley de Medicina Prepaga N° 26.682. Con-

sidera que la adecuada aplicación de las normas al caso de autos, determinan que si el actor falseó la declaración jurada de salud (en los términos del art. 9° de la mencionada ley), el derecho a la rescisión del contrato de afiliación habría sido ejercido correctamente por la empresa demandada, sin que su comunicación al actor comprometa su derecho a la igualdad de género, precisamente porque todos somos iguales frente a la ley.

Expresa que los agentes del seguro de salud se encuentran obligados a garantizar la cobertura de todas las prestaciones incluidas en el régimen, en la medida en que el afiliado cumpla con sus obligaciones contractuales, tales como el pago de la cuota en término, o su deber de no falsear la declaración jurada de salud en los términos del art. 9° de la Ley de Medicina Prepaga. Por último, analiza la prueba incorporada en la causa señalando que de la misma surge claro el falseamiento por parte del Sr. G.B. al momento de suscribir la declaración jurada.

La Cámara de Apelaciones interviniente resuelve por unanimidad el acogimiento del recurso de apelación incoado, bajo el entendimiento de que el consumidor omitió de manera deliberada denunciar a la empresa prestataria del servicio de salud su decisión de someterse a una intervención quirúrgica a la brevedad de la celebración del contrato. Sobre el punto, entendieron que existió una falta de sinceramiento por parte del amparista sobre sus intenciones, las cuales no fueron expuestas oportunamente conforme el contrato y la ley lo exigen. En consecuencia, sostuvo que la conducta de la accionada al haber invocado la nulidad del convenio y consecuentemente desafiliado al actor no se evidencia como una accionar arbitrario ni contrario a los intereses protegidos por la ley de defensa al consumidor o por ley de identidad de género, sino que sólo refleja una decisión basada en una causa legalmente prevista y objetivamente comprobada.

III. Consideraciones en torno a la decisión adoptada:

Del detenido análisis de la causa se advierte una tensión entre los derechos en juego en el proceso, que nos invita a reflexionar respecto de la decisión adoptada por el tribunal. Es que, por un lado, se encuentra actividad comercial propia de toda entidad que ofrece servicios de medicina prepaga y, por el otro, la tutela de derechos humanos fundamentales, entre los cuales se destacan el derecho a la salud, que constituye una derivación del derecho a la vida, a la integridad física y psicológica de las personas. A su vez, teniendo en cuenta que se denuncia una violación de derechos reconocidos por la Ley de Identidad de Género N° 26.743, el abordaje del caso tendrá en cuenta un enfoque que advierta que las desigualdades de género, exponen a mayores condiciones de vulnerabilidad a las mujeres e integrantes del colectivo LGTBIQ+. Ello importa el juzgamiento con perspectiva de género que propende a garantizar, no sólo el ejercicio de los derechos de las mujeres y disidencias sexuales, sino su tutela judicial efectiva. Tal reconocimiento promueve una nueva forma de aproximarse al caso, para adentrarse en el núcleo de los conflictos que afectan las relaciones de género al incorporar la singular ponderación del problema de igualdad².

1. Programa Médico Obligatorio dispuesto por la Ley de Identidad de Género (26.734):

Hasta la reforma legislativa encarada en el año 2012, las identidades de género trans no tenían reconocimiento legal por parte del Estado Argentino. Esta situación se revier-

2 Cfr. CIDH "Manuela y otros vs. El Salvador", Sentencia del 02/11/2021; párrafo 133 Y 151, Serie C No. 441.

te a partir de la sanción de la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743)³, que reconoce la autodeterminación de todo sujeto para conformar su propia identidad y el respeto de su autonomía si decide optar por una cirugía de reasignación sexual (Siverino Bavio, 2016:184).

La mencionada ley sigue los criterios establecidos por los principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad de género, elaborados en el marco de Naciones Unidas. Así, la constitución del derecho a la identidad de género de nuestro país, basada en el sistema internacional de los derechos humanos, implicó la asunción de obligaciones y responsabilidades concretas para el Estado y los agentes no estatales en el marco de su cumplimiento efectivo. En lo que atañe al derecho de salud, el artículo 11 de la ley 26.743 dispone que *“Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad. 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 esta ley reconoce.*

Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación”.

La prescripción se complementa con lo dispuesto por el decreto presidencial 903/2015 que define a las cirugías de reasignación genital y los tratamientos hormonales y detalla una lista -no taxativa- de intervenciones que deben ser cubiertas por los subsistemas de salud (Litardo, 2018:17). El artículo bajo comentario, reconoce que la identidad de género auto percibida no se reduce sólo a la autopercepción psicológica, sino que se despliega en manifestaciones exteriores y sociales, que no se limitan a una cuestión meramente estética, pues están íntimamente relacionadas con su salud psicofísica⁴. La apertura de la reglamentación, de esta manera, extiende su alcance a intervenciones que no están relacionadas necesariamente a la genitalidad de las personas, incluyendo prácticas que, no siendo quirúrgicas, confluyen a adecuar la imagen externa de la persona, conforme a la auto percepción de su identidad.

3 Ley de Identidad de Género 26.734, promulgada el 23/05/2012.

4 Cfr. Juzgado Federal de Paraná N° 2., “C., A. E. c/ Obra Social De La Universidad Nacional De Entre Rios S/ Amparo”, expte. N° FPA 5833/2021/CA1, 2021.

A su vez, recibe especial interés el último párrafo del artículo 11 por cuanto deja establecido que los trabajadores del sistema de salud pública, entre los cuales se encuentran los estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deben garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce, disponiendo que el Plan Médico Obligatorio deberá cubrir todas las prestaciones establecidas por la nueva Ley. A saber, el Plan Médico Obligatorio (PMO) es un Programa que depende del Ministerio de Salud de la Nación y que establece una serie de servicios mínimos y cobertura en salud que todas las obras sociales y empresas de medicina prepaga registradas en la República Argentina tienen la obligación de brindar a sus beneficiarios y/o afiliados, sin ningún tipo de límite, ni por edad de la persona beneficiada, ni por contar con enfermedades preexistentes ni por ninguna otra limitación (Sánchez, 2016:4).

En efecto, el Estado está facultado para imponer obligaciones en materia de cobertura de tratamiento de salud a actores no estatales, tales como obras sociales y empresas de medicina prepaga, en cumplimiento con las obligaciones internacionales. Asimismo, estos actores no estatales que forman parte del sistema de salud tienen respecto de sus afiliados obligaciones específicas que exceden el mero carácter comercial. En este marco, el PMO establece un piso mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar, lo cual no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir (Medina, 2011:561).

En apoyo a lo expuesto, cabe realizar una remisión a las sesiones del debate parlamentario que precedieron a la sanción de la Ley N° 26.743, puesto que allí se sostuvo que *“La gente tiene derecho a adecuar su cuerpo a la identidad que percibe o cree percibir. No hay derecho si no existe el mismo reconocimiento en las obras sociales. Si no existe reconocimiento en estas últimas, no hay acceso igualitario al derecho que tienen las personas. Entonces, toda prestación está contemplada, porque queda incluida en el Programa Médico Obligatorio para hacer verdaderamente efectivo este derecho”* (Diputados Argentina. Período: 129 Reunión: 10 Fecha: 30/11/2011). Por ello, no caben dudas que la inclusión de las cirugías mencionadas en el decreto reglamentario dentro del Plan Médico Obligatorio es vista como una garantía del efectivo cumplimiento de las finalidades de la ley por los agentes estatales y no estatales del servicio de salud argentino.

Así, luego de haber contextualizado el marco normativo y teórico invocado por el actor en el amparo como fundante de su derecho, advertimos que la cirugía de readecuación sexual bilateral de mamas cuya cobertura solicita, quedaría incluida dentro del Programa Médico Obligatorio que toda empresa de medicina prepaga debe cubrir, en virtud de lo dispuesto por las prescripciones de la Ley de Identidad de Género.

2. Falsedad de la declaración jurada de Medicina Prepaga.

Ahora bien, resulta necesario referirnos al marco legal que sustenta la defensa de la entidad demandada, utilizada por el tribunal para rechazar el amparo interpuesto.

En nuestro país, con fecha cuatro de mayo de 2011 fue sancionada la ley de Medicina Prepaga N° 26.682 que tuvo como objeto establecer el régimen de regulación integral 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). La referida ley, brinda un marco normativo que permite a los usuarios

conocer los derechos y obligaciones que les asisten al ingresar al vínculo contractual, y fue sancionada con el objetivo de que las prestaciones de las entidades autorizadas para brindar el servicio de medicina prepaga sean completas, accesibles y de calidad.

En la actualidad, el modo de acceso al Sistema de Medicina Prepaga tiene como inicio el libre acercamiento de la persona interesada a las empresas autorizadas, y se configura mediante la suscripción de un contrato de adhesión provisto por la entidad prestataria de tales servicios. En tal sentido, el contrato de medicina prepaga puede ser definido como aquel 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 beneficiarios, contra el pago de un precio anticipado y periódico (Lorenzetti, 2006:152).

Las particularidades de este contrato, han llevado a que nuestro más Alto Tribunal Nacional en reiteradas oportunidades señale que: *“la trascendencia social de la actividad que llevan a cabo las empresas de medicina prepaga amerita la intervención estatal y, aún cuando la actividad que asumen presenta rasgos mercantiles, no cabe desatender que ellas tienden a proteger la vida, la integridad, seguridad y la salud de las personas (arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental) por lo que adquieren un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano negocial”* (fallos 325:676). En función de ello, existe consenso doctrinario en que el contrato de medicina prepaga debe incluir en su compromiso obligatorio, normas de orden público, que aunque no estén mencionadas en el contrato son plenamente operativas (Stupenengo, 2017:7). En efecto, no caben dudas que la Ley de Medicina Prepaga debe respetar y aceptar las prescripciones del art. 42 de la Constitución Nacional -derecho a la salud-, el Plan Médico Obligatorio implementado por el Ministerio de Salud de la Nación, las leyes 23.660 y 23.661, la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario, la ley que establece el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad -L. 24.901- como así también las que en el futuro se incorporen y sean de carácter imperativo.

En este marco, atento el objeto de estudio del presente artículo, detendré mi análisis en los supuestos de rescisión contractual autorizados por la norma de medicina prepaga. A saber, el art. 9 de la ley 26.682 en el que la empresa demandada funda la desafiliación del actor, establece en su segundo párrafo que *“... Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada...”*. De este modo, la habilitación legal para que las entidades de medicina prepaga puedan rescindir válidamente el contrato queda circunscripta a dos hipótesis normativas: la falta de pago de tres períodos consecutivos y consignar datos falsos en la declaración jurada que se suscribe al afiliarse.

El decreto reglamentario de la norma (Decreto N° 1993/2011), en relación al supuesto que nos ocupa establece *“b) Por falsedad de la declaración jurada: Para que la entidad pueda resolver con justa causa el contrato celebrado, deberá poder acreditar que el usuario no obró de buena fe en los términos del artículo 961 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. La falta de acreditación de la mala fe del usuario, determinará la ilegitimidad de la resolución”*. En este sentido, la empresa prestataria podrá hacer uso del derecho contenido en el art. 9 de la ley 26.682 solo en aquellos casos en que logre verificar que la falta

de adecuación de los datos aportados por el interesado con su real situación sanitaria, tiene su fuente en la ausencia de buena fe por parte del afiliado al consignar sus datos en la declaración jurada de admisión. En este punto, coincidimos con la interpretación realizada por el sentenciante de primera instancia en la causa, quien sostuvo que la buena fe que debe campear toda relación contractual, se vería afectada en aquellos casos en los que el beneficiario consignare información errónea, equivocada o inexacta sobre los datos que obligatoriamente se requieren al suscribir el vínculo, a sabiendas de que ello podría traerle aparejado un beneficio o bien eximirle de una pérdida, colocándose en una situación más ventajosa que si suministrara la información correcta.

A partir de ello, es que no encontramos motivos para sostener que la omisión de información respecto a la existencia de tratamientos hormonales previos, o bien, el ocultamiento la decisión de someterse a una cirugía de readecuación de sexo, hubiesen sido realizados de mala fe por el accionante. Al respecto, resulta enriquecedor el análisis del artículo décimo de la ley de medicina prepaga, que 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 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”*. Así, este artículo delimita, por un lado, la imposibilidad de incluir periodos de carencia para las prestaciones incluidas en el PMO, y además, el deber de la empresa de afiliar a todo usuario que lo solicite, incluso en aquellos casos en los que se denuncie la existencia de enfermedades preexistentes.

En este sentido, y de acuerdo a las reflexiones realizadas en el apartado anterior, tanto los tratamientos hormonales realizados por el actor como la cirugía de readecuación sexual, se encontraban incluidas dentro del Programa Obligatorio, conforme lo dispuesto por el art. 11 de la Ley de Identidad de Género y su reglamentación legal. Bajo tal premisa, es obligación de las empresas de medicina prepaga -como agentes del sistema de salud- garantizar su cobertura sin posibilidad de imponer un periodo de carencia. De ello resulta que la inclusión de los referidos datos en la declaración jurada no podría haber causado perjuicio legal alguno al amparista y por ello, tampoco podría sostenerse que su ocultamiento fue realizado de mala fe.

Al respecto, comparto la opinión realizada por el Ministerio Público Fiscal en la causa, quien señaló que *“Es patente que el actor ha sufrido una transformación y como tal, ha sido protagonista de un proceso primeramente interior que luego se tradujo de modo progresivo en la intención de exteriorizar una modificación física que resultara acorde o consonante con su sentir interno. (...) La duda y la ambivalencia de sus pasos no hacen sino evidenciar que se está ante un proceso, no es una decisión única. Se atraviesa el curso de este mediante pequeñas decisiones y un día se asumen grandes resoluciones que evidencian una transformación más profunda. De allí que frente a una decisión como la de realizarse la adecuación corporal a la sexualidad que se ha asumido internamente, no es posible utilizar inferencias o presunciones. Hay manifestaciones externas de esas vicisitudes interiores que, por ello mismo, son inconsistentes, ambivalentes, acusan las mismas dudas o fragilidades interiores”*.

En consecuencia, sostener que el actor ocultó brindar a la empresa datos referidos al proceso de readecuación de su imagen conforme a su identidad autopercebida con el

objetivo de causar algún perjuicio a la demandada carece de asidero, pues la empresa de Medicina Prepaga, incluso conociendo tal información, se vería obligada a aceptar la afiliación del actor, y también a cubrir sus tratamientos hormonales y cirugía, ya que ambos procesos se encuentran incluidos en el Programa Médico Obligatorio que toda prestadora de servicios de salud en Argentina debe respetar.

No debe pasarse por alto, a su vez, que de la letra del decreto reglamentario N° 1993/2011 surge que es deber de la empresa la acreditación de la mala fe. En este sentido, resulta oportuno destacar que la rescisión unilateral frente a casos de falseamiento de la declaración jurada es una herramienta legal utilizada de manera habitual por las prestadoras de servicios de salud, quienes en forma unilateral y sin previo aviso, notifican la disolución del vínculo contractual aduciendo falseamiento u ocultamiento, sin demostrar los motivos en los que fundan la mala fe del afiliado, requisito que deviene necesario para la aplicación del instituto legal (Rosales, 2011).

Considerando que el plan de salud se inscribe como contrato de consumo, alegado el falseamiento de la declaración jurada por ocultamiento de datos de salud, quien tiene la carga probatoria justamente no es el consumidor. Pues, desde la visión de las cargas dinámicas de la prueba (art. 53, ley 24240), la empresa médica es quien tiene en sus manos las mejores posibilidades de aportarla. Y, respecto a la forma de acreditación, se ha sostenido que la misma debe ser efectuada en el marco de un proceso judicial en el que se compruebe que el afiliado falseó su declaración, aplicando el principio de que quien alega la falsedad debe probarlo y por entenderse que en el Derecho Civil los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, en función de lo dispuesto por el artículo 961 CCyCN (Ambrosio Soto 2015:07).

Por último, es de destacar que tanto la jurisprudencia como doctrina local, en el marco de procesos iniciados por supuesta falsedad de declaración jurada de admisión, han concluido que cuando la empresa de medicina prepaga no disponga el examen médico obligatorio como requisito de admisión, no puede beneficiarse con esa omisión, ya que surge como un imperativo de su propio interés, con lo cual las consecuencias de su no realización únicamente recaen en el ente. Así, se entendió que “el examen previo de admisión del afiliado constituye una carga para la empresa que, si se omite, impide que en el futuro pueda alegarse la existencia de cierta información para rescindir unilateralmente el contrato y excluirlo así de la cobertura. Es carga de la empresa ya que es esta quien debe fijar con precisión el alcance de la cobertura asumida mediante la revisión médica” (Ghersí, 2012:705).

IV. Conclusiones:

Luego del recorrido efectuado a lo largo del trabajo, podemos concluir que la resolución adoptada en la instancia de apelación no tuvo en cuenta los preceptos jurídicos provenientes del plexo normativo internacional en materia de protección de la identidad de género, ni tampoco la disposición expresa del artículo 11 de la Ley de Identidad de Género, que garantiza el acceso a intervenciones quirúrgicas y tratamientos integrales hormonales para la adecuación del cuerpo a la identidad auto percibida de toda persona, e incluye a tales operaciones dentro del piso mínimo de cobertura que toda empresa de medicina prepaga debe garantizar.

Lo que es más, el fallo en crisis tampoco refleja una correcta aplicación del art. 9 de la

Ley de Medicina Prepaga, debido a que la sanción ha sido adoptada unilateralmente por la empresa demandada sin que quede demostrada la mala fe del afiliado, al no haberse acreditado que este se hubiere beneficiado mediante el ocultamiento de información sensible de su persona, como lo sería el hecho de haberse encontrado realizando tratamientos hormonales para adecuar su sexo a su identidad.

El status jurídico que posee la protección de la identidad de género en Argentina, implica la necesaria intervención del Estado en casos en los que se pueda sospechar la vulneración de derechos fundamentales para el colectivo trans, pues este ha asumido obligaciones y responsabilidades concretas en pos de garantizar el respeto a la identidad auto percibida de las personas. Bajo esta óptica, los Magistrados están llamados a cumplir un rol fundamental, ya que, advirtiendo la denuncia de derechos protegidos por la Ley de Identidad de Género, al juzgar, deberían hacerlo atendiendo a criterios de género. En este sentido, la perspectiva de género funciona como una herramienta esencial para los operadores judiciales, asegurando que en la interpretación y aplicación del derecho, sean consideradas las vulnerabilidades de las personas en razón de su género.

Corolario de lo expuesto, resulta necesario que el Estado –además del dictado de leyes-, garantice su implementación efectiva y acompañe este proceso mediante programas de sensibilización y formación para los operadores judiciales y otros actores clave. De lo contrario, la ausencia de una perspectiva de género en las decisiones judiciales perpetúa la vulneración de los derechos de género que se procuran garantizar.

Referencias bibliográficas

- Ambrosio Soto, E., Ferreyra, A. E., Frávega, M. S., Massat, J. C., Navarro, M., Parravicini, M. C., Peralta, E. A., Russo, B. L., & Totino Soto, M. K. (2015). El falseamiento de la declaración jurada en el contrato de salud. *Revista lecciones y ensayos*, (94), 257-269. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/94/el-falseamiento-de-la-declaracion-jurada-en-contrato-salud.pdf>
- Ghersi, C., & Weingarten, C. (2012). Medicina prepaga: Cláusulas abusivas y traslado de riesgos al consumidor. En *Tratado del Derecho a la Salud* (Tomo 1). La Ley.
- Litardo, E. (2018). El derecho a la identidad de género. Interpretación y desafío de la Ley 26743. *Revista de actualidad. Derecho de familia*, (7), 19-63.
- Lorenzetti, R. (2006). *Tratado de los Contratos* (Tomo III). Rubinzal Culzoni.
- Medina, G. (2011). Amparo de salud. Reemplazo de leche para evitar retraso y desnutrición. *Interés superior del menor. LA LEY Gran Cuyo*, 2011(julio), 561.
- Rosales, P. O. (2011). Análisis de la ley 26.682 de Regulación de Medicina Prepaga y su impacto en el derecho a la salud. *Microjuris*, MJ-DOC-5487-AR.
- Sánchez, M. (2016). Subjetividades contemporáneas y políticas públicas. Algunas reflexiones sobre la identidad de género en Argentina. En VIII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXIII Jornadas de Investigación XII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires.
- Siverino Bavio, P. (2016). El derecho a la identidad: La Ley de Identidad de Género y sus proyecciones. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015(3), 173-195.