



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

/// del Plata, de julio de 2024.-

VISTOS:

Estos autos caratulados: “**M., S. M. y otro c/ OMINT s/ AMPARO LEY 16.986 s/ Incidente de Apelación**”. Expediente N° 15688/2023/1, procedentes del Juzgado Federal N° 4, Secretaria N° 3, de esta ciudad.

Y CONSIDERANDO:

I.- Que arriban los autos al Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto en fecha 16/10/23 por la Dra. Victoria María De Ezcurra, en su calidad de apoderada de la parte demandada, contra la resolución de fecha 10/10/23.

De las constancias obrantes en el expediente se sigue que a raíz de lo solicitado por la amparista, le sea proporcionada la cobertura al 100% (en virtud de lo dispuesto por la resolución 201 /2002 del Ministerio de Salud de la Nación, código 060105), de la CIRUGÍA DE REDUCCIÓN MAMARIA BILATERAL, todo ello conforme la prescripción médica adjunta elaborada por Dr. Julio Amestoy y lo solicitado en el escrito de inicio de demanda, mientras dure el tratamiento prescripto, y/o hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos y la misma se encuentre firme.-

Se trata aquí, entonces, de evaluar la apelación interpuesta por la parte demandada, frente al dictado de orden cautelar en resguardo de las necesidades de salud de la menor amparista.

II.- En su presentación recursiva solicita la nulidad de la sentencia dado que considera que presenta el vicio de falta de fundamentación suficiente.

Agrega que no se existen en autos los requisitos para la procedencia de la medida cautelar.

Fecha de firma: 11/07/2024

Alta en sistema: 12/07/2024

Firmado por: BERNARDO DANIEL BIBEL, CONJUEZ

Firmado por: EDUARDO PABLO JIMENEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: RICARDO MIRICH, SECRETARIO DE JUZGADO



#38360858#415995648#20240702114302415

Sostiene que respecto de la cirugía de reducción mamaria solicitada por la afiliada, la misma posee una finalidad propiamente estética y no terapéutica. Refiere la cirugía solicitada no se encuentra contemplada en el PMO.

Por último, se agravia por cuanto el a quo ordena la cobertura con prestador ajeno a la cartilla de Omint

III.- Conferido que fuera el traslado pertinente a la contraria y habiendo sido contestado el mismo –en fecha 16/11/23-, asimismo, por lo que quedaron los autos en condiciones de ser resueltos, conforme el llamado de autos de fecha 10/04/24.

IV.- Que al entrar a analizar la cuestión traída a estudio, a fin de arribar a una solución ajustada a derecho y a las circunstancias de la causa, debemos valorar la trascendencia de los derechos que se encuentran comprometidos en autos, surgiendo así el derecho a la salud, a la vida y a una asistencia médica adecuada, consagrados en la Ley Suprema y en Declaraciones y Tratados Internacionales, que gozan de jerarquía constitucional.

El derecho a la vida –y a una buena calidad de vida- tiene un papel central en la sistemática de los derechos humanos, siendo la asistencia médica un aspecto fundamental de la misma (cfr. CFAMdP en autos “T., S. c/ SAMI s/ Amparo s/ Incidente de apelación de medida cautelar”, sentencia registrada al T° CXI F° 15.840; “A., Z. E. c/ INSSJYP y otro s/ Amparo s/ Incidente de apelación de medida cautelar”, sentencia registrada al T° CX F° 15.687; entre muchos otros).

Es claro que si – como acaece en autos - hay riesgo y el peligro de daño – en este caso a la salud y a una buena calidad de vida – es inminente, la seguridad previsible obliga antes y no después a impedir su generación y, en todo caso, a contar a cargo de quien lo provoca, con las fuentes de financiamiento al padecimiento, que sean oportunas y funcionales.

Bien se ha sostenido en este punto que “(...) resulta fundamental, a fin de propender a la consecución de una tutela que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

resulte efectiva e inmediata, reposar nuestra mirada en la importancia que tiene el “poder cautelar” para contrarrestar la urgencia que evidencian algunas situaciones excepcionales, a la luz del llamado por Calamandrei: “ordinario iter procesal”, esto es, el tiempo que consume naturalmente el proceso judicial” (Cfr. Rojas, Jorge “Sistemas cautelares”, en AAVV Augusto Morello “Director” “Medidas cautelares” Edit. La Ley, pág. 15).

El propio sistema interamericano de tutela de derechos fundamentales, hoy con jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 CN), refiere la clara directriz de que la tutela efectiva es una garantía de prestación del Estado (Art. 2, 25 y CC. CADH).

En tal contexto, bueno es resaltar una vez más que el “derecho a la preservación de la salud”, que da fundamento a la orden de cautela aquí puesta en crisis, si bien no se encuentra explícitamente consagrado en nuestra Constitución Nacional -con salvedad a lo establecido por el artículo 42 respecto de los consumidores y usuarios-, desde siempre ha sido considerado como uno de aquellos que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, es decir, integrante de la categoría de los denominados “derechos implícitos” de nuestro ordenamiento jurídico (Art. 33 de la Constitución Nacional).

Cabe destacar que el derecho a la salud goza en la actualidad de jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22, específicamente a través del artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (...) Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para (...) d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Fecha de firma: 11/07/2024

Alta en sistema: 12/07/2024

Firmado por: BERNARDO DANIEL BIBEL, CONJUEZ

Firmado por: EDUARDO PABLO JIMENEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: RICARDO MIRICH, SECRETARIO DE JUZGADO



#38360858#415995648#20240702114302415

Merece ponerse de resalto además aquí, que la obligación de garantizar el derecho a la salud ha sido – en subsidio – asumida por el Estado Argentino para con sus habitantes, y en este contexto no puede de dejar de mencionarse que a las normas indicadas en el párrafo que antecede debe interpretárselas conjuntamente con lo establecido en el inciso 23 del artículo 75 de la CN., que hace especial referencia a la necesidad de adoptar – como competencia del Congreso de la Nación – “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, (...)”.

Es decir que del plexo normativo descrito surge con claridad la efectiva protección que deben tener estos derechos fundamentales de la persona, que implican no sólo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros, sino también la obligación de quienes se encuentran compelidos a ello – y con especialísimo énfasis los agentes del servicio de salud – de tomar acciones positivas en su resguardo.

V.- Que, por otra parte, debemos considerar el carácter de la medida cautelar aquí debatida. Recordemos que la finalidad de toda medida cautelar consiste en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, que se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten inútiles los pronunciamientos que den término al litigio (cfr. CFAMdP en autos “A. B. S.A. s/ Medida Cautelar Autónoma”, sentencia registrada al T° CX F° 15.689; entre otros).

Este tipo de remedio –en este caso innovativo- implica una decisión excepcional, pues altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado. Como configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa -que no por ello comporta prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión- resulta





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cfr. CFAMdP in re “Incidente de apelación de medida cautelar incoado por la Dirección de Salud y Acción Social de la Armada en autos: “R., N. A. c/ Dirección de Salud y Acción Social de la Armada s/ Amparo”, sentencia registrada al T° LXXVII F° 12.356).

Adentrándonos en primer lugar al planteo nulificante del decisorio cuestionado, adelantamos nuestro criterio en el sentido que el mismo no puede prosperar.

Corresponde destacar primeramente que las nulidades –en general- poseen carácter restrictivo, debiendo contemplarse expresamente la misma como sanción en la norma pertinente o cuando el acto no haya podido obtener su finalidad, conforme lo establece el art. 169 del C.P.C.C.N.

Cabe recordar que la finalidad de la nulidad radica fundamentalmente en asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio. Es así como este remedio conlleva como misión esencial enmendar perjuicios efectivos, que surgidos de la desviación de las reglas del proceso puedan generar indefensión.

Es dable resaltar aquí el “principio de trascendencia”, requisito indispensable para que se constituya la nulidad, es decir, solo tiene viabilidad este remedio cuando haya un fin que trascienda la nulidad misma, en otras palabras cuando la desviación tenga influencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio.

Dicho enunciado, obliga al juzgador a ser extremadamente cauteloso al momento de valorar su procedencia, debiendo aplicar un criterio flexible; ello atento encontrarse en puja elementos básicos de nuestro sistema constitucional: a saber, principios del sistema republicano y el derecho de defensa de los justiciables.

Ahora bien, entrando a resolver la temática traída a estudio, se advierte que la recurrente se limita a cuestionar la ausencia de fundamentación del auto puesto crisis, pero de la simple lectura de la resolución cuestionada se observa que la misma fue debidamente

Fecha de firma: 11/07/2024

Alta en sistema: 12/07/2024

Firmado por: BERNARDO DANIEL BIBEL, CONJUEZ

Firmado por: EDUARDO PABLO JIMENEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: RICARDO MIRICH, SECRETARIO DE JUZGADO



#38360858#415995648#20240702114302415

fundada por el Juez de grado, quien enumeró los derechos tutelados en autos, la normativa en la cual basó su decisión y los elementos adunados al expediente que lo llevaron al convencimiento –en este estadio cautelar- de encontrarse acreditados prima facie los extremos exigidos para la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Por otro lado, consideramos oportuno analizar el agravio esbozado por la recurrente, tendiente a cuestionar el fallo puesto en crisis, alegando que dicha resolución vulnera su derecho de defensa en juicio, y que se ha considerado a priori que la actora tiene razón en su planteo, resultando el fallo arbitrario.

Al respecto debemos señalar que disentimos con lo expuesto por la apelante, pues, cabe destacarse como cuestión característica de toda medida cautelar, que en los trámites de solicitud de las mismas no procede dar intervención al eventual afectado, toda vez que aquellas se sustancian “inaudita parte” (art. 198 del CPCCN, primer apartado).

Así, actuar preventivamente, una vez acreditados prima facie los extremos requeridos para el dictado de estas medidas, permite obtener que se garantice o afiance el resultado eventualmente favorable de quien las pretende, siendo su trámite individual y sin oír al afectado, restando al mismo la vía recursiva a los fines de ejercer su derecho constitucional de defensa en juicio, como ha sucedido en este caso, ya que las actuaciones arribaron a este Tribunal como motivo del recurso deducido por la accionada, a los fines de la revisión de la resolución puesta en crisis, no pudiendo válidamente alegar la apelante –a nuestro criterio- que su derecho de defensa en juicio se ha visto vulnerado, deviniendo improcedente la nulidad solicitada.

En ese orden, y por las consideraciones que expondremos a continuación, disentimos con los agravios vertidos tendientes a cuestionar el fallo apelado por ausencia de fundamentación en cuanto a los requisitos necesarios para el dictado de las medidas cautelares.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

En efecto, el primero de los recaudos que debe concurrir es el *fumus bonis iuris*, que entendemos en principio se encuentra acreditado, toda vez que de las constancias obrantes en el expediente dimana *prima facie* que la amparista es afiliada a la obra social accionada, RHC, estudios relacionados a su patología, el reclamo administrativo previo, la prescripción médica expedida por el Dr. Martin Siri que indica su diagnóstico y requiere la cirugía cuestionada fechada el 26/06/23 (fs. 1/8).

En relación al peligro en la demora estimamos que, sin incurrir en prejuzgamiento, el perjuicio es inminente, responde a una necesidad efectiva y actual y ante la posibilidad que el accionante triunfe en su reclamo, entendemos que revocar la medida cautelar decretada le ocasionaría al menor un perjuicio que se tornaría irreparable o al menos de difícil solución ulterior, ya que resultaría imposible subsanar una circunstancia que deviene agotada por el transcurso del tiempo.

En cuanto al agravio dirigido a cuestionar el prestador elegido –que lleva adelante el tratamiento–, en esta etapa cautelar y a raíz de la afección diagnosticada al accionante, debemos priorizar –y garantizar– la continuidad de su tratamiento, preservando la relación médico-paciente que ha gestado con el profesional tratante hasta la actualidad –Dr. Julio Amestoy, M.P. 14.537–. Ello así sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia definitiva (cfr. “F. S. c/ U.P. s/ Amparo” expte. 12.107 del Reg. Int. Resolución del 12 de noviembre de 2009).

Merece aquí ponerse de resalto que no se han analizado en esta instancia algunas cuestiones planteadas por la apelante, en virtud de exceder el limitado marco cognoscitivo en procesos como el de marras (sobre todo en esta etapa cautelar), como así también a los fines de evitar prejuzgamiento.

Compartiendo el criterio sustentado reiteradamente por nuestro más Alto Tribunal de Justicia en forma conteste, a partir de una apreciación atenta de la realidad aquí comprometida, a nuestro juicio,

Fecha de firma: 11/07/2024

Alta en sistema: 12/07/2024

Firmado por: BERNARDO DANIEL BIBEL, CONJUEZ

Firmado por: EDUARDO PABLO JIMENEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: RICARDO MIRICH, SECRETARIO DE JUZGADO



#38360858#415995648#20240702114302415

es procedente, por ahora, el mantenimiento de la medida cautelar decretada en primera instancia; ello, sin que éste pronunciamiento implique sentar posición frente a la cuestión de fondo (Cfr. CSJN en Autos “C. A., M. c/ Graffi Graf SRL” del 7/8/1997).

VI.- Respecto del tema de las costas, no encontramos razones que inviten a apartarnos de la regla general de imposición al vencido (art. 14 ley 16.986).

VII.- Atento el estado de autos, corresponde practicar la regulación de emolumentos por las tareas desplegadas por los profesionales intervinientes en el presente incidente.

En ese orden, cabe consignar cuál será la normativa aplicable en supuestos como el que nos ocupa.

En efecto, la nueva ley de honorarios N° 27.423, en su art. 47, establecía las pautas para regular los emolumentos por las actuaciones realizadas en los incidentes y tercerías. Sin embargo, el Decreto N° 1077/2017 observó dicha norma.

Con lo cual, encontrándose derogada la ley 21.839 y modif. (art. 65 de la ley 27.423), se produce un vacío legal respecto del tema en tratamiento.

Por lo tanto, ante la ausencia de normativa específica respecto de los incidentes, estimamos conveniente, al menos hasta tanto sea dilucidada esta cuestión, aplicar las pautas de la normativa anterior en supuestos donde este Tribunal deba fijar honorarios por las tareas desplegadas por los profesionales en los incidentes. Ello, por otra parte, es compatible con lo dispuesto por los arts. 16 y ccdtes. de la ley 27.423.

Ahora bien, no surgiendo del Sistema de Gestión de Expedientes Judiciales Lex100 que hayan sido regulados los emolumentos de primera instancia en el marco de la causa principal, se procederá a fijar los emolumentos de acuerdo a las pautas establecidas en el art. 33 de la Ley 21.839 y modif., ello teniendo en cuenta las tareas desplegadas por la Dra. Victoria María De Ezcurra –apoderada de la accionada- en fecha 16/10/23 (interposición de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

recurso de apelación) y por la Dra. Guillermina González –patrocinante de la amparista- en fecha 16/11/23 (contestación de agravios), como así también el resultado obtenido en la presente.

La citada norma establece que, en los incidentes, el honorario se regulará entre el 2% y el 20% de lo que “...correspondiere...” al proceso principal, atendiendo a la vinculación mediata o inmediata que pudiere tener con la solución definitiva del proceso principal. Es decir, la Cámara no está vinculada al criterio regulador del juez de primera instancia y conserva autonomía, debiendo calcular el porcentaje dentro de los límites mínimos y máximos para calificar el mérito de la actuación profesional, sobre lo que a criterio del Tribunal debió regularse en primera instancia. Tal interpretación es la que resulta de la propia redacción de este artículo, que no establece una relación con “lo que correspondió al proceso principal”, sino con lo que “correspondería”.

Finalmente, se deja constancia que la presente regulación de honorarios se halla condicionada a que los profesionales intervinientes no se encuentren incluidos en el marco de lo previsto por el art. 2 de la ley 21.839 o art. 2 ley 27.423.

Por todo lo expuesto, este Tribunal

RESUELVE:

I.- Rechazar la apelación interpuesta y confirmar la resolución atacada, en todo cuanto fue objeto de recurso, con imposición de costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 14 Ley 16.986).

II.- Regular los honorarios de la Dra. Victoria María De Ezcurra por la labor desplegada en el presente incidente, en un 15% del monto que se fijen sus emolumentos de primera instancia, con más el 10% en concepto de aportes previsionales, e IVA en caso de revestir la calidad de responsable inscripta; todo ello, a la fecha de la base arancelaria, y con la condición que la citada profesional no esté incluida en el art. 2 de la ley arancelaria (art. 33 de la ley 21.839).

III.- Regular los honorarios de la Dra. Guillermina González por la labor desplegada en el presente incidente, en un 20% del monto



que se fijen sus emolumentos de primera instancia, con más el 10% en concepto de aportes previsionales, e IVA en caso de revestir la calidad de responsable inscripto; todo ello, a la fecha de la base arancelaria (art. 33 de la ley 21.839).

IV.- Ambas regulaciones condicionadas a que las citadas profesionales no estén alcanzadas en el marco del art. 2 de la ley arancelaria (art. 33 de la ley 21.839).

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUÉLVASE.

Se deja constancia que el Dr. Alejandro O. Tazza se encuentra en uso de licencia y vacante el cargo del tercer integrante de este Tribunal a los fines del art. 109 del R.J.N..-

En _____ se notificó electrónicamente a las partes, conforme lo ordenado en la resolución que antecede. Conste.-

Fecha de firma: 11/07/2024

Alta en sistema: 12/07/2024

Firmado por: BERNARDO DANIEL BIBEL, CONJUEZ

Firmado por: EDUARDO PABLO JIMENEZ, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: RICARDO MIRICH, SECRETARIO DE JUZGADO



#38360858#415995648#20240702114302415