

Bahía Blanca, **19** de febrero de 2021.

VISTO: Este expediente n^o. **FBB 11106/2020/1/CA1**, caratulado **“Inc. de medida cautelar... en autos: ‘B, V c/ OBRA SOCIAL DE LA UNIÓN DEL PERSONAL s/AMPARO LEY 16.986’**”, venido del Juzgado Federal n^o. **2** de la sede, para resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 34/36 vta., contra la resolución de fs. 20/23 (foliatura Sistema LEX 100).

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:

1. La señora Jueza de grado hizo lugar a la medida cautelar peticionada en favor de V. B., y ordenó a la Obra Social de la Unión Personal del Personal Civil de la Nación, que haga efectiva la cobertura integral (100%) del tratamiento con láser de colorantes pulsado “DYE LASER” en la Clínica Bazterrica de CABA, previa caución juratoria del letrado patrocinante.

2. Contra la referida resolución apeló el representante de la demandada, y se agravió, en síntesis, de lo siguiente: **a)** se está obligando a su mandante a cumplir con una prestación no contemplada en la normativa legal vigente; **b)** la malformación capilar constituye una alteración estética, sin complicaciones por la localización en el rostro, y no compromete órganos vitales; **c)** el plan de cobertura de la niña no incluye tratamientos estéticos, como el aquí solicitado respecto de una lesión benigna; **d)** la Clínica Bazterrica no es prestadora de la obra social, y su mandante no pudo ofrecer un prestador de red en razón de que no tuvo oportunidad de realizar la auditoria médica pertinente.

3. Corrido el pertinente traslado de ley, la parte actora contestó los agravios a f. 41/vta.; y, por su parte, a fs. 45/48 el representante del Ministerio Público Fiscal asumió la intervención que le compete, propiciando el rechazo del recurso.

4. El eje del debate aquí ventilado se circunscribe a determinar si cautelarmente la obra social Unión Personal debe otorgar la cobertura integral del tratamiento láser prescripto por la profesional médica tratante de la menor V. B.

Cabe resaltar que lo peticionado en autos constituye una medida cautelar innovativa, respecto de la cual el Alto Tribunal ha señalado que *“es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir*

USO OFICIAL



un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva” (Fallos: 341:1854). En tal sentido, y siendo que se trata de una decisión excepcional, y que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, la Corte sostuvo en el mismo fallo que resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.

Sobre tales premisas, corresponde examinar si se encuentran reunidos los requisitos impuestos por el art. 230 del CPCCN a fin de determinar la procedencia de la medida cautelar en crisis.

5. En lo que respecta al primero de ellos, considero que el derecho invocado por la parte actora aparece como verosímil.

Esto es así ya que nos encontramos frente al caso de una niña de un año y medio con diagnóstico de malformación vascular capilar en rostro, “*afectando el cuero cabelludo (temporo-parietal derecho) y en zona frontal hasta párpado superior derecho*” (cfr. informe del 21/12/2020). Es por ello, que los profesionales médicos intervinientes –especialistas en pediatría y dermatología– indicaron, en sentido coincidente, tratamiento con DYE láser para evitar la progresión de la lesión –hipertrofia, engrosamiento de la piel, lesiones moderadas sangrantes sobre dicha lesión– (cfr. certificados médicos del 26/20/2020, 28/10/2020 y 21/12/2020).

Además, en su libelo inicial, la parte actora manifestó que el crecimiento de los tejidos blandos puede llevar “*a deformaciones que tienen un grave impacto psicológico y en la vida social del paciente*”; y que la ventaja del tratamiento temprano radica en que la lesión y los vasos sanguíneos son más pequeños y la mejora en la autoestima de los niños.

Sobre tales premisas, considero que lejos estamos –como pretende hacer ver la recurrente– de una cuestión meramente estética, obedeciendo el tratamiento prescripto a la necesidad de preservar la salud de V. B. de manera integral.

Ante dicha circunstancia, no es óbice para la procedencia de lo aquí peticionado el hecho que el procedimiento láser no esté incluido en el Programa

USO OFICIAL



Médico Obligatorio, puesto que el mismo no puede ser considerado como un “tope excluyente” o “techo”, sino de una “base o piso prestacional” el que puede y debe ser extendido a casos concretos que exijan prestaciones que no estén específicamente contempladas en el PMO y que puedan afectar la vida y la salud de las personas (*Fallos*: 329:1638).

Por otra parte, en lo relativo al prestador, cabe señalar que la Dra. Dumondin indicó en su informe que *“el equipo láser específico para tratar esta patología no se encuentra disponible en Bahía Blanca; encontrándose solo disponible en Buenos Aires a nivel privado para la realización de sesiones bajo anestesia debido a la extensión de la lesión y el dolor que causa dicho procedimiento. No se encuentra con tratamiento bajo anestesia en el medio estatal”*.

Por lo que la demandada no se puede limitar a señalar que la Clínica Bazterrica no es prestadora de la obra social, sin desvirtuar o refutar lo alegado por la actora ni ofrecer alternativa alguna para la realización del tratamiento.

De esto se desprende que, hecho el juicio de verdad dentro del marco de lo hipotético, existe apariencia del derecho, por lo que se verifica la concurrencia del requisito de verosimilitud en el derecho.

6. Sin embargo, entiendo que, en el caso, no se configura al requisito del peligro en la demora, ineludible para obtener el despacho favorable de toda pretensión cautelar.

Sobre el punto, cabe recordar que –tal como fuera señalado *supra*– lo aquí peticionado trata de una medida innovativa que, por su excepcionalidad, exige al requirente la demostración *prima facie* de un plus en el *periculum in mora* que vuelve impostergable la concesión del anticipo jurisdiccional –*periculum in damni*–, a través de elementos probatorios conducentes. La exigencia de este recaudo se advierte con claridad de la posición adoptada por nuestro Máximo Tribunal en casos análogos cuando señala que el conocimiento del juez sobre los hechos que se le presentan debe ser mucho más cuidadoso, por las consecuencias que traerán aparejadas para el proceso.

Ahora bien, de la lectura de las constancias de la causa, no surge la irreparabilidad del perjuicio, traducida en un manifiesto e inminente agravamiento del cuadro clínico de la menor. Sin desconocer la importancia de un tratamiento

USO OFICIAL



precoz de la patología que aqueja a la niña, entiendo que lo alegado por la actora no alcanza para adelantar jurisdicción mediante el otorgamiento de una medida cautelar, y exija no esperar los exiguos plazos establecidos para la tramitación de esta vía de acción rápida y expedita.

En consecuencia, entiendo que la resolución aquí impugnada debe ser revocada.

Por los motivos expuestos, **propongo al Acuerdo: 1ro.)** Se haga lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 34/36 vta. y, en consecuencia, se revoque la resolución de fs. 20/23, rechazando la medida cautelar solicitada por la parte actora; con costas (arts. 68 y 69, CPCCN). **2do.)** Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 30, ley 27.423).

El señor Juez de Cámara, Roberto Daniel Amabile, dijo:

Respetuosamente habré de dejar sentada mi disidencia con el voto precedente, por los fundamentos que a continuación expongo:

1ro.) Si bien coincido con lo expresado por mi colega preopinante en cuanto a la esencia de la medida cautelar innovativa, la acreditación del requisito de la verosimilitud del derecho y el análisis de los agravios formulados por la recurrente, por compartir sus argumentos y análisis fáctico de la cuestión traída a resolver, habré de disentir con el criterio adoptado en relación al peligro en la demora.

En tal sentido, habré de señalar, que la Jueza de grado constató el requisito bajo estudio sobre la base de las recomendaciones efectuadas por los médicos tratantes respecto de la necesidad de efectuar este tipo de intervenciones a la menor edad posible, dando cuenta del aumento de los riesgos y posibilidades de pérdida de eficacia del tratamiento a medida que el paciente crece; lo que le hizo presumir fundadamente los perjuicios que puede conllevar su falta de otorgamiento en desmedro de la salud de la menor.

En efecto, se observa de las constancias de la causa, que los Dres. Gabriel Peluffo –Pediatra– y Valeria Dumondin –Dermatóloga Pediátrica– manifestaron en forma coincidente que la prestación requerida no es un tratamiento estético, sino que responde a una cuestión de salud para tratar una malformación vascular capilar que con el transcurso del tiempo puede producir hipertrofia y generar

USO OFICIAL



complicaciones asociadas a diferentes síndromes; razón por la cual, recomiendan el abordaje temprano, cuando la lesión y los vasos sanguíneos son más pequeños. Agregando, a su vez, que el tratamiento precoz mejora en forma dramática la autoestima del niño y su posterior desarrollo y desenvolvimiento (v. certificados médicos obrantes en el PDF “documental” de fs. 2/8).

A lo expresado se suma que el análisis de la verosimilitud en el derecho en la especie, no puede desvincularse de la naturaleza de los derechos en juego, en particular, de la irreparabilidad del perjuicio que podría ocasionarse de no proceder en forma expedita y efectiva. Al respecto, tiene dicho la doctrina: “*a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del ‘fumus bonis iuris’ se puede atenuar*” (Morello, Sosa y Berizonce, “*Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*”, t. II, vol. C, Lerner-Abeledo-Perrot, 1986, pp. 536-537).

2do.) Por otro lado, corresponde –también– tener especialmente en cuenta la edad de la amparista, pues a los ya referidos riesgos del tratamiento asociados al crecimiento del paciente, se le agrega que el presente versa sobre una niña que actualmente posee 1 año y 8 meses de edad, etapa de pleno desarrollo y crecimiento, en la que cualquier demora en el trámite judicial puede llegar a repercutir en la eficacia de la intervención a realizarse, en caso de que la misma fuera concedida al momento resolver en definitiva.

Es por ello, que considero que la cuestión deviene como urgente, atento la innegable importancia del factor tiempo cuando se encuentra en juego el derecho a la salud de un menor, en tanto se trata de casos cuya resolución –en su gran mayoría– no puede estarse a la espera del desarrollo habitual de los tiempos judiciales. Máxime, cuando el mismo puede llegar a constituir un factor determinante de la efectividad del tratamiento médico y existen elementos suficientes para tener por acreditado, aún con el grado de provisoriedad de análisis de esta etapa, el “*fomus bonis iuris*” del reclamo.

3ro.) En virtud de lo expuesto, dentro de la precariedad cognoscitiva propia de la instancia precautoria que se transita, y sin que ello importe



adelantar opinión sobre el fondo del asunto, considero que debe confirmarse la medida cautelar ordenada en la instancia de grado.

Por ello, **propongo al acuerdo: 1.** Se rechace la apelación deducida por la demandada y, en consecuencia, se confirme la resolución de fs. 20/23, con costas (arts. 68 y 69 del CPCCN). **2.** Diferir la regulación de honorarios para la vez que se estimen los del juicio principal.

ES MI VOTO.

La señora Jueza de Cámara, Silvia Mónica Fariña, dijo:

En lo que disienten los colegas preopinantes, adhiero a la solución que propone el doctor Pablo A. Candisano Mera.

Ello en virtud del tipo de proceso –sumarísimo–, en el cual se ventila la procedencia de la prestación peticionada en beneficio de la menor, que según constancias del SGJ Lex100 se encuentra próximo a su resolución.

Por ello, y por mayoría de los votos que instruyen el presente, **SE RESUELVE: 1ro.)** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 34/36 vta. y, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 20/23, rechazando la medida cautelar solicitada por la parte actora; con costas (arts. 68 y 69, CPCCN). **2do.)** Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 30, ley 27.423).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN N^{tos.} 15/13 y 24/13) y devuélvase.

Silvia Mónica Fariña

Roberto Daniel Amabile

(En disidencia)

Pablo A. Candisano Mera

Nicolás Alfredo Yulita



Poder Judicial de la Nación

Expte. n^o. FBB 11106/2020/1/CA1 – Sala I – Sec. 1

Secretario de Cámara

cl

USO OFICIAL

Fecha de firma: 19/02/2021

Firmado por: PABLO ALEJ CANDISANO MERA, Juez de Cámara

Firmado por: NICOLAS ALFREDO YULITA, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: SILVIA MONICA FARIÑA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ROBERTO DANIEL AMABILE, JUEZ DE CÁMARA



#35273192#280552517#20210219130817785